



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 1, 1997 Vol. 1

1^{er} cahier, 1997 Vol. 1

Cited as [1997] 1 S.C.R. 3-216

Renvoi [1997] 1 R.C.S. 3-216

Published pursuant to the Supreme Court Act by

ANNE ROLAND, LL.L.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director, Law Reports
ODILE CALDER

Editors
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Canadian Government Publishing Centre, Canada Communication Group, Ottawa, Canada, K1A 0S9, together with the old address.

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1997.

CONTENTS

Burlington Northern Railroad Co. v. Canadian National Railway Co.	5
Arbitration — Stay of proceedings — Arbitration agreement not inoperative — Order staying court action restored.	
Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)	12
Administrative law — Fishing licences — Authorization — Minister of Fisheries and Oceans authorizing issuance of lobster licences to appellant — Minister later deciding not to issue licences — Whether Minister had authority to revoke authorization — Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, s. 7.	
Crown — Torts — Negligence — Minister of Fisheries and Oceans authorizing issuance of lobster licences to appellant —	

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND, LL.L.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

Arrêtiistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Réviseurs
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Groupe communication Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1997.

SOMMAIRE

Burlington Northern Railroad Co. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada	5
Arbitrage — Suspension des procédures — Convention d'arbitrage non inopérante — Rétablissement de l'ordonnance enjoignant de suspendre les procédures judiciaires.	
Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)	12
Droit administratif — Permis de pêche — Autorisation — Autorisation du ministre des Pêches et des Océans de délivrer à l'appelante des permis de pêche du homard — Décision ultérieure du Ministre de ne pas délivrer les permis — Le Ministre pouvait-il révoquer l'autorisation? — Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 7.	

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Minister later deciding not to issue licences — Whether Minister liable in negligence for appellant's economic loss — Whether duty of care and breach of requisite standard established.

Hill v. Nova Scotia (Attorney General)..... 69

Contracts — Writing requirement — Crown expropriating land and agreeing to right to cross highway as part of compensation package — Statute requiring Minister to issue written permit — Crown performing work required to effect and maintain highway crossing — Crown denying grant of interest in land because writing requirement not met — Whether Crown can rely on absence of written permit to deny creation of interest to cross the highway — Public Highways Act, R.S.N.S. 1954, c. 235, s. 21.

Expropriation — Crown expropriating land and agreeing to right to cross highway as part of compensation package — Statute requiring Minister to issue written permit — Crown performing work required to effect and maintain highway crossing — Crown denying grant of interest in land because writing requirement not met — Whether Crown can rely on absence of written permit to deny creation of interest to cross the highway — Public Highways Act, R.S.N.S. 1954, c. 235, s. 21.

M. (A.) v. Ryan 157

Evidence — Disclosure — Counselling records — Victim bringing civil action for damage allegedly caused by defendant's sexual conduct — Defendant seeking production of psychiatrist's counselling records and notes — Whether documents privileged — Whether records and notes should be produced — British Columbia Supreme Court Rules, Rule 26(11).

R. v. C. (D.A.)..... 8

Criminal law — Indictment — Severance of counts — Appellate court should interfere with exercise of trial judge's discretion respecting severance of counts in indictment only if trial judge acted unjudicially or if ruling resulted in injustice — Court of Appeal correct in holding that neither circumstance present here.

R. v. Carosella..... 80

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Full answer and defence — Disclosure — Destruction of evidence by third party — Complainant interviewed by sexual assault crisis centre social worker — Accused later charged with gross indecency — Notes made by social worker during interview with complainant destroyed by centre prior to court ordering production of complainant's file — Whether failure to produce notes breached accused's right to full answer and defence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Couronne — Responsabilité délictuelle — Négligence — Autorisation du ministre des Pêches et des Océans de délivrer à l'appelante des permis de pêche du homard — Décision ultérieure du Ministre de ne pas délivrer les permis — Le Ministre est-il responsable pour cause de négligence de la perte financière de l'appelante? — A-t-on établi l'existence d'une obligation de diligence et d'un manquement à l'obligation requise en la matière?

Hill c. Nouvelle-Écosse (Procureur général) 69

Contrats — Exigence d'un écrit — Expropriation de terres par la Couronne et concession du droit de traverser la route comme partie de l'indemnité — Permis écrit du ministre requis par la loi — Construction et entretien par la Couronne des ouvrages nécessaires pour traverser la route — La Couronne nie avoir accordé un intérêt foncier pour le motif que l'exigence d'un écrit n'a pas été respectée — La Couronne peut-elle invoquer l'absence de permis écrit pour nier la création du droit de traverser la route? — Public Highways Act, R.S.N.S. 1954, ch. 235, art. 21.

Expropriation — Expropriation de terres par la Couronne et concession du droit de traverser la route comme partie de l'indemnité — Permis écrit du ministre requis par la loi — Construction et entretien par la Couronne des ouvrages nécessaires pour traverser la route — La Couronne nie avoir accordé un intérêt foncier pour le motif que l'exigence d'un écrit n'a pas été respectée — La Couronne peut-elle invoquer l'absence de permis écrit pour nier la création du droit de traverser la route? — Public Highways Act, R.S.N.S. 1954, ch. 235, art. 21.

M. (A.) c. Ryan 157

Preuve — Divulgarion — Dossiers de consultation — Poursuites civiles intentées par la victime pour le préjudice que lui aurait causé la conduite sexuelle du défendeur — Demande du défendeur visant à obtenir la production des notes et des dossiers de consultation du psychiatre — Ces documents sont-ils privilégiés? — Les dossiers et les notes devraient-ils être produits? — British Columbia Supreme Court Rules, art. 26(11).

R. c. C. (D.A.)..... 8

Droit criminel — Acte d'accusation — Séparation des chefs — Cour d'appel ne devant s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, relativement à la séparation des chefs dans un acte d'accusation, que si le juge du procès n'a pas agi judiciairement ou si sa décision a causé une injustice — Cour d'appel concluant à juste titre que ni l'une ni l'autre situation n'existe en l'espèce.

R. c. Carosella..... 80

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Défense pleine et entière — Divulgarion — Destruction

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Destruction of evidence by third party — Complainant interviewed by sexual assault crisis centre social worker — Accused later charged with gross indecency — Notes made by social worker during interview with complainant destroyed by centre prior to court ordering production of complainant's file — Accused's right to full answer and defence breached — Whether stay of proceedings appropriate remedy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1).

R. v. Delaronde 213

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be informed without unreasonable delay of specific offence — Twenty-month interval between issuance of arrest warrant and actual arrest — No proof of prejudice to accused from delay in being informed of offence — Trial judge erred in ordering stay of proceedings.

R. v. Finn 10

Criminal law — Abuse of process — Purpose of prosecution not to advance civil interest of complainant to recover debt — Trial judge erring in finding abuse of process.

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within reasonable time — No violation of accused's right to be tried within reasonable time — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

R. v. Hinse 3

Criminal law — Powers of court of appeal — Acquittal — Evidence not allowing reasonable jury properly instructed to find accused guilty beyond reasonable doubt.

R. v. Osvath 7

Jurisdiction — Supreme Court — Issue not raising question of law alone — Court without jurisdiction to hear appeal.

Toronto Area Transit Operating Authority v. Dell Holdings Ltd. 32

Expropriation — Compensation — Disturbance damages — Company involved in land development in Ontario suffering financial loss as result of delay in expropriation process on portion of its land — Whether loss compensable as disturbance damages under provincial expropriation legislation — Expropriations Act, R.S.O. 1980, c. 148, ss. 13(2)(b), 18(1).

Administrative law — Standard of review — Ontario Municipal Board — Standard of review applicable to Board's decision.

SOMMAIRE (Suite)

d'éléments de preuve par un tiers — Plaignante interrogée par une travailleuse sociale d'un centre d'aide aux victimes d'agression sexuelle — Accusé inculpé par la suite de grossière indécence — Notes prises par la travailleuse sociale durant l'entretien avec la plaignante détruites par le centre avant que la cour n'ordonne la production du dossier de la plaignante — Le défaut de produire les notes a-t-il eu pour effet de violer le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Destruction d'éléments de preuve par un tiers — Plaignante interrogée par une travailleuse sociale d'un centre d'aide aux victimes d'agression sexuelle — Accusé inculpé par la suite de grossière indécence — Notes prises par la travailleuse sociale durant l'entretien avec la plaignante détruites par le centre avant que la cour n'ordonne la production du dossier de la plaignante — Violation du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière — L'arrêt des procédures constitue-t-il la réparation convenable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1).

R. c. Delaronde 213

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'être informé sans délai anormal de l'infraction précise reprochée — Délai de 20 mois écoulé entre la délivrance du mandat d'arrestation et l'arrestation elle-même — Aucune preuve de préjudice causé à l'accusé en raison du délai écoulé avant qu'il soit informé de l'infraction reprochée — Juge du procès ayant commis une erreur en ordonnant l'arrêt des procédures.

R. c. Finn 10

Droit criminel — Abus de procédure — Poursuites ne visant pas à favoriser l'intérêt qu'a la plaignante, en droit civil, de recouvrer le montant d'une créance — Le juge du procès a commis une erreur en concluant à l'abus de procédure.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Aucune violation du droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

R. c. Hinse 3

Droit criminel — Pouvoirs d'une cour d'appel — Acquittement — Preuve ne permettant pas à un jury raisonnable et correctement instruit de conclure hors de tout doute raisonnable à la culpabilité de l'accusé.

R. c. Osvath 7

Compétence — Cour suprême — Question en litige ne soulevant pas une question de droit seulement — Cour incompétente pour entendre l'appel.

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

Régie des transports en commun de la région de Toronto c. Dell Holdings Ltd. 32

Expropriation — Indemnité — Dommages imputables à des troubles de jouissance — Une entreprise faisant de l'aménagement foncier en Ontario a subi des pertes financières en raison de la lenteur du processus d'expropriation d'une partie de son bien-fonds — Cette perte est-elle indemnisable au titre des dommages imputables à des troubles de jouissance en vertu de la loi provinciale sur l'expropriation? — Expropriations Act, R.S.O. 1980, ch. 148, art. 13(2)b), 18(1).

Droit administratif — Norme de contrôle — Commission des affaires municipales de l'Ontario — Norme de contrôle applicable à la décision de la Commission.

**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Volume 1, 1997

1^{er} volume, 1997

Réjean Hinse *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HINSE

File No.: 24320.

1997: January 21.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Powers of court of appeal — Acquittal — Evidence not allowing reasonable jury properly instructed to find accused guilty beyond reasonable doubt.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1994), 64 Q.A.C. 53, setting aside the accused's conviction for armed robbery and ordering a stay of proceedings. Appeal allowed.

Josée Ferrari, Jean-François Longtin and Eve-Stéphanie Sauvé, for the appellant.*Pierre Sauvé*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

GONTHIER J. — The appellant is appealing a stay of proceedings order rendered by the Court of Appeal *proprio motu* without an application having been made to it, in particular by the appellant, the appellant being thus deprived of the possibility of obtaining an acquittal, if not from the Court of Appeal, at least by a jury of his peers.

In the circumstances, being of the view that the evidence could not allow a reasonable jury properly instructed to find the appellant guilty beyond a reasonable doubt, we are all of the view that the appropriate remedy is an acquittal.

Réjean Hinse *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. HINSE

N° du greffe: 24320.

1997: 21 janvier.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Pouvoirs d'une cour d'appel — Acquittement — Preuve ne permettant pas à un jury raisonnable et correctement instruit de conclure hors de tout doute raisonnable à la culpabilité de l'accusé.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1994), 64 Q.A.C. 53, qui a annulé la déclaration de culpabilité de vol qualifié de l'accusé et ordonné un arrêt des procédures. Pourvoi accueilli.

Josée Ferrari, Jean-François Longtin et Eve-Stéphanie Sauvé, pour l'appelant.*Pierre Sauvé*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE GONTHIER — L'appelant se pourvoit contre une ordonnance d'arrêt de procédures rendue par la Cour d'appel *proprio motu* sans que demande lui en soit faite, notamment par l'appelant, l'appelant étant ainsi privé de la possibilité d'obtenir un acquittement, sinon de la part de la Cour d'appel, du moins par un jury de ses pairs.

Dans les circonstances, étant d'avis que la preuve ne pourrait permettre à un jury raisonnable correctement instruit de conclure hors de tout doute raisonnable à la culpabilité de l'appelant, nous sommes tous d'avis que le remède approprié est l'acquittement.

3

Accordingly, the appeal is allowed, the stay of proceedings order is set aside and the acquittal of the appellant is entered.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Langlois Robert, Montréal.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Quebec, Montréal.

En conséquence, le pourvoi est accueilli, l'ordonnance d'arrêt de procédures est annulée et l'acquiescement de l'appelant est prononcé.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Langlois Robert, Montréal.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Québec, Montréal.

**Canadian National Railway
Company** *Appellant*

v.

**Burlington Northern Railroad
Company** *Respondent*

INDEXED AS: BURLINGTON NORTHERN RAILROAD CO. v.
CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO.

File No.: 24857.

1997: January 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

*Arbitration — Stay of proceedings — Arbitration
agreement not inoperative — Order staying court action
restored.*

APPEAL from a judgment of the British Colum-
bia Court of Appeal (1995), 59 B.C.A.C. 97, 98
W.A.C. 97, 7 B.C.L.R. (3d) 80, 20 B.L.R. (2d)
145, allowing the respondent's appeal from an
order of Thackray J., [1993] B.C.J. No. 2975,
[1995] B.C.W.L.D. 2252, granting an application
for a stay of proceedings. Appeal allowed.

Douglas W. Lahay, for the appellant.

Richard R. E. DeFilippi, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally
by

LA FOREST J. — We are all of the view that the
appeal should be allowed for the reasons given by
Cumming J.A., the dissenting judge in the Court of
Appeal. Accordingly, the appeal is allowed, the
judgment of the Court of Appeal is set aside and
the order of Thackray J., pronounced December 3,
1993, staying the action, is restored. The appellant
is entitled to its costs in this Court and in the Court
of Appeal.

**Compagnie des chemins de fer nationaux du
Canada** *Appelante*

c.

**Burlington Northern Railroad
Company** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: BURLINGTON NORTHERN RAILROAD CO. c.
COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA

N° du greffe: 24857.

1997: 21 janvier.

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

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

*Arbitrage — Suspension des procédures — Conven-
tion d'arbitrage non inopérante — Rétablissement de
l'ordonnance enjoignant de suspendre les procédures
judiciaires.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de
la Colombie-Britannique (1995), 59 B.C.A.C. 97,
98 W.A.C. 97, 7 B.C.L.R. (3d) 80, 20 B.L.R. (2d)
145, qui a accueilli l'appel de l'intimée contre une
ordonnance du juge Thackray, [1993] B.C.J.
No. 2975, [1995] B.C.W.L.D. 2252, ayant fait
droit à une demande de suspension des procédures.
Pourvoi accueilli.

Douglas W. Lahay, pour l'appelante.

Richard R. E. DeFilippi, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu
oralement par

LE JUGE LA FOREST — Nous sommes tous
d'avis qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi pour les
raisons exposées par le juge Cumming, dissident
en Cour d'appel. En conséquence, le pourvoi est
accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et la
suspension des procédures ordonnée par le juge
Thackray, le 3 décembre 1993, est rétablie. L'ap-
pelante a droit à ses dépens devant notre Cour et la
Cour d'appel.

Judgment accordingly.

*Solicitors for the appellant: Clark, Wilson,
Vancouver.*

*Solicitors for the respondent: Douglas, Symes &
Brissenden, Vancouver.*

Jugement en conséquence.

*Procureurs de l'appelante: Clark, Wilson,
Vancouver.*

*Procureurs de l'intimée: Douglas, Symes &
Brissenden, Vancouver.*

Csaba Osvath *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. OSVATH

File No.: 25160.

1997: January 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Jurisdiction — Supreme Court — Issue not raising question of law alone — Court without jurisdiction to hear appeal.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1996), 87 O.A.C. 274, 46 C.R. (4th) 124, allowing an appeal from conviction by Crane J. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

*Robert Kelly, for the appellant.**Neil R. Jones, for the respondent.*

The judgment of the Court was delivered orally by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — The majority is of the view that this appeal does not raise a question of law alone and, accordingly, this Court has no jurisdiction to hear the appeal. The appeal is quashed, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Mackesy, Smye, Turnbull, Grilli, Jones, Winward & Mahler, Hamilton.

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

Csaba Osvath *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. OSVATH

N° du greffe: 25160.

1997: 23 janvier.

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

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

Compétence — Cour suprême — Question en litige ne soulevant pas une question de droit seulement — Cour incompétente pour entendre l'appel.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1996), 87 O.A.C. 274, 46 C.R. (4th) 124, qui a accueilli l'appel formé contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Crane. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin étant dissidents.

*Robert Kelly, pour l'appellant.**Neil R. Jones, pour l'intimée.*

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — La Cour à la majorité est d'avis que le présent pourvoi ne sou-¹lève pas une question de droit seulement et que, en conséquence, notre Cour n'a pas compétence pour l'entendre. Le pourvoi est annulé, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant: Mackesy, Smye, Turnbull, Grilli, Jones, Winward & Mahler, Hamilton.

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

D.A.C. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. C. (D.A.)

File No.: 25230.

1997: January 24.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Indictment — Severance of counts — Appellate court should interfere with exercise of trial judge's discretion respecting severance of counts in indictment only if trial judge acted unjudicially or if ruling resulted in injustice — Court of Appeal correct in holding that neither circumstance present here.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1996), 72 B.C.A.C. 227, 119 W.A.C. 227, 106 C.C.C. (3d) 28, dismissing the accused's appeal from his conviction of several sexual offences. Appeal dismissed.

T. E. La Liberté, Q.C., and *Kate Ker*, for the appellant.

Bruce Johnstone, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ SOPINKA J. — This is an appeal as of right. In *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333, this Court held that an appellate court would only interfere with the exercise of a trial judge's discretion with respect to severance of counts in an indictment if

D.A.C. Appelant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. C. (D.A.)

N° du greffe: 25230.

1997: 24 janvier.

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

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

Droit criminel — Acte d'accusation — Séparation des chefs — Cour d'appel ne devant s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, relativement à la séparation des chefs dans un acte d'accusation, que si le juge du procès n'a pas agi judiciairement ou si sa décision a causé une injustice — Cour d'appel concluant à juste titre que ni l'une ni l'autre situation n'existe en l'espèce.

Jurisprudence

Arrêt mentionné: *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1996), 72 B.C.A.C. 227, 119 W.A.C. 227, 106 C.C.C. (3d) 28, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de plusieurs infractions d'ordre sexuel. Pourvoi rejeté.

T. E. La Liberté, c.r., et *Kate Ker*, pour l'appelant.

Bruce Johnstone, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi est formé de plein droit. Dans *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333, notre Cour a statué qu'une cour d'appel ne s'immiscerait dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, relative-

the trial judge acted unjudicially or the ruling resulted in an injustice. We agree with the majority of the Court of Appeal that neither of these circumstances was present here.

The appeal is therefore dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Lauk La Liberté, Vancouver.

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

ment à la séparation des chefs dans un acte d'accusation, que si le juge du procès n'a pas agi judiciairement ou si sa décision a causé une injustice. Nous sommes d'accord avec la Cour d'appel à la majorité pour dire que ni l'une ni l'autre situation n'existe en l'espèce.

Le pourvoi est donc rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant: Lauk La Liberté, Vancouver.

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

Dana Marie Finn *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. FINN

File No.: 25292.

1997: January 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

Criminal law — Abuse of process — Purpose of prosecution not to advance civil interest of complainant to recover debt — Trial judge erring in finding abuse of process.

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within reasonable time — No violation of accused's right to be tried within reasonable time — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1996), 139 Nfld. & P.E.I.R. 97, 433 A.P.R. 97, 106 C.C.C. (3d) 43, 36 C.R.R. (2d) 123, allowing the Crown's appeal from a stay of proceedings and ordering a new trial. Appeal dismissed.

R. Michael Newton, for the appellant.

Wayne Gorman, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ SOPINKA J. — This is an appeal as of right. In our opinion this is not one of those clearest of cases in which an abuse of process should be found. The charges were laid after an independent investigation and decision by the authorities. It

Dana Marie Finn *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. FINN

N° du greffe: 25292.

1997: 30 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Droit criminel — Abus de procédure — Poursuites ne visant pas à favoriser l'intérêt qu'a la plaignante, en droit civil, de recouvrer le montant d'une créance — Le juge du procès a commis une erreur en concluant à l'abus de procédure.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Aucune violation du droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1996), 139 Nfld. & P.E.I.R. 97, 433 A.P.R. 97, 106 C.C.C. (3d) 43, 36 C.R.R. (2d) 123, qui a accueilli l'appel formé par le ministère public à l'encontre d'un arrêt des procédures et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

R. Michael Newton, pour l'appelante.

Wayne Gorman, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi est formé de plein droit. À notre avis, ce n'est pas l'un des cas les plus manifestes où il y a lieu de conclure à l'existence d'un abus de procédure. Les accusations ont été portées à la suite d'une enquête

cannot therefore be said that the purpose of the prosecution was to advance the civil interest of the complainant to recover a debt. Moreover, there was no unfairness such as would amount to an abuse of process.

With respect to the alleged unreasonable delay, we agree with the reasons of Marshall J.A. in the Court of Appeal that no violation of s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* occurred.

The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Newfoundland Legal Aid Commission, St. John's.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, St. John's.

et d'une décision indépendantes des autorités. On ne saurait donc affirmer que l'objet de la poursuite était de promouvoir l'intérêt, en droit civil, qu'aurait la plaignante à obtenir le paiement d'une dette. De plus, il n'y a eu aucune iniquité de nature à constituer un abus de procédure.

En ce qui concerne l'allégation de délai déraisonnable, nous souscrivons aux motifs du juge Marshall de la Cour d'appel, selon lesquels il n'y a eu aucune violation de l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Newfoundland Legal Aid Commission, St. John's.

Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice, St. John's.

2

3

**Comeau's Sea Foods Limited, a body
corporate** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of
Canada** *Respondent*

INDEXED AS: COMEAU'S SEA FOODS LTD. v. CANADA
(MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS)

File No.: 24682.

1996: October 2; 1997: January 30.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Administrative law — Fishing licences — Authorization — Minister of Fisheries and Oceans authorizing issuance of lobster licences to appellant — Minister later deciding not to issue licences — Whether Minister had authority to revoke authorization — Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, s. 7.

Crown — Torts — Negligence — Minister of Fisheries and Oceans authorizing issuance of lobster licences to appellant — Minister later deciding not to issue licences — Whether Minister liable in negligence for appellant's economic loss — Whether duty of care and breach of requisite standard established.

In 1987, the Minister of Fisheries and Oceans sent the appellant fishing company a telex advising that he had authorized the issue of four offshore lobster licences. The telex specifically allocated the appellant's allowable catch for the fishing year. It also stated that regional officials would contact the appellant to discuss specific conditions of the proposed licences. Several other applicants received similar authorizations from the Minister on the same date. In January 1988 the Department of Fisheries and Oceans notified the applicants in respect of whom an authorization had been issued to submit fishing plans for the balance of the current season for each vessel intended for the lobster fishery. The appellant provided all the necessary details to the Department by letter. It advised that the vessels that were to be used to fish lobster were presently geared for the scallop fishery, and that work to convert them for the offshore lob-

**Comeau's Sea Foods Limited, personne
morale** *Appelante*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef du
Canada** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: COMEAU'S SEA FOODS LTD. c. CANADA
(MINISTRE DES PÊCHES ET DES OCÉANS)

N° du greffe: 24682.

1996: 2 octobre; 1997: 30 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Permis de pêche — Autorisation — Autorisation du ministre des Pêches et des Océans de délivrer à l'appelante des permis de pêche du homard — Décision ultérieure du Ministre de ne pas délivrer les permis — Le Ministre pouvait-il révoquer l'autorisation? — Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 7.

Couronne — Responsabilité délictuelle — Négligence — Autorisation du ministre des Pêches et des Océans de délivrer à l'appelante des permis de pêche du homard — Décision ultérieure du Ministre de ne pas délivrer les permis — Le Ministre est-il responsable pour cause de négligence de la perte financière de l'appelante? — A-t-on établi l'existence d'une obligation de diligence et d'un manquement à l'obligation requise en la matière?

En 1987, le ministre des Pêches et des Océans a envoyé à la compagnie de pêche appelante un télex l'informant qu'il avait autorisé la délivrance à celle-ci de quatre permis de pêche hauturière du homard. Le télex précisait le total de la prise autorisée pour l'année. Il mentionnait aussi que des agents régionaux communiqueraient avec l'appelante pour discuter des conditions précises des permis proposés. Plusieurs autres requérants ont reçu, à la même date, des autorisations semblables de la part du Ministre. En janvier 1988, le ministre des Pêches et des Océans a informé les requérants qui s'étaient vu délivrer une autorisation qu'ils devraient présenter, pour le reste de la saison de pêche, un plan de pêche à l'égard de chaque bateau destiné à la pêche du homard. L'appelante a, par lettre, transmis au Ministère toutes les précisions requises. Elle a mentionné que les navires qui étaient destinés à la pêche du homard étaient

ster fishery was due to start shortly. The evidence was that it had incurred \$500,000 in expenses in converting one scallop dragger into a lobster fishing vessel. In March 1988 the Department advised its officials that no lobster fishery licences were to be issued without specific clearance from the Assistant Deputy Minister. In the period following 1987, the issuance of offshore lobster fishing licences had become a political issue owing to heavy lobbying by the inshore lobster fishermen. In April the Minister announced that the four offshore licences would not be issued in the foreseeable future, pending a study of the issues facing the lobster industry in the region. This decision was confirmed to the appellant and the other applicants by letter. The licences authorized to the appellant were never issued. The Federal Court, Trial Division, held the respondent liable in negligence for the appellant's economic loss. The Federal Court of Appeal, in a majority decision, allowed the Crown's appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

The Minister implementing government policy in the discharge of his office was not acting *ultra vires* in revoking the authorization he had previously given to issue offshore lobster fishery licences to the appellant. The Minister's power to issue fishing licences is found in s. 7 of the *Fisheries Act*, which accords the Minister an "absolute discretion" either to "issue" or to "authorize to be issued" fishing licences. The statute expressly provides for the circumstances in which an issued licence may be revoked but is silent on the circumstances in which the Minister may cancel an authorization to issue a licence. The Minister's discretion under s. 7 to authorize the issuance of licences, like the Minister's discretion to issue licences, is restricted only by the requirement of natural justice, no regulations currently being applicable. The Minister is bound to base his or her decision on relevant considerations, avoid arbitrariness and act in good faith. The result is an administrative scheme based primarily on the discretion of the Minister. This interpretation of the breadth of the Minister's discretion is consonant with the overall policy of the *Fisheries Act*. The Minister's power to authorize the issuance of licences is a continuing power until such time as a licence is actually issued. It follows that he retains the power to revoke the authorization at any time prior to the issuance of the licence. The authorization to

alors équipés pour la pêche du pétoncle et que des travaux étaient sur le point d'être exécutés afin de les convertir pour la pêche hauturière du homard. Il a été établi en preuve qu'elle avait engagé des dépenses de 500 000 \$ pour transformer un chalutier de pêche du pétoncle en un navire de pêche du homard. En mars 1988, le Ministère a demandé à ses fonctionnaires de ne pas délivrer de permis de pêche du homard sans l'autorisation expresse du sous-ministre adjoint. Après 1987, la délivrance de permis de pêche hauturière du homard était devenue une question politique en raison des pressions intenses exercées par les pêcheurs côtiers du homard. En avril, le Ministre a annoncé que les quatre permis de pêche hauturière ne seraient pas délivrés dans un avenir immédiat, en attendant les résultats d'une étude des questions auxquelles faisait face le secteur de la pêche du homard dans la région. Cette décision a été confirmée, par lettre, à l'appelante et aux autres requérants. Les permis pour lesquels l'appelante avait obtenu une autorisation n'ont jamais été délivrés. La Section de première instance de la Cour fédérale a statué que l'intimée était responsable pour cause de négligence de la perte financière subie par l'appelante. Dans un arrêt majoritaire, la Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel de Sa Majesté.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le Ministre appliquait la politique du gouvernement dans l'exercice de ses fonctions, et il n'a pas excédé ses pouvoirs en révoquant l'autorisation qu'il avait donnée de délivrer à l'appelante des permis de pêche hauturière du homard. L'article 7 de la *Loi sur les pêches* confère au Ministre le pouvoir de délivrer des permis de pêche. Selon cet article, le Ministre peut, «à discrétion», soit «octroyer» des permis de pêche, soit «en permettre l'octroi». La Loi précise les circonstances dans lesquelles un permis délivré peut être révoqué, mais est muette quant à celles dans lesquelles le Ministre peut révoquer une autorisation de délivrer un permis. Le pouvoir discrétionnaire d'autoriser la délivrance de permis, qui est conféré au Ministre par l'art. 7, est, à l'instar de son pouvoir discrétionnaire de délivrer des permis, restreint seulement par l'exigence de justice naturelle, étant donné qu'il n'y a actuellement aucun règlement applicable. Le Ministre doit fonder sa décision sur des considérations pertinentes, éviter l'arbitraire et agir de bonne foi. Il en résulte un régime administratif fondé principalement sur le pouvoir discrétionnaire du Ministre. Cette interprétation de la portée du pouvoir discrétionnaire du Ministre est conforme à la politique globale de la *Loi sur les pêches*. Le pouvoir du Ministre d'autoriser la délivrance d'un permis est constant jusqu'au moment où le permis est effectivement délivré. Il s'ensuit qu'il con-

issue the licence did not confer upon the appellant an irrevocable legal right to a licence. Unless and until the licence is actually issued, the Minister in furtherance of government policy may reevaluate or reconsider his initial decision to authorize the licence.

The sole ground of negligence alleged by the appellant was breach of the "defendant's statutory duty". Since the Minister had the continuing authority to revoke the authorization and did so legitimately for the purpose of implementing government policy, the appellant cannot establish any duty on the Minister actually to issue the licences previously authorized. The duty owed to the appellant was the duty to exercise due care in ascertaining the scope of the Minister's statutory authority under s. 7 of the *Fisheries Act*, and the Minister interpreted his statutory authority correctly. It follows that there was no breach of the standard of care.

Cases Cited

Referred to: *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Carltona, Ltd. v. Commissioners of Works*, [1943] 2 All E.R. 560; *R. v. Harrison*, [1977] 1 S.C.R. 238; *Re Fisheries Act, 1914*, [1930] 1 D.L.R. 194, aff'g [1928] S.C.R. 457; *Everett v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* (1994), 169 N.R. 100, aff'g in part (1993), 63 F.T.R. 279; *Joliffe v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 511; *Delisle v. Canada*, [1991] F.C.J. No. 459 (QL); *R. v. Halliday* (1994), 129 N.S.R. (2d) 317; *Thomson v. Minister of Fisheries and Oceans*, F.C.T.D., No. T-113-84, February 29, 1984; *Lawrie v. Lees* (1881), 7 App. Cas. 19; *Reference re Maritime Freight Rates Act*, [1933] S.C.R. 423; *C.W.C. v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 F.C. 643.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Fisheries Act, S.C. 1929, c. 42, s. 2.
Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 7, 9 [rep. & sub. c. 31 (1st Supp.)], s. 95], 20-22, 35-40, 43.
Fisheries Act, S.C. 1868, c. 60, s. 2.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 31(3).
Interpretation Act, 1889 (U.K.), 52 & 53 Vict., c. 63, s. 32(1).

serve le pouvoir de révoquer l'autorisation en tout temps avant la délivrance du permis. L'autorisation de délivrer un permis n'a pas conféré à l'appelante un droit irrévocable à un permis. Tant et aussi longtemps que le permis n'est pas délivré, le Ministre, peut, aux fins d'appliquer la politique du gouvernement, réévaluer sa décision initiale d'autoriser le permis et revenir sur celle-ci.

Le seul motif de négligence invoqué par l'appelante était le manquement à «l'obligation légale de la défenderesse». Puisque le Ministre avait le pouvoir constant de révoquer l'autorisation et qu'il l'a fait légitimement aux fins d'appliquer la politique du gouvernement, l'appelante n'est pas en mesure d'établir l'existence d'une obligation de la part du Ministre de délivrer les permis précédemment autorisés. L'obligation du Ministre envers l'appelante était de faire preuve de diligence en vérifiant la portée du pouvoir que l'art. 7 de la *Loi sur les pêches* lui conférait, et il a correctement interprété le pouvoir qui lui était conféré par la Loi. Il s'ensuit qu'il n'y a eu aucun manquement à l'obligation de diligence.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Carltona, Ltd. c. Commissioners of Works*, [1943] 2 All E.R. 560; *R. c. Harrison*, [1977] 1 R.C.S. 238; *Re Fisheries Act, 1914*, [1930] 1 D.L.R. 194, conf. [1928] R.C.S. 457; *Everett c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)* (1994), 169 N.R. 100, conf. en partie (1993), 63 F.T.R. 279; *Joliffe c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 511; *Delisle c. Canada*, [1991] A.C.F. n° 459 (QL); *R. c. Halliday* (1994), 129 N.S.R. (2d) 317; *Thomson c. Ministre des Pêches et Océans*, C.F. 1^{re} inst., n° T-113-84, 29 février 1984; *Lawrie c. Lees* (1881), 7 App. Cas. 19; *Reference re Maritime Freight Rates Act*, [1933] R.C.S. 423; *S.T.C. c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 C.F. 643.

Lois et règlements cités

Acte des Pêcheries, S.C. 1868, ch. 60, art. 2.
Interpretation Act, 1889 (R.-U.), 52 & 53 Vict., ch. 63, art. 32(1).
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 31(3).
Loi modifiant la Loi des pêcheries, S.C. 1929, ch. 42, art. 2.
Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 7, 9 [abr. & rempl. ch. 31 (1^{er} suppl.), art. 95], 20 à 22, 35 à 40, 43.

Authors Cited

Halsbury's Statutes of England and Wales, vol. 41, 4th ed. London: Butterworths, 1995 (reissue).
 Wade, Sir William. *Administrative Law*, 7th ed. By Sir William Wade and Christopher Forsyth. Oxford: Clarendon Press, 1994.
 Willis, John. "Delegatus non potest delegare" (1943), 21 *Can. Bar Rev.* 257.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1995] 2 F.C. 467, 123 D.L.R. (4th) 180, 179 N.R. 241, 29 Admin. L.R. (2d) 264, 24 C.C.L.T. (2d) 1, reversing a decision of the Federal Court, Trial Division, [1992] 3 F.C. 54, 54 F.T.R. 20, 11 C.C.L.T. (2d) 241, finding the respondent liable in negligence for failure to issue fishing licences. Appeal dismissed.

Stewart McInnes, Q.C., and *David S. MacDougall*, for the appellant.

David Sgayias, Q.C., and *Michael F. Donovan*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. — The appellant commenced an action against the respondent arising out of the failure of the respondent Minister of Fisheries and Oceans ("the Minister") to issue certain lobster fishery licences which had previously been authorized to be issued under s. 7 of the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14.

I. Facts

The appellant is a Nova Scotia integrated fishing company, operating off the southwest coast of Nova Scotia. It operates some 15 sea-going vessels and in peak season employs up to one thousand people.

In 1987, the appellant applied for offshore lobster licences. In all, 13 applications for new offshore lobster licences were received by the respondent Minister in that year. At the time, there were 1,601 inshore lobster fishery licences in the area extending approximately 50 miles from the south-

Doctrine citée

Halsbury's Statutes of England and Wales, vol. 41, 4th ed. London: Butterworths, 1995 (reissue).
 Wade, Sir William. *Administrative Law*, 7th ed. By Sir William Wade and Christopher Forsyth. Oxford: Clarendon Press, 1994.
 Willis, John. «Delegatus non potest delegare» (1943), 21 *R. du B. can.* 257.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1995] 2 C.F. 467, 123 D.L.R. (4th) 180, 179 N.R. 241, 29 Admin. L.R. (2d) 264, 24 C.C.L.T. (2d) 1, qui a infirmé la décision de la Section de première instance de la Cour fédérale, [1992] 3 C.F. 54, 54 F.T.R. 20, 11 C.C.L.T. (2d) 241, qui avait conclu à la responsabilité pour négligence de l'intimée en raison de son omission de délivrer des permis de pêche. Pourvoi rejeté.

Stewart McInnes, c.r., et *David S. MacDougall*, pour l'appelante.

David Sgayias, c.r., et *Michael F. Donovan*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — L'appelante poursuit l'intimée en raison du défaut du ministre des Pêches et des Océans intimé («le Ministre») de délivrer certains permis de pêche du homard, dont la délivrance avait été autorisée précédemment en vertu de l'art. 7 de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14.

I. Les faits

L'appelante est une entreprise de pêche intégrée de la Nouvelle-Écosse qui exploite une quinzaine de navires hauturiers au large de la côte sud-ouest de la Nouvelle-Écosse et qui, en haute saison, emploie jusqu'à mille personnes.

En 1987, l'appelante a fait des demandes de permis de pêche hauturière du homard. Au cours de l'année, le ministre intimé a reçu, en tout, 13 demandes de nouveaux permis de pêche hauturière du homard. À l'époque, il y avait 1 601 permis de pêche côtière du homard pour la zone qui s'éten-

1

2

3

west coast of Nova Scotia and eight offshore lobster fishery licences operating beyond the inshore fishery areas.

4 In September 1987, representatives of the appellant company spoke with the respondent Minister, and were assured that the appellant would definitely get at least one offshore lobster licence. On December 29, 1987, the Minister sent the appellant a telex to advise that he had authorized the issue of four offshore lobster licences in total to the appellant, "two offshore lobster licences" and "two experimental offshore lobster/red crab licences" for the season from October 15, 1987 to October 14, 1988. The telex specifically allocated the appellant's allowable catch for the fishing year. It also stated that regional officials would contact the appellant to discuss specific conditions of the proposed licences. Several other applicants received similar authorizations from the Minister on the same date.

5 On January 27, 1988, the Department of Fisheries and Oceans notified the applicants in respect of whom an authorization had been issued to submit fishing plans for the balance of the current season for each vessel intended for the lobster fishery. The appellant provided all the necessary details to the Department by letter dated January 29, 1988. It advised that the vessels that were to be used to fish lobster were presently geared for the scallop fishery, and that work to convert them for the offshore lobster fishery was due to start shortly. The appellant planned that the vessels would be ready in April. The evidence was that it had incurred \$500,000 in expenses in converting one scallop dragger into a lobster fishing vessel.

6 At trial, the Department confirmed that had the appellant requested, between January and March 8, 1988, that the authorizations for licences be converted to the actual issued licences, it would have issued them subject to appropriate conditions, if any.

dait jusqu'à une cinquantaine de milles de la côte sud-ouest de la Nouvelle-Écosse, et huit permis de pêche hauturière du homard au-delà de cette zone.

En septembre 1987, les représentants de la compagnie appelante ont discuté avec le ministre intimé et ont reçu l'assurance que l'appelante obtiendrait au moins un permis de pêche hauturière du homard. Le 29 décembre 1987, le Ministre a envoyé à l'appelante un télex l'informant qu'il avait autorisé la délivrance à celle-ci de quatre permis de pêche hauturière du homard en tout, soit [TRADUCTION] «deux permis de pêche hauturière du homard» et «deux permis expérimentaux de pêche hauturière du homard et du crabe rouge», pour la saison du 15 octobre 1987 au 14 octobre 1988. Le télex précisait le total de la prise autorisée pour l'année. Il mentionnait aussi que des agents régionaux communiqueraient avec l'appelante pour discuter des conditions précises des permis proposés. Plusieurs autres requérants ont reçu, à la même date, des autorisations semblables de la part du Ministre.

Le 27 janvier 1988, le ministère des Pêches et des Océans a informé les requérants qui s'étaient vu délivrer une autorisation qu'ils devraient présenter, pour le reste de la saison de pêche, un plan de pêche à l'égard de chaque bateau destiné à la pêche du homard. L'appelante a, par lettre en date du 29 janvier 1988, transmis au Ministère toutes les précisions requises. Elle a mentionné que les navires qui étaient destinés à la pêche du homard étaient alors équipés pour la pêche du pétoncle et que des travaux étaient sur le point d'être exécutés afin de les convertir pour la pêche hauturière du homard. L'appelante prévoyait que les navires seraient prêts en avril. Il a été établi en preuve qu'elle avait engagé des dépenses de 500 000 \$ pour transformer un chalutier de pêche du pétoncle en un navire de pêche du homard.

Au procès, le Ministère a confirmé que si l'appelante avait demandé, entre janvier et le 8 mars 1988, que les permis autorisés soient délivrés, il les aurait délivrés sous réserve des conditions appropriées nécessaires.

On March 8, 1988, the Department advised its officials that no lobster fishery licences were to be issued without specific clearance from the Assistant Deputy Minister.

In the period following 1987, the issuance of offshore lobster fishing licences had become a political issue owing to heavy lobbying by the inshore lobster fishermen. The scientific evidence produced in a report of the Canadian Atlantic Fishery Scientific Advisory Committee at about this time indicated that no harmful effects would ensue as a result of the new offshore lobster licences.

Initially, the Minister took the position that there was no evidence of any likely harmful effect from the increase in the lobster fishery. However, after a meeting between the respondent Minister and the Scotia-Fundy Lobster Advisory Committee in Halifax on March 30, 1988, the Minister decided that he would not cancel the new offshore licences, but was prepared to impose the conditions necessary to respond to the concerns of the inshore fishing industry.

On April 29, 1988, the Minister announced in a press release that the four experimental offshore licences would not be issued in the foreseeable future, pending a study of the issues facing the lobster industry in the Scotia-Fundy region. This decision was confirmed to the appellant and the other applicants by letter dated May 31, 1988. The licences authorized to the appellant were never issued.

II. Legislation

Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14

7. (1) Subject to subsection (2), the Minister may, in his absolute discretion, wherever the exclusive right of fishing does not already exist by law, issue or authorize to be issued leases and licences for fisheries or fishing, wherever situated or carried on.

Le 8 mars 1988, le Ministère a demandé à ses fonctionnaires de ne pas délivrer de permis de pêche du homard sans l'autorisation expresse du sous-ministre adjoint.

Après 1987, la délivrance de permis de pêche hauturière du homard était devenue une question politique en raison des pressions intenses exercées par les pêcheurs côtiers du homard. La preuve scientifique produite dans un rapport du Comité scientifique consultatif des pêches canadiennes dans l'Atlantique, publié vers la même époque, indiquait que les nouveaux permis de pêche hauturière du homard n'auraient aucun effet préjudiciable.

Au début, le Ministre a invoqué l'absence de preuve que l'augmentation de l'activité de pêche du homard aurait vraisemblablement un effet préjudiciable. Toutefois, à la suite d'une rencontre avec le Comité consultatif du homard de Scotia-Fundy, à Halifax, le 30 mars 1988, le Ministre a décidé qu'il n'annulerait pas les nouveaux permis de pêche hauturière mais qu'il était disposé à imposer les conditions nécessaires pour répondre aux préoccupations du secteur de la pêche côtière.

Le 29 avril 1988, le Ministre a annoncé, dans un communiqué de presse, que les quatre permis expérimentaux de pêche hauturière ne seraient pas délivrés dans un avenir immédiat, en attendant les résultats d'une étude des questions auxquelles faisait face le secteur de la pêche du homard dans la région Scotia-Fundy. Cette décision a été confirmée à l'appelante et aux autres requérants dans une lettre en date du 31 mai 1988. Les permis pour lesquels l'appelante avait obtenu une autorisation n'ont jamais été délivrés.

II. Les dispositions législatives

Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14

7. (1) En l'absence d'exclusivité du droit de pêche conférée par la loi, le ministre peut, à discrétion, octroyer des baux et permis de pêche ainsi que des licences d'exploitation de pêcheries — ou en permettre l'octroi —, indépendamment du lieu de l'exploitation ou de l'activité de pêche.

7

8

9

10

11

(2) Except as otherwise provided in this Act, leases or licences for any term exceeding nine years shall be issued only under the authority of the Governor in Council.

9. The Minister may suspend or cancel any lease or licence issued under the authority of this Act, if

(a) the Minister has ascertained that the operations under the lease or licence were not conducted in conformity with its provisions; and

(b) no proceedings under this Act have been commenced with respect to the operations under the lease or licence.

III. Judicial History

Federal Court, Trial Division, [1992] 3 F.C. 54

12 Only the issue of liability was before the trial judge, the question of damages having been deferred by agreement. In the original statement of claim, breach of contract was pleaded. At trial, amendments were permitted for the addition of claims in negligence and wrongful revocation of an "irrevocable legal act". The proposed amendment for the inclusion of promissory estoppel as a ground for the claim was denied.

13 On the issue of the scope of the Minister's statutory duty under s. 7 of the *Fisheries Act*, the trial judge considered that the Minister's authorization to issue a licence was "definitive" (p. 67). When the authorization was announced on December 29, 1987, the Minister allocated an allowable catch to the appellant for 1987-88 in a proportion approximately equal to the portion of the 1987-88 fishing season remaining after that date. By January 1988, the appellant was treated as if it already were a "licence holder". When the Minister authorized the issue of the licences to the appellant, he had exhausted his discretion under s. 7 of the *Fisheries Act*. The trial judge noted that the restrictions on the suspension or cancellation of licences provided

(2) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, l'octroi de baux, permis et licences pour un terme supérieur à neuf ans est subordonné à l'autorisation du gouverneur général en conseil.

9. Le ministre peut suspendre ou révoquer tous baux, permis ou licences consentis en vertu de la présente loi si:

a) d'une part, il constate un manquement à leurs dispositions;

b) d'autre part, aucune procédure prévue à la présente loi n'a été engagée à l'égard des opérations qu'ils visent.

III. Historique des procédures judiciaires

Cour fédérale (Section de première instance), [1992] 3 C.F. 54

Seule la question de la responsabilité a été soumise au juge de première instance, la question des dommages-intérêts ayant été différée avec l'accord des parties. Dans la déclaration initiale, on alléguait la violation d'un contrat. Au procès, des modifications y ont été permises de manière à ajouter des réclamations pour négligence et révocation injustifiée d'un «acte légal irrévocable». Le projet de modification destiné à inclure l'irrecevabilité fondée sur une promesse comme motif de réclamation a été refusé.

Quant à la portée de l'obligation qui incombe au Ministre en vertu de l'art. 7 de la *Loi sur les pêches*, le juge de première instance a considéré que l'autorisation du Ministre de délivrer un permis était «définitive» (p. 67). Lors de l'annonce de l'autorisation le 29 décembre 1987, le Ministre a alloué à l'appelante, pour 1987-1988, un total de prise autorisée à peu près proportionnel à la partie de la saison de pêche qui restait après cette date. Dès janvier 1988, l'appelante était traitée comme si elle était déjà «titulaire d'un permis». Lorsque le Ministre a autorisé la délivrance des permis à l'appelante, il a épuisé son pouvoir discrétionnaire selon l'art. 7 de la *Loi sur les pêches*. Le juge de première instance a noté que les restrictions imposées à la suspension ou à la révocation des permis, par l'art. 9 de la *Loi sur les pêches*, ne s'appli-

in s. 9 of the *Fisheries Act* did not apply since no licence had actually been issued.

The trial judge considered that even if s. 7 of the *Fisheries Act* had expressly empowered the Minister to withdraw his authorization, the withdrawal amounted to actionable negligence. He held first that there was a duty of care owed by the respondent to the appellant by virtue of the proximity created by the Minister's representation to the appellant on December 29, 1987 that the licences would be issued. Second, there was a breach of the requisite standard of care because it was "perfectly foreseeable that any departure from the line of conduct (i.e. the issue of the licences) previously announced by the Minister . . . would have a harmful effect on the [appellant]" (p. 72). Third, even though the loss suffered appeared to be pure economic loss, because it was a direct result of the Minister's change of position, the trial judge held that there was sufficient "circumstantial proximity" (*per Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021) to hold the respondent liable for the appellant's economic loss.

On the policy exemption from duty, the trial judge observed that the rationale for the policy exemption assumes that the policy decision is authorized by statute, but in this case the revocation of the authorization was *ultra vires* and was not protected by the policy exemption.

The appellant's claims in contract and for wrongful revocation of an "irrevocable legal act" were dismissed by the trial judge.

Federal Court of Appeal, [1995] 2 F.C. 467

The Federal Court of Appeal in a 2-1 decision allowed the appeal by the Crown. The judges were unanimous in dismissing the present appellant's cross-appeal on contract liability and for wrongful revocation of an irrevocable act. They also agreed

quaint pas étant donné qu'aucun permis n'avait réellement été délivré.

Le juge de première instance a considéré que, même si l'art. 7 de la *Loi sur les pêches* avait habilité expressément le Ministre à retirer son autorisation, ce retrait constituerait une négligence donnant ouverture à des poursuites. Il a statué, premièrement, que le ministre intimé avait une obligation de diligence envers l'appelante en raison du lien de proximité créé par l'assurance qu'il lui avait donnée le 29 décembre 1987, à savoir que les permis seraient délivrés. Deuxièmement, il y avait eu manquement à l'obligation de diligence requise, étant donné qu'on pouvait «certainement prévoir que toute dérogation à la ligne de conduite (c'est-à-dire l'octroi des permis) antérieurement annoncée par le ministre [. . .] causerait préjudice à [l'appelante]» (p. 72). Troisièmement, même si la perte subie paraissait être purement financière, du fait qu'elle résultait directement du changement de position du Ministre, le juge de première instance a conclu à l'existence d'un «lien étroit circonstanciel» suffisant (au sens de l'arrêt *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021) pour que l'intimé soit tenu responsable de la perte financière de l'appelante.

Quant à l'exemption d'obligation en matière de politique, le juge de première instance a noté que le raisonnement qui la sous-tend suppose que la décision de politique est autorisée par la loi, mais, en l'espèce, la révocation de l'autorisation était *ultra vires* et n'était pas protégée par l'exemption en matière de politique.

Le juge de première instance a rejeté les réclamations de nature contractuelle et pour révocation injustifiée d'un «acte légal irrévocable» présentées par l'appelante.

Cour d'appel fédérale, [1995] 2 C.F. 467

Dans un arrêt majoritaire, la Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel de Sa Majesté. Les juges ont rejeté, à l'unanimité, l'appel incident de la présente appelante, fondé sur la responsabilité contractuelle et la révocation injustifiée d'un acte irrévocable.

14

15

16

17

with the trial judge that by virtue of s. 7 of the *Fisheries Act*, the Minister's revocation of the authorization for the licences was *ultra vires*. Stone and Robertson J.J.A., in separate and different reasons, allowed the respondent's appeal on the finding of liability in negligence. Linden J.A. dissented and would have dismissed the respondent's appeal.

18 Stone J.A. allowed the Minister's appeal on the basis that the existence of adequate administrative law remedies in *certiorari* or *mandamus* negated the scope of the *prima facie* duty of care owed by the respondent Minister to the appellant.

19 Robertson J.A. allowed the Minister's appeal on the grounds that the decision to issue the licence was a policy decision and therefore the duty to issue the licence was negated. Under the alternative duty requiring the Minister to act reasonably in ascertaining whether he had the legal authority to revoke the earlier authorization, Robertson J.A. found that the Minister did not breach the requisite standard of care.

20 Linden J.A. in dissent substantially agreed with the trial judge that once the policy decision to authorize the issuance of the licences had been made, no policy issues remained to be resolved and that the respondent Minister was therefore liable in negligence because there was no policy immunity for the revocation decision.

IV. Analysis

21 The question which arises on this appeal is whether the Minister once having authorized the granting of fishing licences had the authority to revoke that authorization. The trial judge and the Court of Appeal, although disagreeing in the result, agreed that in revoking the authorization to issue the licences, the Minister was acting *ultra vires*. With respect, I disagree.

Ils étaient d'accord aussi avec le juge de première instance pour dire qu'aux termes de l'art. 7 de la *Loi sur les pêches* la révocation par le Ministre de l'autorisation de délivrer les permis était *ultra vires*. Les juges Stone et Robertson ont, dans des motifs séparés et distincts, accueilli l'appel de l'intimé contre la conclusion de responsabilité pour négligence. Le juge Linden, dissident, aurait rejeté l'appel de l'intimé.

Le juge Stone était d'avis d'accueillir l'appel du Ministre pour le motif que l'existence des recours appropriés en droit administratif que sont les brefs de *certiorari* et de *mandamus* écartait l'obligation de diligence que le Ministre avait, à première vue, envers l'appelante.

Le juge Robertson était d'avis d'accueillir l'appel du Ministre pour le motif que la décision de délivrer un permis était une décision de politique et que, par conséquent, il n'y avait pas d'obligation de délivrer un permis. Quant à l'obligation subsidiaire qu'avait le Ministre d'agir raisonnablement pour s'assurer qu'il avait le pouvoir légal de révoquer l'autorisation qu'il avait accordée antérieurement, le juge Robertson a conclu que le Ministre n'avait pas manqué à l'obligation de diligence requise.

Le juge Linden, dissident, était d'accord, pour l'essentiel, avec le juge de première instance pour dire qu'une fois prise la décision de politique d'autoriser la délivrance des permis, l'aspect de politique était épuisé, et que le ministre intimé était donc responsable pour cause de négligence parce que sa décision de révoquer ne jouissait pas de l'immunité rattachée à une décision de politique.

IV. Analyse

La question que soulève le présent pourvoi est de savoir si, après avoir autorisé la délivrance de permis de pêche, le Ministre avait le pouvoir de révoquer cette autorisation. Le juge de première instance et la Cour d'appel, quoique en désaccord quant au résultat, ont convenu que le Ministre avait excédé ses pouvoirs en révoquant l'autorisation de délivrer les permis. En toute déférence, je ne suis pas d'accord.

The Minister's power to issue fishing licences is found in s. 7 of the *Fisheries Act*. The section accords the Minister an "absolute discretion" to either "issue" or "authorize to be issued" fishing licences:

7. (1) Subject to subsection (2), the Minister may, in his absolute discretion, wherever the exclusive right of fishing does not already exist by law, issue or authorize to be issued leases and licences for fisheries or fishing, wherever situated or carried on.

(2) Except as otherwise provided in this Act, leases or licences for any term exceeding nine years shall be issued only under the authority of the Governor in Council.

The power to suspend or cancel a licence once issued is found in s. 9:

9. The Minister may suspend or cancel any lease or licence issued under the authority of this Act, if

- (a) the Minister has ascertained that the operations under the lease or licence were not conducted in conformity with its provisions; and
- (b) no proceedings under this Act have been commenced with respect to the operations under the lease or licence.

I agree that s. 9 applies to issued licences only. It is clear from the evidence that the respondent Minister's telex of December 29, 1987, was an authorization to issue a fishing licence within the meaning of s. 7 and that the announcement of April 29, 1988, revoked that authorization.

The statute expressly provides for the circumstances in which an issued licence may be revoked but it is silent on the circumstances in which the Minister may cancel an authorization to issue a licence. The trial judge and Court of Appeal held that a licence once authorized is as good as issued. If this is so, once the Minister authorized the issuance of a licence, he could not revoke the authorization although he could by virtue of s. 9 revoke the issued licence.

L'article 7 de la *Loi sur les pêches* confère au Ministre le pouvoir de délivrer des permis de pêche. Selon cet article, le Ministre peut, «à discrétion», soit «octroyer» des permis de pêche, soit «en permettre l'octroi»:

7. (1) En l'absence d'exclusivité du droit de pêche conférée par la loi, le ministre peut, à discrétion, octroyer des baux et permis de pêche ainsi que des licences d'exploitation de pêcheries — ou en permettre l'octroi —, indépendamment du lieu de l'exploitation ou de l'activité de pêche.

(2) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, l'octroi de baux, permis et licences pour un terme supérieur à neuf ans est subordonné à l'autorisation du gouverneur général en conseil.

L'article 9 accorde le pouvoir de suspendre ou de révoquer un permis qui a été délivré:

9. Le ministre peut suspendre ou révoquer tous baux, permis ou licences consentis en vertu de la présente loi si:

- a) d'une part, il constate un manquement à leurs dispositions;
- b) d'autre part, aucune procédure prévue à la présente loi n'a été engagée à l'égard des opérations qu'ils visent.

Je suis d'accord pour dire que l'art. 9 ne s'applique qu'aux permis déjà délivrés. Il ressort clairement de la preuve que le télex envoyé, le 29 décembre 1987, par le ministre intimé était une autorisation de délivrer un permis de pêche au sens de l'art. 7 et que l'annonce du 29 avril 1988 a révoqué cette autorisation.

La Loi précise les circonstances dans lesquelles un permis délivré peut être révoqué, mais est muette quant à celles dans lesquelles le Ministre peut révoquer une autorisation de délivrer un permis. Le juge de première instance et la Cour d'appel ont statué qu'un permis autorisé équivaut à un permis délivré. Dans ce cas, une fois qu'il aurait autorisé la délivrance d'un permis, le Ministre ne pourrait pas révoquer cette autorisation même si, en vertu de l'art. 9, il pourrait révoquer le permis délivré.

22

23

24

25 There is a “gap” in the *Fisheries Act* to the extent that the text gives no direction as to whether the Minister can revoke an authorization previously given. The twofold powers of the Minister under s. 7 date from the *Fisheries Act*, S.C. 1868, c. 60, s. 2, and are unique in that unlike any other federal statute he has both the power to issue the licence and the power to authorize its issuance.

26 The appellant argued that the Minister under s. 7 had the power either to authorize the issuance of a licence or to actually issue the licence and that if the Minister chose to authorize the issuance of a licence, he retained no continuing role in respect of an authorized licence. I disagree.

27 If Parliament chose to confer on the Minister twofold powers of issuance and authorization to issue, then it must have intended that the two powers be distinct. However, the effect of the distinction is clearer if viewed in an historical perspective.

28 The express delegation or devolution of powers to departmental officials found in s. 7 may appear unnecessary today. Where power is entrusted to a Minister of the Crown, the acts will generally be performed not by the Minister but by delegation to responsible officials in his department: *Carltona, Ltd. v. Commissioners of Works*, [1943] 2 All E.R. 560 (C.A.); *R. v. Harrison*, [1977] 1 S.C.R. 238, at pp. 245-46. At the time of the initial enactment of s. 7, the *prima facie* presumption of statutory construction which grew up around the Latin maxim *delegatus non potest delegare* that “[a] discretion conferred by statute is . . . intended to be exercised by the authority on which the statute has conferred it and by no other authority” may have operated more strongly. Express delegation was generally thought necessary. See John Willis, “*Delegatus non potest delegare*” (1943), 21 *Can. Bar Rev.* 257, at p. 259 and generally for a review of the earlier authorities.

Il y a une «lacune» dans la *Loi sur les pêches* dans la mesure où le texte ne donne aucune directive quant à savoir si le Ministre peut révoquer une autorisation. Le pouvoir à deux volets conféré au Ministre par l'art. 7 remonte à l'art. 2 de l'*Acte des Pêcheries*, S.C. 1868, ch. 60, et est unique en ce sens que, à la différence de toute autre loi fédérale, le Ministre est habilité à la fois à délivrer le permis et à autoriser sa délivrance.

L'appelante a fait valoir que le Ministre avait, aux termes de l'art. 7, le pouvoir d'autoriser la délivrance d'un permis ou de délivrer effectivement le permis, et que s'il choisissait d'autoriser la délivrance d'un permis, il n'avait plus aucun rôle à jouer concernant un permis autorisé. Je ne suis pas de cet avis.

Si le législateur a choisi de conférer au Ministre un pouvoir de délivrance et un pouvoir d'autorisation de délivrer, il doit alors avoir voulu que les deux pouvoirs soient distincts. Cependant, l'effet de la distinction est plus clair si on l'envisage sous un angle historique.

La délégation explicite de pouvoirs à des agents du Ministère, qui est effectuée à l'art. 7, peut sembler inutile aujourd'hui. Lorsqu'un pouvoir est conféré à un ministre, les mesures nécessaires seront prises généralement non pas par le ministre lui-même, mais par les fonctionnaires compétents de son ministère, en vertu d'une délégation de pouvoir: *Carltona, Ltd. c. Commissioners of Works*, [1943] 2 All E.R. 560 (C.A.); *R. c. Harrison*, [1977] 1 R.C.S. 238, aux pp. 245 et 246. À l'époque où l'art. 7 a été adopté pour la première fois, la présomption *prima facie* d'interprétation législative qui s'est développée au sujet de la maxime latine *delegatus non potest delegare* et qui voulait qu'[TRADUCTION]«[u]n pouvoir discrétionnaire conféré par une loi [soit] [. . .] destiné à être exercé par l'autorité à qui la loi l'a conféré et par personne d'autre», pouvait s'appliquer avec plus de rigueur. La délégation explicite était généralement jugée nécessaire. Voir John Willis, «*Delegatus non potest delegare*» (1943), 21 *R. du B. can.* 257, à la p. 259, et de manière générale, pour un examen de la jurisprudence et de la doctrine antérieures.

Clearly, the purpose of s. 7 is the issuance of licences. In my view, nothing more is meant by the express devolution of authority to the Minister's officials than a method for issuing licences by the Minister through delegates. The section is not directed towards the authorization of licences; that is not the object or the finality of the section. Rather, it is directed to the issuance of licences which, once issued, require special provisions to abrogate them. Whether the Minister decides as an initial step to authorize the issuance of a licence, there is no finality to this authorization for any of the parties concerned until such time as the licence is finally issued. It is in light of the purpose of the section that we must consider whether the Minister could revoke the authorization while it subsisted.

The question of whether the Minister could revoke a subsisting authorization must be considered having regard to his or her overall discretion under s. 7. The scope of the Minister's discretion under s. 7 of the *Fisheries Act* has been judicially considered. In *Re Fisheries Act, 1914*, [1930] 1 D.L.R. 194, at pp. 200-201, the Privy Council in confirming the majority of the Supreme Court of Canada, [1928] S.C.R. 457, held that under the wording of the then *Fisheries Act* there was no express provision nor necessary implication to be found permitting the Minister a discretion to refuse to issue a fishing licence, when applied for by a qualified applicant.

In 1929, the *Fisheries Act* was amended to add the words "in his absolute discretion" following the word "may" in S.C. 1929, c. 42, s. 2. In the 1985 amendment to the *Fisheries Act*, the adjective "absolute" was dropped in the French text. The dropping of the qualifier "absolute" in the French version merely indicates that the translator regarded the French term "à discrétion" as equivalent to the English phrase, "in his absolute discretion". See *Everett v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* (1994), 169 N.R. 100 (F.C.A.), per MacGuigan J.A. at p. 105:

Il est évident que l'objet de l'art. 7 est la délivrance de permis. À mon avis, la délégation de pouvoir aux fonctionnaires du Ministre n'est rien de plus qu'un moyen, pour ce dernier, de délivrer des permis par l'intermédiaire de personnes déléguées. L'article ne vise pas l'autorisation de permis; ce n'est là ni son objet ni son but ultime. Il vise plutôt la délivrance de permis qui, une fois délivrés, nécessitent le recours à des dispositions particulières pour être révoqués. Peu importe que le Ministre décide initialement d'autoriser la délivrance d'un permis, cette autorisation n'est irrévocable pour aucune des parties concernées tant et aussi longtemps que le permis n'est pas finalement délivré. C'est en fonction de l'objet de l'article qu'il nous faut examiner si le Ministre pouvait révoquer l'autorisation pendant qu'elle était en vigueur.

Il faut se demander si le Ministre pouvait révoquer une autorisation en vigueur eu égard au pouvoir discrétionnaire global dont l'investit l'art. 7. Les tribunaux ont examiné l'étendue du pouvoir discrétionnaire conféré au Ministre par l'art. 7 de la *Loi sur les pêches*. Dans *Re Fisheries Act, 1914*, [1930] 1 D.L.R. 194, aux pp. 200 et 201, le Conseil privé, confirmant l'opinion majoritaire de la Cour suprême du Canada, [1928] R.C.S. 457, a statué que le texte alors en vigueur de la *Loi des pêcheries* ne permettait pas de conclure, en vertu d'une disposition expresse ou par déduction nécessaire, que le Ministre avait le pouvoir discrétionnaire de refuser de délivrer un permis de pêche à un requérant ayant les qualités requises.

En 1929, la *Loi des pêcheries* a été modifiée par l'ajout des mots «à sa discrétion absolue» après le mot «peut», à S.C. 1929, ch. 42, art. 2. Dans la modification apportée en 1985 à la *Loi sur les pêcheries*, l'adjectif «absolue» a été supprimé dans la version française. Cette suppression indique seulement que le traducteur a considéré que l'expression «à discrétion» équivalait à l'expression anglaise «in his absolute discretion». Voir l'arrêt *Everett c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)* (1994), 169 N.R. 100 (C.A.F.), le juge MacGuigan, à la p. 105:

29

30

31

A discretion, whether or not described as absolute, is subject to the same legal limitations, and in my opinion the term "absolute" in the English version of the statute is redundant.

Un pouvoir discrétionnaire, qu'il soit absolu ou non, est soumis aux mêmes limitations juridiques, et à mon avis, le terme «absolute» figurant dans le texte anglais est redondant.

32

In *Everett*, the Minister had refused to issue a groundfish ottertrawl licence to the applicant for 1993. This was based on an investigation and finding by the Department that in 1990, Everett had exceeded his cod quota by approximately 57,363 pounds. Everett's position was that the Minister's actions amounted to a suspension or a cancellation of the applicant's fishing licence, and that the governing provision was s. 9 of the *Fisheries Act*. At trial (1993), 63 F.T.R. 279, at pp. 283-84, Denault J. followed *Joliffe v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 511 (T.D.), and held that the Minister was not suspending or cancelling an existing licence but was simply refusing to issue a licence for 1993. The Federal Court of Appeal, in the decision cited *supra*, affirmed that finding.

Dans l'affaire *Everett*, le Ministre avait refusé de délivrer au requérant, pour l'année 1993, un permis de pêche du poisson de fond au chalut à panneaux. Cette décision faisait suite à une enquête du Ministère qui lui avait permis de conclure qu'en 1990 Everett avait capturé environ 57 363 livres de morue de plus que le quota qui lui avait été alloué. Everett avait soutenu que les mesures du Ministre revenaient à suspendre ou à révoquer son permis de pêche et que la disposition applicable était l'art. 9 de la *Loi sur les pêches*. Au procès (1993), 63 F.T.R. 279, aux pp. 283 et 284, le juge Denault a suivi l'arrêt *Joliffe c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 511 (1^{re} inst.), et a conclu que le Ministre ne suspendait ni ne révoquait un permis existant, mais qu'il refusait simplement de délivrer un permis pour l'année 1993. La Cour d'appel fédérale a, dans l'arrêt précité, confirmé cette conclusion.

33

Joliffe held that there is no such thing as a vested right in a licence beyond those rights granted for the period for which the licence was issued. In *Joliffe*, the plaintiffs sought a declaration against the Minister on their entitlement to fish for salmon by purse seine after he had failed to deliver on assurances he had given them that he would re-issue a licence for salmon purse-seining. Upon termination of a licence, the Minister has an "absolute discretion" in the issuance of new ones, *per Strayer J.* (later J.A.), at p. 520:

Dans *Joliffe*, on a statué qu'un permis ne comportait aucun droit acquis outre les droits accordés pour la période pour laquelle il est délivré. Dans cette affaire, les demandeurs voulaient obtenir un jugement déclaratoire contre le Ministre, qui reconnaîtrait leur droit de pêcher le saumon à la senne à poche, après qu'il eut omis de donner suite à l'assurance qu'il leur avait donnée qu'il délivrerait de nouveau un permis en ce sens. À l'expiration du permis, le Ministre peut, «à sa discrétion absolue», en délivrer un nouveau, d'après le juge Strayer (plus tard juge à la Section d'appel) à la p. 520:

While there is a good deal of force in the contention of the plaintiffs that licences, because they have a recognized commercial value and are frequently bought and sold, should be regarded as vesting in their holders a right which is indefeasible except (as contemplated by section 9 of the Act) where there has been a breach of the conditions of the licence, I am unable to find support for that conception of licences in the Act or Regulations. First, it must be underlined that no matter what the popular belief on the subject, by sections 34 and 37 of the Regulations no licence is valid for more than one year

Bien qu'il faille accorder beaucoup de poids à l'argument des demandeurs selon lequel les permis, parce qu'ils ont une valeur commerciale reconnue et sont souvent achetés et vendus, confèrent à leurs détenteurs un droit irrévocable sauf (comme le prévoit l'article 9 de la Loi) lorsqu'il y a eu manquement à l'une des conditions du permis, je ne peux trouver dans la Loi ou dans le Règlement de fondement à une telle interprétation. Il faut d'abord souligner que quelle que soit la croyance populaire à ce sujet, les articles 34 et 37 du Règlement prévoient qu'aucun permis n'est valide pour plus d'un

and expires as of March 31 in any given year. It is true that by section 9 of the Act the Minister's power to cancel licences is restricted to situations where there has been a breach of a condition of the licence, and no doubt in exercising that power of cancellation the Minister or his representatives would have to act fairly: see *Lapointe v. Min. of Fisheries & Oceans* (1984), 9 Admin. L.R. 1 (F.C.T.D.). But licences terminate each year and by section 7 the Minister has an "absolute discretion" in the issuance of new licences. I am therefore unable to find a legal underpinning for the "vesting" of a licence beyond the rights which it gives for the year in which it was issued.

In *Delisle v. Canada*, [1991] F.C.J. No. 459 (T.D.), it was held that the power conferred on the Minister by s. 7 of the *Fisheries Act* to issue a fishing licence implied the discretionary power to refuse to issue such a licence.

While the existence of regulations under s. 43 of the *Fisheries Act* may restrict the Minister's absolute discretion (*R. v. Halliday* (1994), 129 N.S.R. (2d) 317 (S.C.)), that is not an issue in this appeal.

It is my opinion that the Minister's discretion under s. 7 to authorize the issuance of licences, like the Minister's discretion to issue licences, is restricted only by the requirement of natural justice, no regulations currently being applicable. The Minister is bound to base his or her decision on relevant considerations, avoid arbitrariness and act in good faith. The result is an administrative scheme based primarily on the discretion of the Minister: see *Thomson v. Minister of Fisheries and Oceans*, F.C.T.D., No. T-113-84, February 29, 1984.

This interpretation of the breadth of the Minister's discretion is consonant with the overall policy of the *Fisheries Act*. Canada's fisheries are a "common property resource", belonging to all the people of Canada. Under the *Fisheries Act*, it is the Minister's duty to manage, conserve and develop

an et tous expirent le 31 mars de chaque année. Il est vrai qu'aux termes de l'article 9 de la Loi, le Ministre ne peut exercer son pouvoir de révoquer les permis que dans les seuls cas où il y a eu manquement à une condition du permis, et il ne fait pas de doute que dans l'exercice de ce pouvoir de révocation, le Ministre ou ses représentants doivent agir équitablement: voir *Lapointe c. Min. des Pêches et Océans* (1984), 9 Admin. L.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.). Mais les permis prennent fin chaque année et aux termes de l'article 7, le Ministre exerce une «discretion absolue» en ce qui concerne la délivrance de nouveaux permis. Il m'est donc impossible de trouver un fondement juridique à l'«octroi» d'un permis au-delà des droits qui sont accordés pour l'année pour laquelle il est délivré.

Dans la décision *Delisle c. Canada*, [1991] A.C.F. n° 459 (QL), on a statué que le pouvoir de délivrer un permis de pêche, que l'art. 7 de la *Loi sur les pêches* conférait au Ministre, comportait implicitement le pouvoir discrétionnaire de refuser de délivrer ce permis.

Bien que le pouvoir discrétionnaire absolu du Ministre puisse être restreint par l'existence de règlements pris en vertu de l'art. 43 de la *Loi sur les pêches* (*R. c. Halliday* (1994), 129 N.S.R. (2d) 317 (C.S.)), cette question n'est pas soulevée dans le présent pourvoi.

Je suis d'avis que le pouvoir discrétionnaire d'autoriser la délivrance de permis, qui est conféré au Ministre par l'art. 7, est, à l'instar de son pouvoir discrétionnaire de délivrer des permis, restreint seulement par l'exigence de justice naturelle, étant donné qu'il n'y a actuellement aucun règlement applicable. Le Ministre doit fonder sa décision sur des considérations pertinentes, éviter l'arbitraire et agir de bonne foi. Il en résulte un régime administratif fondé principalement sur le pouvoir discrétionnaire du Ministre: voir *Thomson c. Ministre des Pêches et Océans*, C.F. 1^{re} inst., n° T-113-84, 29 février 1984.

Cette interprétation de la portée du pouvoir discrétionnaire du Ministre est conforme à la politique globale de la *Loi sur les pêches*. Les ressources halieutiques du Canada sont un bien commun qui appartient à tous les Canadiens. En vertu de la *Loi sur les pêches*, le Ministre a l'obli-

34

35

36

37

the fishery on behalf of Canadians in the public interest (s. 43). Licensing is a tool in the arsenal of powers available to the Minister under the *Fisheries Act* to manage fisheries. It restricts the entry into the commercial fishery, it limits the numbers of fishermen, vessels, gear and other aspects of commercial fishery.

gation de gérer, conserver et développer les pêches au nom des Canadiens et dans l'intérêt public (art. 43). Les permis sont un outil dans l'arsenal de pouvoirs que la *Loi sur les pêches* confère au Ministre pour gérer les pêches. Ils permettent de restreindre l'accès à la pêche commerciale, de limiter le nombre de pêcheurs et de navires et d'imposer des restrictions quant aux engins de pêche utilisés et à d'autres aspects de la pêche commerciale.

38 Under the *Fisheries Act*, the Minister has the additional authority to open and close fisheries (s. 43(a)), identify and prosecute those who damage or destroy fishery habitat (ss. 35-40), order the construction of fish-passes over fish-producing streams (ss. 20-22), or act to enhance fish-producing streams (s. 43(h) and (i)).

En vertu de la *Loi sur les pêches*, le Ministre a aussi le pouvoir d'ouvrir et de fermer des pêcheries (al. 43a)), d'identifier et de poursuivre les personnes qui détériorent ou détruisent l'habitat du poisson (art. 35 à 40), d'ordonner la construction de passes migratoires dans les cours d'eau où fraie le poisson (art. 20 à 22) ou de prendre des mesures pour améliorer les cours d'eau où fraie le poisson (al. 43h) et i)).

39 What then is the nature of the Minister's power with respect to authorizing the issuance of a licence? The question is whether the Minister may revoke a subsisting authorization and in the words of the appellant, whether the Minister continues to have a "continuing role" with respect to the authorization or not.

Quelle est donc la nature du pouvoir du Ministre pour ce qui est d'autoriser la délivrance d'un permis? Il s'agit de savoir si le Ministre peut révoquer une autorisation en vigueur et, pour reprendre les mots de l'appelante, si le Ministre continue de jouer un rôle relativement à l'autorisation donnée.

40 In light of the foregoing review on the purpose of s. 7 and the broad discretion afforded to the Minister in the exercise of his duties thereunder, it is my view that the Minister's power to authorize the issuance of licences is a continuing power until such time as a licence is actually issued. It follows that he retains the power to revoke the authorization at any time prior to the issuance of the licence. Once the authorization is revoked, the person authorized no longer has the authority to issue the licence. After the issuance, the ability to revoke is governed by s. 9 of the Act.

Compte tenu de l'examen qui vient d'être fait de l'objet de l'art. 7 et du large pouvoir discrétionnaire accordé au Ministre dans l'exercice des fonctions que lui confère cet article, je suis d'avis que le pouvoir du Ministre d'autoriser la délivrance d'un permis est constant jusqu'au moment où le permis est effectivement délivré. Il s'ensuit qu'il conserve le pouvoir de révoquer l'autorisation en tout temps avant la délivrance du permis. Dès que l'autorisation est révoquée, la personne autorisée n'a plus le pouvoir de délivrer le permis. Après la délivrance, le pouvoir de révocation est régi par l'art. 9 de la Loi.

41 Section 31(3) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, provides:

Le paragraphe 31(3) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, se lit ainsi:

31. . . .

31. . . .

(3) Where a power is conferred or a duty imposed, the power may be exercised and the duty shall be performed from time to time as occasion requires.

The forerunner of this provision is the *Interpretation Act, 1889* (U.K.), 52 & 53 Vict., c. 63, s. 32(1), which abolished the common law rule that a power conferred by statute was exhausted by a single exercise of the power (*Halsbury's Statutes* (4th ed. 1995 Reissue), vol. 41, "Statutes" at p. 991). The classic definition of the meaning of the phrase "from time to time" was enunciated in the decision of the House of Lords in *Lawrie v. Lees* (1881), 7 App. Cas. 19, at p. 29:

... the words "from time to time" are words which are constantly introduced where it is intended to protect a person who is empowered to act from the risk of having completely discharged his duty when he has once acted, and therefore not being able to act again in the same direction. The meaning of the words "from time to time" is that after he has made one order he may make a fresh order to add something to it, or take something from it, or reverse it altogether

However, Wade, *Administrative Law*, (7th ed. 1994), at pp. 261-62, argues that in applying this interpretive rule, one must distinguish between continuing powers and powers restricted to a single case:

In the interpretation of statutory powers and duties there is a rule that, unless the contrary intention appears, 'the power may be exercised and the duty shall be performed from time to time as occasion requires' (*Interpretation Act 1978*, s. 12). But this gives a highly misleading view of the law where the power is a power to decide questions affecting legal rights. In those cases the courts are strongly inclined to hold that the decision, once validly made, is an irrevocable legal act and cannot be recalled or revised. The same arguments which require finality for the decisions of courts of law apply to the decisions of statutory tribunals, ministers and other authorities.

For this purpose a distinction has to be drawn between powers of a continuing character and powers which, once exercised, are finally expended so far as concerns the particular case. An authority which has a duty to maintain highways or a power to take land by

(3) Les pouvoirs conférés peuvent s'exercer, et les obligations imposées sont à exécuter, en tant que de besoin.

Ce paragraphe a pour précurseur le par. 32(1) de l'*Interpretation Act, 1889* (R.-U.), 52 & 53 Vict., ch. 63, qui a aboli la règle de common law selon laquelle un pouvoir conféré par une loi était épuisé dès qu'il avait été exercé une fois (*Halsbury's Statutes* (4^e éd., réédition de 1995), vol. 41, «Statutes», à la p. 991). La définition classique de l'expression «*from time to time*» («de temps à autre», «à l'occasion») a été donnée dans l'arrêt de la Chambre des lords *Lawrie c. Lees* (1881), 7 App. Cas. 19, à la p. 29:

[TRADUCTION] . . . les mots «de temps à autre» sont les mots que l'on utilise toujours lorsque l'on entend qu'une personne habilitée à faire quelque chose ne soit pas privée de son pouvoir une fois l'acte accompli, et qu'elle ne soit pas, dès lors, empêchée d'agir à nouveau dans ce sens. Les mots «de temps à autre» signifient que cette personne peut, après avoir pris un décret, en prendre un autre pour ajouter ou retirer quelque chose au premier ou pour le modifier du tout au tout . . .

Toutefois, dans *Administrative Law* (7^e éd. 1994), aux pp. 261 et 262, Wade soutient que, pour appliquer cette règle d'interprétation, il faut distinguer entre pouvoirs constants et pouvoirs restreints à un seul cas:

[TRADUCTION] Pour interpréter les pouvoirs et obligations prévus par une loi, il existe une règle selon laquelle, à moins qu'une intention contraire ne ressorte, «le pouvoir conféré peut être exercé et l'obligation imposée doit être exécutée en tant que de besoin» (*Interpretation Act 1978*, art. 12). Mais cela donne un aperçu fort trompeur du droit lorsque le pouvoir en question est un pouvoir de trancher des questions touchant des droits conférés par la loi. Dans ces cas, les tribunaux ont fortement tendance à statuer que la décision, une fois qu'elle a été prise d'une manière valide, est un acte légal irrévocable et ne peut être ni annulée ni révisée. Les mêmes arguments exigeant l'irrévocabilité des décisions judiciaires s'appliquent aux décisions des tribunaux administratifs, des ministres et des autres autorités.

À cette fin, il faut établir une distinction entre les pouvoirs de nature constante et les pouvoirs qui, une fois exercés, sont définitivement épuisés, du moins en ce qui concerne l'affaire en question. Il est clair qu'une autorité qui a le devoir d'entretenir les routes ou le pou-

compulsory purchase may clearly act 'from time to time as occasion requires'. But if in a particular case it has to determine the amount of compensation or to fix the pension of an employee, there are equally clear reasons for imposing finality. Citizens whose legal rights are determined administratively are entitled to know where they stand.

There is a third class of cases where there is power to decide questions affecting private rights but where there is also an inherent power to vary an order or power to entertain fresh proceedings and make a different decision. Decisions on licensing applications and other decisions of policy will usually fall into this class, since policy is essentially variable.

voir d'exproprier des terrains peut agir «en tant que de besoin». Mais si, dans une affaire particulière, elle doit déterminer une indemnité ou fixer la pension d'un employé, il est tout aussi clair que l'irrévocabilité s'impose. Les citoyens dont les droits font l'objet d'une décision administrative ont le droit de savoir à quoi s'en tenir.

Il y a une troisième catégorie de cas où il existe un pouvoir de trancher des questions touchant des droits privés, mais où il existe aussi un pouvoir inhérent de modifier une ordonnance ou d'engager de nouvelles procédures et de rendre une décision différente. Les décisions relatives à des demandes de permis et les autres décisions de politique relèvent généralement de cette catégorie, étant donné qu'une politique est essentiellement variable.

43 The power to issue the licence, once exercised in any single instance, is expended and may only be revised or revoked under the specific statutory conditions in s. 9. However, the power to authorize is a continuing power within the meaning of s. 31(3) of the *Interpretation Act*. I do not think that the authorization to issue the licence conferred upon the appellant an irrevocable legal right to a licence. Until the licence is issued, there is no licence and therefore no permission to do what is otherwise prohibited, namely fish for lobster in the offshore. Unless and until the licence is actually issued, the Minister in furtherance of government policy may reevaluate or reconsider his initial decision to authorize the licence. Until the Minister actually issued the licence, he possessed a continuing power to reconsider his earlier decision to authorize and or issue the licence: *Reference re Maritime Freight Rates Act*, [1933] S.C.R. 423.

Le pouvoir de délivrer un permis, une fois exercé dans une affaire, est épuisé et la délivrance ne peut être révisée ou révoquée qu'aux conditions particulières énoncées à l'art. 9. Toutefois, le pouvoir d'autoriser est un pouvoir constant au sens du par. 31(3) de la *Loi d'interprétation*. Je ne pense pas que l'autorisation de délivrer un permis ait conféré à l'appelante un droit irrévocable à un permis. Jusqu'à ce que le permis soit délivré, il n'y a pas de permis et, par conséquent, aucune permission de faire ce qui est par ailleurs interdit, à savoir pêcher le homard en haute mer. Tant et aussi longtemps que le permis n'est pas délivré, le Ministre, peut, aux fins d'appliquer la politique du gouvernement, réévaluer sa décision initiale d'autoriser le permis et revenir sur celle-ci. Jusqu'à ce qu'il ait effectivement délivré le permis, le Ministre avait le pouvoir constant soit de revenir sur sa décision antérieure d'autoriser, soit de délivrer le permis: *Reference re Maritime Freight Rates Act*, [1933] R.C.S. 423.

44 The appellant argued that the Minister was *functus officio* once he had authorized the issuance of an offshore lobster fishery licence. I do not agree. As Denault J. put it in *C.W.C. v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 F.C. 643 (T.D.), at p. 652, "[i]n all cases where the authority to act is given by a statute or other instrument, it is a matter of inter-

L'appelante fait valoir que le Ministre était *functus officio* après avoir autorisé la délivrance d'un permis de pêche hauturière du homard. Je ne suis pas de cet avis. Comme l'affirme le juge Denault, dans la décision *S.T.C. c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 C.F. 643 (1^{re} inst.), à la p. 652, «[d]ans tous les cas où le pouvoir d'agir est conféré par une loi ou un autre document officiel, la question de savoir si le pouvoir peut être exercé

pretation whether the power may be exercised only once or more than once”.

In *C.W.C.*, the Governor in Council, acting pursuant to s. 64(1) of the *National Telecommunications Powers and Procedures Act*, R.S.C. 1970, c. N-17, as amended by S.C. 1987, c. 34, s. 302, issued several Orders in Council varying or rescinding a specific order of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission more than once. Under s. 64(1), there was a grant of an explicit power to vary or rescind any order or decision of the Commission “at any time”. Denault J., at p. 656, decided that having regard for the legislative function which the Governor in Council was exercising, the subsection could not be construed as conferring a one-time-only statutory power to vary or rescind because that interpretation would “destroy the ability of the Governor in Council to respond to the immediate policy concerns of the day which transcend individual interest”.

I agree with Denault J. Here, as in that case, the Minister’s wide discretion must be interpreted in the light of the need to respond to immediate policy concerns affecting the fishery.

The Minister in the instant case was not exercising a legislative function but was responding to what he felt were pressing and immediate concerns of the inshore lobster fishery. With the revocation of the authorization on April 29, 1988, the Minister ordered further study of the issues facing the lobster industry in the Scotia-Fundy region. He asked the Atlantic Regional Council to establish the terms of reference of a major socio-economic analysis of the state of the lobster industry generally in the Scotia-Fundy region.

The study was completed in 1990 and it recommended that no new inshore or offshore licences be issued, since that could “influence the distribution of income derived from the lobster fishery, the ability of new entrants to gain access to the fishery

une seule fois ou plus d’une fois est une question d’interprétation».

Dans *S.T.C.*, le gouverneur en conseil s’était fondé sur le par. 64(1) de la *Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications*, S.R.C. 1970, ch. N-17, modifiée par L.C. 1987, ch. 34, art. 302, pour prendre, plus d’une fois, plusieurs décrets modifiant ou rescindant une ordonnance particulière du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. Le paragraphe 64(1) accordait explicitement le pouvoir de modifier ou de rescinder toute ordonnance ou décision du Conseil «à toute époque». Le juge Denault a décidé, à la p. 656, que, eu égard à la fonction législative que le gouverneur en conseil exerçait, ce paragraphe ne pouvait pas être interprété comme conférant un pouvoir législatif de modifier ou de rescinder une seule fois, parce que cela aurait pour effet de «détruire la capacité du gouverneur en conseil de réagir aux préoccupations politiques immédiates du jour qui transcendent les intérêts individuels».

Je suis d’accord avec le juge Denault. Ici, tout comme dans cette affaire, il faut interpréter le vaste pouvoir discrétionnaire du Ministre en fonction du besoin de répondre aux préoccupations de politique immédiates touchant les pêches.

Le Ministre, en l’espèce, n’exerçait pas une fonction législative, mais répondait à ce qu’il percevait comme étant des préoccupations urgentes et immédiates du secteur de la pêche côtière du homard. En révoquant l’autorisation le 29 avril 1988, le Ministre a ordonné une autre étude des questions auxquelles faisait face le secteur de la pêche du homard dans la région Scotia-Fundy. Il a demandé au Conseil régional de l’Atlantique de définir les paramètres d’une analyse socio-économique majeure de l’état du secteur de la pêche du homard en général dans la région Scotia-Fundy.

L’étude a été terminée en 1990 et on a recommandé qu’aucun nouveau permis de pêche côtière ou de pêche hauturière ne soit délivré, étant donné que cela pourrait [TRADUCTION] «influer sur la répartition du revenu tiré de la pêche du homard,

45

46

47

48

and the relationship between the inshore and off-shore fisheries”.

sur la capacité de nouveaux venus d'avoir accès aux pêches et sur le lien entre la pêche côtière et la pêche hauturière».

49 It is only after a licence has been issued that the *Fisheries Act* imposes limits upon the Minister's discretion. No such limits are imposed upon the Minister's authorization of a fishing licence and in the absence of any words or an indication of legislative intent to the contrary, none should be imposed.

Ce n'est qu'une fois qu'un permis a été délivré que la *Loi sur les pêches* impose des limites au pouvoir discrétionnaire du Ministre. De telles limites ne sont pas imposées à l'égard de l'autorisation d'un permis de pêche par le Ministre et, en l'absence de propos ou d'indication d'une intention contraire de la part du législateur, aucune ne devrait être imposée.

50 Where a Minister of the Crown is required by statute to exercise his or her discretion in reaction to immediate and pressing policy concerns, the Legislature can usually be taken to have intended that he or she be ultimately responsible to political authority. In most instances the issuance of the licence would be expected to follow its authorization in short order. Nonetheless, the time between the two does permit the Minister to assess his authorization in light of government policy or a change in circumstances.

Lorsqu'un ministre est requis par la loi d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour réagir à des préoccupations de politique immédiates et urgentes, on peut habituellement considérer que le législateur a voulu que ce ministre soit responsable, en fin de compte, envers les autorités politiques. Dans la plupart des cas, on s'attendrait à ce que la délivrance d'un permis suive de près son autorisation. Toutefois, l'intervalle qui sépare les deux permet au Ministre d'évaluer son autorisation en fonction de la politique du gouvernement ou d'un changement de circonstances.

51 It is my opinion that the Minister implementing government policy in the discharge of his office was not acting *ultra vires* in revoking the authorization he had previously given to issue offshore lobster fishery licences to the appellant.

J'estime que le Ministre appliquait la politique du gouvernement dans l'exercice de ses fonctions, et qu'il n'a pas excédé ses pouvoirs en révoquant l'autorisation qu'il avait donnée de délivrer à l'appelante des permis de pêche hauturière du homard.

52 The determination of this issue alone is not sufficient to dispose of the appeal. There remains the issue of whether the appellant can establish a duty of care and a breach of the requisite standard.

La réponse à cette seule question n'est pas suffisante pour trancher le pourvoi. Il reste à déterminer si l'appelante peut établir l'existence d'une obligation de diligence et d'un manquement à l'obligation requise en la matière.

53 The sole ground of negligence alleged by the appellant was breach of the “defendant's statutory duty”. In light of my conclusion that the Minister had the continuing authority to revoke the authorization and did so legitimately for the purpose of implementing government policy, the appellant cannot establish any duty on the Minister to actually issue the licences previously authorized.

Le seul motif de négligence invoqué par l'appelante était le manquement à [TRADUCTION] «l'obligation légale de la défenderesse». Compte tenu de ma conclusion que le Ministre avait le pouvoir constant de révoquer l'autorisation et qu'il l'a fait légitimement aux fins d'appliquer la politique du gouvernement, l'appelante n'est pas en mesure d'établir l'existence d'une obligation de la part du Ministre de délivrer les permis précédemment autorisés.

The respondent submitted that the duty owed to the appellant was the duty to exercise due care in ascertaining the scope of the Minister's statutory authority under s. 7 of the *Fisheries Act*, and that the Minister interpreted his statutory authority correctly. I agree. It follows that there was no breach of the standard of care.

In the absence of the appellant establishing a duty of care owed to it, the appeal fails.

I do not see any merit in the appellant's argument in contract and would dismiss the appeal on that ground as well.

The trial judge and the Court of Appeal refused the amendment for the inclusion of the plea of promissory estoppel. The appellant did not pursue that ground before this Court. These reasons do not express any opinion on the merits of that claim or any other claim differently framed.

I would dismiss the appeal without costs.

Appeal dismissed without costs.

Solicitors for the appellant: McInnes Cooper & Robertson, Halifax.

Solicitor for the respondent: George Thomson, Ottawa.

L'intimé a soutenu que son obligation envers l'appelante était l'obligation de faire preuve de diligence en vérifiant la portée du pouvoir que l'art. 7 de la *Loi sur les pêches* lui conférait, et qu'il a correctement interprété le pouvoir qui lui était conféré par la Loi. Je suis du même avis. Il s'ensuit qu'il n'y a eu aucun manquement à l'obligation de diligence.

Vu que l'appelante n'a pas établi l'existence d'une obligation de diligence envers elle, le pourvoi échoue.

Je juge non fondé l'argument de nature contractuelle de l'appelante et je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel également.

Le juge de première instance et la Cour d'appel ont refusé la modification visant à inclure le moyen de l'irrecevabilité fondée sur une promesse. L'appelante n'a pas repris ce moyen devant notre Cour. Aucune opinion n'est exprimée, dans les présents motifs, quant au bien-fondé de ce moyen ou de toute autre demande formulée différemment.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi sans accorder de dépens.

Pourvoi rejeté sans dépens.

Procureurs de l'appelante: McInnes Cooper & Robertson, Halifax.

Procureur de l'intimée: George Thomson, Ottawa.

54

55

56

57

58

Dell Holdings Limited *Appellant*

v.

Toronto Area Transit Operating Authority *Respondent*

INDEXED AS: TORONTO AREA TRANSIT OPERATING AUTHORITY v. DELL HOLDINGS LTD.

File No.: 24695.

1996: October 9; 1997: January 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Expropriation — Compensation — Disturbance damages — Company involved in land development in Ontario suffering financial loss as result of delay in expropriation process on portion of its land — Whether loss compensable as disturbance damages under provincial expropriation legislation — Expropriations Act, R.S.O. 1980, c. 148, ss. 13(2)(b), 18(1).

Administrative law — Standard of review — Ontario Municipal Board — Standard of review applicable to Board's decision.

The appellant is in the business of land development and was the owner of 40 acres of land in the city of Mississauga for which it was seeking the necessary approvals for residential development. The respondent, a Crown agency, recommended two sites for the construction of a new GO Transit station for the interregional transit systems. Both sites proposed were located on the appellant's land. The city withheld the necessary approvals for the development of that land until the respondent decided which portion of it to acquire. Because of the time required by the respondent to reach a final decision as to the precise location and acreage needed for the station, the development of the portion of the appellant's land which was not expropriated was delayed for two years. The Ontario Municipal Board found that the damages suffered by the appellant as a result of the delay in the expropriation process were recoverable as disturbance damages under s. 13(2)(b) of the Ontario *Expropriations Act* and awarded the appellant \$500,000. Both the Divisional Court and the Court

Dell Holdings Limited *Appelante*

c.

Régie des transports en commun de la région de Toronto *Intimée*

RÉPERTORIÉ: RÉGIE DES TRANSPORTS EN COMMUN DE LA RÉGION DE TORONTO c. DELL HOLDINGS LTD.

N° du greffe: 24695.

1996: 9 octobre; 1997: 30 janvier.

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

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

Expropriation — Indemnité — Dommages imputables à des troubles de jouissance — Une entreprise faisant de l'aménagement foncier en Ontario a subi des pertes financières en raison de la lenteur du processus d'expropriation d'une partie de son bien-fonds — Cette perte est-elle indemnisable au titre des dommages imputables à des troubles de jouissance en vertu de la loi provinciale sur l'expropriation? — Expropriations Act, R.S.O. 1980, ch. 148, art. 13(2)(b), 18(1).

Droit administratif — Norme de contrôle — Commission des affaires municipales de l'Ontario — Norme de contrôle applicable à la décision de la Commission.

L'appelante, qui fait de l'aménagement foncier, était propriétaire, dans la ville de Mississauga, de 40 acres de terrain à l'égard desquels elle sollicitait les approbations nécessaires pour un projet d'aménagement résidentiel. L'intimée, une société d'État, avait recommandé deux emplacements en vue de la construction d'une nouvelle station du Réseau GO pour les réseaux de transport en commun interrégionaux. Les deux emplacements proposés étaient situés sur le bien-fonds de l'appelante. La ville a refusé les approbations nécessaires pour le projet d'aménagement de ce bien-fonds tant que l'intimée n'aurait pas décidé quelle partie du terrain elle voulait acquérir. Par suite du temps mis par l'intimée pour arrêter sa décision finale quant à l'emplacement précis et à la superficie requise pour la station du Réseau GO, l'aménagement de la partie non expropriée du bien-fonds de l'appelante a été retardé pendant deux ans. La Commission des affaires municipales de l'Ontario a conclu que les dommages subis par l'appelante à cause de la lenteur de la procédure d'expropriation étaient

of Appeal held that the damages were not compensable under the Act.

Held (Iacobucci J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Major JJ.: Since the *Expropriations Act* is a remedial statute, it must be given a broad and liberal interpretation consistent with its purpose to adequately compensate those whose lands are taken to serve the public interest. Here, the appellant's land was ready and appropriate for development. The damages sustained by the appellant represented the financial loss suffered from the extra costs incurred and profits which were lost as a result of the delay by the respondent in acquiring the site. These losses are compensable as disturbance damages pursuant to s. 13(2)(b) of the *Expropriations Act*. They were the natural and reasonable consequences of the expropriation. The delay in developing the land was not occasioned by the city's decision to postpone the necessary approvals for the appellant's proposed development. When the respondent determined that some portion of the land might be required for a new GO Transit station, that entire parcel of land was frozen. The city had no alternative but to wait until the respondent decided how much and what portion of the land it required for the station before considering a development.

The wording of s. 13(2)(b) of the *Expropriations Act* does not limit disturbance damages to losses relating only to the expropriated land. If it is a reasonable and natural consequence of the expropriation that the owner experiences losses with regard to the remaining land then this, just as much as losses relating solely to the expropriated land, must come within the definition of disturbance damages. In any event, the damages suffered in this case do not relate only to the remaining lands. The appellant was seeking to develop the entire parcel of land and nothing could be done with any part of it until the respondent decided which portion to expropriate. Its entire business of developing the land was disturbed during the waiting period. The resulting

indemnifiables au titre des dommages imputables à des troubles de jouissance en vertu de l'al. 13(2)(b) de l'*Expropriations Act* de l'Ontario, et elle a accordé à l'appelante la somme de 500 000 \$. La Cour divisionnaire et la Cour d'appel ont toutes deux statué que les dommages n'étaient pas indemnifiables en vertu de cette loi.

Arrêt (le juge Iacobucci est dissident): Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Major: Comme l'*Expropriations Act* est une loi réparatrice, elle doit recevoir une interprétation large, libérale et compatible avec son objet, qui est d'indemniser adéquatement les personnes dont les biens-fonds sont expropriés dans l'intérêt public. En l'espèce, le bien-fonds de l'appelante était utilisé en tant que bien-fonds convenant à des fins d'aménagement et prêt à être utilisé à cette fin. Les dommages subis par l'appelante correspondaient à la perte financière résultant des coûts additionnels engagés et aux profits perdus par suite du retard mis par l'intimée à acquérir l'emplacement. Ces pertes sont indemnifiables en tant que dommages imputables à des troubles de jouissance conformément à l'al. 13(2)(b) de l'*Expropriations Act*. Elles étaient le résultat normal de l'expropriation. Le retard dans l'aménagement du bien-fonds n'a pas été occasionné par la décision de la ville d'attendre avant d'accorder les approbations nécessaires pour le projet d'aménagement de l'appelante. Lorsque l'intimée a décidé qu'une partie du bien-fonds pourrait être requise pour une nouvelle station du Réseau GO, la totalité de cette parcelle s'est trouvée bloquée. La ville n'avait d'autre choix que d'attendre que l'intimée décide de quelle superficie et de quelle partie de ce bien-fonds elle avait besoin pour la station avant de pouvoir envisager tout aménagement.

Le texte de l'al. 13(2)(b) de l'*Expropriations Act* ne restreint pas les dommages imputables aux troubles de jouissance aux pertes touchant uniquement le bien-fonds exproprié. Si l'expropriation a comme résultat normal que le propriétaire subit des pertes relativement à la partie restante du bien-fonds, alors ces pertes, tout autant que celles touchant seulement le bien-fonds exproprié, sont visées par la définition de dommages imputables aux troubles de jouissance. Quoi qu'il en soit, les dommages subis en l'espèce ne se rapportent pas uniquement à la partie restante du bien-fonds. L'appelante désirait mettre en valeur toute la parcelle de terrain et aucune partie du bien-fonds ne pouvait servir à quoi que ce soit avant que l'intimée décide quelle partie devait être expropriée. L'ensemble de ses activités d'aménagement foncier ont été perturbées pendant la période

loss clearly comes within the definition of a business disturbance.

Although an owner whose land is caught up in a zoning or planning process, but not expropriated, must simply accept in the public interest any loss that accrues from delay, damages for disturbance can appropriately be awarded in situations where there has been an expropriation. Statutory and judicial approaches to compensation are very different in these two situations. It is the taking of the land which triggers and gives rise to a right to compensation under the *Expropriations Act*.

An expropriated party is entitled to recover the damages caused by the expropriation which occur prior to the date of expropriation. The actual act of expropriation of any property is part of a continuing process. The approach to damages flowing from expropriation should thus not be a temporal one but rather should be based upon causation. Since, in this case, the increased costs of the appellant's development business during the waiting period between the announcement of potential expropriation and the actual taking of the land were caused by the expropriation, they are compensable as disturbance damages. The appellant should not be denied compensation for disturbance damages simply because the nature of its business was such that no action could be taken to mitigate the damages caused by the expropriation.

The standard of review which should be applied to the Ontario Municipal Board's decision is one of correctness. Not only is there no privative clause in the *Expropriations Act* but a very wide power of appeal is granted. Nor is there any aspect of particular expertise involved in this decision. Since the Board's decision was correct, its award of \$500,000 for disturbance damages should be restored.

Per Iacobucci J. (dissenting): In order to recover disturbance damages under s. 18(1) of the *Expropriations Act*, a party must show that those costs represent the natural and reasonable consequences of the expropriation. Normally, the term "expropriation" refers to the actual taking of a person's land. Thus, on its face, the appellant's loss would not seem to fall within the definition

d'attente. La perte qui en résulte relève clairement de la définition de troubles de jouissance à des fins commerciales.

Bien qu'un propriétaire dont le bien-fonds est touché par un processus de zonage ou d'aménagement mais n'est pas exproprié n'ait d'autre choix que d'assumer, dans l'intérêt public, toute perte résultant de retards, des dommages-intérêts peuvent à juste titre être accordés pour des troubles de jouissance dans les cas où il y a eu expropriation. Tant les approches prévues par la législation que celles appliquées par les tribunaux en matière d'indemnisation sont fort différentes dans ces deux types de situations. C'est l'expropriation du bien-fonds qui donne naissance au droit à une indemnité en vertu de l'*Expropriations Act*.

Une partie expropriée a le droit d'être indemnisée des dommages causés par l'expropriation et qui surviennent avant la date de l'expropriation. L'acte d'expropriation lui-même fait partie d'un processus continu. L'approche applicable à l'égard des dommages découlant d'une expropriation ne devrait donc pas être fondée sur des considérations de nature temporelle, mais plutôt sur le lien de causalité. En l'espèce puisque c'est l'expropriation qui a été la cause de l'accroissement des coûts des activités d'aménagement de l'appelante au cours de la période d'attente entre l'annonce de l'expropriation possible du bien-fonds et l'expropriation elle-même, ces coûts sont indemnisables en tant que dommages imputables à des troubles de jouissance. L'appelante ne devrait pas être privée d'une indemnité pour troubles de jouissance simplement parce que la nature de ses activités commerciales empêchait la prise de mesures visant à limiter les dommages causés par l'expropriation.

La norme de contrôle applicable à la décision de la Commission des affaires municipales de l'Ontario est celle de la décision correcte. Non seulement l'*Expropriations Act* ne renferme pas de clause privative, mais au contraire elle confère un très vaste pouvoir d'appel. De plus, cette décision ne met en jeu aucune expertise particulière. Puisque la décision de la Commission était correcte, il y a lieu de rétablir le montant de 500 000 \$ qu'elle a accordé au titre des dommages imputables aux troubles de jouissance.

Le juge Iacobucci (dissent): Pour être indemnisée des dommages imputables à des troubles de jouissance en vertu du par. 18(1) de l'*Expropriations Act*, une partie doit démontrer que les frais en cause sont les résultats normaux de l'expropriation. Habituellement, le mot «expropriation» s'entend de l'appropriation concrète du bien-fonds d'une personne. À première vue, la perte de

of disturbance damages specified in s. 18(1), since the source of its complaint is not the taking of its land but rather the time which the respondent took to decide exactly which piece of land to expropriate. Further, the case law does not support the view that pre-expropriation delay forms part of the expropriation "process". The term "process", as used in *McAnulty Realty*, refers to events occurring after the taking of the land, not to any action undertaken in the pre-expropriation period. Accordingly, the period leading up to the taking of land does not fall within the meaning of the term "expropriation" in s. 18(1) and any loss caused by the passing of time prior to the actual expropriation does not qualify as disturbance damages. Furthermore, even if the pre-expropriation forms part of the "expropriation process", it did not cause the loss. Rather, the city's refusal to rezone the appellant's land did so. Nothing in the respondent's conduct forced the city to postpone consideration of the appellant's rezoning application. The city's refusal to proceed with the development plan, while undeniably influenced by the "expropriation process", was not determined by it. The city made a choice to defer its decision until the respondent had settled its GO Station plans. Given that the delay in reaching an expropriation decision did not, in fact, cause the delay in rezoning, then the pre-expropriation delay also did not cause the appellant's loss within the meaning of "disturbance damages" as found in s. 18(1). Finally, even if certain policy considerations may weigh in favour of the government bearing the cost of pre-expropriation delay, a court should be reluctant to weigh policy more heavily than the clear language of the statute and the existing expropriation jurisprudence. With respect to the appellant's alternative claim for damages resulting from injurious affection, the clear wording of the *Expropriations Act* precludes such a claim.

Cases Cited

By Cory J.

Applied: *Director of Buildings and Lands v. Shun Fung Ironworks Ltd.*, [1995] 2 A.C. 111; **approved:**

l'appelante ne semble donc pas visée par la définition de dommages imputables à des troubles de jouissance prévue au par. 18(1), puisque la source de sa plainte n'est pas la prise de son bien-fonds, mais le temps qu'a mis l'intimée à décider exactement quelle parcelle de terrain devait être expropriée. De plus, la jurisprudence n'appuie pas le point de vue que la période d'attente qui précède l'expropriation fait partie du «processus» d'expropriation. Le mot «processus», tel qu'il a été utilisé dans *McAnulty Realty*, se rapportait à des événements postérieurs à la prise de possession du bien-fonds, et non à des mesures prises au cours de la période ayant précédé l'expropriation. En conséquence, la période qui précède la prise de possession du bien-fonds ne peut être visée par le mot «expropriation» au sens du par. 18(1), et les pertes causées par l'écoulement du temps avant l'expropriation elle-même ne peuvent être considérées comme des dommages imputables à des troubles de jouissance. Par ailleurs, même si la période qui précède l'expropriation fait partie du «processus d'expropriation», elle n'a pas causé la perte. C'est plutôt le refus de la ville de modifier le zonage du bien-fonds de l'appelant qui l'a causée. La conduite de l'intimée n'a aucunement forcé la ville à retarder l'examen de la demande de modification de zonage présentée par l'appelante. Même si la décision de refuser d'examiner le projet d'aménagement a indéniablement été influencée par le «processus d'expropriation», elle n'a pas été déterminée par celui-ci. La ville a choisi de retarder sa décision jusqu'à ce que l'intimée ait arrêté ses plans concernant la station du Réseau GO. Comme le temps mis à prendre la décision concernant l'expropriation n'a pas, dans les faits, causé le retard dans la modification du zonage, le temps mis à exproprier n'a donc pas non plus causé la perte de l'appelante au titre des «dommages imputables à des troubles de jouissance» visés au par. 18(1). Enfin, même si certaines considérations de politique générale peuvent militer en faveur du fait qu'il appartient au gouvernement de supporter les coûts des lenteurs à exproprier, un tribunal devrait hésiter à accorder à une telle politique plus d'importance qu'au texte clair de la loi et qu'à la jurisprudence existante en matière d'expropriation. En ce qui concerne l'autre volet de la demande d'indemnisation de l'appelante, qui est fondé sur les dommages causés par un effet préjudiciable, le libellé clair de l'*Expropriations Act* exclut le versement d'une indemnité à ce titre.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêt appliqué: *Director of Buildings and Lands c. Shun Fung Ironworks Ltd.*, [1995] 2 A.C. 111; **arrêt**

Lafleche v. Ministry of Transportation and Communications (1975), 8 L.C.R. 77; **referred to:** *Bersenas v. Minister of Transportation and Communications* (1984), 31 L.C.R. 97; *Ridgeport Developments v. Metropolitan Toronto Region Conservation Authority* (1976), 11 L.C.R. 143; *Hartel Holdings Co. v. City of Calgary*, [1984] 1 S.C.R. 337; *Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101; *Diggon-Hibben Ltd. v. The King*, [1949] S.C.R. 712; *Imperial Oil Ltd. v. The Queen*, [1974] S.C.R. 623; *Pacific Coast Coin Exchange of Canada Ltd. v. Ontario Securities Commission*, [1978] 2 S.C.R. 112; *Laidlaw v. Municipality of Metropolitan Toronto*, [1978] 2 S.C.R. 736; *The Queen in Right of British Columbia v. Tener*, [1985] 1 S.C.R. 533; *Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel Ltd.*, [1920] A.C. 508; *City of Montreal v. Daniel J. McAnulty Realty Co.*, [1923] S.C.R. 273; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557.

By Iacobucci J. (dissenting)

City of Montreal v. Daniel J. McAnulty Realty Co., [1923] S.C.R. 273; *Director of Buildings and Lands v. Shun Fung Ironworks Ltd.*, [1995] 2 A.C. 111; *A. M. Souter & Co. v. City of Hamilton* (1972), 2 L.C.R. 167.

Statutes and Regulations Cited

Expropriations Act, R.S.O. 1980, c. 148 [now R.S.O. 1990, c. E.26], ss. 1(1)(e), 2(1), 13, 15, 18(1), 19(1), 21, 23, 33(2).

Authors Cited

Archambault, Jean-Denis. «Les troubles de jouissance et les atteintes aux droits d'autrui résultant de travaux publics non fautifs» (1990), 21 *R.G.D.* 5.
 Boyd, Kenneth J. *Expropriation in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988.
Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, «expropriation».
 Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.
 Ontario. Law Reform Commission. *Report of the Ontario Law Reform Commission on the Basis for Compensation on Expropriation*. Toronto: The Commission, 1967.
 Ontario. Royal Commission Inquiry into Civil Rights. Report. Toronto: Queen's Printer, 1968.
 Todd, Eric. *The Law of Expropriation and Compensation in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

approuvé: *Lafleche c. Ministry of Transportation and Communications* (1975), 8 L.C.R. 77; **arrêts mentionnés:** *Bersenas c. Minister of Transportation and Communications* (1984), 31 L.C.R. 97; *Ridgeport Developments c. Metropolitan Toronto Region Conservation Authority* (1976), 11 L.C.R. 143; *Hartel Holdings Co. c. Ville de Calgary*, [1984] 1 R.C.S. 337; *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101; *Diggon-Hibben Ltd. c. The King*, [1949] R.C.S. 712; *Imperial Oil Ltd. c. La Reine*, [1974] R.C.S. 623; *Pacific Coast Coin Exchange of Canada Ltd. c. Commission des valeurs mobilières de l'Ontario*, [1978] 2 R.C.S. 112; *Laidlaw c. Municipalité du Toronto métropolitain*, [1978] 2 R.C.S. 736; *La Reine du chef de la Colombie-Britannique c. Tener*, [1985] 1 R.C.S. 533; *Attorney-General c. De Keyser's Royal Hotel Ltd.*, [1920] A.C. 508; *City of Montreal c. Daniel J. McAnulty Realty Co.*, [1923] R.C.S. 273; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557.

Citée par le juge Iacobucci (dissident)

City of Montreal c. Daniel J. McAnulty Realty Co., [1923] R.C.S. 273; *Director of Buildings and Lands c. Shun Fung Ironworks Ltd.*, [1995] 2 A.C. 111; *A. M. Souter & Co. c. City of Hamilton* (1972), 2 L.C.R. 167.

Lois et règlements cités

Expropriations Act, R.S.O. 1980, ch. 148 [maintenant L.R.O. 1990, ch. E.26], art. 1(1)e), 2(1), 13, 15, 18(1), 19(1), 21, 23, 33(2).

Doctrine citée

Archambault, Jean-Denis. «Les troubles de jouissance et les atteintes aux droits d'autrui résultant de travaux publics non fautifs» (1990), 21 *R.G.D.* 5.
 Boyd, Kenneth J. *Expropriation in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988.
Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, «expropriation».
 Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990.
 Ontario. Commission de réforme du droit. *Report of the Ontario Law Reform Commission on the Basis for Compensation on Expropriation*. Toronto: The Commission, 1967.
 Ontario. Royal Commission Inquiry into Civil Rights. Report. Toronto: Queen's Printer, 1968.
 Todd, Eric. *The Law of Expropriation and Compensation in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1995), 22 O.R. (3d) 733, 80 O.A.C. 158, 123 D.L.R. (4th) 157, 55 L.C.R. 1, affirming a judgment of the Divisional Court (1991), 3 O.R. (3d) 78, 50 O.A.C. 192, 80 D.L.R. (4th) 112, 45 L.C.R. 250, which allowed the respondent's appeal and dismissed the appellant's cross-appeal from a decision of the Ontario Municipal Board (1990), 43 L.C.R. 138, allowing the appellant's claim for compensation. Appeal allowed, Iacobucci J. dissenting.

Bryan Finlay, Q.C., and *Lynda C. E. Tanaka* and *J. Gregory Richards*, for the appellant.

John D. Brownlie, Q.C., and *Susan J. Heakes*, for the respondent.

The judgment of La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Major JJ. was delivered by

CORY J. — The business of land development carried on by Dell Holdings Limited (“Dell”) was delayed for two years as a result of expropriation proceedings. The question to be resolved on this appeal is whether the substantial damages occasioned by that delay can be recovered under the *Expropriations Act*, R.S.O. 1980, c. 148 (now R.S.O. 1990, c. E.26).

I. Factual Background

In the mid-1970s, the appellant Dell owned approximately 40 acres of land in the city of Mississauga for which it was seeking the necessary government approval for residential development. The respondent, Toronto Area Transit Operating Authority (the “Authority”) is a Crown agency with a statutory mandate to design, establish and operate interregional transit systems.

In March of 1977, the Authority released a report recommending the construction of a new Mississauga GO Transit station on one of two

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1995), 22 O.R. (3d) 733, 80 O.A.C. 158, 123 D.L.R. (4th) 157, 55 L.C.R. 1, qui a confirmé un jugement de la Cour divisionnaire (1991), 3 O.R. (3d) 78, 50 O.A.C. 192, 80 D.L.R. (4th) 112, 45 L.C.R. 250, qui avait accueilli l'appel de l'intimée et rejeté l'appel incident de l'appelante contre une décision de la Commission des affaires municipales de l'Ontario (1990), 43 L.C.R. 138, qui avait accueilli la demande d'indemnité de l'appelante. Pourvoi accueilli, le juge Iacobucci est dissident.

Bryan Finlay, c.r., et *Lynda C. E. Tanaka* et *J. Gregory Richards*, pour l'appelante.

John D. Brownlie, c.r., et *Susan J. Heakes*, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Major rendu par

LE JUGE CORY — Dell Holdings Limited («Dell») a dû retarder pendant deux ans l'aménagement d'un bien-fonds en raison de procédures d'expropriation. La question qui doit être tranchée dans le présent pourvoi est de savoir si les dommages considérables occasionnés par ce retard peuvent être indemnisés en vertu de l'*Expropriations Act*, R.S.O. 1980, ch. 148 (maintenant la *Loi sur l'expropriation*, L.R.O. 1990, ch. E.26).

I. Les faits

Au milieu des années 70, l'appelante Dell était propriétaire d'environ 40 acres de terrain dans la ville de Mississauga et elle sollicitait l'approbation gouvernementale nécessaire pour fins d'aménagement résidentiel. L'intimée, la Régie des transports en commun de la région de Toronto (la «Régie»), est une société d'État qui a, en vertu de la loi, le mandat de concevoir, d'établir et d'assurer le fonctionnement de réseaux de transport en commun interrégionaux.

En mars 1977, la Régie a publié un rapport dans lequel elle recommandait la construction d'une nouvelle station du Réseau GO de Mississauga à

sites, both of which were located on the lands owned by Dell. In June of 1977, the Regional Municipality of Peel and the city of Mississauga endorsed both potential sites. While the Authority continued its studies to determine the preferred location and the precise amount of land needed, the municipality withheld all the requisite approvals to subdivide and develop Dell's land. In March of 1980, the Authority decided on the site and expropriated over 9 acres of Dell's land.

l'un des deux emplacements retenus, qui se trouvaient sur le bien-fonds de Dell. En juin 1977, la municipalité régionale de Peel et la ville de Mississauga ont donné leur aval aux deux emplacements proposés. Pendant que la Régie continuait ses études pour déterminer le meilleur emplacement et la superficie exacte nécessaire, la municipalité a refusé toutes les approbations requises pour le lotissement et l'aménagement du bien-fonds de Dell. En mars 1980, la Régie a arrêté son choix de l'emplacement et a exproprié plus de 9 acres du bien-fonds de Dell.

4 The parties agree that the time which the Authority took to choose the site and to determine the precise amount of land required for the GO Station did in fact delay the development of the portion of Dell's land which was not expropriated and that Dell did indeed suffer damages as a result of the delay. The sole issue to be resolved is whether the damages are compensable under the *Expropriations Act*.

Les parties conviennent, d'une part, que le temps mis par la Régie à choisir l'emplacement et à déterminer la superficie exacte nécessaire pour la station du Réseau GO a effectivement retardé l'aménagement de la partie du bien-fonds de Dell qui n'avait pas été expropriée, et, d'autre part, que Dell a bel et bien subi des dommages en conséquence. La seule question qui doit être tranchée en l'espèce est de savoir si ces dommages sont indemnisables en vertu de l'*Expropriations Act*.

II. The Relevant Statutory Authority

II. Les dispositions législatives pertinentes

5 *Expropriations Act*, R.S.O. 1980, c. 148

Expropriations Act, R.S.O. 1980, ch. 148

[TRADUCTION]

1. — (1) In this Act,

1. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

. . .

(e) "injurious affection" means,

e) «effet préjudiciable» S'entend:

(i) where a statutory authority acquires part of the land of an owner,

(i) lorsqu'une autorité légalement compétente acquiert une partie du bien-fonds d'un propriétaire:

(A) the reduction in market value thereby caused to the remaining land of the owner by the acquisition or by the construction of the works thereon or by the use of the works thereon or any combination of them, and

(A) d'une part, de la diminution de la valeur marchande de la partie restante du bien-fonds du propriétaire qui est causée par cette acquisition, par la construction d'ouvrages sur le bien-fonds, par l'utilisation des ouvrages qui s'y trouvent ou par toute combinaison de ces éléments,

(B) such personal and business damages, resulting from the construction or use, or both, of the works as the statutory authority would

(B) d'autre part, des dommages personnels et commerciaux qui résultent de la construction ou de l'utilisation des ouvrages, ou de ces deux éléments à la fois, et dont l'autorité légalement compétente serait tenue respon-

be liable for if the construction or use were not under the authority of a statute

2. — (1) Notwithstanding any general or special Act, where land is expropriated or injurious affection is caused by a statutory authority, this Act applies.

13. — (1) Where land is expropriated, the expropriating authority shall pay the owner such compensation as is determined in accordance with this Act.

(2) Where the land of an owner is expropriated, the compensation payable to the owner shall be based upon,

- (a) the market value of the land;
- (b) the damages attributable to disturbance;
- (c) damages for injurious affection; and
- (d) any special difficulties in relocation,

but, where the market value is based upon a use of the land other than the existing use, no compensation shall be paid under clause (b) for damages attributable to disturbance that would have been incurred by the owner in using the land for such other use.

18. — (1) The expropriating authority shall pay to an owner other than a tenant, in respect of disturbance, such reasonable costs as are the natural and reasonable consequences of the expropriation, including,

- (a) where the premises taken include the owner's residence,
 - (i) an allowance to compensate for inconvenience and the cost of finding another residence of 5 per cent of the compensation payable in respect of the market value of that part of the land expropriated that is used by the owner for residential purposes, provided that such part was not being offered for sale on the date of the expropriation, and
 - (ii) an allowance for improvements the value of which is not reflected in the market value of the land;
- (b) where the premises taken do not include the owner's residence, the owner's costs of finding premises to replace those expropriated, provided that the lands

sable si cette construction ou cette utilisation n'étaient pas autorisées aux termes d'une loi

2. (1) Malgré toute loi générale ou spéciale, la présente loi s'applique lorsqu'une autorité légalement compétente exproprie un bien-fonds ou cause un effet préjudiciable.

13. (1) Lorsqu'un bien-fonds est exproprié, l'autorité expropriante verse au propriétaire l'indemnité fixée conformément à la présente loi.

(2) Lorsque le bien-fonds d'un propriétaire est exproprié, le montant de l'indemnité à verser au propriétaire se fonde sur:

- a) la valeur marchande du bien-fonds;
- b) les dommages imputables à des troubles de jouissance;
- c) les dommages causés par un effet préjudiciable;
- d) les difficultés particulières, le cas échéant, relatives à la réinstallation du propriétaire.

Toutefois, si la valeur marchande est fondée sur une utilisation du bien-fonds autre que l'utilisation existante, aucune indemnité prévue à l'alinéa b) n'est versée en contrepartie des dommages imputables aux troubles de jouissance que le propriétaire aurait subis en utilisant son bien-fonds à cette autre fin.

18. (1) L'autorité expropriante rembourse au propriétaire autre qu'un locataire, à l'égard de troubles de jouissance, les frais raisonnables qui sont les résultats normaux de l'expropriation, notamment:

- a) si l'immeuble exproprié comprend le logement du propriétaire:
 - (i) une allocation, pour compenser le dérangement causé et les frais de recherche d'un autre logement, égale à 5 pour cent de l'indemnité à verser à l'égard de la valeur marchande de la partie du bien-fonds expropriée que le propriétaire utilise aux fins d'habitation, à condition toutefois que cette partie du bien-fonds n'ait pas été en vente à la date de l'expropriation,
 - (ii) une allocation pour les améliorations dont la valeur n'apparaît pas dans la valeur marchande du bien-fonds;
- b) si l'immeuble exproprié ne comprend pas le logement du propriétaire, les frais de recherche d'autres immeubles par celui-ci pour remplacer ceux qui ont

were not being offered for sale on the date of expropriation; and

(c) relocation costs, including,

(i) the moving costs, and

(ii) the legal and survey costs and other non-recoverable expenditures incurred in acquiring other premises.

19. — (1) Where a business is located on the land expropriated, the expropriating authority shall pay compensation for business loss resulting from the relocation of the business made necessary by the expropriation and, unless the owner and the expropriating authority otherwise agree, the business losses shall not be determined until the business has moved and been in operation for six months or until a three-year period has elapsed, whichever occurs first.

III. Decisions Below

Ontario Municipal Board (1990), 43 L.C.R. 138

6 The Board concluded that the damages caused by the delay in the expropriation process were recoverable as disturbance damages. It reached this conclusion on the basis that they were caused by and flowed from an act of the Authority undertaken in contemplation of the expropriation and which was an integral step in the process. The Board found that the delay was directly caused by the Authority, since the municipality was required to withhold approval of Dell's proposed development until the Authority had decided which lands to acquire. As a consequence, it found that Dell was entitled to be compensated for the damages caused by the delay as if they arose from the expropriation itself.

7 In support of its position, the Board cited and relied upon *Bersenas v. Minister of Transportation and Communications* (1984), 31 L.C.R. 97 (Ont. Div. Ct.).

8 The Board carefully considered the amount of the damages that should be awarded and settled on

été expropriés, à condition toutefois que le bien-fonds n'ait pas été en vente à la date de l'expropriation;

c) les frais de réinstallation, notamment:

(i) les frais de déménagement,

(ii) les honoraires d'avocat, frais d'arpentage et les autres dépenses non recouvrables engagés pour acquérir un autre immeuble.

19. (1) Si un commerce est situé sur le bien-fonds exproprié, l'autorité expropriante verse une indemnité pour la perte de revenus commerciaux résultant de la réinstallation du commerce qu'entraîne l'expropriation. À moins que le propriétaire et l'autorité expropriante n'en conviennent autrement, ces pertes ne sont pas fixées avant que le commerce n'ait déménagé et fait l'objet d'une exploitation pendant six mois ou qu'un délai de trois ans ne se soit écoulé, selon la première de ces éventualités à se réaliser.

III. Les juridictions inférieures

La Commission des affaires municipales de l'Ontario (1990), 43 L.C.R. 138

La Commission a conclu que les dommages causés par le retard dans la procédure d'expropriation pouvaient être indemnisés à titre de dommages imputables à des troubles de jouissance. Elle a fondé sa conclusion sur le fait que ces dommages avaient été causés par une mesure que la Régie avait prise en vue de l'expropriation et qui faisait partie intégrante de la procédure. La Commission a estimé que le retard avait été directement causé par la Régie, puisque la municipalité était tenue de refuser d'approuver le projet d'aménagement de Dell tant que la Régie n'aurait pas décidé quels terrains elle voulait acquérir. En conséquence, la Commission a statué que Dell avait le droit d'être indemnisée des dommages causés par le retard, comme s'ils découlaient de l'expropriation elle-même.

À l'appui de sa position, la Commission a cité et appliqué la décision *Bersenas c. Minister of Transportation and Communications* (1984), 31 L.C.R. 97 (C. div. Ont.).

La Commission a soigneusement examiné le montant des dommages-intérêts à accorder et l'a

the figure of \$500,000. That sum is not in issue. Rather, the question is whether the losses suffered by Dell are compensable.

Ontario Divisional Court (1991), 3 O.R. (3d) 78

The principal issue before the Divisional Court was whether the damages caused by the delay could be recovered under the category disturbance damages pursuant to s. 13(2) of the Act. Steele J. concluded that there was ample evidence to support the Board's finding that Dell was in fact delayed in developing its land because of the time required for the Authority to reach a final decision as to the land to be taken. As well, he agreed with the Board's conclusion that Dell suffered \$500,000 in damages as a result of the delay. He stated that the only question was whether the award of damages was consistent with the *Expropriations Act* and the policy which lay behind it.

Steele J. observed that it is well known that planning takes time and that the process will affect property values, whether land is expropriated or not. He reasoned that if the legislature had intended that compensation be paid for such a delay it would have specifically said so. In his view, for Dell to be successful, it had to show that it was entitled to compensation for disturbance damages under s. 13(2)(b) or for injurious affection under s. 13(2)(c).

Steele J. noted that there is no definition of disturbance in the Act. He looked to the examples of disturbance set out in s. 18 to assist him in interpreting the term. He expressed the opinion that the examples of disturbance damages set out in s. 18 are basically relocation costs or costs related to residences or premises. He adopted the definition of disturbance set out in *Ridgeport Developments v. Metropolitan Toronto Region Conservation*

fixé à 500 000 \$. Cette somme n'est pas contestée. La question en litige est plutôt de savoir si les pertes subies par Dell sont indemnisables.

La Cour divisionnaire de l'Ontario (1991), 3 O.R. (3d) 78

La principale question en Cour divisionnaire était de savoir si les dommages causés par le retard pouvaient être indemnisés sous le chef des dommages imputables à des troubles de jouissance visés au par. 13(2) de la Loi. Le juge Steele a conclu que la preuve étayait amplement la conclusion de la Commission que Dell avait effectivement été retardée dans l'aménagement de son bien-fonds par suite du temps pris par la Régie pour arrêter sa décision finale quant au choix des terres devant être expropriées. De plus, le juge Steele s'est dit d'accord avec la conclusion de la Commission selon laquelle Dell avait subi des dommages de 500 000 \$ en raison de ce retard. Il a affirmé que la seule question qui se posait était de savoir si l'attribution de dommages-intérêts était compatible avec l'*Expropriations Act* et la politique qui la sous-tend.

Le juge Steele a souligné qu'il est notoire que la planification est un long processus ayant une incidence sur la valeur d'un bien-fonds, que celui-ci soit ou non exproprié. Il a maintenu que si le législateur avait voulu qu'une indemnité soit versée à l'égard de tels retards il l'aurait dit expressément. Selon lui, pour avoir gain de cause, Dell devait démontrer qu'elle avait le droit d'être indemnisée des dommages imputables à des troubles de jouissance en vertu de l'al. 13(2)b) ou causés par un effet préjudiciable en vertu de l'al. 13(2)c).

Le juge Steele a fait remarquer que les troubles de jouissance ne sont pas définis dans la Loi. Il a examiné les exemples de troubles de jouissance énumérés à l'art. 18 pour s'aider dans l'interprétation de cette expression. Il a exprimé l'opinion que les exemples de dommages imputables à des troubles de jouissance prévus à l'art. 18 sont fondamentalement des frais de réinstallation ou des coûts rattachés aux logements ou aux immeubles. Le juge Steele a adopté la définition des troubles de jouissance formulée dans *Ridgeport Develop-*

9

10

11

Authority (1976), 11 L.C.R. 143 (Ont. L.C.B.), at p. 155:

Disturbance damages as referred to in ss. 13 and 18 of the Act, are, in the opinion of the Board, the same damages as at common law, that is, all damages, costs and expenses, *apart from the market value of lands taken and damages for injurious affection*, as are directly attributable to the expropriation of lands or premises on which a business or undertaking was carried on, *or proposed to be carried on, including personal or business losses resulting from the expulsion of the owner*, provided they are not too remote, *and are not within the exception in the latter part of s. 13*, with the exception of business loss and goodwill provided for separately in s. 19. [Italics in original.]

ments c. Metropolitan Toronto Region Conservation Authority (1976), 11 L.C.R. 143 (L.C.B. Ont.), à la p. 155:

[TRADUCTION] De l'avis de la Commission, les dommages imputables aux troubles de jouissance prévus aux art. 13 et 18 de la Loi sont les mêmes que ceux que reconnaît la common law, c'est-à-dire tous les dommages, coûts et dépenses, *indépendamment de la valeur marchande du bien-fonds exproprié et des dommages causés par un effet préjudiciable*, qui sont directement imputables à l'expropriation des terres ou de l'immeuble où a été exploité un commerce ou une entreprise, *ou que l'on se proposait d'exploiter, y compris les pertes personnelles ou commerciales attribuables à l'expulsion du propriétaire*, pourvu qu'ils ne soient ni trop indirects *ni visés par l'exception prévue dans la dernière partie de l'art. 13*, à l'exception des pertes commerciales et de l'achalandage que prévoit séparément l'art. 19. [En italique dans l'original.]

12 He found that no damages could be awarded at common law on the facts presented in this case. In support of this position, he cited and relied upon *Hartel Holdings Co. v. City of Calgary*, [1984] 1 S.C.R. 337. He concluded that since Dell could not have recovered at common law, it was not entitled to recover under the Act.

Le juge Steele a conclu que, compte tenu des faits présentés en l'espèce, il ne pouvait être accordé de dommages-intérêts en vertu de la common law. Au soutien de sa position, il a cité et appliqué l'arrêt *Hartel Holdings Co. c. Ville de Calgary*, [1984] 1 R.C.S. 337. Il a conclu que, comme Dell ne pouvait pas être indemnisée en vertu de la common law, elle ne pourrait l'être en vertu de la Loi.

13 In summary, he held that there was no disturbance within the meaning of the Act in this case as the appellant did not move or take any action either prior to or after the expropriation that would give rise to a claim for disturbance. He went on to find that damages due to delay could not be described as "injurious affection" since the damages were not caused by the construction or the use of the GO Station as required by s. 1(1)(e)(i)(B) of the *Expropriations Act*.

En résumé, le juge Steele a statué qu'il n'existait pas, en l'espèce, de troubles de jouissance au sens de la Loi, puisque l'appelante n'avait pas, avant ou après l'expropriation, présenté de requête ou intenté d'action qui aurait donné naissance à une réclamation fondée sur des troubles de jouissance. Il a poursuivi en concluant que les dommages imputables au retard ne pouvaient pas être qualifiés d'«effet préjudiciable» puisqu'ils n'avaient pas été causés par la construction ou l'utilisation de la station du Réseau GO, comme l'exige la division 1(1)(e)(i)(B) de l'*Expropriations Act*.

Ontario Court of Appeal (1995), 22 O.R. (3d) 733

Cour d'appel de l'Ontario (1995), 22 O.R. (3d) 733

14 The Court of Appeal endorsed the finding that the time taken by the Authority in determining the precise location and acreage required for the GO Station delayed the development of the appellant's

La Cour d'appel a souscrit à la conclusion que le temps pris par la Régie pour arrêter l'emplacement précis et la superficie requise pour la station du Réseau GO a eu pour effet de retarder l'aménagement

remaining lands, and as a result, damages were sustained. The Court of Appeal upheld the Divisional Court's finding that the damages were not compensable under the Act. It agreed with Steele J.'s interpretation of the applicable provisions of the Act, and concluded that the damages resulting from the delay did not come within the purview of disturbance damages provided by the Act.

IV. Issues

- (1) The primary issue to be determined is whether Dell's losses occasioned by the delays are compensable under the *Expropriations Act*.
- (2) The secondary issue to be decided is whether the Court of Appeal erred in applying the standard of correctness in its review of the decision of the Ontario Municipal Board.

V. Analysis

At the outset, it must be emphasized that there is no question that Dell suffered damages as a result of the delay in the expropriation process and that the quantum of those damages is \$500,000. The sole question to be determined is whether those damages are compensable under the provisions of the *Expropriations Act*. It is therefore necessary to consider first the history and aim or purpose of the *Expropriations Act*.

A. *History and Purpose of the Expropriations Act*

Prior to the passage of the present Act, expropriation proceedings in Ontario had been the subject of a great deal of valid criticism and just complaints. The unfortunate state of affairs was documented in the 1968 report of the Royal Commission Inquiry into Civil Rights in Ontario. The earlier 1967 report of the Ontario Law Reform Commission considered the basis of compensation for expropriation and made two principal recommendations. It stated that the primary policy consideration must be the indemnification for losses

ment du reste du bien-fonds de l'appelante et que, de ce fait, des dommages avaient été subis. La Cour d'appel a confirmé la conclusion de la Cour divisionnaire que les dommages n'étaient pas indemnisables en vertu de la Loi. La Cour d'appel a dit être d'accord avec la façon dont le juge Steele avait interprété les dispositions applicables de la Loi, et elle a conclu que les dommages résultant du retard ne constituaient pas des dommages imputables à des troubles de jouissance visés par la Loi.

IV. Les questions en litige

- (1) La question principale à trancher consiste à déterminer si les pertes subies par Dell en raison des retards sont indemnisables en vertu de l'*Expropriations Act*.
- (2) La question secondaire à trancher est de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en appliquant la norme de la décision correcte en contrôlant la décision de la Commission des affaires municipales de l'Ontario.

V. L'analyse

D'entrée de jeu, il convient de souligner qu'il ne fait aucun doute que Dell a subi des dommages en raison du retard mis à compléter le processus d'expropriation, et que ces dommages s'élèvent à 500 000 \$. La seule question à trancher est de savoir si ces dommages sont indemnisables en vertu des dispositions de l'*Expropriations Act*. Il est donc nécessaire d'examiner d'abord l'historique et l'objet de cette loi.

A. *L'historique et l'objet de l'Expropriations Act*

Avant l'adoption de la Loi actuelle, les procédures d'expropriation en Ontario avaient fait l'objet de nombreuses critiques valables et de plaintes légitimes. Ce malheureux état de fait a été documenté dans le rapport de 1968 de la Royal Commission Inquiry into Civil Rights en Ontario. Dans un rapport paru plus tôt, en 1967, la Commission de réforme du droit de l'Ontario avait examiné les fondements de l'indemnisation en cas d'expropriation et avait formulé deux recommandations principales. La Commission a affirmé que la principale

15

16

17

suffered by the expropriated party. At page 11 of the report the position is set out in this way:

From its examination of the development of the Canadian law, the Commission has formed the opinion that some of the difficulties with assessing compensation flow from a failure to appreciate that the true basis for it is not to be found in an imaginary haggling over the price to be paid for land in a deal between two private individuals, nor the negotiation of a normal bargain in the market place, but in the fulfilment by the state of its obligation to repair the injury caused to particular individuals for the public good, and to minimize the loss, inconvenience, and disturbance to the life of its citizens to as great an extent as possible. [Emphasis added.]

18 The second recommendation was to the effect that an expropriation statute should provide a framework for assessment of compensation which had sufficient flexibility to allow for indemnification in various circumstances. In essence it was proposed that the statute should provide a framework for the assessment of compensation which would leave sufficient flexibility to do justice (which I take to mean to provide indemnification) in particular cases.

19 Based on the recommendations of the Royal Commission Inquiry into Civil Rights and the Law Reform Commission report on expropriation an *Expropriations Act* was passed in 1968. That Act remains in substantially the same form today. It is clearly a remedial statute enacted for the specific purpose of adequately compensating those whose lands are taken to serve the public interest.

B. *Interpretation of Expropriation Statute*

20 The expropriation of property is one of the ultimate exercises of governmental authority. To take all or part of a person's property constitutes a severe loss and a very significant interference with a citizen's private property rights. It follows that the power of an expropriating authority should be strictly construed in favour of those whose rights

considération devait être l'indemnisation des pertes subies par la partie expropriée. À la page 11 de ce rapport, cette position est exprimée ainsi:

[TRADUCTION] À partir de l'examen de l'évolution du droit canadien, la Commission est d'avis que certaines des difficultés liées à l'établissement de l'indemnité découlent du fait que l'on ne reconnaît pas que le véritable fondement de cette indemnité n'est ni un marchandage imaginaire à propos du prix à payer pour un bien-fonds dans le cadre d'une transaction entre deux particuliers, ni la négociation d'une opération ordinaire sur le marché, mais l'exécution de l'obligation qu'a l'État, d'une part, de réparer le préjudice causé à des particuliers dans l'intérêt public, et, d'autre part, de réduire le plus possible les pertes, les inconvénients et les troubles de jouissance des citoyens. [Je souligne.]

La seconde recommandation était qu'une loi sur l'expropriation devrait prévoir un cadre d'évaluation de l'indemnité qui serait suffisamment souple pour permettre l'indemnisation dans des circonstances diverses. Essentiellement, on proposait que la loi établisse un cadre d'évaluation de l'indemnité qui serait suffisamment souple pour faire justice (ce que j'interprète comme voulant dire indemniser) dans des cas particuliers.

À partir des recommandations de la Royal Commission Inquiry into Civil Rights et du rapport sur l'expropriation de la Commission de réforme du droit de l'Ontario, une loi sur l'expropriation a été adoptée en 1968. Cette loi est substantiellement la même aujourd'hui. Elle est de toute évidence une loi réparatrice, qui a été édictée dans le but spécifique d'indemniser adéquatement les personnes dont les biens-fonds sont expropriés dans l'intérêt public.

B. *L'interprétation des lois concernant l'expropriation*

L'expropriation d'un bien est l'un des pouvoirs gouvernementaux qui n'est exercé qu'en dernier ressort. L'expropriation totale ou partielle d'un bien appartenant à une personne constitue une grave perte ainsi qu'une atteinte très importante aux droits privés de propriété des citoyens. Il s'ensuit que le pouvoir d'une autorité expropriante

have been affected. This principle has been stressed by eminent writers and emphasized in decisions of this Court. See P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 402; E. Todd, *The Law of Expropriation and Compensation in Canada* (2nd ed. 1992), at p. 26; *Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101, at pp. 109-10; *Diggon-Hibben Ltd. v. The King*, [1949] S.C.R. 712, at p. 715; and *Imperial Oil Ltd. v. The Queen*, [1974] S.C.R. 623.

Further, since the *Expropriations Act* is a remedial statute, it must be given a broad and liberal interpretation consistent with its purpose. Substance, not form, is the governing factor. See *Pacific Coast Coin Exchange of Canada Ltd. v. Ontario Securities Commission*, [1978] 2 S.C.R. 112, at p. 127. In *Laidlaw v. Municipality of Metropolitan Toronto*, [1978] 2 S.C.R. 736, at p. 748, it was observed that “[a] remedial statute should not be interpreted, in the event of an ambiguity, to deprive one of common law rights unless that is the plain provision of the statute”.

The application of these principles has resulted in the presumption that whenever land is expropriated, compensation will be paid. This has been the consistent approach of this Court. In *The Queen in Right of British Columbia v. Tener*, [1985] 1 S.C.R. 533, at p. 559, Estey J. writing for the majority, relied on a passage of Lord Atkinson in *Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel Ltd.*, [1920] A.C. 508 (H.L.), at p. 542:

... unless the words of the statute clearly so demand, a statute is not to be construed so as to take away the property of a subject without compensation.

Although Wilson J. wrote a separate concurring opinion in *Tener*, she agreed with the majority on this point. Writing for herself and Dickson C.J., she stated at p. 547:

devrait être interprété de façon stricte en faveur des personnes dont les droits sont touchés. Ce principe a été souligné par d'éminents auteurs et dans des arrêts de notre Cour. Voir P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990), à la p. 458; E. Todd, *The Law of Expropriation and Compensation in Canada* (2^e éd. 1992), à la p. 26; *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101, aux pp. 109 et 110; *Diggon-Hibben Ltd. c. The King*, [1949] R.C.S. 712, à la p. 715; et *Imperial Oil Ltd. c. La Reine*, [1974] R.C.S. 623.

De plus, comme l'*Expropriations Act* est une loi réparatrice, elle doit recevoir une interprétation large, libérale et compatible avec son objet. Le facteur dominant est le fond, non la forme. Voir *Pacific Coast Coin Exchange of Canada Ltd. c. Commission des valeurs mobilières de l'Ontario*, [1978] 2 R.C.S. 112, à la p. 127. Dans *Laidlaw c. Municipalité du Toronto métropolitain*, [1978] 2 R.C.S. 736, à la p. 748, notre Cour a signalé qu'«[u]ne loi corrective ne devrait pas être interprétée, advenant une ambiguïté, de manière à priver un individu de ses droits en common law, à moins d'une disposition expresse».

L'application de ces principes a créé la présomption voulant qu'il y ait indemnisation chaque fois qu'un bien-fonds est exproprié. Il s'agit de l'approche qu'a constamment suivie notre Cour. Dans *La Reine du chef de la Colombie-Britannique c. Tener*, [1985] 1 R.C.S. 533, à la p. 559, le juge Estey, s'exprimant au nom des juges de la majorité, s'est fondé sur un passage des motifs de lord Atkinson dans *Attorney-General c. De Keyser's Royal Hotel Ltd.*, [1920] A.C. 508 (H.L.), à la p. 542:

[TRADUCTION] ... à moins que les termes de la loi ne l'exigent clairement, une loi ne doit pas être interprétée de manière à permettre l'expropriation du bien d'une personne sans indemnisation.

Même si le juge Wilson a rédigé une opinion concourante distincte dans *Tener*, elle était d'accord avec les juges de la majorité sur ce point. S'exprimant en son nom et au nom du juge en chef Dickson, elle a déclaré ceci, à la p. 547:

21

22

Where expropriation or injurious affection is authorized by statute the right to compensation must be found in the statute. . . .

Where land has been taken the statute will be construed in light of a presumption in favour of compensation (see Todd, *The Law of Expropriation and Compensation in Canada*, pp. 32-33). . . .

- 23 It follows that the *Expropriations Act* should be read in a broad and purposive manner in order to comply with the aim of the Act to fully compensate a land owner whose property has been taken.

C. *The Nature of Dell's Claim*

- 24 In order to determine whether compensation should be payable for the loss it suffered, something must be said of the nature of Dell's claim. In essence, as the Divisional Court described it, the damages represented the financial loss suffered from the extra costs incurred and profits which were lost as a result of the delay by the Authority in acquiring the site. There is no question of the *bona fides* of the loss or the quantum of the damages. Dell was in the business of acquiring and developing land. As a result of the Authority's studies recommending two possible sites for the GO Transit station, the municipality refused to grant the requisite consents for Dell to develop the land for a two-year period. Should Dell be compensated for that loss?

- 25 Section 13 provides the authority and grounds for awarding compensation when land is expropriated:

13. — (1) Where land is expropriated, the expropriating authority shall pay the owner such compensation as is determined in accordance with this Act.

(2) Where the land of an owner is expropriated, the compensation payable to the owner shall be based upon,

- (a) the market value of the land;
- (b) the damages attributable to disturbance;
- (c) damages for injurious affection; and

Lorsqu'une expropriation ou un préjudice est autorisé par la loi, le droit à l'indemnisation doit y prendre sa source . . .

Lorsqu'il y a eu appropriation d'un bien-fonds, il faut interpréter la loi à la lumière d'une présomption en faveur de l'indemnisation (voir Todd, *The Law of Expropriation and Compensation in Canada*, pp. 32 et 33) . . .

Il s'ensuit que l'*Expropriations Act* devrait recevoir une interprétation large et compatible avec son objet, qui consiste à indemniser pleinement le propriétaire foncier dont le bien a été exproprié.

C. *La nature de la réclamation de Dell*

Pour déterminer s'il y a lieu d'indemniser Dell de la perte qu'elle a subie, il faut expliquer la nature de sa réclamation. Essentiellement, selon la description qu'en a donnée la Cour divisionnaire, les dommages correspondaient à la perte financière résultant des coûts additionnels engagés et aux profits perdus par suite du retard mis par la Régie à acquérir l'emplacement. Personne ne met en doute ni le fait qu'il y a bel et bien eu perte ni le montant des dommages-intérêts. Dell acquerrait des biens-fonds et les mettrait en valeur. Parce que les études de la Régie recommandaient deux emplacements possibles pour la station du Réseau GO, la municipalité a, pendant deux ans, refusé d'accorder les consentements requis pour l'aménagement du bien-fonds. Dell devrait-elle être indemnisée de cette perte?

L'article 13 établit le pouvoir d'accorder une indemnité en cas d'expropriation d'un bien-fonds et précise les fondements de celle-ci:

[TRADUCTION]

13. (1) Lorsqu'un bien-fonds est exproprié, l'autorité expropriante verse au propriétaire l'indemnité fixée conformément à la présente loi.

(2) Lorsque le bien-fonds d'un propriétaire est exproprié, le montant de l'indemnité à verser au propriétaire se fonde sur:

- a) la valeur marchande du bien-fonds;
- b) les dommages imputables à des troubles de jouissance;
- c) les dommages causés par un effet préjudiciable;

(d) any special difficulties in relocation,

but, where the market value is based upon a use of the land other than the existing use, no compensation shall be paid under clause (b) for damages attributable to disturbance that would have been incurred by the owner in using the land for such other use.

This then is a charging section which provides that compensation is to be awarded on the total of the amounts calculated under each of the four components. I agree with the view expressed by K. J. Boyd in *Expropriation in Canada* (1988), at p. 109, that the objective of these provisions is to ensure “that on the one hand double recovery does not occur, and on the other hand that no legitimate item of claim is overlooked”. Indeed, the overriding objective of the entire Act is to provide fair and proper indemnity for the owner of the expropriated land. Further, it must be noted that the Ontario Municipal Board and the Divisional Court found that Dell’s lands were being used as lands that were ready and appropriate for development. This finding was not in issue in the Court of Appeal. It follows that the closing words of s. 13 do not act as a bar to the recovery of disturbance damages if they can be recovered in this case.

D. *How Should the Provisions as to Disturbance Be Interpreted?*

The words of the section should be given their natural and ordinary meaning in the context of the clear purpose of the legislation to provide fair indemnity to the expropriated owner for losses suffered as a result of the expropriation. In *Laidlaw*, *supra*, Spence J., on behalf of the Court, attached particular importance to three factors; first, the legislative intent to provide indemnity for losses suffered; second, that the right to disturbance damages is conferred in broad, inclusive language and, third, that the legislature chose to illustrate, but not

d) les difficultés particulières, le cas échéant, relatives à la réinstallation du propriétaire.

Toutefois, si la valeur marchande est fondée sur une utilisation du bien-fonds autre que l’utilisation existante, aucune indemnité prévue à l’alinéa b) n’est versée en contrepartie des dommages imputables aux troubles de jouissance que le propriétaire aurait subis en utilisant son bien-fonds à cette autre fin.

Il s’agit en conséquence d’une disposition créatrice d’obligations, établissant qu’il doit être versé une indemnité égale au total des sommes calculées à l’égard de chacun des quatre postes énumérés. Je suis d’accord avec K. J. Boyd qui affirme, dans *Expropriation in Canada* (1988), à la p. 109, que l’objectif de ces dispositions est d’assurer [TRADUCTION] «d’une part, qu’il n’y aura pas double indemnisation et, d’autre part, qu’aucun poste légitime de réclamation ne sera oublié». De fait, l’objectif dominant de toute la Loi est de fournir une indemnité juste et adéquate au propriétaire du bien-fonds exproprié. De plus, il convient de signaler que la Commission des affaires municipales de l’Ontario et la Cour divisionnaire ont conclu que le bien-fonds de Dell était utilisé en tant que bien-fonds approprié pour des fins d’aménagement et prêt à être utilisé à cette fin. Cette conclusion n’était pas en litige en Cour d’appel. Il s’ensuit que les derniers mots de l’art. 13 ne peuvent être invoqués pour faire obstacle à l’indemnisation des dommages imputables à des troubles de jouissance recouvrables en l’espèce.

D. *Comment faut-il interpréter la disposition sur les troubles de jouissance?*

Les mots utilisés dans l’article en cause devraient être interprétés suivant leur sens naturel et ordinaire, suivant le contexte de l’objectif manifeste de la loi qui est d’accorder au propriétaire exproprié une juste indemnité à l’égard des pertes qu’il a subies du fait de cette expropriation. Dans *Laidlaw*, précité, le juge Spence, s’exprimant au nom de notre Cour, a accordé une importance particulière aux trois facteurs suivants: premièrement, l’intention que le législateur avait d’indemniser les pertes subies; deuxièmement, le droit à des dommages-intérêts pour les troubles de jouissance est conféré en termes larges et de portée générale;

to define the term “disturbance”. At pages 744-45 he further observed:

... I turn to s. 18 of the *The Expropriation Act*. It will be seen that this section, in so far as it applies to the facts here present, is the further delineation of disturbance the “element of compensation” prescribed in s. 13(2)(b) which I have just quoted. It should be noted that the direction to pay is of “such reasonable costs as are natural and reasonable consequences of the expropriation including” (the underlining is my own). It has been established that when the statute employs the word “including” or “includes” rather than “means” the definition does not purport to be complete or exhaustive and there is no exclusion of the natural ordinary meaning of the words. [Citations omitted.] Therefore, if the sum of \$16,000, the difference between the \$26,000 cost of the extension and the \$10,000 by which it increased the market value of the property, were a “reasonable cost of the natural and reasonable consequence of the expropriation”, the effect of s. 18(1) would be to direct that sum to be added to the compensation whether or not it could be fitted into the words of paras. (a), (b), or (c) which follow the general words of the said s. 18(1). The appellant proved that the improvement cost \$26,000. It was the unanimous opinion of the appraisers that the expenditure of that sum only increased the market value by \$10,000. Therefore, I am of the opinion that the appellant’s loss of the difference of \$16,000 was a “cost” and was the natural result of the expropriation. The appellant had spent the \$26,000. Due solely to the expropriation, she could not enjoy the fruits of that expenditure. If she could only recover the market value she would only be reimbursed to the extent of \$10,000. The balance of \$16,000 was a loss to her and a direct cost of the expropriation. I am of the view that the appellant is entitled to succeed on this interpretation of the section without the use of the questioned para. s. 18(1)(a)(ii). [Emphasis added.]

Thus it is clear that the Act should be interpreted in a broad, liberal and flexible manner in considering the damages flowing from expropriations.

E. Are the Damages the Natural and Reasonable Consequences of the Expropriation?

If damages are to be awarded they must be the natural and reasonable consequence of the expropriation. The Authority argued before the Ontario

troisièmement, le législateur a choisi d’illustrer l’expression «troubles de jouissance» mais non de la définir. Aux pages 744 et 745, il a ajouté ce qui suit:

J’en viens donc à l’art. 18 de *The Expropriation Act*. Nous verrons plus loin que cet article, appliqué aux faits de l’espèce, précise le sens d’un «élément d’indemnité» prévu à l’al. 13(2)b), précité, savoir les troubles de jouissance. Il faut souligner que l’obligation de payer vise [TRADUCTION] «les frais raisonnables qui sont les conséquences naturelles et raisonnables de l’expropriation, notamment,» (c’est moi qui souligne). Il est bien connu que lorsqu’une loi emploie les mots «notamment» ou «y compris» plutôt que «signifie» ou «désigne», la définition n’est ni complète ni exhaustive et n’exclut pas le sens courant du mot. [Références omises.] En conséquence, si la somme de \$16,000, c’est-à-dire la différence entre le coût de l’annexe, \$26,000, et l’augmentation de la valeur marchande, estimée à \$10,000, représente des «frais raisonnables qui sont les conséquences naturelles et raisonnables de l’expropriation», il faut l’ajouter à l’indemnité aux termes du par. 18(1), qu’elle entre ou non dans les cas prévus aux al. a), b) ou c) qui suivent le paragraphe introductif de l’art. 18(1). L’appelante a démontré que les améliorations ont coûté \$26,000. Les évaluateurs ont unanimement conclu que cette dépense n’avait augmenté la valeur marchande que de \$10,000. J’estime donc que la perte de la différence de \$16,000 subie par l’appelante constitue des «frais», conséquence naturelle de l’expropriation. L’appelante a dépensé \$26,000 et c’est seulement à cause de l’expropriation qu’elle n’a pu profiter de cette dépense. Si elle ne devait pas recevoir plus que la valeur marchande, elle ne serait remboursée que de \$10,000. Le solde de \$16,000 constitue donc une perte pour elle et des frais résultant directement de l’expropriation. Je conclus donc que l’appelante doit avoir gain de cause sur la base de cette interprétation de l’article, sans même considérer le recours au sous-al. 18(1)a)(ii) en cause. [Je souligne.]

En conséquence, il est clair que, dans l’examen des dommages découlant de l’expropriation, la Loi devrait être interprétée d’une façon large, libérale et souple.

E. Les dommages sont-ils des résultats normaux de l’expropriation?

S’il y a lieu d’accorder des dommages-intérêts, les dommages indemnisés doivent être des résultats normaux de l’expropriation. Devant la

Municipal Board, though not before this Court, that the delay was occasioned not by the expropriation but by the municipality's decision to delay the necessary approvals for Dell's proposed development. I cannot agree with that submission. When the Authority determined that some portion of Dell's 40 acres might be required for a GO Station, that entire parcel of land was frozen. The municipality could not grant zoning approval for the development of any part of the property within the 40 acres. It was impossible for the municipality to consider a development whose borders were undefined and whose size was yet to be determined. The municipality had no alternative but to wait until the Authority decided how much and what portion of the land it required for the GO Station. It follows that it was the expropriation which caused the delay. Damages resulting from the delay in the development are therefore the natural and reasonable consequences of the expropriation.

F. Should Disturbance Damages Be Limited to Losses Which Can Be Related Only to the Expropriated Land and not to any Remaining Portion of the Land?

The Authority contended that disturbance damages are only available if they arise in relation to the expropriated land itself and not to any adjoining land which the owner retained after the expropriation. I cannot accept that position. There is nothing in the words of the section to indicate that there should be such a restriction imposed on those disturbance damages which can accurately be described as the natural and reasonable consequences of an expropriation. If it is a reasonable and natural consequence of the expropriation that the owner experiences losses with regard to the remaining land then this, just as much as losses relating solely to the expropriated land, must come within the definition of disturbance damages. If it had wished to do so, the legislature could have limited disturbance damages to the expropriated land. However it chose to enact an open-ended and flexible definition. This was appropriate in legislation whose aim was to provide reasonable compen-

Commission des affaires municipales, mais non devant notre Cour, la Régie a soutenu que le retard avait été occasionné non pas par l'expropriation mais par la décision de la municipalité d'attendre avant d'accorder les approbations nécessaires pour le projet d'aménagement de Dell. Je ne puis souscrire à cet argument. Lorsque la Régie a décidé qu'une partie des 40 acres du bien-fonds de Dell pouvait être requise pour une station du Réseau GO, la totalité de cette parcelle s'est trouvée bloquée. La municipalité ne pouvait approuver de zonage pour l'aménagement de quelque partie du bien-fonds faisant partie de ces 40 acres. Il était impossible pour la municipalité d'étudier un projet d'aménagement dont les bornes n'étaient pas définies et dont la superficie restait à déterminer. La municipalité n'avait d'autre choix que d'attendre que la Régie décide de quelle superficie et de quelle partie de ce bien-fonds elle avait besoin pour la station du Réseau GO. Il s'ensuit que c'est l'expropriation qui a causé le retard. Les dommages attribuables au retard dans l'aménagement sont donc des résultats normaux de l'expropriation.

F. Les dommages imputables aux troubles de jouissance devraient-ils être limités aux pertes se rattachant seulement au bien-fonds exproprié et non à la partie restante du bien-fonds?

La Régie a prétendu que des dommages imputables aux troubles de jouissance ne peuvent être indemnisés que s'ils touchent le bien-fonds exproprié lui-même et non quelque terrain adjacent que le propriétaire conserve après l'expropriation. Je ne peux accepter cette position. Rien dans le texte de l'article n'indique qu'une telle restriction s'applique aux dommages imputables aux troubles de jouissance qui peuvent à juste titre être qualifiés de résultats normaux d'une expropriation. Si l'expropriation a comme résultat normal que le propriétaire subit des pertes relativement à la partie restante d'un bien-fonds, alors ces pertes, tout autant que celles touchant le bien-fonds exproprié, sont visées par la définition de dommages imputables aux troubles de jouissance. Si elle avait voulu le faire, la législature aurait pu limiter les dommages imputables aux troubles de jouissance à ceux touchant le bien-fonds exproprié. Cependant, elle a choisi d'édicter une définition non limitative et

sation for the losses flowing from the act of expropriation. It is both unnecessary and unfair to read the limitation suggested by the Authority into the provisions of the Act.

30 The reasons expressed by Donnelly J., in *Lafleche v. Ministry of Transportation and Communications* (1975), 8 L.C.R. 77 (Ont. Div. Ct.), are in my view correct and apposite. In that case, a strip of land was expropriated through the centre of a dairy farm. When the farmer attempted to continue his operations on the remaining lands he found that it was no longer profitable. The court concluded that in addition to the market value of the strip of land expropriated, Lafleche was entitled to \$15,000 in disturbance damages. Obviously, this award was not limited to damages suffered on the expropriated land but related primarily to the farming business operated on the remaining lands. At page 85 of that case, Donnelly J. on behalf of the court stated:

We adopt the statements of the Land Compensation Board in *Blatchford Feeds Ltd. v. Board of Education for City of Toronto* (1974), 6 L.C.R. 355, where it was stated at p. 388 that the Act clearly intends to provide a statutory code of full and fair compensation for lands expropriated and that the Act is intended to provide full and fair compensation for all aspects of disturbance damages provided the damage incurred is not too remote and is the natural and reasonable consequence of the expropriation. [Emphasis added.]

This is, I think, the appropriate approach to take to disturbance damages.

31 In any event, I do not believe that damages suffered in the case at bar relate only to the remaining lands. Dell was of course seeking to develop the entire parcel of land. Nothing could be done with any of the land until the Authority decided which portion to expropriate for the GO Station. There is no doubt that this constituted an interference with

souple. Un tel choix était approprié dans une loi dont l'objet est de pourvoir au paiement d'une indemnité raisonnable pour les pertes découlant de l'acte d'expropriation. Il est à la fois inutile et injuste de considérer que les dispositions de la Loi comportent la restriction suggérée par la Régie.

À mon avis, les motifs exposés par le juge Donnelly dans *Lafleche c. Ministry of Transportation and Communications* (1975), 8 L.C.R. 77 (C. div. Ont.), sont corrects et pertinents. Dans cette affaire, on avait exproprié une bande de terrain au milieu d'une ferme laitière. Lorsque l'agriculteur a tenté de poursuivre ses activités sur la partie restante du bien-fonds, il s'est rendu compte que cela n'était plus rentable. La cour a conclu que, outre la valeur marchande de la bande de terrain expropriée, Lafleche avait droit à une somme de 15 000 \$ au titre des dommages imputables aux troubles de jouissance. De toute évidence, cette indemnité ne se limitait pas aux dommages subis à l'égard du bien-fonds exproprié, mais se rapportait principalement à l'entreprise agricole exploitée sur la partie restante du bien-fonds. À la page 85 de cette décision, le juge Donnelly, s'exprimant au nom de la cour, a déclaré ceci:

[TRADUCTION] Nous faisons nôtres les énoncés de l'Office d'indemnisation foncière dans *Blatchford Feeds Ltd. c. Board of Education for City of Toronto* (1974), 6 L.C.R. 355, où il est précisé, à la p. 388, que la Loi a clairement pour but d'établir un code législatif visant à assurer une indemnisation juste et complète des terres expropriées et à offrir une telle indemnisation relativement à tous les aspects des dommages imputables aux troubles de jouissance, pourvu que les dommages subis n'aient pas un caractère trop indirect et qu'ils soient des résultats normaux de l'expropriation. [Je souligne.]

Voilà, à mon avis, la méthode qu'il convient d'appliquer à l'égard des dommages imputables aux troubles de jouissance.

Quoi qu'il en soit, je ne crois pas que les dommages subis en l'espèce se rapportent uniquement à la partie restante du bien-fonds. Il va de soi que Dell désirait mettre en valeur toute la parcelle de terrain. Aucune partie du bien-fonds ne pouvait servir à quoi que ce soit avant que la Régie décide quelle partie devait être expropriée pour les

Dell's ability to use any of its land for development purposes. The resulting loss clearly comes within the definition of a business disturbance. Obviously, once the decision was made by the Authority as to the extent and the borders of the land it was going to expropriate, Dell's land development business was necessarily restricted to the remaining lands. It is true the losses flowing from the delay are related to the increased cost of developing the parcel of land remaining after the expropriation. However, the entire business of developing the land was disturbed during the waiting period. These damages were suffered as a consequence of the disturbance of Dell's land development business, which included both the expropriated and remaining lands. It follows that I cannot accept the contention that the damages relate only to the remaining land and not to the expropriated land. This is too fine a distinction to draw in the application of a remedial statute.

G. Should There Be Compensation Payable for Damages Resulting for Delays When There Is Expropriation of Land When No Such Compensation Is Payable When There Is No Expropriation?

The Court of Appeal adopted the view of the Divisional Court that since no damages are payable in situations where rezoning and planning considerations cause a delay in circumstances where no land is taken it followed that the legislature could not have intended that damages should be payable for expropriation delay where land is in fact taken. With the greatest respect I cannot accept this position as being correct.

The whole purpose of the *Expropriations Act* is to provide full and fair compensation to the person whose land is expropriated. It is the taking of the land which triggers and gives rise to the right to compensation. An owner whose land is caught up

stations du Réseau GO. Il ne fait aucun doute que cela nuisait à la capacité de Dell d'utiliser quelque partie que ce soit de son bien-fonds à des fins d'aménagement. La perte qui en résulte relève clairement de la définition de troubles de jouissance à des fins commerciales. De toute évidence, une fois que la Régie eut déterminé la superficie et les limites du bien-fonds qu'elle allait exproprier, les activités d'aménagement foncier de Dell étaient nécessairement limitées à la partie restante du bien-fonds. Il est vrai que les pertes découlant du retard se rapportent à l'accroissement des coûts d'aménagement de la parcelle de terre restante après l'expropriation. Cependant, l'ensemble des activités d'aménagement foncier ont été perturbées pendant la période d'attente. Ces dommages ont été subis par suite de la perturbation des activités d'aménagement foncier de Dell, qui visaient à la fois le bien-fonds exproprié et la partie restante. Il s'ensuit que je ne peux accepter l'argument que les dommages ne se rapportent qu'au terrain restant et non au bien-fonds exproprié. Il s'agit d'une distinction trop subtile à tirer dans l'application d'une loi réparatrice.

G. Une indemnité devrait-elle être payable à l'égard des dommages découlant de retards dans l'expropriation de bien-fonds, dans les cas où une telle indemnité n'est pas payable lorsqu'il n'y a pas d'expropriation?

La Cour d'appel a retenu le point de vue de la Cour divisionnaire, qui était d'avis que, comme des dommages-intérêts ne sont pas payables dans les cas où il y a des retards imputables à des considérations touchant le rezonage et l'aménagement du territoire et où il n'y a pas expropriation de bien-fonds, il s'ensuit que la législature ne pouvait avoir voulu que des dommages-intérêts soient payables pour retard à exproprier dans les cas où un bien-fonds est effectivement exproprié. En toute déférence, je ne peux admettre le bien-fondé de cette position.

L'objet de l'*Expropriations Act* est carrément d'indemniser de façon juste et complète la personne dont le bien-fonds est exproprié. C'est l'expropriation du bien-fonds qui donne naissance au droit à une indemnité. Le propriétaire dont le bien-

in a zoning or planning process but not expropriated must simply accept in the public interest any loss that accrues from delay. There is neither a statutory requirement nor a policy reason for employing a similar approach to compensation for losses accruing from delay when land is expropriated and for losses accruing from delay in the planning approval process when land is not taken. Both statutory and judicial approaches to compensation are, as might be expected, very different in these two situations.

34 The difference in judicial treatment is described by Wilson J. in *Tener, supra*, at pp. 547-48, where she wrote:

Where land has been taken the statute will be construed in light of a presumption in favour of compensation [citation omitted] but no such presumption exists in the case of injurious affection where no land has been taken. [Citation omitted.] In such a case the right to compensation has been severely circumscribed by the courts. . . .

That this distinction is fundamental has been recognized by this Court since at least its decision in *City of Montreal v. Daniel J. McAnulty Realty Co.*, [1923] S.C.R. 273, at p. 283, where Duff J. observed:

It is true that this article [i.e. the provision mandating compensation] itself makes no provision apparently for compensation to persons whose lands are not taken but who nevertheless suffer injury in their business or property by reason of the execution of a municipal work; but that can afford no sound reason for declining to give effect to the principle embodied in the article of the code according to the measure defined by the article of the charter. [Emphasis added.]

See generally, J.-D. Archambault, "Les troubles de jouissance et les atteintes aux droits d'autrui résultant de travaux publics non fautifs" (1990), 21 *R.G.D.* 5, at pp. 94-99.

fonds est touché par un processus de zonage ou d'aménagement mais n'est pas exproprié n'a d'autre choix que d'assumer, dans l'intérêt public, toute perte résultant de retards. Il n'y a ni obligation d'origine législative ni considération de politique générale d'appliquer la même approche à l'égard de l'indemnisation, d'une part, des pertes résultant d'un retard lorsqu'il y a expropriation d'un bien-fonds, et, d'autre part, des pertes découlant d'un retard dans le processus d'approbation d'un projet d'aménagement lorsqu'il n'y a pas expropriation. Comme on peut s'y attendre, tant les approches prévues par la Loi que celles appliquées par les tribunaux en matière d'indemnisation sont fort différentes dans ces deux types de situations.

La façon différente dont les tribunaux traitent ces situations a été décrite ainsi par le juge Wilson dans *Tener*, précité, aux pp. 547 et 548:

Lorsqu'il y a eu appropriation d'un bien-fonds, il faut interpréter la loi à la lumière d'une présomption en faveur de l'indemnisation [référence omise], mais aucune présomption de la sorte n'existe dans le cas du préjudice subi quand il n'y a pas eu appropriation du bien-fonds. [Références omises.] Dans ce cas, le droit à l'indemnisation a été sévèrement circonscrit par les tribunaux. . . .

Notre Cour a reconnu le caractère fondamental de cette distinction, au moins depuis l'arrêt *City of Montreal c. Daniel J. McAnulty Realty Co.*, [1923] R.C.S. 273, à la p. 283, dans lequel le juge Duff a fait l'observation suivante:

[TRADUCTION] Il est vrai que cet article [c.-à-d. la disposition imposant l'indemnisation] ne pourvoit manifestement pas lui-même à l'indemnisation des personnes dont le bien-fonds n'est pas exproprié, mais qui subissent néanmoins un préjudice touchant leurs activités commerciales ou leurs biens en raison de l'exécution d'un ouvrage municipal; cependant, cela ne peut constituer un motif valable de refuser de donner effet au principe consacré dans cet article du code, dans la mesure précisée par l'article de la charte. [Je souligne.]

Voir, de façon générale, J.-D. Archambault, «Les troubles de jouissance et les atteintes aux droits d'autrui résultant de travaux publics non fautifs» (1990), 21 *R.G.D.* 5, aux pp. 94 à 99.

The Privy Council recently has reiterated the fundamental difference between these two situations. In *Director of Buildings and Lands v. Shun Fung Ironworks Ltd.*, [1995] 2 A.C. 111, at pp. 138-39, Lord Nicholls of Birkenhead said:

Of course, many schemes involving resumption or compulsory acquisition do not come to fruition. Meanwhile properties may be unsaleable, and no compensation will ever be payable unless special “blight” provisions apply. . . . The existence of this type of loss, for which the landowner may be without remedy if resumption does not take place, is not a sound reason, when resumption does take place, for drawing the compensation boundary in such a way as to exclude all pre-resumption loss. [Emphasis added.]

It should be noted that the term “resumption” used in the reasons is synonymous with the term expropriation.

It is as well significant that the Act itself makes a clear distinction between those situations in which compensation is paid where no land is taken and compensation paid where land is in fact taken. Where land is taken, compensation is primarily provided for in ss. 13, 15, 18, 19, 23 and in the definitions in s. 1(1)(e)(i). The circumstances in which compensation is to be paid where no land is taken are provided for in s. 21 and in s. 1(1)(e)(ii). There is no provision for recovery for disturbance damages where no land is taken. Injurious affection damages can be recovered both where the land is taken and where land is not taken but the tests to be met are very different. Where land is taken, the damages may relate to construction and the use of the works but where no land is taken the damages are limited to those flowing from the construction of the works even if the use also causes damages. There is therefore a clear foundation for concluding that there is a very real and significant difference between awarding compensation in those situations where land is expropriated from those where it is not. It follows that damages for disturbance can appropriately be awarded in situations where there has been an expropriation even though

Le Conseil privé a récemment réitéré la différence fondamentale entre ces deux situations. Dans l'arrêt *Director of Buildings and Lands c. Shun Fung Ironworks Ltd.*, [1995] 2 A.C. 111, aux pp. 138 et 139, lord Nicholls of Birkenhead a dit ceci:

[TRADUCTION] Certes, de nombreux projets comportant une reprise de possession ou une acquisition forcée ne se concrétisent pas. Dans de telles situations, il est possible que des propriétés soient invendables et qu'il n'y ait jamais d'indemnité, sauf en cas d'application de dispositions spéciales concernant des «situations exceptionnelles». [. . .] L'existence de ce type de perte, pour laquelle le propriétaire pourrait ne pas avoir de recours s'il n'y a pas reprise de possession, ne constitue pas, dans les cas où la reprise de possession se réalise, un motif valable pour circonscrire l'indemnisation de façon à exclure toute perte antérieure à cette reprise de possession. [Je souligne.]

Il convient de signaler que le mot «reprise de possession» dans ces motifs est un synonyme d'expropriation.

Il est également révélateur que la Loi établit une distinction claire entre les cas où il y a indemnisation et où il n'y a pas expropriation, et ceux dans lesquels il y a indemnisation et où un bien-fonds est effectivement exproprié. Lorsqu'il y a expropriation, l'indemnité est principalement prévue aux art. 13, 15, 18, 19, 23 ainsi que dans les définitions du sous-al. 1(1)(e)(i). L'article 21 et le sous-al. 1(1)(e)(ii) indiquent les circonstances dans lesquelles il doit y avoir versement d'une indemnité même si aucun bien-fonds n'est exproprié. Aucune disposition ne prévoit d'indemnisation à l'égard des dommages imputables à des troubles de jouissance lorsqu'il n'y a pas d'expropriation. Les dommages causés par un effet préjudiciable peuvent être indemnisés tant lorsqu'il y a expropriation d'un bien-fonds que dans le cas contraire, mais les critères à respecter sont très différents. Dans les cas où il y a expropriation d'un bien-fonds, les dommages peuvent se rapporter à la construction et à l'utilisation des ouvrages; alors que s'il n'y a pas expropriation les dommages se limitent à ceux découlant de la construction des ouvrages, même si leur utilisation cause aussi des dommages. Il existe donc clairement un fondement

no damages for disturbance will be awarded in situations where there has not been an expropriation.

H. *The Process of Expropriation*

37

The courts have long determined that the actual act of expropriation of any property is part of a continuing process. In *McAnulty Realty*, *supra*, at p. 283, Duff J. noted that the term “expropriation” is not used in the restrictive sense of signifying merely the transfer of title but in the sense of the process of taking the property for the purpose for which it is required. Thus whether the events that affected the value of the expropriated land were part of the expropriation process, or, in other words, a step in the acquisition of the lands, is a significant factor for consideration in many expropriation cases. See *Tener*, *supra*, at pp. 557-59. Here there can be no doubt that Dell’s land would have come on stream for sale as developed lands in 1981 rather than 1984 but for the process of expropriation. Damages should therefore be awarded for the losses occasioned as a result of the process of expropriation.

I. *Should Compensation Be Payable for Damages Which Arose Prior to the Actual Expropriation?*

38

The Court of Appeal accepted the approach taken by the Divisional Court which characterized the delay in this case as “pre-expropriation delay” which was not compensable. With respect I cannot agree with that position. The approach to damages flowing from expropriation should not be a temporal one; rather it should be based upon causation. It is not uncommon that damages which occurred before the expropriation can in fact be caused by that very expropriation. The causal approach to

permettant de conclure qu’il y a une différence très concrète et importante entre les cas d’indemnisation où il y a eu expropriation d’un bien-fonds et ceux où il n’y en a pas eu. Il s’ensuit que des dommages-intérêts peuvent à juste titre être accordés pour des troubles de jouissance dans les cas où il y a eu expropriation, même si de tels dommages-intérêts ne sont pas accordés dans le cas contraire.

H. *Le processus d’expropriation*

Les tribunaux ont depuis longtemps jugé que l’acte d’expropriation lui-même fait partie d’un processus continu. Dans l’arrêt *McAnulty Realty Co.*, précité, à la p. 283, le juge Duff a souligné que le mot [TRADUCTION] «expropriation» n’est pas utilisé dans le sens restreint d’un simple transfert de titre, mais qu’il désigne le processus d’expropriation du bien en vue de la fin pour laquelle celui-ci est requis. Par conséquent, le fait que les événements qui ont influé sur la valeur du bien-fonds exproprié s’inscrivaient dans le cadre du processus d’expropriation, ou, en d’autres termes, qu’ils constituaient une étape dans l’acquisition du bien-fonds, est un facteur important qui doit être pris en considération dans de nombreuses affaires d’expropriation. Voir *Tener*, précité, aux pp. 557 à 559. En l’espèce, il ne fait aucun doute que n’eût été le processus d’expropriation, c’est en 1981 plutôt qu’en 1984 que le bien-fonds de Dell aurait été mis en vente en tant que bien-fonds aménagé. En conséquence, des dommages-intérêts devraient être accordés à l’égard des pertes occasionnées par le processus d’expropriation.

I. *Une indemnité devrait-elle être payable pour les dommages antérieurs à l’expropriation elle-même?*

La Cour d’appel a accepté l’approche suivie par la Cour divisionnaire, qui a qualifié le retard survenu en l’espèce de «retard antérieur à l’expropriation» non indemnisable. En toute déférence, je ne puis souscrire à cette position. L’approche applicable à l’égard des dommages découlant d’une expropriation ne devrait pas être fondée sur des considérations de nature temporelle, mais plutôt sur le lien de causalité. Il n’est pas rare que des dommages survenus avant l’expropriation puissent

damages under the *Expropriations Act* was endorsed by the majority of this Court in *Imperial Oil, supra*, where the Crown ordered the claimant to remove its pipes from its right of way in order to permit dredging and the construction of dock facilities. Although there was no expropriation of the claimant's land, it sought damages for injurious affection. The trial judge held that no compensation was payable because the dredging and construction work was undertaken after the pipe lines had been removed. The majority of this Court reversed that decision stating at pp. 632-33:

It was because of the decision to proceed with these public works that the pipes had to be moved and lowered and the fact that this was done before the public works were constructed in my view affords no ground for proceeding on the assumption that the injurious affection which was undoubtedly suffered by the suppliant was not occasioned "by the construction of any public work".

Similarly in *Bersenas, supra*, a tobacco farmer sold part of his tobacco quota before the actual expropriation of his land but after he had been told that he would have to vacate his premises by a specified date. It was very properly held that the fact the sale of the tobacco quota preceded the expropriation did not prevent the farmer from recovering as disturbance damages the losses he suffered as a result of that sale. The Divisional Court put its position in these words (at p. 113):

There can be no doubt that Mr. Bersenas took the step he did by reason of the expropriation. Disturbance of the business is not only to be viewed as occurring after formal notice of expropriation is served. The expropriation having in fact occurred in law when the notice was served ought also to be viewed as encompassing the acts of the parties in contemplation of it, including the information furnished by the ministry, the negotiations, the

de fait avoir été causés par l'expropriation elle-même. L'application aux dommages-intérêts prévus par l'*Expropriations Act* de l'approche fondée sur le lien de causalité a été acceptée par la majorité de notre Cour dans *Imperial Oil*, précité, où l'État avait ordonné à la demanderesse de retirer des conduites d'un endroit où elle disposait d'un droit de passage pour permettre la réalisation de travaux de dragage et la construction d'installations portuaires. Même si le bien-fonds de la demanderesse n'a pas été exproprié, celle-ci a demandé des dommages-intérêts pour cause d'effet préjudiciable. Le juge de première instance a statué qu'aucune indemnité n'était payable, étant donné que les travaux de dragage et de construction avaient été entrepris après l'enlèvement des conduites. La majorité de notre Cour a infirmé cette décision et déclaré ce qui suit, aux pp. 632 et 633:

C'est à cause de la décision de procéder à la construction de ces ouvrages publics que les conduites ont dû être déplacées et abaissées, et le fait que ces changements ont été exécutés avant la construction des ouvrages publics ne permet pas, à mon avis, de conclure que l'atteinte défavorable qu'a incontestablement subie la pétitionnaire n'a pas été causée «par la construction d'ouvrages publics».

De même, dans *Bersenas*, précité, un tabaculteur avait vendu une partie de son contingent de tabac avant l'expropriation de son bien-fonds, mais après avoir été informé qu'il devrait quitter les lieux avant une date spécifiée. Il a à juste titre été jugé que le fait que la vente du contingent de tabac ait précédé l'expropriation n'empêchait pas l'agriculteur d'être indemnisé, au titre des dommages imputables à des troubles de jouissance, pour les pertes qu'il avait subies en raison de cette vente. La Cour divisionnaire a formulé sa position comme suit (à la p. 113):

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que M. Bersenas a agi comme il l'a fait en raison de l'expropriation. Il ne faut pas considérer que des troubles de jouissance de nature commerciale se produisent seulement après signification de l'avis officiel d'expropriation. Comme, dans les faits, l'expropriation s'est produite, en droit, au moment de la signification de l'avis, il faut considérer que l'expropriation incluait également les actes accomplis par les parties en prévision de cette expropriation, y compris les renseignements fournis par le ministère, les

forecast of completion, the assurance of the minister that it would in fact be formalized.

négociations, les prévisions d'achèvement, les assurances données par le ministre que l'expropriation serait effectivement officialisée.

40 In the case at bar, the Divisional Court considered the *Bersenas* decision and stated that although the case was decided correctly on its facts it should not be taken to stand for the principle that all acts of either party prior to expropriation can give rise to an award for damages for all business losses. The Divisional Court may have considered the damages in *Bersenas* were compensable on the basis that the action was taken in order to mitigate the damages. It is true that parties do have a duty to mitigate and that all steps taken in order to mitigate the damages will be compensable in expropriation cases.

En l'espèce, la Cour divisionnaire a examiné *Bersenas* et déclaré que, même si cette décision était bien fondée eu égard aux faits qui lui sont propres, il ne faut pas considérer qu'elle étaye le principe que tous les actes accomplis par une partie ou l'autre avant l'expropriation peuvent donner droit à des dommages-intérêts pour toute perte commerciale. Il est possible que, dans *Bersenas*, la Cour divisionnaire ait considéré que les dommages étaient indemnisables pour le motif que la mesure avait été prise en vue de limiter les dommages. Il est vrai que les parties ont l'obligation de limiter les dommages et que toutes les mesures prises à cette fin seront indemnisables dans les affaires d'expropriation.

41 However, in this case, the Divisional Court decided that Dell took no action to mitigate its damages; rather it was simply delayed in developing its land. It concluded that there was no disturbance within the meaning of the Act. I cannot accept this position. Dell simply could not take any action which would mitigate its loss in the development of its properties. The company had purchased the lands for development. It was in the process of seeking the necessary approval for their development when the Authority expressed its interest in a portion of Dell's land. The result was that its lands were frozen for more than two years while the Authority considered how much and what portion of the land should be taken. There was nothing Dell could do but to wait for the Authority's decision before it could get on with its business of land development.

Cependant, en l'espèce, la Cour divisionnaire a décidé que Dell n'avait pris aucune mesure pour limiter ses dommages, mais qu'elle avait simplement été retardée dans l'aménagement de son bien-fonds. La Cour divisionnaire a conclu qu'il n'y avait pas de troubles de jouissance au sens de la Loi. Je ne puis accepter cette position. Il était tout simplement impossible pour Dell de prendre quelque mesure susceptible de limiter ses pertes au titre de l'aménagement de son bien-fonds. La compagnie avait acheté le bien-fonds à des fins d'aménagement. Elle cherchait à obtenir l'approbation nécessaire à cette fin lorsque la Régie a manifesté son intérêt à l'égard d'une partie du bien-fonds de Dell. Le bien-fonds s'est trouvé de ce fait bloqué durant plus de deux ans, pendant que la Régie déterminait quelle superficie et quelle partie de celui-ci devraient être expropriées. Dell n'avait d'autre choix que d'attendre la décision de la Régie avant de pouvoir aller de l'avant avec son projet d'aménagement foncier.

42 It would be unfair if Dell were to be denied compensation for disturbance damages simply because the nature of its business was such that no action could be taken to mitigate the damages caused by the expropriation. Indeed, damages caused by the expropriation can and frequently do occur prior to the actual date of expropriation.

Il serait injuste que Dell soit privée d'une indemnité pour troubles de jouissance simplement parce que la nature de ses activités commerciales empêchait la prise de mesures visant à limiter les dommages causés par l'expropriation. Il est possible que des dommages imputables à une expropriation surviennent avant la date officielle de l'expro-

In my view, the expropriated party should be and is entitled to recover those damages. I find support for that conclusion in the reasoning and conclusions set out in *Shun Fung, supra*.

Shun Fung operated a mill business in Hong Kong. In November of 1981, the governmental authority advised Shun Fung that it was planning a project which would require the expropriation of its lands. This information became generally known by the middle of 1982, but the land was not actually taken until July 1986. As a result of the pending expropriation, Shun Fung was unable to secure long-term contracts because customers were concerned that the expropriation would go ahead and the business would be shut down. The claimant sought compensation for loss of profit which occurred in the “shadow period” after the announcement of the intended expropriation but before the land was actually taken. The majority of the Law Lords found that the losses sustained in this period were caused by the expropriation and that damages should be awarded. Lord Nicholls of Birkenhead put forward his position in this way (at pp. 135-37):

This claim raises the question whether a loss occurring *before* resumption can be regarded, for compensation purposes, as a loss *caused* by the resumption. At first sight the question seems to admit of only one answer. Cause must precede effect. That is a truism. A loss which precedes resumption cannot be caused by it. Hence, it is said with seemingly ineluctable logic, a pre-resumption loss cannot be the subject of compensation.

The difficulty with this approach is that it leads to practical results from which one instinctively recoils. Pursued to its logical conclusion it would mean that the businessman who moves out the week before resumption cannot recover his removal expenses; he should have waited until after resumption. It would also run counter to the reasoning underlying the *Pointe Gourde* principle: *Pointe Gourde Quarrying and Transport Co. Ltd. v. Sub-Intendent of Crown Lands*, [1947] A.C. 565. A landowner cannot claim compensation to the extent

proportion, de fait cela se produit fréquemment. À mon avis, la partie expropriée devrait avoir le droit — d’ailleurs elle a le droit — d’être indemnisée de ces dommages. Le raisonnement et les conclusions exposés dans *Shun Fung*, précité, appuient selon moi cette conclusion.

Shun Fung exploitait une usine sidérurgique à Hong Kong. En novembre 1981, les autorités gouvernementales ont informé Shun Fung qu’elles planifiaient un projet qui nécessiterait l’expropriation de ses terres. Cette information est devenue de notoriété publique vers le milieu de 1982, mais le bien-fonds n’a été exproprié qu’en juillet 1986. En raison de l’expropriation annoncée, Shun Fung a été incapable d’obtenir des contrats à long terme parce que les clients craignaient que l’expropriation se réalise et que l’entreprise ferme ses portes. La demanderesse a demandé à être indemnisée de la perte de profits subie pendant la «période d’incertitude» qui a suivi l’annonce de l’expropriation envisagée jusqu’à la réalisation de celle-ci. Les lords de la majorité ont conclu que les pertes subies au cours de cette période avaient été causées par l’expropriation et que des dommages-intérêts devaient être accordés. Lord Nicholls of Birkenhead a exposé sa position en ces termes (aux pp. 135 à 137):

[TRADUCTION] La présente demande soulève la question de savoir si une perte subie *avant* la reprise de possession peut être considérée, pour des fins d’indemnisation, comme une perte *causée* par la reprise de possession. À première vue, la question semble n’admettre qu’une seule réponse. La cause doit précéder l’effet. C’est un truisme. Les pertes antérieures à la reprise de possession ne peuvent être causées par celle-ci. À partir de là, on affirme, avec une logique apparemment inéluctable, qu’une perte antérieure à une reprise de possession ne peut donner lieu à une indemnité.

Le problème que pose cette approche est qu’elle aboutit à des résultats pratiques devant lesquels on recule instinctivement. Si on pousse cette approche jusqu’à sa conclusion logique, cela voudrait dire que l’homme d’affaires qui déménage au cours de la semaine qui précède la reprise de possession ne peut recouvrer ses frais de déménagement, qu’il aurait dû attendre après la reprise de possession pour le faire. Une telle approche irait également à l’encontre du raisonnement qui sous-tend le principe dégagé dans *Pointe*

that the value of his land is increased by the very scheme of which the resumption forms an integral part. That principle applies also in reverse. A loss in value attributable to the scheme is not to enure to the detriment of a claimant [citation omitted]. The underlying reasoning is that if the landowner is to be fairly compensated, scheme losses should attract compensation but scheme gains should not. Had there been no scheme those losses and gains would not have arisen. But if business losses arising in the period post-inception of the scheme and pre-resumption are to be left out of account, a claimant will not receive compensation for those losses although they are attributable to the scheme. If the threat of resumption drives away customers who need long term assurance of supply, on resumption no compensation would be payable for this loss of profits. Future losses of profits would be recoverable, but not the losses already incurred.

The starting point for a consideration of this conundrum must be to remind oneself that, far from furthering the legislative purpose of providing fair compensation, the Crown's contention would have the opposite effect. It would stultify fulfilment of that purpose. Coming events may cast their shadows before them, and resumption is such an event. A compensation line drawn at the place submitted by the Crown would be highly artificial, for it would have no relation to what actually happens. That cannot be a proper basis for assessing compensation for loss which is in fact sustained. [Italics in original; underlining added.]

44

He summarized his position in this way at pp. 137-38:

... losses incurred in anticipation of resumption and because of the threat which resumption presented are to be regarded as losses caused by the resumption as much as losses arising after resumption. This involves giving the concept of causal connection an extended meaning, wide enough to embrace all such losses. To qualify for compensation a loss suffered post-resumption must

Gourde: Pointe Gourde Quarrying and Transport Co. Ltd. c. Sub-Intendant of Crown Lands, [1947] A.C. 565. Un propriétaire foncier ne peut réclamer une indemnité si la valeur de son bien-fonds augmente par suite de la mise en branle du processus même dont fait partie intégrante la reprise de possession. Ce principe s'applique également en sens inverse. Un demandeur ne doit pas subir une perte de valeur attribuable au mécanisme en question [référence omise]. Le raisonnement qui soutient ce principe est le suivant: si on veut assurer au propriétaire foncier une indemnité juste, les pertes résultant de l'application du processus devraient être indemnisées, mais non les gains qu'il en tire. En l'absence du processus, il n'y aurait eu ni pertes ni gains. Cependant, si l'on ne tient pas compte des pertes commerciales postérieures à la mise en branle du processus et antérieures à la reprise de possession, un demandeur ne sera pas indemnisé de ces pertes, même si elles sont attribuables au processus. Si le risque de reprise de possession éloigne des clients qui ont besoin d'une garantie d'approvisionnement à long terme, aucune indemnité ne serait payable au moment de la reprise de possession relativement à cette perte de profits. Les pertes de profits dans le futur pourraient être recouvrées, mais non les pertes déjà subies.

Comme point de départ de l'examen de cette énigme, il faut se rappeler que l'argument du ministère public — loin de favoriser la réalisation de l'objectif du législateur qui est de fournir une indemnisation juste — aurait plutôt l'effet contraire. Il rendrait futile la réalisation de cet objectif. Un événement à venir peut faire sentir ses effets avant même de se produire, et une reprise de possession est un tel événement. Fixer le point à partir duquel il y a indemnisation à l'endroit proposé par le ministère public aurait un caractère éminemment artificiel, car une telle limite n'aurait aucun rapport avec ce qui se passe dans la réalité. Cela ne peut constituer un fondement valable pour déterminer l'indemnisation des pertes réellement subies. [En italique dans l'original; je souligne.]

Voici comment il a résumé sa position aux pp. 137 et 138:

[TRADUCTION] ... les pertes survenues dans la perspective d'une reprise de possession et en raison de la menace que présentait cet événement doivent être considérées comme des pertes causées par la reprise de possession au même titre que les pertes survenant après cet événement. Cela veut dire élargir le sens du concept de lien de causalité, suffisamment pour viser toutes ces

satisfy the three conditions of being causally connected, not too remote, and not a loss which a reasonable person would have avoided. A loss sustained post-scheme and pre-resumption will not fail for lack of causal connection by reason only that the loss arose before resumption, provided it arose in anticipation of resumption and because of the threat which resumption presented.

It was therefore concluded that Shun Fung should be awarded compensation for the loss of profits during the "shadow period" before the expropriation.

I am in complete agreement with these reasons. The situation described in that case is very similar to the one at bar. Dell suffered damages because its development business was curtailed for more than two years while the Authority determined which portion of its land was needed for the GO Station. The increased costs of Dell's development business during the waiting period between the announcement of potential expropriation and the actual taking of the land were caused by the expropriation. For the reasons set out above they are in my view compensable as disturbance damages pursuant to s. 13(2)(b) of the *Expropriations Act*. This conclusion is sufficient to deal with this appeal. However two other matters were raised which should be mentioned.

J. Are the Losses Compensable as Injurious Affection?

In light of the conclusion that the losses are compensable as disturbance damages it is not necessary to consider the alternative ground for recovery put forward by the appellant that the losses might be recovered under the heading of injurious affection.

perles. Pour être indemnisable, une perte subie après la reprise de possession doit satisfaire aux trois conditions suivantes: avoir un lien de causalité avec la reprise de possession, ne pas avoir un caractère trop indirect et ne pas constituer une perte qu'une personne raisonnable aurait évitée. Une perte subie après la mise en branle du processus mais avant la reprise de possession ne sera pas écartée pour absence de lien de causalité du seul fait qu'elle est survenue avant la reprise de possession, pourvu toutefois qu'elle se soit produite dans la perspective d'une reprise de possession et en raison de la menace que présentait cet événement.

Il a donc été jugé que Shun Fung devrait être indemnisée de la perte de profits subie pendant la «période d'incertitude» qui a précédé l'expropriation.

Je suis tout à fait d'accord avec ces motifs. La situation décrite dans cette affaire est fort semblable à celle qui nous intéresse. Dell a subi des dommages parce que ses activités d'aménagement ont été réduites pendant plus de deux ans pendant que la Régie déterminait quelle partie du bien-fonds de Dell elle avait besoin pour la station du Réseau GO. C'est l'expropriation qui a été la cause de l'accroissement des coûts des activités d'aménagement de Dell au cours de la période d'attente entre l'annonce de l'expropriation possible du bien-fonds et l'expropriation elle-même. Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que ces coûts sont indemnisables en tant que dommages imputables à des troubles de jouissance conformément à l'al. 13(2)(b) de l'*Expropriations Act*. Cette conclusion suffit pour décider du présent pourvoi. Cependant, on a soulevé deux autres points dont il convient de faire état.

J. Est-ce que les pertes sont indemnisables en tant que dommages causés par un effet préjudiciable?

Vu la conclusion que les pertes sont indemnisables en tant que dommages imputables à des troubles de jouissance, il n'est pas nécessaire d'examiner le motif subsidiaire avancé par l'appelante voulant que les pertes pourraient être indemnisées en tant que dommages causés par un effet préjudiciable.

K. *Degree of Deference Owed to the Ontario Municipal Board*

47

It was the contention of the appellant that the courts below erred in holding that the standard of review which should be applied to the decisions of the Ontario Municipal Board was one of correctness. That is to say that it had to be correct. I have concluded that the decision of the Board was correct. It is therefore not necessary to deal with the issue of the standard of deference owed to decisions of the Board, yet something should be said regarding the appellant's submission. The principles governing the appropriate standard of review by appellate courts of various tribunals are ably set out by Iacobucci J. in *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, at pp. 589-90, in these words:

There exist various standards of review with respect to the myriad of administrative agencies that exist in our country. The central question in ascertaining the standard of review is to determine the legislative intent in conferring jurisdiction on the administrative tribunal. In answering this question, the courts have looked at various factors. Included in the analysis is an examination of the tribunal's role or function. Also crucial is whether or not the agency's decisions are protected by a privative clause. Finally, of fundamental importance, is whether or not the question goes to the jurisdiction of the tribunal involved.

48

There is no effective privative clause applicable to the decisions of the Board. Rather s. 33(2) of the *Expropriations Act* (now s. 31(2)) provides that there is an appeal as of right to the Divisional Court "on questions of law or fact or both and the Divisional Court (a) may refer any matter back to the Board; or (b) may make any decision or order that the Board has power to make". Thus, not only is there no privative clause but a very wide power of appeal is granted. Nor is there any aspect of particular expertise involved in this decision. I would agree with the conclusion of the Court of Appeal that no particular deference should be accorded to a decision of the Board. That is to say the decision

K. *Le degré de retenue dont il faut faire preuve envers la Commission des affaires municipales de l'Ontario*

L'appelante a soutenu que les tribunaux d'instance inférieure ont fait erreur en statuant que la norme de contrôle applicable aux décisions de la Commission des affaires municipales de l'Ontario était celle de la décision correcte. En d'autres mots, que la décision devait être correcte. J'ai conclu que la décision de la Commission était correcte. En conséquence, il n'est pas nécessaire d'examiner la question de la norme de retenue applicable aux décisions de la Commission. Cependant, des observations s'imposent relativement à l'argument de l'appelante. Dans *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, aux pp. 589 et 590, le juge Iacobucci a bien exposé les principes régissant la norme de contrôle que les cours d'appel doivent respecter lorsqu'elles siègent en révision des décisions de divers tribunaux administratifs:

Il existe diverses normes de contrôle applicables à la myriade d'organismes administratifs qui existent au Canada. Dans l'examen de la norme de contrôle applicable, il faut avant tout déterminer quelle était l'intention du législateur lorsqu'il a conféré compétence au tribunal administratif. Pour répondre à cette question, les tribunaux ont examiné divers facteurs, dont le rôle ou la fonction du tribunal. Il est également essentiel de savoir si les décisions de l'organisme sont protégées par une clause privative. Enfin, il est d'une importance fondamentale de savoir si la question touche la compétence du tribunal concerné.

Il n'existe pas de clause privative efficace applicable aux décisions de la Commission. Au contraire, le par. 33(2) de l'*Expropriations Act* (maintenant le par. 31(2)) prévoit qu'un appel de plein droit peut être porté devant la Cour divisionnaire [TRADUCTION] «sur des questions de droit, de fait ou les deux. La Cour divisionnaire peut: a) soit renvoyer une affaire devant la Commission; b) soit rendre une décision ou une ordonnance qui relève de la compétence de la Commission». En conséquence, non seulement la disposition ne renferme pas de clause privative, mais au contraire elle confère un très vaste pouvoir d'appel. De plus, la présente décision ne met en jeu aucune expertise

of the Board must be correct. However it was, as I have found, correct.

VI. Disposition

I would allow the appeal and restore the award of \$500,000 for disturbance damages made by the Ontario Municipal Board pursuant to s. 13(2)(b) of the *Expropriations Act*. The orders of the Divisional Court and Court of Appeal should be set aside and the award of the Ontario Municipal Board restored. The appellant should have its costs of these proceedings throughout.

The following are the reasons delivered by

IACOBUCCI J. (dissenting) — I have read the lucid reasons written by my colleague, Cory J., and, with respect, find myself unable to concur in his result. In my opinion, neither the wording of the legislation in question nor the applicable case law supports Dell's claim for disturbance damages in this case. With regard to Dell's claim, presented in the alternative, for damages resulting from injurious affection, in my opinion, the clear wording of the legislation precludes an award for such damages.

1. Disturbance Damages

By virtue of s. 13(1) and (2) of the *Expropriations Act*, R.S.O. 1980, c. 148 (the "Act"), when a governmental authority expropriates property, it must compensate the landowner. This compensation must include, among other things, "damages attributable to disturbance". Section 18(1) of the Act defines disturbance damages as those "reasonable costs [which] are the natural and reasonable consequences of the expropriation". In other

particulière. Je suis d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel qu'il n'y a pas lieu de faire preuve d'une retenue particulière à l'égard des décisions de la Commission. Il s'ensuit que la décision de la Commission doit être correcte. Cependant, comme j'ai conclu, elle était correcte.

VI. Le dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le montant de 500 000 \$ accordé au titre des dommages imputables aux troubles de jouissance par la Commission des affaires municipales de l'Ontario en vertu de l'al. 13(2)b) de l'*Expropriations Act*. Les ordonnances de la Cour divisionnaire et de la Cour d'appel devraient être annulées et l'indemnité accordée par la Commission des affaires municipales de l'Ontario devrait être rétablie. L'appelante a droit aux dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE IACOBUCCI (dissent) — J'ai lu les motifs limpides de mon collègue le juge Cory et, en toute déférence, je ne puis souscrire au résultat auquel il arrive. À mon avis, ni le libellé du texte de loi en question ni la jurisprudence applicable n'appuient la demande d'indemnisation présentée en l'espèce par Dell et fondée sur des dommages imputables à des troubles de jouissance. Pour ce qui concerne l'autre volet de la demande d'indemnisation de Dell, qui est fondé sur les dommages causés par un effet préjudiciable, je suis d'avis que le libellé clair de la loi exclut le versement d'une indemnité à ce titre.

1. Dommages imputables à des troubles de jouissance

En vertu des par. 13(1) et (2) de l'*Expropriations Act*, R.S.O. 1980, ch. 148 (la «Loi»), l'autorité gouvernementale qui exproprie un bien-fonds doit en indemniser le propriétaire. Le montant de l'indemnité doit notamment tenir compte des «dommages imputables à des troubles de jouissance». Aux termes du par. 18(1) de la Loi, les dommages imputables à des troubles de jouissance sont «les frais raisonnables qui sont les résultats

49

50

51

words, subject to considerations of remoteness, so long as the expropriation causes the loss, the landowner has a right to compensation in the form of disturbance damages. Accordingly, Dell's claim for damages in this case turns on whether or not the expropriation did, in fact, cause the loss.

normaux de l'expropriation». En d'autres termes, dans la mesure où l'expropriation cause la perte, le propriétaire a le droit d'être indemnisé au titre des dommages imputables à des troubles de jouissance, sous réserve de la question de leur caractère indirect. En conséquence, l'issue de l'action en dommages-intérêts de Dell dépend de la question de savoir si l'expropriation a, dans les faits, causé la perte.

52 In my view, the appellant's claim fails to overcome this crucial hurdle; I do not agree with Dell's argument that the taking of its land gave rise to the loss in question. This brings me to a brief review of the factual background to this appeal and the relevant jurisprudence.

À mon avis, la réclamation de l'appelante n'arrive pas à franchir cette étape cruciale. Je n'accepte pas l'argument de Dell que l'expropriation de son bien-fonds a donné lieu à la perte en question. Cela m'amène à faire un bref examen des faits de l'espèce et de la jurisprudence pertinente.

53 In the mid-1970s, Dell bought approximately 40 acres of land in Mississauga, with an eye to redeveloping the property as a residential "subdivision". In May of 1977, the Toronto Area Transit Operating Authority (the "Transit Authority") asked the city of Mississauga to endorse its plan for a GO Station to be constructed somewhere on Dell's property. The Transit Authority did not determine the exact boundaries of the needed land until March of 1980. During this three-year period, the city of Mississauga refused to consider Dell's redevelopment proposal.

Au milieu des années 70, Dell a acheté environ 40 acres de terrain à Mississauga en vue de réaménager ce bien-fonds en tant que «lotissement» résidentiel. En mai 1977, la Régie des transports en commun de la région de Toronto (la «Régie») a demandé à la ville de Mississauga d'avaliser son projet de construction d'une station du Réseau GO sur une partie du bien-fonds de Dell. Ce n'est qu'en mars 1980 que la Régie a déterminé les limites exactes du terrain nécessaire. Durant cette période de trois ans, la ville de Mississauga a refusé d'examiner le projet de réaménagement de Dell.

54 As a result of this "delay", Dell incurred greater expenses in developing its Mississauga property than it would have had the redevelopment plan proceeded as originally scheduled. Dell now seeks to recover these increased costs as disturbance damages.

En raison de cette «période d'attente», Dell a engagé, dans le cadre de l'aménagement du bien-fonds de Mississauga, des dépenses plus importantes qu'elle n'aurait eu à le faire si le projet de réaménagement avait été exécuté suivant le calendrier initial. Dell cherche maintenant à recouvrer ces coûts additionnels au titre des dommages imputables à des troubles de jouissance.

55 As noted above, the Act's definition of disturbance damages requires Dell to show that the increased costs of development are the "natural and reasonable consequences of the expropriation". In my opinion, Dell's causation argument fails for two reasons. First, I do not agree with the appellant's submission that the three-year delay constituted a part of the expropriation "process". Second, even if the delay was a part of the process,

Comme il a été indiqué plus tôt, suivant la définition de dommages imputables à des troubles de jouissance prévue par la Loi, Dell doit démontrer que les coûts additionnels d'aménagement sont les «résultats normaux de l'expropriation». À mon avis, l'argument avancé par Dell pour établir le lien de causalité ne saurait être retenu, et ce pour deux raisons. Premièrement, je ne suis pas d'accord avec l'argument de l'appelante que la période

the Transit Authority's delay did not cause Dell's loss; the zoning authority did. Nothing in the Transit Authority's conduct forced the city of Mississauga to postpone consideration of Dell's rezoning application; the city made a choice to defer its decision until the Transit Authority had settled its GO Station plans. This choice by the city effectively breaks the chain of causation between the expropriation "process" and Dell's loss. I should like to elaborate on these two reasons.

In order to recover disturbance damages, a party must show that those costs represent the natural and reasonable consequences of the expropriation. Normally, "expropriation" refers to the actual taking of a person's land. See, for example, the definition given in *Black's Law Dictionary* (6th ed. 1990). However, in this case, it was not the taking itself which caused the loss. On the contrary, from Dell's point of view, the expropriating act could not occur soon enough. The source of Dell's complaint is not, therefore, the taking of its land, but rather the time which the Transit Authority took to decide exactly which piece of land to expropriate. Therefore, on its face, Dell's loss would not seem to fall within the definition of disturbance damages specified in s. 18(1) of the Act.

In an effort to bring itself within the scope of s. 18(1), the appellant argued before this Court that the pre-expropriation delay formed part of the expropriation "process" or "scheme". Once the delay period is recognized as part of the "expropriation process", then any loss caused by the delay is, by extension, caused by the expropriation itself. However, I do not agree with this characterization

d'attente de trois ans constituait une partie du «processus» d'expropriation. Deuxièmement, même si c'était le cas, ce n'est pas le temps mis par la Régie pour agir qui a causé la perte subie par Dell, mais l'autorité responsable du zonage. La conduite de la Régie n'a aucunement forcé la ville de Mississauga à retarder l'examen de la demande de modification de zonage présentée par Dell. La ville a choisi de reporter sa décision jusqu'à ce que la Régie ait arrêté ses plans concernant la station du Réseau GO. Cette décision de la ville rompt effectivement le lien de causalité entre le «processus» d'expropriation et la perte de Dell. Je vais maintenant préciser ces deux raisons.

Pour être indemnisée des dommages imputables à des troubles de jouissance, une partie doit démontrer que les frais en cause sont les résultats normaux de l'expropriation. Habituellement, le mot «expropriation» s'entend de l'appropriation même du bien-fonds d'une personne. Voir, par exemple, la définition donnée dans le *Black's Law Dictionary* (6^e éd. 1990). Cependant, en l'espèce, ce n'est pas l'appropriation en tant que telle qui a causé la perte. Au contraire, du point de vue de Dell, plus vite surviendrait l'expropriation, le mieux ce serait. La source de la plainte de Dell n'est donc pas la prise de son bien-fonds, mais le temps qu'a mis la Régie à décider exactement quelle parcelle de terrain devait être expropriée. En conséquence, à première vue, la perte de Dell ne semble pas visée par la définition de dommages imputables à des troubles de jouissance prévue au par. 18(1) de la Loi.

Dans un effort en vue de faire entrer sa réclamation dans le champ d'application du par. 18(1), l'appelante a soutenu devant notre Cour que la période d'attente qui a précédé l'expropriation elle-même faisait partie du «processus» ou «régime» d'expropriation. Une fois qu'il est reconnu que la période d'attente fait partie du «processus d'expropriation», il s'ensuit que toute perte causée par cette attente est, par extension, causée par l'expropriation elle-même. Cependant, je ne souscris pas à cette caractérisation de la période d'attente, et je ne considère pas non plus

56

57

of the delay period and do not read the case law as supporting the appellant's argument.

58 It is true that certain cases have spoken of expropriation as a "process". See, for example, the decision of Duff J. in *City of Montreal v. Daniel J. McAnulty Realty Co.*, [1923] S.C.R. 273. However, when Duff J. used the term "process", he was not referring to all of the steps leading up to the expropriation itself. Rather, "expropriation process" encompassed only the actual taking plus the use to which the expropriated land would be put, namely, the building of a sewage plant. The Court adopted this somewhat expansive definition of expropriation in order to measure properly the value, to the owner, of the expropriated land. Contrary to the argument put forward by the appellant, the word "process", as used in *McAnulty*, did not refer to any action undertaken in the pre-expropriation period, but rather to events occurring after the taking of the land, i.e., the building of a sewage plant.

59 Accordingly, I do not see how the period leading up to the taking of land falls within the meaning of the term "expropriation" as it is used in s. 18(1) of the *Expropriations Act*. Therefore, any loss caused by the passing of time prior to the actual expropriation does not qualify as disturbance damage.

60 Furthermore, even accepting the appellant's argument that the period leading up to the actual expropriation forms part of the "expropriation process", this lapse of time did not, in fact, cause the loss which forms the basis of the present claim. Specifically, Dell suffered its loss not as a result of expropriation, but rather as a result of a zoning decision or lack thereof.

61 Between 1977 and 1980, the city of Mississauga would not consider Dell's development proposals until the Transit Authority had reached a final decision on the land to be expropriated. This

que la jurisprudence appuie cet argument de l'appelante.

Il est vrai que, dans certains arrêts, on parle de l'expropriation comme d'un «processus». Voir, par exemple, les motifs du juge Duff dans *City of Montreal c. Daniel J. McAnulty Realty Co.*, [1923] R.C.S. 273. Cependant, lorsque le juge Duff a utilisé le mot [TRADUCTION] «processus», il ne parlait pas de toutes les étapes menant à l'expropriation elle-même. Au contraire, le «processus d'expropriation» ne visait que l'appropriation même et l'usage auquel le bien-fonds exproprié était destiné, savoir la construction d'une usine d'épuration. La Cour a adopté cette définition quelque peu élargie du mot «expropriation» afin de calculer adéquatement la valeur du bien-fonds exproprié pour son propriétaire. Contrairement à l'argument avancé par l'appelante, le mot «processus», tel qu'il a été utilisé dans *McAnulty*, ne se rapportait à aucune mesure prise au cours de la période d'attente qui a précédé l'expropriation, mais plutôt aux événements postérieurs à la prise de possession du bien-fonds, c'est-à-dire la construction d'une usine d'épuration.

Je ne vois donc pas comment la période qui a précédé la prise de possession du bien-fonds peut être visée par le mot «expropriation» au sens du par. 18(1) de l'*Expropriations Act*. En conséquence, les pertes causées par l'écoulement de temps avant l'expropriation elle-même ne peuvent être considérées comme des dommages imputables à des troubles de jouissance.

Qui plus est, même en acceptant l'argument de l'appelante que la période qui a précédé l'expropriation fait partie du «processus d'expropriation», ce laps de temps n'a pas, dans les faits, causé la perte qui est à la base de la présente réclamation. Pour être plus précis, la perte subie par Dell ne résulte pas de l'expropriation, mais plutôt d'une décision en matière de zonage ou de l'absence d'une telle décision.

Entre 1977 et 1980, la ville de Mississauga a refusé d'examiner les propositions d'aménagement de Dell tant que la Régie n'aurait pas arrêté sa décision finale quant au terrain devant être expro-

refusal to proceed with the development plan, while undeniably influenced by the “expropriation process”, was not determined by it. The city still had the power to rezone all of Dell’s land, but it chose not to do so. While this may have been a prudent choice, it was, nonetheless, a choice made by the city. Therefore, in my opinion, the delay in development did not flow inexorably from the Transit Authority’s slow progress in choosing a location for the GO Station. Accordingly, given that the delay in reaching an expropriation decision did not, in fact, cause the delay in rezoning, then the expropriation delay also did not cause Dell’s loss within the meaning of “disturbance damages” as found in s. 18(1) of the Act.

I should emphasize that this is not a case where the property expropriated had some special value to the landowner, a value which would not be reflected in the land’s market price. Dell had not sunk any investment into its property which the expropriation rendered useless. Or, at least, that is not the nature of the claim in issue. The damages claimed do not, in any way, reflect a decrease in the value either of the expropriated land or of the remaining land — losses which would fall under the rubric of disturbance damages.

Although I am not aware of any Canadian case which has awarded disturbance damages for losses incurred as a result of pre-expropriation delay, the appellant points to the recent Privy Council decision in *Director of Buildings and Lands v. Shun Fung Ironworks Ltd.*, [1995] 2 A.C. 111. In *Shun Fung*, the landowner lost profits when its trading partners, made nervous by rumours of a potential expropriation, refused to enter into long-term contracts — contracts which provided the bulk of the company’s revenues. In the five years between the first rumours and the formal order, the inability to enter into long-term contracts reduced the business’ profits by approximately \$18,000,000. Under

prié. Même si la décision de refuser d’examiner le projet d’aménagement a indéniablement été influencée par le «processus d’expropriation», elle n’a pas été déterminée par celui-ci. La ville avait toujours le pouvoir de modifier le zonage de l’ensemble du bien-fonds de Dell, mais elle a choisi de ne pas le faire. Bien que cela ait pu être une décision prudente, c’était néanmoins une décision de la ville. En conséquence, je suis d’avis que le retard dans l’aménagement ne découle pas inexorablement de la lenteur mise par la Régie à choisir l’emplacement de la station du Réseau GO. Comme le temps mis à prendre la décision concernant l’expropriation n’a pas, dans les faits, causé le retard dans la modification du zonage, le temps mis à exproprier n’a donc pas non plus causé la perte de Dell au titre des «dommages imputables à des troubles de jouissance» visés au par. 18(1) de la Loi.

Je tiens à souligner qu’il ne s’agit pas d’un cas où le bien exproprié avait une valeur spéciale pour le propriétaire, valeur que ne traduirait pas le prix du bien-fonds sur le marché. Dell n’avait fait, à l’égard de son bien, aucun investissement qui aurait été rendu inutile par l’expropriation. À tout le moins, la réclamation en litige n’est pas de cette nature. Les dommages dont on demande l’indemnisation ne correspondent d’aucune façon à une diminution de la valeur soit du bien exproprié soit de la partie restante du bien-fonds — pertes qui relèveraient de la rubrique des dommages imputables à des troubles de jouissance.

Même si je ne connais aucune décision canadienne dans laquelle des dommages-intérêts ont été accordés au titre des dommages imputables à des troubles de jouissance relativement à des pertes subies en raison du temps mis à exproprier, l’appelante fait état de l’arrêt récent du Conseil privé *Director of Buildings and Lands c. Shun Fung Ironworks Ltd.*, [1995] 2 A.C. 111. Dans *Shun Fung*, le propriétaire avait subi une perte de profits lorsque ses partenaires commerciaux, inquiétés par des rumeurs d’expropriation possible, avaient refusé de conclure des contrats à long terme — contrats qui constituaient le gros des revenus de la société. Au cours des cinq années qui se sont écoulées

62

63

the heading of disturbance damages, the Privy Council awarded compensation for these lost profits.

lées entre les premières rumeurs et l'ordonnance formelle d'expropriation, l'incapacité de conclure des contrats à long terme a réduit les profits d'environ 18 000 000 \$. Sous le chef des dommages imputables à des troubles de jouissance, le Conseil privé a accordé une indemnité à l'égard de ces profits perdus.

64

I need not express an opinion as to whether one can draw a persuasive analogy between *Shun Fung* and the present case because I do not, with respect, agree with the result reached by the Privy Council. I prefer the result and reasoning reached by the Ontario Land Compensation Board in *A. M. Souter & Co. v. City of Hamilton* (1972), 2 L.C.R. 167. In that case, the plaintiff owned a five-story commercial building in Hamilton. In the mid-1960s, the city commissioned a report which recommended extensive redevelopment of the downtown area, an area which included the plaintiff's property. For reasons unrelated to the proposed renewal project, the plaintiff could not find a tenant for its building and, accordingly, sought permission to redevelop the property. Because of the "urban renewal area" designation, permission was denied by the zoning authority and the building sat empty for three years until the city issued its formal notice of expropriation. The landowner claimed disturbance damages to cover the rental income lost during this period. Rejecting this claim, the Board held, correctly, in my opinion, that the loss was the result not of the expropriation but rather of the designation of the area as one of proposed urban renewal and that, accordingly, the loss was not compensable under the heading of disturbance damages. Similarly, in the instant appeal, the pre-expropriation delay did not cause the loss, rather the refusal to rezone did so.

Je n'ai pas à exprimer d'opinion quant à savoir s'il est possible d'établir une analogie convaincante entre *Shun Fung* et la présente affaire, étant donné que, en toute déférence, je ne souscris pas au résultat auquel est arrivé le Conseil privé. Je préfère le résultat et le raisonnement de l'Office d'indemnisation foncière de l'Ontario dans *A. M. Souter & Co. c. City of Hamilton* (1972), 2 L.C.R. 167. Dans cette affaire, la demanderesse était propriétaire d'un édifice commercial de cinq étages à Hamilton. Au milieu des années 60, un rapport — préparé à la demande de la ville — avait recommandé d'importants travaux de réaménagement au centre-ville, secteur où se trouvait le bien-fonds de la demanderesse. Pour des raisons indépendantes du projet de réaménagement, la demanderesse n'a pu trouver de locataire pour son édifice et, en conséquence, elle a demandé l'autorisation de réaménager son bien-fonds. Comme le secteur était désigné «zone de rénovation urbaine», l'autorité responsable du zonage a refusé l'autorisation demandée et l'édifice est demeuré vacant pendant trois ans, jusqu'à ce que la ville donne l'avis formel d'expropriation. Le propriétaire a demandé, au titre des dommages imputables à des troubles de jouissance, des dommages-intérêts pour les revenus de location perdus au cours de cette période. Rejetant la réclamation, l'Office a, à juste titre selon moi, statué que la perte résultait non pas de l'expropriation mais plutôt de la désignation du secteur comme zone de rénovation urbaine proposée et que, de ce fait, cette perte n'était pas indemnisable au titre des dommages imputables à des troubles de jouissance. De même, dans le cas qui nous intéresse, ce n'est pas le temps mis à exproprier qui a causé la perte, mais plutôt le refus de modifier le zonage.

65

I should also add that an acceptance of Dell's argument would lead to difficulties in future cases.

Je tiens aussi à ajouter que le fait d'accepter l'argument de Dell entraînerait des difficultés dans

For example, in many cases, the exact commencement of the “delay period” may be unclear. Does the delay period begin to run only when the governmental authority makes a firm, public statement about plans to expropriate? Or when the government begins to study potential sites for expropriation? Or when rumours begin to circulate? Given these questions, one would think that, had the legislature intended to compensate for a loss arising from a delay period, it would have clearly provided for such compensation.

Finally, even accepting that certain policy considerations may weigh in favour of the government bearing the cost of pre-expropriation delay, I am reluctant to weigh policy more heavily than the clear language of the statute and the existing expropriation jurisprudence.

2. Injurious Affection

The right to claim damages for injurious affection stems from s. 13(2)(c), which states:

13. . . .

(2) Where the land of an owner is expropriated, the compensation payable to the owner shall be based upon,

. . .

(c) damages for injurious affection;

The Act defines “injurious affection” in s. 1(1)(e) as follows:

1. — (1) In this Act,

. . .

(e) “injurious affection” means,

de futurs litiges. Par exemple, dans de nombreux cas, le moment exact où commence à courir la «période d’attente» pourrait être incertain. Cette période commence-t-elle à courir seulement lorsque l’autorité gouvernementale annonce fermement et publiquement de ses projets d’expropriation? Ou encore lorsque le gouvernement commence à examiner les sites d’expropriation possibles? Ou bien lorsque des rumeurs commencent à courir? Compte tenu de ces questions, on pourrait croire que, si la législature avait voulu que soient indemnisées les pertes découlant du temps mis à exproprier, elle aurait clairement prévu une telle indemnisation.

Enfin, même en admettant que certaines considérations de politique générale puissent militer en faveur du fait qu’il appartient au gouvernement de supporter les coûts des lenteurs à exproprier, j’hésite à accorder à une telle politique plus d’importance qu’au texte clair de la loi et qu’à la jurisprudence existante en matière d’expropriation.

2. Effet préjudiciable

Le droit de demander l’indemnisation des dommages causés par un effet préjudiciable est prévu à l’al. 13(2)c), qui est ainsi rédigé:

[TRADUCTION]

13. . . .

(2) Lorsque le bien-fonds d’un propriétaire est exproprié, le montant de l’indemnité à verser au propriétaire se fonde sur:

. . .

c) les dommages causés par un effet préjudiciable;

L’alinéa 1(1)e) de la Loi donne la définition suivante de l’expression «effet préjudiciable»:

[TRADUCTION]

1. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi,

. . .

e) «effet préjudiciable» S’entend:

66

67

68

(i) where a statutory authority acquires part of the land of an owner,

. . .

(B) such personal and business damages, resulting from the construction or use, or both, of the works as the statutory authority would be liable for if the construction or use were not under the authority of a statute. . . .

On this question, I agree with the conclusion reached by the Court of Appeal ((1995), 22 O.R. (3d) 733, at p. 735):

The business losses caused by the pre-expropriation delays are not damages resulting from “the construction or use, or both, of the works” under part B of s. 1(1)(e)(i). . . .

⁶⁹ For all of these reasons, I would dismiss Dell’s appeal with costs.

Appeal allowed with costs, IACOBUCCI J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Weir & Foulds, Toronto.

Solicitors for the respondent: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

(i) lorsqu’une autorité légalement compétente acquiert une partie du bien-fonds d’un propriétaire:

. . .

(B) d’autre part, des dommages personnels et commerciaux qui résultent de la construction ou de l’utilisation des ouvrages, ou de ces deux éléments à la fois, et dont l’autorité légalement compétente serait tenue responsable si cette construction ou cette utilisation n’étaient pas autorisées aux termes d’une loi. . .

Sur cette question, je suis d’accord avec la conclusion de la Cour d’appel ((1995), 22 O.R. (3d) 733, à la p. 735):

[TRADUCTION] Les pertes commerciales causées par le temps mis à exproprier ne sont pas des dommages qui résultent de «la construction ou de l’utilisation des ouvrages, ou de ces deux éléments à la fois» au sens de la division 1(1)e)(i)(B). . . .

Pour tous les motifs qui précèdent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi de Dell avec dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens, le juge IACOBUCCI est dissident.

Procureurs de l’appelante: Weir & Foulds, Toronto.

Procureurs de l’intimée: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Arthur Hill and Angus Hill *Appellants*

v.

The Attorney General of Nova Scotia *Respondent*

INDEXED AS: HILL v. NOVA SCOTIA (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 24782.

1996: November 27; 1997: January 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Contracts — Writing requirement — Crown expropriating land and agreeing to right to cross highway as part of compensation package — Statute requiring Minister to issue written permit — Crown performing work required to effect and maintain highway crossing — Crown denying grant of interest in land because writing requirement not met — Whether Crown can rely on absence of written permit to deny creation of interest to cross the highway — Public Highways Act, R.S.N.S. 1954, c. 235, s. 21.

Expropriation — Crown expropriating land and agreeing to right to cross highway as part of compensation package — Statute requiring Minister to issue written permit — Crown performing work required to effect and maintain highway crossing — Crown denying grant of interest in land because writing requirement not met — Whether Crown can rely on absence of written permit to deny creation of interest to cross the highway — Public Highways Act, R.S.N.S. 1954, c. 235, s. 21.

Nova Scotia expropriated land for construction of a controlled access highway which bisected the Hill farm. Those representing the Department of Transport at the time, by their words and actions, represented that the landowner would receive an interest in the highway lands which would permit him to move people, equipment and cattle back and forth across the highway. The Department of Transport, in compliance with these representations, constructed necessary fences, gates and ramps and maintained them for over 27 years. The

Arthur Hill et Angus Hill *Appellants*

c.

Le procureur général de la Nouvelle-Écosse *Intimé*

RÉPERTORIÉ: HILL c. NOUVELLE-ÉCOSSE (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 24782.

1996: 27 novembre; 1997: 30 janvier.

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

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

Contrats — Exigence d'un écrit — Expropriation de terres par la Couronne et concession du droit de traverser la route comme partie de l'indemnité — Permis écrit du ministre requis par la loi — Construction et entretien par la Couronne des ouvrages nécessaires pour traverser la route — La Couronne nie avoir accordé un intérêt foncier pour le motif que l'exigence d'un écrit n'a pas été respectée — La Couronne peut-elle invoquer l'absence de permis écrit pour nier la création du droit de traverser la route? — Public Highways Act, R.S.N.S. 1954, ch. 235, art. 21.

Expropriation — Expropriation de terres par la Couronne et concession du droit de traverser la route comme partie de l'indemnité — Permis écrit du ministre requis par la loi — Construction et entretien par la Couronne des ouvrages nécessaires pour traverser la route — La Couronne nie avoir accordé un intérêt foncier pour le motif que l'exigence d'un écrit n'a pas été respectée — La Couronne peut-elle invoquer l'absence de permis écrit pour nier la création du droit de traverser la route? — Public Highways Act, R.S.N.S. 1954, ch. 235, art. 21.

Afin de construire une route à accès limité, la Nouvelle-Écosse a exproprié des terres et, ce faisant, coupé en deux la ferme Hill. Il ressort des gestes et des propos des représentants du ministère des Transports à l'époque, qu'il a été déclaré au propriétaire qu'il recevrait, dans les terres formant la route, un intérêt qui lui permettrait de déplacer des personnes, de la machinerie et du bétail d'un côté à l'autre de la route. Se conformant à ces déclarations, le ministère des Transports a construit les clôtures, barrières et rampes nécessaires et

Crown now denies the creation of an interest in the land and alleges that the arrangement contravened s. 21 of the *Public Highways Act* which provided that no person should construct a private road, entrance way or gate connecting with or opening on a controlled access highway without a written permit from the Minister. At issue here was whether, as part of the consideration for the expropriated lands, the province granted an equitable interest in those lands permitting the movement of cattle and equipment across the highway.

Held: The appeal should be allowed.

The province complied with its promise to provide access across the highway by building fences, gates and ramps and maintaining them for over 27 years. The appellants accordingly acquired an "equitable permission" (or interest) to enter upon and cross the highway. The requirement in s. 21(1)(a) of the *Public Highways Act* that this permission should be in writing may well be satisfied here, and even assuming that it was not, was merely a reflection of the *Statute of Frauds*. Where the terms of an agreement have already been carried out, the danger of fraud is reduced or averted. Here, strict adherence to the literal terms of the writing requirement would not serve the purpose of averting a fraud. Fraud would not be prevented; rather the appellants would be defrauded. Neither s. 21(1) nor s. 25 of the *Expropriation Act* applied. Even if they were applicable, the doctrine of part performance would prevent the Crown from relying on them.

An estoppel cannot be raised against the Crown in the face of a contrary statutory requirement. Yet, a writing requirement cannot circumvent the application of the doctrine of part performance; its purpose is to avoid the inequitable operation of the *Statute of Frauds*. (It does not matter that one of the parties is the Crown. The writing requirement is no more pressing with respect to the Crown than with private persons.) This reasoning cannot be extended to permit estoppel in the face of statutes other than the *Statute of Frauds*. The writing requirement must give way in the face of part performance or estoppel by conduct because the part performance or conduct fulfils the very purpose of a written document. Other statutory provisions may so differ in their aim and purpose that their requirements for the execution of

les a entretenues pendant plus de 27 ans. La Couronne nie maintenant la création d'un intérêt dans les terres et allègue que l'arrangement contrevenait à l'art. 21 de la *Public Highways Act* qui prévoyait que nul ne peut, sans permis écrit émanant du ministre, construire un chemin privé, une voie d'entrée ou une barrière qui, selon le cas, est raccordé à une route à accès limité ou donne sur celle-ci. La question qui doit être tranchée est de savoir si, en tant qu'élément de la contrepartie versée pour les terres expropriées, la province a accordé, dans les terres en question, un intérêt en *equity* autorisant le déplacement du bétail et de la machinerie d'un côté à l'autre de la route.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La province a rempli sa promesse de donner accès à la route en construisant et en entretenant pendant plus de 27 ans des clôtures, des barrières et des rampes. Par conséquent, les appelants ont acquis une «permission en *equity*» (ou intérêt) les autorisant à accéder à la route et à la traverser. Il est possible que l'exigence établie par l'al. 21(1)a de la *Public Highways Act* que cette permission soit consignée par écrit ait été satisfaite en l'espèce, mais, même en supposant qu'elle ne l'a pas été, cette exigence découlait simplement du *Statute of Frauds*. Lorsque les conditions d'une entente ont déjà été exécutées, le danger de fraude est réduit ou évité. Dans le présent cas, appliquer strictement l'exigence d'un écrit ne servirait pas la fin pour laquelle elle a été formulée, savoir éviter la fraude. On ne préviendrait pas la fraude; au contraire, ce serait les appelants qui en seraient victimes. Ni le par. 21(1) ni l'art. 25 de l'*Expropriation Act* ne s'appliquaient. D'ailleurs, même s'ils s'appliquaient, la doctrine de l'exécution partielle aurait pour effet d'empêcher la Couronne de les invoquer.

On ne peut invoquer la préclusion contre la Couronne lorsqu'un texte de loi exige le contraire. Elle peut cependant être invoquée relativement à l'exigence d'un écrit. Malgré cela, l'exigence d'un écrit ne peut pas faire obstacle à l'application de la doctrine de l'exécution partielle; l'objet de cette doctrine est d'éviter l'application inéquitable du *Statute of Frauds*. (Le fait que la Couronne soit l'une des parties ne change rien. L'exigence d'un écrit n'a pas un caractère plus impératif à l'endroit de la Couronne qu'à l'égard de particuliers.) Ce raisonnement ne peut être étendu de manière à permettre l'application de la préclusion à d'autres lois que le *Statute of Frauds*. L'exigence d'un écrit doit être écartée en cas d'exécution partielle ou de préclusion fondée sur la conduite, parce que l'exécution partielle ou la conduite en question satisfont l'objet même visé par l'écrit. Il est possible que d'autres dispositions légis-

written forms or documents will generally be mandatory.

The landowner, in 1967, acquired an equitable permission or right to enter upon and cross the highway which differs from the kind contemplated by s. 21(1)(a) of the *Public Highways Act* only to the extent that it is not in writing. An equitable permission is a compensable interest in land within the broad meaning of that term found in s. 1(c) of the *Expropriation Act*.

The release, made on reaching agreement as to compensation and executed pursuant to that agreement, cannot constitute a bar to payment of compensation for the taking of appellants' equitable interest in the land which was an integral part of the consideration. The release did not contemplate or effect the equitable interest in land.

Cases Cited

Not followed: *Howell v. Falmouth Boat Construction Co.*, [1951] A.C. 837; **referred to:** *Steadman v. Steadman*, [1976] A.C. 536; *Daigle v. Clair (Village of)* (1986), 70 N.B.R. (2d) 129; *Crabb v. Arun District Council*, [1975] 3 All E.R. 865; *White v. Central Trust Co.* (1984), 54 N.B.R. (2d) 293.

Statutes and Regulations Cited

Expropriation Act, R.S.N.S. 1954, c. 91, ss. 1(c), 21(1), 25.

Public Highways Act, R.S.N.S. 1954, c. 235, s. 21(1)(a).

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1995), 140 N.S.R. (2d) 116, 399 A.P.R. 116, 56 L.C.R. 252, 45 R.P.R. (2d) 169, [1995] N.S.J. No. 153, allowing an appeal and dismissing a cross-appeal from a judgment of Scanlan J. (1994), 132 N.S.R. (2d) 265, 376 A.P.R. 265, 54 L.C.R. 96, [1994] N.S.J. No. 303, declaring an equitable easement. Appeal allowed.

Douglas A. Caldwell, Q.C., and *Lloyd I. Berliner*, for the appellants.

Alexander M. Cameron and *Margaret MacInnis*, for the respondent.

latives visent des fins à ce point différentes que l'obligation qu'elles font relativement à l'utilisation d'une formule ou d'un autre document aura généralement un caractère impératif.

Le propriétaire du bien-fonds a acquis, en 1967, un droit ou une permission en *equity* l'autorisant à accéder à la route et à la traverser, permission qui ne diffère de celle prévue à l'al. 21(1)a que par le fait qu'elle n'est pas écrite. Une permission en *equity* est un «intérêt» foncier indemnisable suivant le sens large dans lequel ce mot est utilisé à l'al. 1c) de l'*Expropriation Act*.

La renonciation qui a été accordée lorsqu'il y a eu entente sur l'indemnité puis signée conformément à cette entente ne peut pas faire obstacle au paiement aux appelants d'une indemnité pour l'expropriation de leur intérêt en *equity* dans les terres visées, intérêt qui faisait partie intégrante de la contrepartie accordée. La renonciation ne visait pas l'intérêt foncier en *equity* et n'a pas eu d'effet sur celui-ci.

Jurisprudence

Arrêt écarté: *Howell c. Falmouth Boat Construction Co.*, [1951] A.C. 837; **arrêts mentionnés:** *Steadman c. Steadman*, [1976] A.C. 536; *Daigle c. Clair (Village de)* (1986), 70 R.N.-B. (2^e) 129; *Crabb c. Arun District Council*, [1975] 3 All E.R. 865; *White c. Central Trust Co.* (1984), 54 R.N.-B. (2^e) 293.

Lois et règlements cités

Expropriation Act, R.S.N.S. 1954, ch. 91, art. 1c), 21(1) et 25.

Public Highways Act, R.S.N.S. 1954, ch. 235, art. 21(1)a).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1995), 140 N.S.R. (2d) 116, 399 A.P.R. 116, 56 L.C.R. 252, 45 R.P.R. (2d) 169, [1995] N.S.J. No. 153, qui a accueilli l'appel et rejeté l'appel incident formés contre le jugement du juge Scanlan (1994), 132 N.S.R. (2d) 265, 376 A.P.R. 265, 54 L.C.R. 96, [1994] N.S.J. No. 303, qui avait reconnu l'existence d'une servitude en *equity*. Pourvoi accueilli.

Douglas A. Caldwell, c.r., et *Lloyd I. Berliner*, pour les appelants.

Alexander M. Cameron et *Margaret MacInnis*, pour l'intimé.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

1 CORY J. — In order to build a controlled access highway, the province of Nova Scotia expropriated land which bisected the Hill farm. The issue to be resolved is whether, as part of the consideration for the expropriated lands, the province granted Hill an equitable interest in those lands permitting him to move cattle and equipment back and forth across the highway.

LE JUGE CORY — Afin de construire une route à accès limité, la province de la Nouvelle-Écosse a exproprié des terres et, ce faisant, coupé en deux la ferme Hill. La question qui doit être tranchée est de savoir si, en tant qu'élément de la contrepartie versée pour les terres expropriées, la province a accordé à Hill un intérêt en *equity* dans les terres en question l'autorisant à traverser la route avec son bétail et son matériel.

2 On an application brought before him, Scanlan J. (1994), 132 N.S.R. (2d) 265, found that during the expropriation of the Hill property in 1966, the Province had granted an equitable easement across the highway to Ross Hill. The majority of the Court of Appeal, (1995), 140 N.S.R. (2d) 116, Freeman J.A. dissenting, found that no compensable interest in land existed and set aside the order of Scanlan J. For reasons which differ somewhat from those of Freeman J.A., I would allow the appeal and restore the order of Scanlan J.

Le juge Scanlan (1994), 132 N.S.R. (2d) 265, a conclu, relativement à la demande dont il était saisi, que lors de l'expropriation des terres de Hill en 1966 la province avait accordé à Ross Hill une servitude en *equity* l'autorisant à traverser la route. La Cour d'appel (1995), 140 N.S.R. (2d) 116, à la majorité, le juge Freeman étant dissident, a statué qu'il n'existait aucun intérêt foncier ouvrant droit à indemnisation et elle a annulé l'ordonnance du juge Scanlan. Pour des motifs quelque peu différents de ceux du juge Freeman, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance du juge Scanlan.

3 The appellants are the sons of Ross Hill and the successors in title to his farmlands. In 1966 and 1967 the respondent was acquiring land for the construction of the Trans-Canada Highway in Nova Scotia. During that time, discussions were held with Ross Hill relating to the expropriation of his land and the compensation to be paid. The proposed highway bisected the Hill farm dividing the northern portion from the southern.

Les appelants, fils de Ross Hill, ont hérité de son titre de propriété sur ses terres agricoles. En 1966 et en 1967, l'intimé acquérait des terres en vue de la construction de la route transcanadienne en Nouvelle-Écosse. Au cours de cette période, des discussions ont eu lieu avec Ross Hill relativement à l'expropriation de terres lui appartenant et de l'indemnité qui serait versée à cet égard. La route projetée coupait la ferme Hill en deux, séparant la partie nord de la partie sud.

4 The actions and words both oral and written of those representing the Department of Transport clearly demonstrate that a representation was made that Hill, as part of the compensation, would receive an interest in the highway lands which would permit the moving of people, equipment and cattle back and forth across the highway.

Il ressort clairement des gestes et des propos — tant oraux qu'écrits — des représentants du ministère des Transports qu'il a été déclaré à Hill qu'il recevrait, entre autres indemnités, un intérêt dans les terres formant la route qui lui permettrait de déplacer des personnes, de la machinerie et du bétail d'un côté à l'autre de la route.

5 In compliance with their representations the Department of Transport constructed fences, gates and ramps which would permit and facilitate the

Se conformant aux déclarations de ses représentants, le ministère des Transports a construit des clôtures, des barrières et des rampes visant à per-

movement of people, equipment and cattle between the two segments of the Hill farm. For over 27 years the Department of Transport maintained and on occasion improved the ramps. During this period they were used by Hill and his sons in the course of their farming operations. These actions serve to confirm and entrench the representation that Hill was to have an interest in land which would permit him to move equipment and cattle across the highway between the bisected portions of his farm. The actions of the province speak louder than any written document.

The representation that he had an interest in land, which closely resembles an easement, was relied upon by Ross Hill. It can and should be inferred that the interest in land formed a part of the consideration ultimately accepted by Ross Hill for the expropriation of his property. Thus it is apparent that he relied to his detriment upon the representation made to him by the Department of Transport. Without the representation the consideration for the taking would have been higher to compensate Hill for the injurious affection suffered as a result of the highway's dividing his property. The Department of Transport by its actions in constructing fences, gates and ramps and maintaining them over 27 years and recognized and confirmed its representation that Hill had an interest in land that enabled him to move cattle and equipment across the highway.

The representation as to the interest in land formed an integral and essential part of the overall agreement between the parties most particularly as to the consideration to be paid for the expropriated land. The Department of Transport through the actions of its authorized agents confirmed their representation to Hill that he would have a permanent right of way over the highway.

The province promised Mr. Hill access to the highway. It complied with and carried out that promise by building and maintaining for 27 years ramps giving access to the highway from Mr. Hill's land. Accordingly, Mr. Hill acquired what

mettre et à faciliter le déplacement des personnes, de la machinerie et du bétail entre les deux segments de la ferme Hill. Pendant plus de 27 ans, le ministère des Transports a entretenu et, à l'occasion, amélioré les rampes qui, durant cette période, ont été utilisées par Hill et par ses fils dans le cours de leurs activités agricoles. Ces actions viennent confirmer et consolider la déclaration selon laquelle Hill devait recevoir un intérêt foncier qui lui permettrait de faire traverser la route à sa machinerie et à son bétail pour les déplacer entre les deux parties coupées de sa ferme. Les actions de la province sont plus éloquentes que tout écrit.

Ross Hill s'est fié à la déclaration qui lui avait été faite qu'il détenait un intérêt foncier, qui s'apparente étroitement à une servitude. On peut et on doit inférer que cet intérêt foncier faisait partie de la contrepartie que Ross Hill a finalement acceptée pour l'expropriation de ses terres. Par conséquent, il est manifeste qu'il s'est fié — à son détriment — à la déclaration qui lui avait été faite par le ministère des Transports. Sans cette déclaration, une somme plus élevée aurait été versée en contrepartie de l'expropriation afin d'indemniser Hill pour le préjudice causé par suite de la division de sa terre par la route. En construisant des clôtures, des barrières et des rampes et en les entretenant pendant plus de 27 ans, le ministère des Transports a reconnu et confirmé la déclaration qu'il avait faite à Hill qu'il avait un intérêt foncier lui permettant de faire traverser la route à sa machinerie et à son bétail.

La déclaration relative à l'intérêt foncier était une partie intégrante et essentielle de l'entente globale intervenue entre les parties, plus particulièrement en ce qui concernait la contrepartie devant être accordée pour les terres expropriées. Le ministère des Transports, de par les actions de ses représentants autorisés, a confirmé la déclaration faite par ceux-ci à Hill qu'il aurait un droit de passage permanent l'autorisant à traverser la route.

La province a promis à M. Hill l'accès à la route. Elle a rempli cette promesse en construisant et en entretenant pendant 27 ans des rampes donnant accès à la route à partir du bien-fonds de M. Hill. Par conséquent, M. Hill a acquis ce qu'on

6

7

8

could be called an “equitable permission” (or interest) to enter upon and cross the highway. It is true that s. 21(1)(a) of the *Public Highways Act*, R.S.N.S. 1954, c. 235, requires that such permission be in writing and it may well be that this requirement was satisfied in this case. However assuming it was not, the writing requirement is merely a reflection of the *Statute of Frauds*, whose purpose is to prevent “many fraudulent practices, which are commonly endeavoured to be upheld by perjury and subornation of perjury”. See *Steadman v. Steadman*, [1976] A.C. 536 (H.L.), at p. 558, quoting the preamble to the *Statute of Frauds*, 1677 (Eng.).

9 Where the terms of an agreement have already been carried out, the danger of fraud is averted or at least greatly reduced. To borrow a phrase from the law of tort, the thing speaks for itself. In the present case, for example, it does not matter so much what was said. What is critical is what was done; and what was done was the construction and maintenance of access ramps. There is no mistaking the purpose for which those ramps were constructed: it was to allow Mr. Hill a way of reaching and crossing the highway. Accordingly, in this instance strict adherence to the literal terms of the writing requirement would not serve the purpose for which it was devised. Fraud would not be prevented; rather, the appellants would be defrauded.

10 It is for this reason that equity evolved the doctrine of part performance:

[This doctrine] was evoked when, almost from the moment of passing of the Statute of Frauds, it was appreciated that it was being used for a variant of unconscionable dealing, which the statute itself was designed to remedy. A party to an oral contract for the disposition of an interest in land could, despite performance of the reciprocal terms by the other party, by virtue of the statute disclaim liability for his own performance on the ground that the contract had not been in writing. Common Law was helpless. But Equity, with its purpose of vindicating good faith and with its remedies of injunction and specific performance, could deal with the situation. The Statute of Frauds did not make such con-

pourrait appeler une «permission en *equity*» (ou intérêt) l’autorisant à accéder à la route et à la traverser. Il est vrai que l’al. 21(1)a) de la *Public Highways Act*, R.S.N.S. 1954, ch. 235, exige qu’une telle permission soit consignée par écrit, et il est bien possible que cette exigence ait été satisfaite en l’espèce. Toutefois, même en supposant qu’elle ne l’a pas été, l’exigence d’un écrit découle simplement du *Statute of Frauds*, qui vise à prévenir [TRADUCTION] «un grand nombre de pratiques frauduleuses, généralement soutenues par le parjure et la subornation de témoin». Voir *Steadman v. Steadman*, [1976] A.C. 536 (H.L.), à la p. 558, où l’on cite le préambule du *Statute of Frauds*, 1677 (Angleterre).

Lorsque les conditions d’une entente ont déjà été exécutées, le danger de fraude est évité ou du moins grandement réduit. Pour reprendre une expression appartenant au droit de la responsabilité délictuelle, les faits parlent d’eux-mêmes. En l’espèce, par exemple, ce qui importe ce n’est pas tellement ce qui a été dit. Ce qui est crucial, c’est plutôt ce qui a été fait; et, ce qui a été fait, c’est la construction et l’entretien des rampes d’accès. La raison pour laquelle ces rampes ont été construites est indéniable: c’était pour permettre à M. Hill d’accéder à la route et de la traverser. Par conséquent, dans le présent cas, appliquer strictement l’exigence d’un écrit ne servirait pas la fin pour laquelle celle-ci a été formulée. On ne préviendrait pas la fraude; au contraire, ce serait les appelants qui en seraient victimes.

C’est pour cette raison que l’*equity* a élaboré la doctrine de l’exécution partielle:

[TRADUCTION] [Cette doctrine] a été évoquée lorsque, presque dès l’adoption du Statute of Frauds, on s’est rendu compte qu’on l’utilisait à l’égard d’une sorte d’opération exorbitante contre laquelle la loi elle-même avait été conçue. Une partie à un contrat oral d’aliénation d’un intérêt foncier pouvait, en dépit de l’exécution par l’autre partie de ses obligations, décliner, en vertu de cette loi, sa responsabilité quant à l’exécution de ses propres obligations, pour le motif que le contrat n’avait pas été couché par écrit. La common law n’était d’aucun secours. Mais l’*equity*, qui a pour objet de faire triompher la bonne foi et qui prévoit les recours d’injonction et d’exécution intégrale, pouvait corriger ces situations.

tracts void but merely unenforceable; and, if the statute was to be relied on as a defence, it had to be specifically pleaded. Where, therefore, a party to a contract unenforceable under the Statute of Frauds stood by while the other party acted to his detriment in performance of his own contractual obligations, the first party would be precluded by the Court of Chancery from claiming exoneration, on the ground that the contract was unenforceable, from performance of his reciprocal obligations; and the court would, if required, decree specific performance of the contract. Equity would not, as it was put, allow the Statute of Frauds "to be used as an engine of fraud." This became known as the doctrine of part performance — the "part" performance being that of the party who had, to the knowledge of the other party, acted to his detriment in carrying out irremediably his own obligations (or some significant part of them) under the otherwise unenforceable contract. [*Steadman v. Steadman*, *supra*, at p. 558.]

Quite simply equity recognizes as done that which ought to have been done. A verbal agreement which has been partly performed will be enforced. See *Daigle v. Clair (Village of)* (1986), 70 N.B.R. (2d) 129 (Q.B.), and *Crabb v. Arun District Council*, [1975] 3 All E.R. 865 (C.A.), *per* Lord Denning, at p. 872. That should be the result in this case.

This doctrine of part performance operates in this case to prevent the Crown from relying on the writing requirement in s. 21(1)(a) of the *Public Highways Act*. That section provides:

21 (1) Where a highway or portion thereof has been designated as a controlled access highway, no person shall, without a written permit from the Minister,

(a) construct, use or allow the use of, any private road, entrance way or gate which or part of which is connected with or opens upon the controlled access highway; . . .

I do not believe either s. 21(1) or s. 25 of the *Expropriation Act*, R.S.N.S. 1954, c. 91 (later

Le Statute of Frauds n'entraînait pas l'annulation de ces contrats, mais les rendait simplement inexécutables; et, si l'on voulait utiliser la loi comme moyen de défense, il fallait l'invoquer expressément. Par conséquent, lorsqu'une partie à un contrat inexécutable au sens du Statute of Frauds restait passive pendant que l'autre partie agissait à son détriment en remplissant ses propres obligations contractuelles, la Cour de la Chancellerie ne permettait pas à la première partie de plaider qu'elle était exonérée d'exécuter ses propres obligations pour le motif que le contrat était inexécutable; et la cour ordonnait, si on lui demandait de le faire, l'exécution intégrale du contrat. L'*equity* n'allait pas permettre, ainsi qu'on l'a dit, que le Statute of Frauds «serve de moyen de fraude». C'est ce qu'on a par la suite appelé la doctrine de l'exécution partielle — l'exécution «partielle» étant le fait de la partie qui a, au su de l'autre partie, agi à son propre détriment en exécutant de façon irrémédiable ses propres obligations (ou une partie importante de ces obligations) en vertu d'un contrat par ailleurs inexécutable. [*Steadman c. Steadman*, précité, à la p. 558.]

L'*equity* reconnaît tout simplement comme accompli ce qui aurait dû l'être. Il sera possible de demander l'exécution d'une entente verbale qui a été accomplie en partie; voir *Daigle c. Clair (Village de)* (1986), 70 R.N.-B. (2^e) 129 (B.R.), et *Crabb c. Arun District Council*, [1975] 3 All E.R. 865 (C.A.), les motifs de lord Denning, à la p. 872. Voilà quel devrait être le résultat dans le présent pourvoi.

En l'espèce, la doctrine de l'exécution partielle a pour effet d'empêcher la Couronne d'invoquer l'exigence d'un écrit prévue à l'al. 21(1)a) de la *Public Highways Act*. Cet alinéa prévoit ce qui suit:

[TRADUCTION]

21 (1) Lorsque tout ou partie d'une route est désignée route à accès limité, nul ne peut, sans permis écrit émanant du ministre:

a) construire, utiliser ou permettre que soit utilisé un chemin privé, une voie d'entrée ou une barrière qui, selon le cas, est raccordé à une route à accès limité ou donne sur celle-ci; . . .

Je ne crois pas que le par. 21(1) ou l'art. 25 de l'*Expropriation Act*, R.S.N.S. 1954, ch. 91 (plus

11

12

13

R.S.N.S. 1967, c. 96, ss. 22(1), 26), are applicable to the facts of this case. They provide:

21 (1) Where at any time before the compensation has been actually ascertained or determined, land taken or expropriated under the provisions of this Act, or any part of such land, is found to be unnecessary for the purpose for which the same was taken or expropriated, or if it is found that a more limited estate or interest therein only is required, the Minister may by writing under his hand, registered in the proper registry office, declare that the land or such part thereof is not required and is abandoned by the Crown, or that it is intended to retain only such limited estate or interest as is mentioned in such writing. . . .

25 If the injury to any land or property alleged to be injuriously affected by the exercise of any of the powers conferred by this Act may be removed wholly or in part by any alteration in, or addition to, any public work, or by the construction of any additional work, or by the abandonment of any part of the land taken from the claimant, or by the grant to him of any land or easement, and if the Crown, before an award is made, undertakes to make such alteration or addition, or to construct such additional work, or to abandon such portion of the land taken or to grant such land or easement, the damages shall be determined in view of such undertaking and the judge shall declare that, in addition to any damages awarded, the claimant is entitled to have such alteration or addition made, or such additional work constructed or such part of land abandoned or such grant made to him. [Emphasis added.]

14 Even if they were applicable, the doctrine of part performance would prevent the Crown from relying upon them. Quite simply the written and spoken words of the Crown and its actions demonstrate that Hill was to have an equitable interest in the expropriated lands as an integral and essential part of the compensation paid for those lands.

15 The result is that Mr. Hill acquired in 1967 an equitable permission or right to enter upon and cross the highway — a permission that differs from the kind that s. 21(1)(a) contemplates only to the extent that it is not in writing. An equitable

tard R.S.N.S. 1967, ch. 96, art. 22(1) et 26), s'appliquent aux faits de l'espèce. Ces dispositions sont rédigées ainsi:

[TRADUCTION]

21 (1) Si, à quelque moment que ce soit avant que l'indemnité ait été déterminée, il arrive que tout ou partie du bien-fonds pris ou exproprié en vertu des dispositions de la présente loi ne soit plus nécessaire pour les fins prévues, ou que seul un domaine ou un intérêt plus limité sur ce bien-fonds soit nécessaire, le ministre peut, au moyen d'un écrit portant sa signature et enregistré au bureau d'enregistrement compétent, déclarer que le bien-fonds ou la partie du bien-fonds en question n'est plus nécessaire et que la Couronne y renonce, ou qu'elle ne désire conserver que le domaine ou l'autre intérêt limité mentionné dans l'écrit. . . .

25 Si le préjudice qui, prétend-on, aurait été causé à un bien-fonds ou à un autre bien par l'exercice de l'un quelconque des pouvoirs conférés par la présente loi peut être corrigé entièrement ou partiellement par la modification ou l'agrandissement d'un ouvrage public, par la construction d'ouvrages supplémentaires, par l'abandon d'une partie des terres dont le demandeur a été exproprié ou par la concession à celui-ci d'un autre bien-fonds ou d'une servitude, et si, avant qu'une indemnité ait été accordée, la Couronne s'engage à prendre une des mesures susmentionnées, les dommages-intérêts accordés doivent être fixés en tenant compte de cet engagement, et le juge déclare alors que, en plus des dommages-intérêts qui lui sont accordés, le demandeur a le droit d'exiger la réalisation de cette mesure. [Je souligne.]

D'ailleurs, même si ces dispositions s'appliquaient, la doctrine de l'exécution partielle empêcherait la Couronne de les invoquer. Très simplement, les paroles, les écrits et les actes de la Couronne démontrent qu'il était prévu que Hill recevrait un intérêt en *equity* sur les terres expropriées à titre de partie intégrante et essentielle de l'indemnité accordée pour ces terres.

Il s'ensuit que M. Hill a acquis, en 1967, un droit ou une permission en *equity* l'autorisant à accéder à la route et à la traverser — permission qui ne diffère de celle prévue à l'al. 21(1)a) que par le fait qu'elle n'est pas écrite. Une permission

permission is a compensable interest in land within the broad meaning of that term found in s. 1(c) of the *Expropriation Act*. That section provides that “‘land’ includes any estate, term, easement, right or interest to, over, or affecting land”. It follows that as a general rule compensation should be paid for the expropriation of such an interest.

To the extent that the decision of the House of Lords in *Howell v. Falmouth Boat Construction Co.*, [1951] A.C. 837, is to the contrary, I would not follow it. It is true that an estoppel cannot be raised against the Crown in the face of a contrary statutory requirement. Yet, a writing requirement cannot circumvent the application of the doctrine of part performance. As the decision of the House of Lords in *Steadman*, *supra*, makes clear, the very purpose of the doctrine of part performance is to avoid the inequitable operation of the *Statute of Frauds*. Nor does it matter that in this case one of the parties is the Crown. The requirement of writing is not more pressing with respect to the Crown than it is with respect to private persons. However, it must be said that this reasoning cannot be extended to permit estoppel in the face of statutes other than the *Statute of Frauds* (and its equivalents). The writing requirement is specifically required to give way in the face of part performance or estoppel by conduct, because the part performance or conduct fulfils the very purpose of a written document. Yet other statutory provisions may so differ in their aim and purpose that their requirements for the execution of written forms or document will generally be mandatory.

How very unfair it would be to permit the Crown, 27 years after obtaining the benefit of a lower price for the land expropriated to allege that the very arrangement it made and carried out was prohibited by the provisions of s. 21 of the *Public Highways Act*. For the reasons set out earlier that position is untenable. Indeed, to accept it would make a mockery of equitable fairness and to per-

en *equity* est un «intérêt» foncier indemnisable suivant le sens large dans lequel ce mot est utilisé à l'al. 1c) de l'*Expropriation Act*. Aux termes de cet alinéa: ««bien-fonds» s'entend également d'un domaine, d'un terme, d'une servitude, d'un droit ou d'un intérêt touchant un bien-fonds». Il s'ensuit que, en règle générale, une indemnité devrait être versée en cas d'expropriation d'un tel intérêt.

Dans la mesure où l'arrêt de la Chambre des lords *Howell c. Falmouth Boat Construction Co.*, [1951] A.C. 837 est à l'effet contraire, je suis d'avis de ne pas le suivre. Il est vrai qu'on ne peut invoquer la préclusion contre la Couronne lorsqu'un texte de loi exige le contraire. Malgré cela, l'exigence d'un écrit ne peut faire obstacle à l'application de la doctrine de l'exécution partielle. Comme l'indique clairement l'arrêt de la Chambre des lords *Steadman*, précité, l'objet même de cette doctrine est d'éviter que le *Statute of Frauds* ne soit appliqué de façon inéquitable. De plus, le fait qu'en l'espèce la Couronne soit l'une des parties ne change rien. L'exigence d'un écrit n'a pas un caractère plus impératif à l'endroit de la Couronne qu'à l'égard de particuliers. Il convient toutefois de préciser que ce raisonnement ne peut être étendu de manière à permettre l'application de la préclusion à d'autres lois que le *Statute of Frauds* (et ses équivalents). L'exigence d'un écrit doit exceptionnellement être écartée en cas d'exécution partielle ou de préclusion fondée sur la conduite, parce que l'exécution partielle ou la conduite en question satisfont l'objet même visé par l'écrit. Néanmoins, il est possible que d'autres dispositions législatives visent des fins à ce point différentes que l'obligation qu'elles font relativement à l'utilisation d'une formule ou d'un autre document aura généralement un caractère impératif.

Il serait par trop injuste de permettre à la Couronne, 27 ans après qu'elle a pu se procurer à prix avantageux les terres expropriées, de prétendre que l'arrangement même qu'elle a conclu et exécuté était prohibé par les dispositions de l'art. 21 de la *Public Highways Act*. Pour les motifs exposés ci-dessus, cet argument est insoutenable. En fait, l'accepter reviendrait à faire fi des principes fonda-

16

17

mit, indeed encourage, governmental misrepresentation.

mentaux de l'*equity* et à autoriser, de fait à encourager, le gouvernement à faire des déclarations trompeuses.

18 In summary, there was then a representation made by authorized representatives of the Crown that Hill would have an interest orally and by letters in land permitting him to cross the highway with cattle and equipment. There was the compliance by the Crown with its representations by means of both construction and maintenance. It was contemplated that Hill would, as he did, rely upon them. He did so to his detriment. The words and actions of the Crown created an equitable interest in the land in the form of a right of way over the highway. The Crown intended it to be used and it was for over 27 years. It would be unjust not to recognize the representations and actions of the Crown which created the equitable interest in land when they were relied upon by Hill. That equitable interest in the land comes within the definition of land in the *Expropriation Act* and damages arising from its taking should as a general rule be compensable. It remains only to determine if the release signed by Ross Hill stands as a bar to recovery.

Bref, des représentants autorisés de la Couronne ont, de vive voix et dans des lettres, déclaré que Hill aurait un intérêt foncier permettant de traverser la route avec son bétail et son matériel. La Couronne s'est conformée à ces déclarations par ses travaux de construction et d'entretien. Il était prévisible que Hill se fierait à cette déclaration. C'est ce qu'il a fait, mais à son détriment. Les paroles et les actions de la Couronne ont créé un intérêt foncier en *equity* qui a pris la forme d'un droit de passage permettant de traverser la route. La Couronne entendait que ce droit soit exercé, et il l'a effectivement été pendant plus de 27 ans. Il serait injuste de ne pas reconnaître les déclarations et les actions de la Couronne qui ont créé l'intérêt foncier en *equity*, alors que Hill s'y est fié. Cet intérêt en *equity* est visé par la définition de bien-fonds dans l'*Expropriation Act*, et les dommages découlant de l'expropriation de cet intérêt sont, en règle générale, indemnifiables. Il ne reste qu'à déterminer si la renonciation signée par Ross Hill fait obstacle à leur recouvrement.

19 In my opinion the release cannot and should not constitute a bar. The release specifically indicates that the parties have reached an agreement regarding compensation under the *Expropriation Act* and that the release is executed pursuant to this agreement. It goes on to provide that the consideration was \$1.00 and "other good and valuable consideration".

À mon avis, cette renonciation ne peut pas et ne devrait pas constituer un obstacle. La renonciation indique expressément que les parties se sont entendues sur l'indemnité versable en vertu de l'*Expropriation Act*, et que la renonciation est signée conformément à cette entente. Il y est ajouté que la contrepartie est fixée à 1 \$ et [TRADUCTION] «autre contrepartie de valeur».

20 In *White v. Central Trust Co.* (1984), 54 N.B.R. (2d) 293 (C.A.), La Forest J.A., as he then was, sagely observed at pp. 310-11:

Dans l'arrêt *White c. Central Trust Co.* (1984), 54 R.N.-B. (2^e) 293 (C.A.), le juge La Forest (maintenant juge à notre Cour) a, avec sagesse, fait les observations suivantes, aux pp. 310 et 311.

As Lord Westbury stated in the House of Lord's case of *London and South Western Railway Co. v. Blackmore* (1870), L.R. 4 H.L. 610, at p. 263: "the general words in a release are limited always to that thing or those things which were specially in the contemplation of the parties at the time when the release was given".

[TRADUCTION] Comme l'a déclaré lord Westbury dans l'arrêt *London and South Western Railway Co. v. Blackmore* (1870), L.R. 4 H.L. 610, rendu par la Chambre des lords, à la p. 623: «Les termes généraux utilisés dans une renonciation sont toujours limités à la chose ou aux choses qu'envisageaient particulièrement les parties au moment où la renonciation a été faite».

What the statement quoted means is that in determining what was contemplated by the parties, the words used in a document need not be looked at in a vacuum. The specific context in which a document was executed may well assist in understanding the words used. It is perfectly proper, and indeed may be necessary, to look at the surrounding circumstances in order to ascertain what the parties were really contracting about. [Emphasis added.]

Considering this release in the context of the expropriations proceedings it becomes clear that an essential and integral element of the consideration was the equitable interest in land which provided the right of way over the highway. The release did not contemplate or affect the equitable interest in land. It follows that the release cannot constitute a bar to payment to the appellants of compensation for the taking of their equitable interest in the land.

In the result I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and restore the order of Scanlan J. The appellants should have their costs of these proceedings throughout. If the parties are not in agreement as to the appropriate scale of costs the issue can be raised with this Court.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Patterson, Palmer, Hunt, Murphy, Truro.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

La déclaration précitée veut dire qu'en déterminant ce qu'envisageaient les parties, il ne faut pas considérer dans l'abstrait les termes utilisés dans le document. Le contexte précis dans lequel le document a été signé peut aider à comprendre les termes utilisés. Il convient parfaitement, et cela peut s'avérer nécessaire, d'examiner les circonstances de l'affaire afin de s'assurer de l'objet réel du contrat conclu par les parties. [Je souligne.]

L'examen de la présente renonciation dans le contexte de la procédure d'expropriation révèle clairement que l'intérêt foncier en *equity* qui établissait un droit de passage permettant de traverser la route était une partie intégrante et essentielle de la contrepartie accordée. La renonciation ne visait pas l'intérêt foncier en *equity* et n'a pas eu d'effet sur celui-ci. Il s'ensuit que la renonciation ne peut pas faire obstacle au paiement aux appelants d'une indemnité pour l'expropriation de leur intérêt en *equity* dans les terres visées.

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir l'ordonnance du juge Scanlan. Les appelants auront droit à leurs dépens devant toutes les cours. Si les parties ne s'entendent pas sur le barème à appliquer pour calculer les dépens, elles peuvent soumettre la question à notre Cour.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants: Patterson, Palmer, Hunt, Murphy, Truro.

Procureur de l'intimé: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

21

22

Nick Carosella *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CAROSELLA

File No.: 24974.

1996: June 19; 1997: February 6.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Full answer and defence — Disclosure — Destruction of evidence by third party — Complainant interviewed by sexual assault crisis centre social worker — Accused later charged with gross indecency — Notes made by social worker during interview with complainant destroyed by centre prior to court ordering production of complainant's file — Whether failure to produce notes breached accused's right to full answer and defence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Destruction of evidence by third party — Complainant interviewed by sexual assault crisis centre social worker — Accused later charged with gross indecency — Notes made by social worker during interview with complainant destroyed by centre prior to court ordering production of complainant's file — Accused's right to full answer and defence breached — Whether stay of proceedings appropriate remedy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1).

In 1992, the complainant went to a sexual assault crisis centre for advice as to how to lay charges against the accused for sexual abuse that she alleged occurred in 1964 when she was a student in a school in which the accused was a teacher. The centre is provided with government funding pursuant to the terms of a comprehensive agreement which requires the centre, *inter alia*, to develop a close liaison with justice agencies and to

Nick Carosella *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. CAROSELLA

N° du greffe: 24974.

1996: 19 juin; 1997: 6 février.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Défense pleine et entière — Divulgateion — Destruction d'éléments de preuve par un tiers — Plaignante interrogée par une travailleuse sociale d'un centre d'aide aux victimes d'agression sexuelle — Accusé inculpé par la suite de grossière indécence — Notes prises par la travailleuse sociale durant l'entretien avec la plaignante détruites par le centre avant que la cour n'ordonne la production du dossier de la plaignante — Le défaut de produire les notes a-t-il eu pour effet de violer le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Destruction d'éléments de preuve par un tiers — Plaignante interrogée par une travailleuse sociale d'un centre d'aide aux victimes d'agression sexuelle — Accusé inculpé par la suite de grossière indécence — Notes prises par la travailleuse sociale durant l'entretien avec la plaignante détruites par le centre avant que la cour n'ordonne la production du dossier de la plaignante — Violation du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière — L'arrêt des procédures constitue-t-il la réparation convenable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1).

En 1992, la plaignante s'est rendue à un centre d'aide aux victimes d'agression sexuelle afin d'obtenir des conseils sur la façon de porter plainte contre l'accusé pour des agressions sexuelles qui, prétendait-elle, étaient survenues en 1964, lorsqu'elle était une élève à l'école où enseignait l'accusé. Le centre reçoit des fonds gouvernementaux, conformément aux conditions d'une entente exhaustive en vertu de laquelle il doit notam-

maintain as confidential and secure all material that is under the centre's control, which is not to be disclosed except where required by law. The complainant was interviewed by a social worker for about an hour and forty-five minutes. During the interview, the social worker took notes and informed the complainant that whatever she said could be subpoenaed to court. The complainant said that was quite all right. Following the interview, the complainant contacted the police and shortly thereafter the accused was charged with gross indecency. After the preliminary inquiry, at which the complainant testified and was cross-examined, the accused was ordered to stand trial. In October 1994, prior to the commencement of the trial, the defence brought an application for production of the centre's file concerning the complainant. The Crown, the complainant and the centre consented to the order. When the file was produced, it did not contain the notes of the complainant's interview. A *voir dire* was held which indicated that the notes had been destroyed in April 1994 pursuant to the centre's policy of shredding files with police involvement before being served in relation to criminal proceedings. The social worker who had conducted the interview and later shredded the notes had no recollection of the contents of the destroyed notes. By consent, the case to meet was tendered by the Crown. It included the police officer's notes of his interview with the complainant made one day after she attended the centre, the complainant's police statement, her testimony at the preliminary inquiry, and other evidence. Based on this material, the trial judge ruled on the defence's application for a stay of proceedings. He found that the destroyed notes were relevant and material and that they would more likely than not tend to assist the accused. He concluded that their destruction had seriously prejudiced the accused by depriving him of the opportunity to cross-examine the complainant as to her previous statements relating to the allegations she made and that, as a result, the accused's *Charter* right to make full answer and defence had been breached. Since it would be unfair, in such circumstances, to permit the prosecution to proceed, the trial judge ordered a stay of proceedings. The Court of Appeal set aside the order and directed the matter to proceed to trial. The court stated that the evidence must disclose something more than a "mere risk" to a *Charter* right and that in this case no realistic appraisal of the probable effect of the lost notes could support the conclusion that the

ment établir des liens étroits avec des organismes du domaine de la justice et protéger la sécurité et la confidentialité des documents qui sont sous son contrôle et qui ne doivent pas être divulgués sauf lorsque la loi l'exige. La plaignante s'est entretenue pendant une heure et quarante-cinq minutes environ avec une travailleuse sociale. Celle-ci a pris des notes durant l'entretien et a avisé la plaignante que tout ce qu'elle disait pourrait être requis en cour par voie de subpoena. La plaignante a déclaré que cela ne lui posait aucun problème. Après l'entretien, la plaignante a communiqué avec la police et, peu après, l'accusé a été inculpé de grossière indécence. Au terme de l'enquête préliminaire, au cours de laquelle la plaignante a témoigné et a été contre-interrogée, l'accusé a été cité à son procès. En octobre 1994, avant le début du procès, la défense a demandé une ordonnance de production du dossier du centre concernant la plaignante. Le centre, la plaignante et le ministère public ont tous consenti à ce que l'ordonnance soit rendue. Lors de sa production, le dossier ne contenait pas les notes de l'entretien de la plaignante. Un voir-dire a permis de découvrir que les notes avaient été détruites en avril 1994 conformément à la politique du centre de déchiqueter les dossiers ayant donné lieu à une intervention policière avant de recevoir signification d'une assignation relativement à des poursuites criminelles. La travailleuse sociale qui avait mené l'entretien et par la suite déchiqueté les notes ne se souvenait pas de la teneur des notes détruites. De consentement, le ministère public a produit l'ensemble de sa preuve. Elle comprenait les notes de l'entretien entre la plaignante et la police un jour après la visite de la plaignante au centre, la déclaration faite par la plaignante à la police, le témoignage de la plaignante à l'enquête préliminaire et d'autres éléments de preuve. En se fondant sur ces documents, le juge du procès a statué sur la demande d'arrêt des procédures présentée par la défense. Il a conclu que les notes détruites étaient pertinentes et substantielles et qu'il était probable qu'elles tendraient à aider l'accusé. Il a conclu que leur destruction avait causé un préjudice grave à l'accusé en le privant de la possibilité de contre-interroger la plaignante sur ses déclarations antérieures concernant les allégations qu'elle avait faites et que, par conséquent, le droit que la *Charte* garantit à l'accusé de présenter une défense pleine et entière avait été violé. Comme il ne serait pas équitable, dans de telles circonstances, de permettre que les poursuites judiciaires suivent leur cours, le juge du procès a ordonné l'arrêt des procédures. La Cour d'appel a annulé l'ordonnance et ordonné que l'affaire soit jugée. La cour a déclaré que la preuve doit révéler davantage qu'un «simple risque» de violation d'un droit garanti par la *Charte* et que, en l'es-
pèce, aucune évaluation réaliste de l'effet probable des

accused's right to make full answer and defence was compromised.

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

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: An accused who alleges a breach of his right to make full answer and defence as a result of non-disclosure or non-production is not required to show that the conduct of his defence was prejudiced. The question of the degree of prejudice suffered by an accused is not a consideration to be addressed in the context of determining whether a substantive *Charter* right has been breached. The extent to which the *Charter* violation caused prejudice to the accused falls to be considered only at the remedy stage of a *Charter* analysis.

The foundation for the Crown's obligation to produce material which may affect the conduct of the defence is that failure to do so would breach the accused's constitutional right to make full answer and defence. The right to disclosure of material which meets the *Stinchcombe* threshold is one of the components of the right to make full answer and defence which in turn is a principle of fundamental justice embraced by s. 7 of the *Charter*. Breach of that obligation is a breach of the accused's constitutional rights without the requirement of an additional showing of prejudice. The breach of this principle of fundamental justice is in itself prejudicial. It is immaterial that the right to disclosure is not explicitly listed as one of the components of the principles of fundamental justice. The components of the right cannot be separated from the right itself. The requirement to show additional prejudice or actual prejudice relates to the remedy to be fashioned pursuant to s. 24(1) of the *Charter*. It follows that if the material which was destroyed meets the threshold test for disclosure or production, the accused's *Charter* right was breached without the requirement of showing additional prejudice.

In this case, the complainant consented to the application for production and it is clear, given the circumstances, that the file would have been disclosed to the Crown. As material in the possession of the Crown, only the *Stinchcombe* standard would have applied; however,

notes perdues ne pouvait étayer la conclusion que le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière était compromis.

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

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: L'accusé qui allègue la violation de son droit de présenter une défense pleine et entière par suite de la non-divulcation ou de la non-production d'éléments de preuve n'est pas tenu de prouver qu'il a été lésé dans sa défense. L'ampleur du préjudice subi par un accusé n'est pas une question qui doit être prise en considération pour déterminer s'il y a eu violation d'un droit fondamental garanti par la *Charte*. La mesure dans laquelle la violation de la *Charte* a causé préjudice à l'accusé n'est examinée, dans le cadre de l'analyse fondée sur la *Charte*, qu'à l'étape concernant la réparation.

Le fondement de l'obligation du ministère public de produire les documents susceptibles d'avoir un effet sur le déroulement de la défense est que l'omission de le faire porterait atteinte au droit constitutionnel de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Le droit à la communication de documents qui satisfont au critère préliminaire établi dans *Stinchcombe* est l'un des éléments du droit de présenter une défense pleine et entière qui est lui un principe de justice fondamentale visé à l'art. 7 de la *Charte*. Le fait de manquer à cette obligation constitue une atteinte aux droits constitutionnels de l'accusé, sans qu'il soit nécessaire de prouver l'existence d'un préjudice additionnel. La violation de ce principe de justice fondamentale est préjudiciable en soi. Il est sans importance que le droit à la communication ne soit pas mentionné expressément comme étant un élément des principes de justice fondamentale. Les éléments constitutifs d'un droit ne peuvent être séparés du droit lui-même. L'obligation de prouver un préjudice additionnel ou concret concerne la réparation qui doit être déterminée en application du par. 24(1) de la *Charte*. Il s'ensuit que, si les documents qui ont été détruits satisfont au critère préliminaire de divulgation ou de production, il y a eu violation des droits garantis à l'accusé par la *Charte*, sans qu'il soit nécessaire de prouver l'existence d'un préjudice additionnel.

En l'espèce, la plaignante a consenti à la demande de production et il est évident, vu les circonstances, que le dossier aurait été divulgué au ministère public. En tant que documents en la possession du ministère public, seule la norme énoncée dans l'arrêt *Stinchcombe* aurait

even if the higher *O'Connor* standard relating to production from third parties was applicable, both standards were met in this case. There was abundant evidence before the trial judge to enable him to conclude that there was a reasonable possibility that the information contained in the notes that were destroyed was logically probative to an issue at the trial as to the credibility of the complainant. Once the material satisfied the *O'Connor* relevance test, the balancing required in the second stage of the test would have inevitably resulted in an order to produce since confidentiality had been waived and since the complainant and the Crown consented to production. The destruction of this material and its consequent non-disclosure resulted in a breach of the accused's constitutional right to full answer and defence.

The trial judge did not err in finding that a stay of proceedings was the appropriate remedy in the circumstances of this case. He instructed himself in accordance with the appropriate standard that the power to grant a stay is one that should only be exercised in the clearest of cases. Noting that credibility was a major issue in the case, the trial judge found that the destruction of the notes was significant and had seriously prejudiced the accused, depriving him of his basic right of the opportunity to cross-examine the complainant on previous statements made by her as to the incidents, and, as a result, had substantially impaired the accused's ability to make full answer and defence. The notes represented the first detailed account of the alleged incidents and constituted the only written record which was not created as a result of an investigation. Since the complainant would not likely admit that what was said was inconsistent with her testimony, any possibility of contradiction of the complainant by reference to her previous account was destroyed.

The presence of either one of the following two factors justifies the exercise of discretion in favour of a stay: no alternative remedy would cure the prejudice to the accused's ability to make full answer and defence, and irreparable prejudice would be caused to the integrity of the judicial system if the prosecution were continued. The presence of the first factor cannot be denied. With respect to the second, the complete absence of any remedy to redress or mitigate the consequences of a deliberate destruction of material in order to deprive the court and the accused of relevant evidence would damage the image of the administration of justice. Confi-

été appliquée; toutefois, même si la norme plus élevée fixée dans *O'Connor* relativement à la production de documents par des tiers s'appliquait, il a été satisfait aux deux normes en l'espèce. Le juge du procès disposait d'une abondante preuve lui permettant de conclure qu'il y avait une possibilité raisonnable que les renseignements contenus dans les notes qui avaient été détruites aient logiquement une valeur probante relativement à une question en litige en ce qui concerne la crédibilité de la plaignante. Dès que les documents auraient satisfait au critère de la pertinence énoncé dans *O'Connor*, la pondération requise à la deuxième étape de ce critère aurait inévitablement entraîné une ordonnance de production, puisqu'il y avait eu renonciation à la confidentialité et que la plaignante ainsi que le ministère public avaient consenti à la production. La destruction de ces documents et, de ce fait, leur non-communication ont entraîné la violation du droit constitutionnel de l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en concluant que l'arrêt des procédures était la réparation convenable dans les circonstances du présent cas. Il s'est rappelé, conformément à la norme établie, que le pouvoir d'accorder l'arrêt des procédures ne devrait être exercé que dans les cas les plus manifestes. Faisant remarquer que la crédibilité était une question primordiale en l'espèce, il a déclaré que la destruction des documents était très importante, qu'elle avait causé un préjudice grave à l'accusé en le privant de son droit fondamental d'avoir la possibilité de contre-interroger la plaignante sur des déclarations antérieures au sujet des actes et, par conséquent, qu'elle avait compromis substantiellement sa capacité de présenter une défense pleine et entière. Les notes représentaient le premier récit détaillé des incidents allégués et constituaient l'unique compte rendu écrit qui ne découlait pas d'une enquête. Comme il est improbable que la plaignante admettrait que ce qui s'est dit était incompatible avec son témoignage, toute possibilité de la contredire en la confrontant avec son récit antérieur a été éliminée.

La présence de l'un ou de l'autre des deux facteurs suivants justifie l'exercice du pouvoir discrétionnaire pour accorder l'arrêt des procédures: aucune autre réparation ne corrigerait le préjudice causé à la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, et la continuation de la poursuite causerait à l'intégrité du système judiciaire un préjudice irréparable. Il est impossible de nier la présence du premier facteur. Quant au second, l'absence totale de toute réparation visant à corriger la destruction délibérée de documents dans le but de priver le tribunal et l'accusé d'éléments de preuve pertinents ternirait l'image de l'administration de la

dence in the system would be undermined if the court condoned conduct designed to defeat the processes of the court by an agency that receives public money and whose actions are scrutinized by the provincial government.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. (dissenting): This case is not about disclosure. Disclosure is a concept which is binding solely upon the Crown. This duty to disclose does not extend to third parties. Nor does it impose an obligation upon the Crown to comb the world for information which might be of possible relevance to the defence. The centre is a third party, a party which has no obligation to preserve evidence for prosecutions or otherwise. Its policy decisions are for itself to determine and not for the Crown, the accused or the courts to interfere with, so long as it acts within the confines of the law. As well, this case is not, strictly speaking, about the production of records since the material requested is no longer available to be produced. The key issue is in what circumstances the unavailability of material previously held by a third party translates into a violation of an accused's rights. Although there would appear to be no government action which would trigger the *Charter's* application in this case — the accused's allegation concerns the actions of the centre — the *Charter* is engaged by the fact of the prosecution itself. Where the Crown pursues a prosecution which would result in an unfair trial, this constitutes state action for the purposes of the *Charter*.

While the production of every relevant piece of evidence might be an ideal goal from the accused's point of view, it is inaccurate to elevate this objective to a right, the non-performance of which leads instantaneously to an unfair trial. Where evidence is unavailable, the accused must demonstrate that a fair trial, and not a perfect one, cannot be had as a result of the loss. He must establish a real likelihood of prejudice to his defence; it is not enough to speculate that there is the potential for harm. Materials can be easily lost and setting too low a threshold for finding a breach of the right to full answer and defence would bring the justice system to a halt. While it is true that, with regard to certain rights, a court can infer the necessary degree of prejudice, this is not uniformly so. Where an accused alleges a violation of ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, he will often have to demonstrate harm to his interests before a breach can be established. This is so because ss. 7 and 11(d) encompass extremely broad and multifaceted concerns, and not

justice. La confiance dans le système serait minée si les tribunaux excusaient les comportements qu'adopte, en vue de contrecarrer les procédures des tribunaux, un organisme qui reçoit des fonds publics et dont les activités sont contrôlées par le gouvernement provincial.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin (dissidents): La présente affaire n'a rien à voir avec la question de la divulgation. La divulgation est une notion qui lie seulement le ministère public. Cette obligation de divulguer ne s'étend pas aux tiers. Elle ne contraint pas non plus le ministère public à ratisser le monde à la recherche de renseignements qui pourraient être pertinents pour la défense. Le centre est un tiers, une partie qui n'a aucune obligation de conserver des éléments de preuve en vue de poursuites éventuelles ou pour d'autres raisons. C'est le centre lui-même qui établit ses politiques et il n'appartient ni au ministère public, ni à l'accusé, ni aux tribunaux de s'en mêler, tant que ces politiques respectent les limites prévues par la loi. De plus, le présent cas n'est pas, à strictement parler, une affaire de production de dossiers, puisque les documents demandés ne sont plus disponibles. La question clé en litige est de savoir dans quels cas la non-disponibilité de documents qui étaient en la possession d'un tiers donne lieu à une violation des droits de l'accusé. Bien qu'il ne semble pas y avoir eu d'action du gouvernement susceptible de déclencher l'application de la *Charte* en l'espèce — l'allégation de l'accusé concerne les actions du centre — la *Charte* entre en jeu par le fait même de la poursuite. Lorsque le ministère public continue des poursuites qui résulteraient en un procès inéquitable, il s'agit là, aux fins de l'application de la *Charte*, d'une action de l'État.

Bien que la production de tout élément de preuve pertinent puisse constituer un objectif idéal du point de vue de l'accusé, c'est une erreur que d'en faire un droit dont le non-respect entraînerait instantanément un procès inéquitable. Lorsque des éléments de preuve ne sont pas disponibles, l'accusé doit démontrer qu'un procès équitable, et non pas un procès parfait, ne peut avoir lieu par suite de la perte de ces éléments. Il doit prouver une probabilité réelle de préjudice à sa défense; il ne suffit pas de faire des conjectures sur l'existence d'un préjudice potentiel. Des documents peuvent facilement être perdus, et le fait d'énoncer un test préliminaire trop peu élevé pour conclure à la violation du droit de présenter une défense pleine et entière paralyserait le système judiciaire. Même s'il est vrai que, dans le cas de certains droits, le tribunal peut inférer l'existence du degré nécessaire de préjudice, ce n'est pas toujours le cas. Lorsque l'accusé allègue une violation de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*, il devra souvent démontrer le

every action by the state will automatically trigger a violation. To demonstrate that a breach has actually occurred often demands a finding and measuring of the prejudice suffered. Given the nature of the action which is being challenged in the present case — the actual pursuing of the prosecution — it seems quite appropriate to require a demonstration of a real likelihood of prejudice. There are ample legal and policy reasons for placing this onus upon the accused. The burden is not an unmanageable one and is consistent with established jurisprudence. For missing evidence to cause a violation of the *Charter*, therefore, the accused must demonstrate upon a balance of probabilities that the absence of the evidence denies him a fair trial. For this to happen, there must be a real likelihood of prejudice to the right to full answer and defence, in that the evidence if available would have been more likely than not to assist the accused. It is not proper to state that a *Charter* right has been violated and that a fair trial cannot be had based on pure speculation.

In this case, the trial judge erred in not properly considering whether or not the accused had actually suffered a violation of his *Charter* rights by measuring the prejudice caused by the absence of the impugned material. Any loss was no more than a mere speculative risk to the accused's rights. Furthermore, if a proper inquiry into the need for the documents had been held, these notes would not even have met the standard for production to the trial judge set out in *O'Connor* since there is no basis to conclude that they were "likely relevant", aside from the bare assertion of the defence that the material could somehow have been used to cross-examine the complainant. If this lower standard is not met, the more difficult onus of showing prejudice to the accused's fair trial interest will also not be satisfied. The defence's request for production amounted to no more than a fishing expedition in the hopes of uncovering a prior inconsistent statement. Despite the finding of the trial judge, nothing on the record suggests that there was any discussion between the complainant and the social worker about the actual details of the events themselves. More importantly, the defence never asked a question about the details of the conversations to the complainant — the one person who could have answered whether they were relevant or not. While there was some evidence indicating that the complainant spoke of the

préjudice causé à ses intérêts avant de pouvoir établir qu'il y a eu violation. Il en est ainsi parce que l'art. 7 et l'al. 11*d*) visent des intérêts extrêmement larges et aux multiples facettes, et ce ne sont pas toutes les actions de l'État qui entraîneront automatiquement une violation. Pour démontrer qu'il y a effectivement eu violation, il faut souvent constater et mesurer le préjudice subi. Étant donné la nature de l'acte contesté dans la présente affaire — la continuation dans les faits de la poursuite —, il semble tout à fait approprié d'exiger la preuve d'une probabilité réelle de préjudice. Il existe amplement de raisons, tant sur le plan du droit que des politiques générales, pour imposer ce fardeau à l'accusé. Ce fardeau n'est pas impossible à satisfaire, et il est conforme à la jurisprudence établie. Pour que l'absence d'éléments de preuve constitue une violation de la *Charte*, il faut donc que l'accusé démontre, selon la prépondérance des probabilités, que cette absence le prive d'un procès équitable. Pour que cela se produise, il doit y avoir une probabilité réelle de préjudice à son droit de présenter une défense pleine et entière, en ce sens que les éléments de preuve, s'ils avaient été disponibles, auraient probablement aidé l'accusé. Il n'est pas correct d'affirmer, sur la foi de simples conjectures, qu'un droit garanti par la *Charte* a été violé et que la tenue d'un procès équitable est impossible.

En l'espèce, lorsqu'il a évalué le préjudice causé par l'absence des documents en litige, le juge du procès a commis une erreur en ne considérant pas adéquatement la question de savoir si l'accusé avait véritablement subi une violation des droits qui lui sont garantis par la *Charte*. Toute perte n'était au plus qu'un simple risque hypothétique de violation des droits de l'accusé. De plus, si on s'était interrogé adéquatement sur la nécessité de ces documents, les notes en question n'auraient même pas satisfait à la norme relative à la production au juge du procès qui a été énoncée dans l'arrêt *O'Connor*, puisqu'il n'y a rien qui permette de conclure qu'elles étaient «probablement pertinentes», si ce n'est la simple déclaration de la défense selon laquelle les documents auraient pu être utilisés d'une façon ou d'une autre pour contre-interroger la plaignante. Si cette norme moins élevée n'est pas satisfaite, le fardeau plus lourd que constitue la démonstration de l'existence d'un préjudice causé au droit de l'accusé à un procès équitable ne sera pas satisfait lui non plus. L'objet de la demande présentée en l'espèce par la défense n'était rien d'autre qu'une partie de pêche entreprise dans l'espoir de découvrir une déclaration antérieure contradictoire. Malgré la conclusion du juge du procès, il n'y a rien au dossier qui tende à indiquer que la plaignante et la travailleuse sociale ont discuté des détails mêmes des événements en cause. Fait

offence, this is a long way from saying that there were details given which could have impacted upon her credibility on a material issue if she were to be cross-examined. Finally, it should not be inferred from the sheer length of the conversations between the complainant and the social worker that there were notes made which could have been of assistance.

Since the notes were not “likely relevant”, to accept the trial judge’s finding that there was undoubtedly prejudice occasioned by their loss would involve a major “leap of logic”. Moreover, these notes were merely a summary, and not a detailed recounting of the interview, and it is highly likely that anything which did appear inconsistent would have been of such low value given the circumstances that the prejudice from allowing the complainant to be cross-examined upon them would have outweighed any potential probative value. Even if the defence could have cross-examined the complainant on the destroyed notes, or laid a foundation for such cross-examination, their absence does not demonstrate prejudice in the context of this case. The defence had no shortage of material upon which to test the complainant’s credibility and there is no indication that the notes made at the centre would have been materially different from the two detailed statements given to the police. In addition, the complainant was subject to cross-examination at the preliminary inquiry, in which the defence probed deeply into the details of the alleged offence. In light of the multitude of evidence which was available to the accused, it is purely speculative to suggest that anything the complainant said to the social worker may have been materially inconsistent, and even if it was, that it was not duplicated by what was available to the defence. The accused did not demonstrate a real likelihood of prejudice to his ability to make full answer and defence and, therefore, there was no breach of his rights in this regard.

Before coming to a concrete assessment of the appropriate remedy in a case where missing evidence is shown to affect the accused’s right to full answer and defence, the trial judge must consider all the evidence and the assessment must be done in its proper context. A stay of proceedings should continue to be a remedy of last resort, and should come into play only in the

plus important encore, la défense n’a jamais posé de question sur le détail des conversations à la plaignante — seule personne qui aurait pu dire si cette information était pertinente ou non. Même s’il existait certains éléments de preuve indiquant que la plaignante avait parlé de l’infraction, ils sont bien loin de démontrer que certains des détails relatés par celle-ci auraient pu influencer sur sa crédibilité relativement à une question substantielle si elle était contre-interrogée. En dernier lieu, il ne faudrait pas déduire de la longueur même des conversations entre la plaignante et la travailleuse sociale que des notes qui auraient pu être utiles ont été prises.

Comme les notes ne satisfaisaient pas à la norme de la «pertinence probable», accepter la conclusion du juge du procès selon laquelle leur perte avait indubitablement causé un préjudice exigerait de «sauter une étape logique» importante. De plus, les notes étaient simplement un résumé et non un compte rendu détaillé de l’entretien, et il est fort probable que tout ce qui aurait semblé contradictoire aurait eu peu de valeur, étant donné que le préjudice résultant du fait de permettre le contre-interrogatoire de la plaignante à leur sujet l’aurait emporté sur toute valeur probante possible. Même si la défense avait pu contre-interroger la plaignante sur les notes détruites, ou encore établir le fondement d’un tel contre-interrogatoire, l’absence des notes ne prouve pas l’existence d’un préjudice dans le contexte de la présente affaire. La défense ne manquait pas de documents permettant de mettre la crédibilité de la plaignante à l’épreuve, et rien ne tend à indiquer que les notes prises au centre auraient été substantiellement différentes des deux déclarations détaillées faites à la police. De plus, au cours de l’enquête préliminaire, la plaignante a été soumise à un contre-interrogatoire durant lequel la défense l’a minutieusement interrogée sur le détail de l’infraction alléguée. Compte tenu des très nombreux éléments de preuve à la disposition de l’accusé, il est purement conjectural de suggérer que ce que la plaignante a dit à la travailleuse sociale aurait pu contenir des contradictions importantes, et, même si c’était le cas, qu’on ne les retrouvait pas dans les éléments dont disposait la défense. L’accusé n’a pas démontré une probabilité réelle de préjudice à sa capacité de présenter une défense pleine et entière, et il n’y a donc pas eu violation de ses droits à cet égard.

Avant de décider concrètement de la réparation convenable dans les cas où il est établi que l’élément de preuve manquant influe sur le droit de l’accusé de présenter une défense pleine et entière, le juge du procès doit tenir compte de tous les éléments de preuve, et la détermination de la réparation convenable doit se faire eu égard au contexte approprié. L’arrêt des procédures

“clearest of cases” where the prejudice suffered is irreparable, and no other remedy will suffice. The key factor in assessing whether other remedies are possible will be an examination of how the evidence could have potentially impacted upon the Crown’s case.

The centre’s conduct was not an abuse of process by virtue of being an affront to the judicial system. First, this “residual category” of abuse of process focuses on the motives and conduct of the prosecution, not on the motives of third parties. The question is whether the prosecution undermines the moral integrity of the system. The conduct of a third party cannot, unless it affects the fairness of the trial, disentitle the Crown to proceed with a case which it believes in good faith to be suitable for prosecution. Here, whatever the motives of the centre, the Crown was not abusing the court’s process. The suggestion that the centre can be considered an arm of the Attorney General, or even a government agency, because it receives funding from the government and must follow certain guidelines in the process, cannot be seriously entertained. Second, even if third parties’ conduct were relevant, the centre’s conduct was not such an affront to the judicial system that it could be characterized as an abuse of process. The centre was not acting out of generalized *animus* against persons accused of sexual assault or at the instigation of the Crown. Rather, the centre was implementing a general policy designed to protect its clients’ privacy. It was also under no obligation to create or maintain records. To suggest that a court should be able to enforce an obligation maintenance to property which might one day be needed by the courts is a hefty burden. The procedure set out in *O’Connor* does not impose a special obligation on therapists and counsellors to create or retain records.

Cases Cited

By Sopinka J.

Referred to: *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Young* (1984), 46 O.R. (2d) 520; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Stinchcombe (No. 2)* (1994), 149 A.R. 167, aff’d [1995] 1 S.C.R. 754; *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, aff’g (1994), 89 C.C.C. (3d) 109; *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Durette*, [1994] 1

devrait continuer d’être une réparation de dernier ressort et elle ne devrait être accordée que dans les «cas les plus manifestes» où le préjudice subi est irréparable et aucune autre réparation ne suffit. Le facteur clé pour déterminer si d’autres réparations sont possibles consiste à se demander comment les éléments de preuve auraient pu influencer sur la preuve du ministère public.

La conduite du centre n’était pas un abus de procédure parce qu’elle constituait un affront au système judiciaire. En premier lieu, cette «catégorie résiduelle» d’abus de procédure met l’accent sur les motifs et la conduite de la poursuite, non sur les motifs de tierces parties. La question est de savoir si la poursuite mine l’intégrité morale du système. La conduite d’un tiers ne peut pas, sauf si elle influe sur le caractère équitable du procès, priver le ministère public du droit de donner suite à une affaire qu’il croit de bonne foi devoir faire l’objet d’une poursuite. En l’espèce, quels qu’aient été les motifs du centre, le ministère public n’abusait pas du processus judiciaire. On ne peut pas avancer sérieusement l’argument que le centre peut être assimilé à un secteur du procureur général ou même à un organisme gouvernemental parce qu’il reçoit des fonds du gouvernement et doit suivre certaines directives à cet égard. En second lieu, même si la conduite de tierces parties était un facteur pertinent, la conduite du centre ne constituait pas un affront au système judiciaire d’une ampleur telle qu’elle pourrait être qualifiée d’abus de procédure. Le centre n’agissait pas par animosité généralisée contre les personnes accusées d’agression sexuelle ou à l’instigation du ministère public. Au contraire, le centre appliquait une politique générale destinée à protéger la vie privée de ses clients. Il n’était pas tenu non plus de créer ou de conserver des dossiers. Suggérer qu’un tribunal devrait pouvoir faire respecter une obligation de conservation à l’égard de biens dont les tribunaux pourraient un jour avoir besoin est un très lourd fardeau. La procédure établie dans l’arrêt *O’Connor* n’impose pas aux thérapeutes et aux conseillers l’obligation spéciale de créer ou de conserver des dossiers.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Young* (1984), 46 O.R. (2d) 520; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Stinchcombe (No. 2)* (1994), 149 A.R. 167, conf. par [1995] 1 R.C.S. 754; *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, conf. (1994), 89 C.C.C. (3d) 109; *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Durette*,

S.C.R. 469; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; *R. v. Antinello* (1995), 97 C.C.C. (3d) 126; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *R. v. Simpson*, [1995] 1 S.C.R. 449; *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Charles Osenton & Co. v. Johnston*, [1942] A.C. 130; *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Chaplin, [1995] 1 S.C.R. 727; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469; *R. v. Stinchcombe (No. 2)* (1994), 149 A.R. 167, aff'd [1995] 1 S.C.R. 754; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *R. v. A. (D.)* (1992), 76 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Santocono* (1996), 28 O.R. (3d) 630; *R. v. B. (D.J.)* (1993), 16 C.R.R. (2d) 381; *R. v. Finta*, Ont. S.C., April 24, 1990, unreported; *R. v. MacDonnell* (1996), 148 N.S.R. (2d) 289; *R. v. Dieffenbaugh* (1993), 80 C.C.C. (3d) 97; *R. v. L. (P.S.)* (1995), 103 C.C.C. (3d) 341; *R. v. Gatley* (1992), 74 C.C.C. (3d) 468; *R. v. Halcrow* (1993), 80 C.C.C. (3d) 320; *R. v. D. (D.L.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 426; *R. v. Ledinski* (1995), 102 C.C.C. (3d) 445; *R. v. G. (W.G.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 263; *R. v. Lupien* (1995), 68 Q.A.C. 253; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; *California v. Trombetta*, 467 U.S. 479 (1984); *United States v. Fletcher*, 801 F.2d 1222 (1986); *State v. Wittenbarger*, 880 P.2d 517 (1994); *Arizona v. Youngblood*, 488 U.S. 51 (1988); *People v. Beeler*, 891 P.2d 153 (1995); *State v. Morales*, 657 A.2d 585 (1995); *State v. Garcia*, 643 A.2d 180 (1994); *United States v. Castro*, 887 F.2d 988 (1989); *Smith v. Secretary of New Mexico Department of Corrections*, 50 F.3d 801 (1995); *People v. Webb*, 862 P.2d 779 (1993); *State v. Waite*, 484 A.2d 887 (1984); *R. v. L. (W.K.)*, [1991] 1 S.C.R. 1091; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *R. v. Sharma*, [1992] 1 S.C.R. 814; *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985, rev'g (1984), 16 C.C.C. (3d) 532, [1984] C.A. 466; *R. v. La* (1996), 105 C.C.C. (3d) 417; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Tobin* (1995), 142 N.S.R. (2d) 83; *R. v. Ross*, [1995] O.J. No. 3716 (QL); *United States v. Femia*, 9 F.3d 990 (1993); *R. v. Martin* (1991), 63

[1994] 1 R.C.S. 469; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *R. c. Antinello* (1995), 97 C.C.C. (3d) 126; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *R. c. Simpson*, [1995] 1 R.C.S. 449; *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Charles Osenton & Co. c. Johnston*, [1942] A.C. 130; *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. Chaplin, [1995] 1 R.C.S. 727; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469; *R. c. Stinchcombe (No. 2)* (1994), 149 A.R. 167, conf. par [1995] 1 R.C.S. 754; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *R. c. A. (D.)* (1992), 76 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Santocono* (1996), 28 O.R. (3d) 630; *R. c. B. (D.J.)* (1993), 16 C.R.R. (2d) 381; *R. c. Finta*, C.S. Ont., 24 avril 1990, inédit; *R. c. MacDonnell* (1996), 148 N.S.R. (2d) 289; *R. c. Dieffenbaugh* (1993), 80 C.C.C. (3d) 97; *R. c. L. (P.S.)* (1995), 103 C.C.C. (3d) 341; *R. c. Gatley* (1992), 74 C.C.C. (3d) 468; *R. c. Halcrow* (1993), 80 C.C.C. (3d) 320; *R. c. D. (D.L.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 426; *R. c. Ledinski* (1995), 102 C.C.C. (3d) 445; *R. c. G. (W.G.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 263; *R. c. Lupien* (1995), 68 Q.A.C. 253; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *California c. Trombetta*, 467 U.S. 479 (1984); *United States c. Fletcher*, 801 F.2d 1222 (1986); *State c. Wittenbarger*, 880 P.2d 517 (1994); *Arizona c. Youngblood*, 488 U.S. 51 (1988); *People c. Beeler*, 891 P.2d 153 (1995); *State c. Morales*, 657 A.2d 585 (1995); *State c. Garcia*, 643 A.2d 180 (1994); *United States c. Castro*, 887 F.2d 988 (1989); *Smith c. Secretary of New Mexico Department of Corrections*, 50 F.3d 801 (1995); *People c. Webb*, 862 P.2d 779 (1993); *State c. Waite*, 484 A.2d 887 (1984); *R. c. L. (W.K.)*, [1991] 1 R.C.S. 1091; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *R. c. Sharma*, [1992] 1 R.C.S. 814; *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985, inf. [1984] C.A. 466; *R. c. La* (1996), 105 C.C.C. (3d) 417; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Tobin* (1995), 142 N.S.R. (2d) 83; *R. c. Ross*, [1995] O.J. No. 3716 (QL); *United States c. Femia*, 9 F.3d 990 (1993); *R. c. Martin* (1991), 63 C.C.C. (3d) 71, conf. par [1992] 1 R.C.S. 838; *R. c.*

C.C.C. (3d) 71, aff'd [1992] 1 S.C.R. 838; *R. v. Andrew* (1992), 60 O.A.C. 324; *People v. Kelly*, 467 N.E.2d 498 (1984); *People v. Sams*, 685 P.2d 157 (1984); *Rourke v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 1021.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 9(2).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 10(b), 11(d), 24(1).
Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, s. 149.

Authors Cited

Choo, Andrew L.-T. "Halting Criminal Prosecutions: The Abuse of Process Doctrine Revisited", [1995] *Crim. L.R.* 864.
 Gilmour, Joan. "Counselling Records: Disclosure in Sexual Assault Cases". In Jamie Cameron, ed., *The Charter's Impact on the Criminal Justice System*. Toronto: Carswell, 1996, 239.
 MacCrimmon, Marilyn T. "Trial by Ordeal" (1996), 1 *Can. Crim. L.R.* 31.
 Martin, Dianne. "Rising Expectations: Slippery Slope or New Horizon? The Constitutionalization of Criminal Trials in Canada". In Jamie Cameron, ed., *The Charter's Impact on the Criminal Justice System*. Toronto: Carswell, 1996, 87.
 Paciocco, David M. "The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases: Abusing the Abuse of Process Concept" (1991), 15 *Crim. L.J.* 315.
 Stuesser, Lee. "General Principles Concerning Disclosure" (1996), 1 *Can. Crim. L.R.* 1.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1995), 26 O.R. (3d) 209, 85 O.A.C. 297, 102 C.C.C. (3d) 28, 44 C.R. (4th) 266, allowing the Crown's appeal from a judgment of Ouellette J. (1994), 35 C.R. (4th) 301, ordering a stay of proceedings. Appeal allowed, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

Bruce Duncan, for the appellant.

Susan Chapman and *Hugh Ashford*, for the respondent.

Andrew (1992), 60 O.A.C. 324; *People c. Kelly*, 467 N.E.2d 498 (1984); *People c. Sams*, 685 P.2d 157 (1984); *Rourke c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 1021.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 10(b), 11(d), 24(1).
Code criminel, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 149.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 9(2).

Doctrine citée

Choo, Andrew L.-T. «Halting Criminal Prosecutions: The Abuse of Process Doctrine Revisited», [1995] *Crim. L.R.* 864.
 Gilmour, Joan. «Counselling Records: Disclosure in Sexual Assault Cases». In Jamie Cameron, ed., *The Charter's Impact on the Criminal Justice System*. Toronto: Carswell, 1996, 239.
 MacCrimmon, Marilyn T. «Trial by Ordeal» (1996), 1 *Rev. can. D.P.* 31.
 Martin, Dianne. «Rising Expectations: Slippery Slope or New Horizon? The Constitutionalization of Criminal Trials in Canada». In Jamie Cameron, ed., *The Charter's Impact on the Criminal Justice System*. Toronto: Carswell, 1996, 87.
 Paciocco, David M. «The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases: Abusing the Abuse of Process Concept» (1991), 15 *Crim. L.J.* 315.
 Stuesser, Lee. «General Principles Concerning Disclosure» (1996), 1 *Rev. can. D.P.* 1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1995), 26 O.R. (3d) 209, 85 O.A.C. 297, 102 C.C.C. (3d) 28, 44 C.R. (4th) 266, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre un jugement du juge Ouellette (1994), 35 C.R. (4th) 301, qui avait ordonné l'arrêt des procédures. Pourvoi accueilli, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents.

Bruce Duncan, pour l'appellant.

Susan Chapman et *Hugh Ashford*, pour l'intimée.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major rendu par

1 SOPINKA J. — This appeal requires the Court to determine the appropriate response of a trial court to the deliberate destruction of evidence which may be relevant to the defence of an accused person. The trial judge found that notes of interviews with the complainant conducted before she laid a charge of gross indecency were relevant and material and that this destruction deprived the appellant of the right to make full answer and defence in breach of his constitutional rights. The trial judge ordered a stay of proceedings. The Court of Appeal reversed the trial judge and the appeal to this Court is, therefore, as of right.

LE JUGE SOPINKA — Dans le présent pourvoi, la Cour doit déterminer la mesure que doit prendre le tribunal du procès en cas de destruction délibérée d'éléments de preuve qui pourraient être pertinents à l'égard de la défense de l'accusé. Le juge du procès a conclu que les notes prises au cours d'entretiens qui ont eu lieu avec la plaignante avant qu'elle ne porte plainte pour grossière indécence étaient pertinentes et substantielles et que leur destruction privait l'appelant du droit de présenter une défense pleine et entière, violant ainsi ses droits constitutionnels. Le juge du procès a ordonné l'arrêt des procédures. La Cour d'appel a infirmé la décision du juge du procès et il s'agit, en conséquence, d'un appel de plein droit à notre Cour.

Facts

2 The appellant was charged by indictment dated March 8, 1993 that between January 18, 1964 and January 17, 1966 he committed acts of gross indecency with the complainant contrary to s. 149 of the *Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51. The charge related to sexual contact with the complainant when she was a Grade 7 and 8 student in a school in which the appellant was employed as a teacher.

Les faits

L'appelant a été inculpé, par voie de mise en accusation datée du 8 mars 1993, d'avoir commis, entre le 18 janvier 1964 et le 17 janvier 1966, des actes de grossière indécence avec la plaignante en contravention de l'art. 149 du *Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51. L'accusation visait des contacts sexuels avec la plaignante lorsqu'elle était en 7^e et en 8^e année à l'école où l'appelant enseignait.

3 The Sexual Assault Crisis Centre ("Centre") in Windsor provides counselling and other support to sexual assault complainants. Government funding is provided to the Centre pursuant to the terms of a comprehensive agreement which requires the Centre, *inter alia*, to develop a close liaison with local health, justice and social service agencies, train and supervise its volunteers, be available for consultations with Ministry staff, maintain financial records and statistics for submission to the Ministry upon request, maintain program records and submit annually a comprehensive report respecting the services provided, and maintain as confidential and secure all material that is under the control of

Le Centre d'aide aux victimes d'agression sexuelle (le «Centre») de Windsor offre des services de counselling et d'autres mesures de soutien aux personnes qui se plaignent d'agression sexuelle. Le Centre reçoit des fonds gouvernementaux, conformément aux conditions d'une entente exhaustive en vertu de laquelle il doit notamment établir des liens étroits avec les organismes locaux du domaine de la santé, de la justice et des services sociaux, former et superviser ses bénévoles, faire en sorte que tous ceux qui participent à ses activités soient disponibles pour rencontrer le personnel du ministère, tenir des documents comptables et des statistiques et les présenter sur demande au ministère, tenir des dossiers concernant ses programmes et présenter chaque année un rapport détaillé des services fournis, et protéger la sécurité

the Centre which is not to be disclosed except where required by law.

On March 16, 1992, the complainant went to the Centre for advice as to how to lay charges against the appellant for sexual abuse that she alleged occurred in 1964 when the complainant was a student in a school class taught by the appellant. The complainant was interviewed for an hour and a half to two hours by social worker Peggy Romanello who took notes of the interview, during which the complainant told the "whole story". She was advised that whatever she said could be subpoenaed to court, and the complainant said that was quite all right. Following the interview, the complainant immediately went home and contacted the police. Shortly thereafter the appellant was charged with the present offence.

A preliminary inquiry was held in November of 1992 and the appellant was ordered to stand trial. After jury selection but before the appellant was put in the charge of the jury, the appellant's counsel brought an application for an order for production requiring the Centre to deliver a copy of its file concerning the complainant to the trial judge for him to review and determine what material, if any, would be released to the defence. All parties including the Centre, the complainant and the Crown consented to the order being granted and it was so ordered on October 26, 1994.

The Centre's file produced to the trial judge did not contain the notes of the interview with the complainant, or anything else of importance. On discovering that the expected material was absent from the Centre's file, counsel for the appellant sought continuation of the application for production to determine whether the production order had been complied with and whether there was other material that had not been produced. A *voir dire* was held into that issue. At the commencement of the *voir dire* the court and Crown were informed that an application to stay proceedings might

et la confidentialité de tous les documents qui sont sous son contrôle et qui ne doivent pas être divulgués sauf lorsque la loi l'exige.

Le 16 mars 1992, la plaignante s'est rendue au Centre afin d'obtenir des conseils sur la façon de porter plainte contre l'appelant pour des agressions sexuelles qui seraient survenues en 1964, lorsqu'elle était une élève dans une classe à laquelle enseignait l'appelant. La plaignante s'est entretenue pendant une heure et demie à deux heures avec la travailleuse sociale Peggy Romanello, qui a pris des notes durant l'entretien au cours duquel la plaignante a relaté [TRADUCTION] «toute l'histoire». La plaignante a été avisée que tout ce qu'elle disait pourrait être requis en cour par voie de subpoena, et elle a déclaré que cela ne lui posait aucun problème. Après l'entretien, la plaignante est rentrée immédiatement chez elle et elle a communiqué avec la police. Peu après, l'appelant a été accusé de l'infraction en cause.

Au terme d'une enquête préliminaire tenue en novembre 1992, on a ordonné le renvoi de l'appelant pour qu'il subisse son procès. Après le choix des jurés mais avant que le jury ne soit saisi de l'affaire, l'avocat de l'appelant a demandé une ordonnance de production intimant au Centre de remettre une copie de son dossier concernant la plaignante au juge du procès pour que ce dernier puisse l'examiner et déterminer lesquels des documents, le cas échéant, seraient communiqués à la défense. Toutes les parties, y compris le Centre, la plaignante et le ministère public, ont consenti à ce que l'ordonnance soit rendue, et celle-ci l'a été le 26 octobre 1994.

Le dossier du Centre produit au juge du procès ne contenait pas les notes de l'entretien avec la plaignante ni rien d'autre d'important. Lorsqu'il s'est rendu compte que les documents recherchés ne se trouvaient pas dans le dossier du Centre, l'avocat de l'appelant a demandé le maintien en vigueur de la demande de production pour qu'on détermine si l'ordonnance de production avait été respectée et s'il existait d'autres documents qui n'avaient pas été produits. Un *voir-dire* a été tenu relativement à cette question. Au début du *voir-dire*, le tribunal et le ministère public ont été

4

5

6

result, depending on what was disclosed on the *voir dire*. Counsel for the Crown indicated his consent to the evidence about to be heard on the *voir dire* applying on the stay motion, if there was one.

informés qu'une demande d'arrêt des procédures pourrait être présentée selon ce que révélerait le voir-dire. L'avocat du ministère public a indiqué qu'il consentait à ce que la preuve qui était sur le point d'être produite au cours du voir-dire s'applique, le cas échéant, à la requête en arrêt des procédures.

7 Counsel for the appellant called Lydia Fiorini, the executive director of the Centre in Windsor from 1990 to the present time. Eventually, the defence was permitted, without objection from the Crown, to cross-examine Fiorini first under s. 9(2) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, and, eventually, at large as an adverse witness.

L'avocat de l'appelant a cité comme témoin Lydia Fiorini, directrice administrative du Centre de Windsor de 1990 à aujourd'hui. Par la suite, la défense a été autorisée, sans que le ministère public s'y oppose, à contre-interroger M^{me} Fiorini, d'abord en vertu du par. 9(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, et ensuite, de façon plus générale, en tant que témoin opposé.

8 The evidence of Fiorini established that the notes from the file of the complainant in this case, along with those in about 300 to 400 other files, had been shredded by Fiorini or at her direction in April of 1994. The shredded files were ones that were identified as having "police involvement", that is, where an application for production might be made.

Le témoignage de M^{me} Fiorini a établi que les notes d'entretien du dossier de la plaignante en l'espèce, ainsi que celles d'environ 300 à 400 autres dossiers, avaient été déchiquetées par M^{me} Fiorini ou sur ses ordres en avril 1994. Les dossiers déchiquetés étaient ceux qui étaient désignés comme ayant donné lieu à une «intervention policière», c'est-à-dire ceux susceptibles de faire l'objet d'une demande de production.

9 The background to this destruction of records was explored at some considerable length by counsel for the appellant in his cross-examination of Fiorini. It revealed that the Centre had been unsuccessful in opposing applications for production of records in the past and ultimately determined that it would combat the practice by following a policy of taking notes that would be misleading if ordered produced and of shredding files with police involvement before being served in relation to criminal proceedings. The policy was summarized in an April 15, 1994 memo from Fiorini to her staff, parts of which were:

Au cours du contre-interrogatoire de M^{me} Fiorini, l'avocat de l'appelant s'est attaché assez longuement au contexte de la destruction de dossiers. Le contre-interrogatoire a révélé que le Centre s'était opposé sans succès aux demandes de production de dossiers dans le passé et avait décidé, en dernier ressort, de combattre cette pratique en appliquant une politique qui consistait à prendre des notes qui seraient trompeuses si on en ordonnait la production et à déchiqueter les dossiers ayant donné lieu à une intervention policière avant de recevoir signification d'une assignation relativement à des poursuites criminelles. La politique a été résumée dans une note de service adressée par M^{me} Fiorini à son personnel le 15 avril 1994, et dont voici des extraits:

NOTE TAKING:

Write your notes as though it was going to a Defence lawyer. Concentrate on reactions, goals and feelings and

[TRADUCTION] PRISE DE NOTES:

Rédigez vos notes comme si elles étaient destinées à un avocat de la défense. Portez toute votre attention sur les

not on what happened. We know that no one says the same story twice.

Do not use quotations. Do not make reference directly to the client.

Use language like it appears, seems, around, approximately to reduce the risk of what appears like a direct statement.

Use short forms that mean nothing to someone else.

Use spaces and pauses as though something followed or was to follow your statement.

. . .

SHREDDING:

The Centre has reached a decision (Board approved) that documents in a file can be shredded. The Centre will make it known to the Courts that although it does not like this alternative, that in order to reduce further victimization to the clients it serves, the Centre has felt that this decision was forced upon them by the present Court practices.

. . .

We cannot shred a document if it has been subpoenaed or there is an application requesting a Court Order.

We need to identify in advance the cases that have police involvement and shred in advance to being served for the criminal proceedings.

. . .

Before shredding do the following:

1. Conference with Lydia letting her know that we might want to consider shredding the identified file. She will make a decision based on whether there is knowledge of a pending court application.
2. Keep only what is required by the Board motion.
3. Indicate to Judy the case number of the client's file that is being shredded so that Judy can eliminate identifying information from the client data system on the computer.

réactions, les objectifs et les impressions, et non sur ce qui s'est produit. Tout le monde sait que personne ne relate jamais deux fois la même histoire de la même façon.

N'utilisez pas de citations. Ne faites pas mention du client directement.

Utilisez des mots et des expressions comme il semble, il paraît, environ, approximativement, afin de réduire les risques que ça ressemble à une déclaration directe.

Utilisez des formules télégraphiques qui ne veulent rien dire pour quelqu'un d'autre.

Laissez des espaces blancs et des pauses, comme si quelque chose suivait ou devait suivre votre déclaration.

. . .

DÉCHIQUETAGE:

Le Centre a pris la décision (approuvée par le conseil d'administration) que les documents contenus dans un dossier peuvent être déchiquetés. Le Centre fera savoir aux tribunaux que, même si cette solution ne lui plaît pas, afin d'éviter une plus grande victimisation à ses clients, il a jugé que les pratiques actuelles des tribunaux le forçaient à prendre cette décision.

. . .

Nous ne pouvons pas déchiqueter un document si sa production a été requise par subpoena ou si une demande d'ordonnance judiciaire a été présentée.

Il nous faut identifier à l'avance les cas ayant donné lieu à une intervention policière et déchiqueter les documents avant de recevoir signification d'une assignation relativement à des poursuites criminelles.

. . .

Voici la démarche à suivre avant le déchiquetage:

1. Communiquez avec Lydia pour lui faire savoir que nous devrions peut-être envisager la possibilité de déchiqueter le dossier indiqué. Elle prendra une décision en vérifiant si on sait qu'une demande judiciaire a été présentée.
2. Conservez seulement ce qui est requis par la résolution du conseil d'administration.
3. Indiquez à Judy le numéro du dossier qui va être déchiqueté pour qu'elle puisse supprimer les renseignements identifiant le client dans le système informatique.

4. Destroy any traces of the case number that can identify the client to the computer file.

5. To ensure other documents that are no longer necessary to keep in the client file as a result of the Board Policy indicating what would be the minimum requirement of a client file are maintained confidential, shred these aforementioned documents. [sic]

4. Faites disparaître toute trace du numéro de dossier susceptible de permettre de relier le client au dossier informatique.

5. Afin de garantir la confidentialité des autres documents qu'il n'est plus nécessaire de conserver dans le dossier du client à la suite de la politique du conseil d'administration précisant le contenu minimum du dossier d'un client, déchiquetez les documents susmentionnés. (sic)

10 Since instituting this shredding policy, the Centre no longer opposes production applications and consents to release of its files. There is nothing in them.

Depuis qu'il a établi cette politique de déchiquetage, le Centre ne conteste plus les demandes de production et consent à la communication de ses dossiers. Ceux-ci ne contiennent rien.

11 The notes in the file of the complainant were destroyed pursuant to this policy. Before destroying the notes, Fiorini did not read the notes, and made no inquiries of the complainant or the Centre worker involved as to whether the complainant requested confidentiality or opposed disclosure. Nor did she inquire as to what stage court proceedings were at in the case. As mentioned above, the complainant, at her first interview, in March 1992, had been told that what she said could possibly be subpoenaed to court, and she said that that was quite all right with her. When she learned that the notes had been destroyed, she was upset with Fiorini.

Les notes versées au dossier de la plaignante ont été détruites conformément à cette politique. Avant de détruire ces notes, M^{me} Fiorini ne les a pas lues et ne s'est pas informée auprès de la plaignante ou de la travailleuse concernée du Centre pour savoir si la plaignante s'opposait à leur divulgation ou demandait à ce qu'elles restent confidentielles. Elle n'a pas non plus demandé où en étaient les procédures judiciaires. Comme il a été mentionné plus tôt, on avait dit à la plaignante, lors de son premier entretien, en mars 1992, que ce qu'elle disait pourrait éventuellement être requis en cour par voie de subpoena, et elle avait répondu que cela ne lui posait aucun problème. Lorsqu'elle a appris la destruction des notes, elle était fâchée contre M^{me} Fiorini.

12 The actual shredding of the notes in relation to the complainant was done by social worker Peggy Romanello. She could not remember exactly when it was done, but it was sometime around the time of the adoption of the new policy. Romanello testified candidly that the shredding was done to prevent anything from being ordered produced. She made no inquiries to determine if the matter was still before the courts. She said that she did not want to take any chances and wanted to get rid of the file before it was subpoenaed or ordered produced by the court. At the time of the shredding, the therapeutic process in relation to the complainant had ended. Her counselling had ended around June of 1993, some 10 or 11 months before the file was shredded. Romanello had no recollection of

Le déchiquetage même des notes concernant la plaignante a été effectué par la travailleuse sociale Peggy Romanello. Cette dernière ne se rappelait pas exactement quand elle l'avait fait, mais que c'était aux environs de l'adoption de la nouvelle politique. Madame Romanello a dit candidement que le déchiquetage visait à prévenir toute ordonnance de production. Elle ne s'est pas informée pour savoir si l'affaire était encore devant les tribunaux. Elle a déclaré qu'elle ne voulait prendre aucune chance et qu'elle voulait se débarrasser du dossier avant qu'il soit requis par subpoena ou que la cour en ordonne la production. À l'époque du déchiquetage, la thérapie de la plaignante était terminée. Le counselling avait pris fin vers le mois de juin 1993, soit environ 10 ou 11 mois avant le

the contents of the approximately 10 pages of notes that were destroyed.

After completion of the appellant's evidence on the *voir dire*, Crown counsel tendered, on consent, a collection of materials in order to give the trial judge the factual foundation of the case. These materials included Constable Saxon's notes of an interview with the complainant on March 17, 1992, a typed transcript of those notes, the complete statement of the complainant given to Constable Saxon on March 19, 1992, the written statements of Vicki Sprague, the complainant's husband and the complainant's brother and a transcript of the complainant's evidence at the preliminary inquiry. Counsel agreed that the trial judge should resolve the application for a stay on the basis of this factual foundation. The Crown called no other evidence and this material plus the evidence called by the appellant was the factual basis upon which the appellant's application for a stay was based. The trial judge declined to read the complainant's transcript at the preliminary inquiry in its entirety but counsel for the appellant was allowed to direct his attention to certain parts of it.

Judgments Below

Ontario Court (General Division) (1994), 35 C.R. (4th) 301

After reviewing the evidence, Ouellette J. noted that the burden of proof was on the appellant to establish, on a balance of probabilities, that the destruction of the notes created a prejudice to the appellant of such a magnitude that the appellant was effectively deprived of the opportunity to make full answer and defence.

Ouellette J. agreed with Crown counsel that the court ought not to speculate as to what was contained in the destroyed notes, but concluded that no speculation was involved in determining that the notes of the interviews related to the alleged

déchetage du dossier. Madame Romanello ne se souvenait pas de la teneur des quelque 10 pages de notes qui ont été détruites.

Au terme du témoignage de l'appelant au voir-dire, l'avocat du ministère public a produit, avec le consentement des autres parties, un ensemble de documents visant à exposer au juge du procès les faits sur lesquels reposait l'affaire. Ces documents comprenaient les notes prises par l'agent de police Saxon au cours d'un entretien avec la plaignante le 17 mars 1992, une transcription dactylographiée de ces notes, la déclaration complète faite par la plaignante à l'agent Saxon le 19 mars 1992, les déclarations consignées par écrit de Vicki Sprague, du mari et du frère de la plaignante ainsi qu'une transcription de la déposition de la plaignante à l'enquête préliminaire. Les avocats étaient d'accord pour dire que le juge du procès devrait se prononcer sur la demande d'arrêt des procédures en se fondant sur ces faits. Le ministère public n'a produit aucun autre élément de preuve, et ces documents en plus des éléments de preuve produits par l'appelant constituaient les faits sur lesquels reposait la demande d'arrêt des procédures présentée par l'appelant. Le juge du procès a refusé de lire en entier la transcription de la déposition faite par la plaignante à l'enquête préliminaire, mais l'avocat de l'appelant a été autorisé à attirer son attention sur certaines parties de cette transcription.

Les décisions des juridictions inférieures

Cour de l'Ontario (Division générale) (1994), 35 C.R. (4th) 301

Après examen de la preuve, le juge Ouellette a souligné qu'il incombait à l'appelant de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que la destruction des notes lui causait un préjudice d'une ampleur telle qu'il était effectivement privé de la possibilité de présenter une défense pleine et entière.

Le juge Ouellette a affirmé être d'accord avec l'avocat du ministère public pour dire que le tribunal ne devait pas se lancer dans des conjectures au sujet du contenu des notes détruites, mais il a conclu qu'il n'était pas nécessaire de faire des conjec-

13

14

15

sexual offences that were the subject of the trial and that the notes were therefore relevant and material, and that they would more likely than not tend to assist the appellant. He noted that defence counsel readily conceded that the Crown had played no part in the destruction of the notes, and the only authorities defence counsel was aware of dealt with actions on the part of the Crown. Ouellette J. found that the principles set out in those authorities were equally applicable to the present factual situation, wherein the records had been destroyed by a third party.

16 Ouellette J. stated that the appellant was correct in his contention that it matters not who destroyed the evidence. The question to be determined is whether the destruction of the notes has deprived the appellant of his right to make full answer and defence. He referred to the decision of this Court in *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, noting that cross-examination is a basic principle of our legal system and a right with constitutional status, but that it is not an unlimited right and, therefore, in order to avoid abuse, there must be a solid basis in relevance and purpose to permit cross-examination on notes such as those in issue here. Ouellette J. further noted that, in cases such as the one at bar, where the trial involves a very sensitive matter, the court should be reluctant to dispose of the accusations other than on their merits. However, he stated that every accused is entitled to a fair trial and where, as here, the evidence establishes that a blatant and systematic process was put into place by which the director of the Centre suppressed, distorted and destroyed files in order to prevent the information in those files from being produced in court, a miscarriage of justice could be the result, in that an innocent person could be convicted of a crime which he did not commit.

17 Ouellette J. noted that, if the information contained in the destroyed notes had not been relevant,

tures pour dire que les notes des entretiens se rapportaient aux infractions sexuelles reprochées qui ont fait l'objet du procès, que les notes étaient donc pertinentes et substantielles et qu'il était probable qu'elles tendraient à aider l'appelant. Il a noté que l'avocat de la défense avait volontiers concédé que le ministère public n'avait joué aucun rôle dans la destruction des notes et que les seuls arrêts que connaissait l'avocat de la défense avaient trait à des actes accomplis par le ministère public. Le juge Ouellette a statué que les principes énoncés dans ces arrêts s'appliquaient également aux faits du présent cas, où les dossiers ont été détruits par une tierce partie.

Le juge Ouellette a déclaré que l'appelant avait raison de prétendre qu'il était sans importance de savoir qui avait détruit les éléments de preuve. La question qui devait être tranchée était de savoir si la destruction des notes avait privé l'appelant de son droit de présenter une défense pleine et entière. Il a fait état de l'arrêt de notre Cour *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, soulignant que le contre-interrogatoire est un principe fondamental de notre système juridique et un droit qui jouit d'un statut constitutionnel mais n'est pas illimité, et que, par conséquent, dans le but d'éviter les abus, il doit exister un solide fondement quant à la pertinence et à l'objectif pour permettre le contre-interrogatoire relativement à des notes comme celles dont il est question en l'espèce. Le juge Ouellette a également indiqué que, dans les affaires comme la présente, où le procès porte sur une question très délicate, le tribunal devrait hésiter à statuer sur les accusations autrement qu'en fonction de leur bien-fondé. Toutefois, il a déclaré que tout inculpé a droit à un procès équitable et qu'il est possible, lorsque, dans un cas comme celui-ci, où la preuve démontre qu'il a été mis en place un processus flagrant et systématique par lequel la directrice du Centre a supprimé, dénaturé et détruit des dossiers afin d'empêcher que les renseignements y figurant soient produits en cour, qu'il en résulte une erreur judiciaire, c'est-à-dire qu'un innocent soit déclaré coupable d'un crime qu'il n'a pas commis.

Le juge Ouellette a souligné que si les renseignements se trouvant dans les notes détruites

it would not have become public. He further noted that before determining whether information contained in such a file should be released, in addition to considering relevancy, the court must also consider the right of the complainant to privacy with respect to the information contained in the file. Ouellette J. concluded that the appellant had been deprived of the opportunity to introduce inconsistencies in the complainant's evidence that might be sufficient to cause a jury to question the reliability of the complainant. The fact that the contents of the file cannot be known is not an answer to the denial of this right; such an attitude would encourage and condone the action undertaken by the Centre in this case.

Ouellette J. concluded that the appellant had been seriously prejudiced as a result of the deprivation of the opportunity to cross-examine the complainant as to her previous statements relating to the allegations she made. As a result, Ouellette J. found that the appellant's ss. 7 and 11(d) rights had been infringed by the destruction of the contents of the complainant's file, and that it would be unfair, in such circumstances, to permit the prosecution to proceed. He therefore ordered a stay of proceedings.

Ontario Court of Appeal (1995), 26 O.R. 209 (Endorsement)

The Court of Appeal (Catzman, Osborne and Abella J.J.A.) reviewed the facts in some detail, then turned to the reasons of the trial judge. The court noted that Ouellette J. referred to *R. v. Young* (1984), 46 O.R. (2d) 520 (C.A.), a case concerning the doctrine of abuse of process. He did not, however, rest his conclusion on the basis of abuse of process; rather, he held that the proceedings should be stayed as a result of the violations of the appellant's rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Court of Appeal stated that there is no basis in this case upon which a finding of abuse of process could be made.

n'avaient pas été pertinents ils n'auraient pas été rendus publics. Il a également fait observer que, avant de déterminer si les renseignements contenus dans un tel dossier devaient être divulgués, en plus d'examiner la pertinence de ces renseignements, le tribunal doit également tenir compte du droit de la plaignante à la protection de sa vie privée en ce qui concerne les renseignements contenus dans le dossier. Le juge Ouellette a conclu que l'appellant avait été privé de la possibilité de faire ressortir, dans le témoignage de la plaignante, des contradictions suffisantes pour soulever un doute dans l'esprit du jury quant à la fiabilité de la plaignante. Le fait qu'il soit impossible de connaître la teneur du dossier n'est pas une réponse à la négation de ce droit; une telle attitude encouragerait et excuserait la mesure prise par le Centre dans la présente affaire.

Le juge Ouellette a conclu que l'appelant avait subi un préjudice grave en étant privé de la possibilité de contre-interroger la plaignante sur ses déclarations antérieures concernant les allégations qu'elle avait faites. Par conséquent, le juge Ouellette a estimé que les droits garantis à l'appelant par l'art. 7 et l'al. 11d) avaient été violés par suite de la destruction du contenu du dossier de la plaignante et qu'il ne serait pas équitable, dans de telles circonstances, de permettre que les poursuites judiciaires suivent leur cours. Il a donc ordonné l'arrêt des procédures.

Cour d'appel de l'Ontario (1995), 26 O.R. 209

Après avoir rappelé les faits en détail, la Cour d'appel (les juges Catzman, Osborne et Abella) a ensuite examiné les motifs du juge du procès. La cour a souligné que le juge Ouellette avait fait état de l'arrêt *R. c. Young* (1984), 46 O.R. (2d) 520 (C.A.), affaire concernant la doctrine de l'abus de procédure. Le juge n'a toutefois pas fondé sa conclusion sur l'abus de procédure, mais il a plutôt statué que les procédures devaient être arrêtées en raison de la violation des droits garantis à l'appelant par la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel a déclaré que rien en l'espèce ne justifiait de conclure à un abus de procédure.

18

19

20

All members of the panel were of the view that the effect of, as opposed to the Centre's reasons for, the destruction of the records is the important point of emphasis in this case. In that regard, the court noted that the missing notes were not a verified account of what the complainant had said, nor did the notes constitute a written statement of the complainant. In fact, the notes were not read, reviewed or signed by the complainant. The question whether the defence would ever have seen the notes had they not been shredded is unclear, because their shredding prevented the trial judge from reviewing them to determine whether they should be produced for the defence to review.

21

The court stated that the probable effect of the lost notes should have been considered in light of what further material was available to the defence. The Crown's disclosure package included the investigating police officer's notes, the complainant's statement to the police, written statements of three Crown witnesses and the complainant's preliminary inquiry evidence. The complainant, having no knowledge that the notes at the Centre had been shredded, had consented in writing to the release to the trial judge of all of the Centre's records. The court found that the complainant's consent to the application for production eliminated the need to consider whether the threshold test for production and review by the trial judge had been met. The issue was not whether the Centre's file should have been ordered to have been produced, but whether the Centre's inability to produce all its original file contents resulted in the likelihood of prejudice to the appellant that would compromise his *Charter* right to make full answer and defence.

22

The court was of the view that the possibility of the notes being of assistance to the defence was obscure. Further, the court stated that the evidence must disclose something more than a "mere risk" to a *Charter* right. The court found that no realistic appraisal of the probable effect of the lost notes could support the conclusion that the appellant's

Tous les juges de la formation étaient d'avis que, dans le présent cas, il fallait s'attacher à l'effet de la destruction des dossiers plutôt qu'aux raisons du Centre d'avoir pris une telle mesure. À cet égard, la cour a fait observer que les notes manquantes n'étaient pas un compte rendu vérifié de ce que la plaignante avait dit, ni une déclaration écrite de la plaignante. De fait, les notes n'ont pas été lues, révisées ou signées par la plaignante. La réponse à la question de savoir si la défense aurait jamais vu les notes si elles n'avaient pas été déchetées est incertaine, car leur déchetage a empêché le juge du procès de les examiner afin de décider si elles devaient être produites pour que la défense puisse les étudier.

La cour a ajouté que l'effet probable des notes perdues aurait dû être examiné à la lumière des autres documents à la disposition de la défense. Les documents communiqués par le ministère public comprenaient les notes du policier enquêteur, la déclaration de la plaignante aux policiers, les déclarations écrites de trois témoins du ministère public et la déposition de la plaignante à l'enquête préliminaire. La plaignante, qui ne savait pas que les notes conservées au Centre avaient été déchetées, avait consenti par écrit à ce que tous les documents du Centre la concernant soient communiqués au juge du procès. La cour a conclu que le fait que la plaignante ait consenti à la demande de production avait éliminé la nécessité de se demander si on avait satisfait au critère préliminaire applicable par le juge du procès en matière de production et d'examen. La question n'était pas de savoir si la production du dossier du Centre aurait dû être ordonnée, mais si l'incapacité du Centre à produire tout le contenu du dossier original avait probablement causé à l'appellant un préjudice compromettant le droit que lui garantit la *Charte* de présenter une défense pleine et entière.

La cour était d'avis qu'il n'était pas évident que les notes pourraient être utiles à la défense. La cour a en outre déclaré que la preuve doit révéler davantage qu'un [TRADUCTION] «simple risque» de violation d'un droit garanti par la *Charte*. Elle a jugé qu'aucune évaluation réaliste de l'effet probable des notes perdues ne pouvait étayer la conclusion

right to make full answer and defence was compromised. The trial judge had committed “a leap of logic” in reaching the conclusion he did. The court found that the evidence did not establish a breach of the appellant’s right to make full answer and defence. The court concluded that the trial judge erred in imposing a stay of proceedings. The trial judge’s order was set aside and the matter directed to proceed to trial.

Issues

The issues in this case are:

1. Did the failure to produce the notes of the interview of the complainant by reason of their destruction constitute a violation of the appellant’s *Charter* rights?

2. If the appellant’s *Charter* rights were breached, was a stay based on s. 24(1) the appropriate remedy?

In view of my conclusions in respect of issues (1) and (2), it is not necessary for me to consider whether in the circumstances an abuse of process has been made out.

Was there a Breach of the Right to Full Answer and Defence?

The Court of Appeal agreed with the appellant that production of the files of the Centre for review by the trial judge was a non-issue and that it was not necessary to consider whether the threshold test for production and review by the trial judge had been met. The Court of Appeal disagreed with the finding of the trial judge that the appellant’s constitutional rights were breached because, “[t]he issue is not whether the Centre’s file should have been ordered to have been produced, but rather whether the Centre’s inability to produce all of its original file contents resulted in the likelihood of prejudice to the accused that would compromise

que le droit de l’appelant de présenter une défense pleine et entière était compromis. Le juge du procès avait [TRADUCTION] «sauté une étape logique» en tirant la conclusion à laquelle il est parvenu. La cour a estimé que la preuve n’établissait pas qu’il y avait eu violation du droit de l’appelant de présenter une défense pleine et entière. Elle a conclu que le juge du procès a commis une erreur en imposant l’arrêt des procédures. L’ordonnance rendue par le juge du procès a été annulée, et il a été ordonné que l’affaire soit jugée.

Les questions en litige

Voici les questions en litige dans la présente affaire:

1. L’omission de produire les notes de l’entretien de la plaignante en raison de leur destruction constitue-t-elle une violation des droits garantis à l’appelant par la *Charte*?

2. Si les droits garantis à l’appelant par la *Charte* ont été violés, l’arrêt des procédures ordonné en vertu du par. 24(1) est-il la réparation convenable?

Vu mes conclusions en ce qui concerne les questions (1) et (2), il n’est pas nécessaire que j’examine si, dans les circonstances, on a établi l’existence d’un abus de procédure.

Y a-t-il eu violation du droit de présenter une défense pleine et entière?

La Cour d’appel était d’accord avec l’appelant pour dire que la production du dossier du Centre en vue de son examen par le juge du procès n’était pas une question en litige et qu’il n’était pas nécessaire de se demander s’il avait été satisfait au critère préliminaire applicable par le juge du procès en matière de production et d’examen. La Cour d’appel a dit être en désaccord avec la conclusion du juge du procès selon laquelle les droits constitutionnels de l’appelant avaient été violés, étant donné que [TRADUCTION] «[l]a question n’était pas de savoir si la production du dossier du Centre aurait dû être ordonnée, mais si l’incapacité du Centre à produire tout le contenu du dossier original avait probablement causé à l’appelant un préjudice compromettant le droit que lui garantit la

23

24

25

the defendant's *Charter* right to make full answer and defence" (p. 215).

26

With respect, this is a misapplication of the burden which rested on the appellant and confuses the obligation to establish a breach of the right with the burden resting on the appellant in seeking a stay. The entitlement of an accused person to production either from the Crown or third parties is a constitutional right. See *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, and *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411. Breach of this right entitles the accused person to a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. Remedies range from one or several adjournments to a stay of proceedings. To require the accused to show that the conduct of his or her defence was prejudiced would foredoom any application for even the most modest remedy where the material has not been produced. It would require the accused to show how the defence would be affected by the absence of material which the accused has not seen.

27

This Court has consistently taken the position that the question of the degree of prejudice suffered by an accused is not a consideration to be addressed in the context of determining whether a substantive *Charter* right has been breached. The extent to which the *Charter* violation caused prejudice to the accused falls to be considered only at the remedy stage of a *Charter* analysis. The decision of this Court in *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951, dealt with the accused's right to an interpreter, as guaranteed by ss. 7 and 14 of the *Charter*. Lamer C.J. stated (for the Court), at pp. 994-95, that:

... it is crucial that, at the stage where it is being determined whether an accused's s. 14 rights were in fact violated, courts not engage in speculation as to whether or not the lack of or lapse in interpretation in a specific instance made any difference to the outcome of the case. . . .

Section 14 expressly guarantees the right to the assistance of an interpreter when certain conditions precedent are met. Nowhere does it require or suggest that an

Charte de présenter une défense pleine et entière» (p. 215).

En toute déférence, la cour a mal appliqué le fardeau qui incombait à l'appelant, et elle a confondu l'obligation d'établir la violation du droit avec l'obligation qui incombe à l'appelant lorsqu'il sollicite l'arrêt des procédures. Le droit d'un accusé d'obtenir la production de documents par le ministre public ou par des tierces parties est un droit constitutionnel. Voir les arrêts *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, et *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411. En cas de violation de ce droit, l'accusé a le droit d'obtenir une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Ces réparations vont de l'ajournement, unique ou multiple, à l'arrêt des procédures. Exiger de l'accusé qu'il prouve qu'il a été lésé dans sa défense vouerait à l'échec toute demande de réparation, même celles sollicitant la plus modeste des réparations, lorsque les documents n'ont pas été produits. Cela aurait pour effet d'obliger l'accusé à démontrer de quelle manière sa défense serait touchée par l'absence de documents qu'il n'a pas vus.

Notre Cour a constamment affirmé que l'ampleur du préjudice subi par un accusé n'est pas une question qui doit être prise en considération pour déterminer s'il y a eu violation d'un droit fondamental garanti par la *Charte*. La mesure dans laquelle la violation de la *Charte* a causé préjudice à l'accusé n'est examinée, dans le cadre de l'analyse fondée sur la *Charte*, qu'à l'étape concernant la réparation. L'arrêt de notre Cour *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951, portait sur le droit d'un accusé à l'assistance d'un interprète, qui est garanti par les art. 7 et 14 de la *Charte*. Le juge en chef Lamer a déclaré ceci (au nom de la Cour), aux pp. 994 et 995:

... il est primordial qu'au moment de déterminer si les droits garantis à l'accusé par l'art. 14 ont effectivement été violés, les tribunaux ne se lancent pas dans des conjectures quant à savoir si l'absence d'interprétation ou une lacune dans celle-ci au cours d'une instance donnée, a influé sur l'issue de l'affaire. . . .

L'article 14 garantit expressément le droit à l'assistance d'un interprète lorsque certaines conditions préalables sont remplies. Nulle part ne prévoit-il ni ne

ex post facto assessment of prejudice to an accused's right to full answer and defence be carried out before a violation of the right can be found. . . .

Section 14 guarantees the right to interpreter assistance without qualification. Therefore, it would be wrong to introduce into the assessment of whether the right has been breached any consideration of whether or not the accused actually suffered prejudice when being denied his or her s. 14 rights. The *Charter* in effect proclaims that being denied proper interpretation while the case is being advanced is in itself prejudicial. . . . Actual resulting prejudice is a matter to be assessed and accommodated under s. 24(1) of the *Charter* when fashioning an appropriate and just remedy for the violation in question. In other words, the "prejudice" is in being denied the right to which one is entitled, nothing more. [Emphasis added.]

Similarly, in *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, the Court commented on the issue of prejudice in relation to a violation of s. 10(b), and held that the question of prejudice was relevant only in determining whether the evidence obtained in violation of that right ought to be excluded. Although the scope of legal advice available to the accused in that case was limited (he was charged with having care and control of a motor vehicle while his blood alcohol level was in excess of .08), the Court held that it would be improper to speculate in relation to what the accused would have done had he been properly informed of his right to counsel. Thus, even though there may not have been actual prejudice to the accused as a result of the s. 10(b) breach, since the information would likely have been obtained in any event, this fact is not relevant to the question of whether a *Charter* violation has been established.

A similar approach to that adopted in this case was asserted in connection with access to documents used to obtain a wiretap authorization and contained in a sealed packet. Early jurisprudence would have required the applicant accused to establish fraud or misrepresentation in order to gain access. In *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, this Court held that a

donne-t-il à entendre que, pour pouvoir conclure que le droit a été violé, il faut effectuer une évaluation après coup de l'atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. . . .

L'article 14 garantit sans réserve le droit à l'assistance d'un interprète. Par conséquent, il serait erroné de se demander, pour déterminer si le droit a été violé, si l'accusé a vraiment subi un préjudice lorsqu'on lui a refusé l'exercice de ses droits garantis par l'art. 14. La *Charte* proclame en fait que le refus de fournir une bonne interprétation pendant que l'affaire progresse est préjudiciable en soi et viole l'art. 14. Le véritable préjudice qui résulte est une question qui doit être examinée et réglée en fonction du par. 24(1) de la *Charte*, lorsqu'il s'agit de concevoir une réparation convenable et juste pour la violation en question. En d'autres termes, le «préjudice» réside exclusivement dans le fait de se voir refuser l'exercice d'un droit auquel on a droit. [Je souligne.]

De même, dans *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, la Cour a fait des observations sur la question du préjudice découlant d'une violation de l'al. 10b) et conclu que cette question n'était pertinente que pour déterminer s'il fallait écarter les éléments de preuve obtenus en violation de ce droit. Bien que l'éventail des conseils juridiques qui étaient susceptibles d'être donnés à l'accusé dans cette affaire était limité (il était accusé d'avoir eu la garde et le contrôle d'un véhicule à moteur pendant que son taux d'alcoolémie dépassait .08), la Cour a statué qu'il ne convenait pas de se lancer dans des conjectures sur ce que l'accusé aurait fait s'il avait été informé adéquatement de son droit à l'assistance d'un avocat. Ainsi, même s'il est possible que l'accusé n'ait pas vraiment subi de préjudice à la suite de la violation de l'al. 10b), du fait que les renseignements auraient probablement été obtenus de toute façon, ce fait n'est pas pertinent quant à la question de savoir si on a prouvé l'existence d'une violation de la *Charte*.

Une approche analogue à celle adoptée en l'espèce a été appliquée relativement à l'accès à des documents utilisés afin d'obtenir une autorisation d'écoute électronique et contenus dans un paquet scellé. En vertu de la jurisprudence antérieure, pour obtenir accès aux documents l'accusé requérant aurait été tenu d'établir qu'il y avait eu fraude ou déclaration trompeuse. Dans *Dersch c. Canada*

28

29

denial of access was a denial to make full answer and defence. Accordingly, if the section which authorized a judge to unseal the packet required the accused to establish fraud or material non-disclosure, it would be unconstitutional. The Court concluded that to require the accused applicant to establish these pre-conditions would have placed him in an untenable position and that the restricted access cases should not be followed.

(*Procureur général*), [1990] 2 R.C.S. 1505, notre Cour a statué que le refus d'accorder l'accès constitue une négation du droit de présenter une défense pleine et entière. Par conséquent, si l'article autorisant un juge à ouvrir le paquet obligeait l'accusé à prouver qu'il y a eu fraude ou non-divulgence importante, cet article serait inconstitutionnel. La Cour a conclu que le fait d'exiger du requérant accusé qu'il prouve l'existence de ces conditions préalables l'aurait placé dans une position intenable, et que les arrêts portant restriction d'accès ne devaient pas être suivis.

30

In *R. v. Farinacci*, [1994] 1 S.C.R. 469 (indexed as *R. v. Durette*), the appellants complained of the excessive editing of affidavits which had secured wiretap authorization. It was submitted by the respondent Crown and accepted by the majority of the Court of Appeal that the non-disclosure did not impair the right of the appellants to make full answer and defence because they had not shown that the material would be useful. In the majority judgment, at pp. 498-99, we stated:

Dans *R. c. Farinacci*, [1994] 1 R.C.S. 469 (répertorié: *R. c. Durette*), les appelants se plaignaient des suppressions excessives faites aux affidavits qui avaient permis d'obtenir l'autorisation d'écoute électronique. Il a été plaidé par le ministre public intimé et accepté par la Cour d'appel à la majorité que la non-divulgence n'avait pas porté atteinte au droit des appelants de présenter une défense pleine et entière étant donné que ces derniers n'avaient pas prouvé que les documents seraient utiles. Dans le jugement de la majorité, aux pp. 498 et 499, nous avons déclaré ceci:

In order to conclude that a failure to disclose information to the defence amounts to a denial of the right to make full answer and defence, the court must consider the nature of the information withheld and whether it might have affected the outcome of the case: *Stinchcombe*, *supra*, at p. 348. . . . With respect, I think that Finlayson J.A. erred in placing the onus upon the appellants to show how the excised material might have been useful to their case. As Doherty J.A. stated at p. 477, in concluding that s. 686(1)(b)(iii) was inapplicable:

Pour déterminer si la non-divulgence de renseignements à la défense a porté atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, le tribunal doit examiner la nature des renseignements non divulgués et se demander s'ils auraient pu influencer sur l'issue du litige: *Stinchcombe*, précité, à la p. 348. [. . .] Avec égards, je crois que le juge Finlayson s'est trompé en imposant aux appelants la charge de démontrer comment les renseignements supprimés auraient pu être utiles à leur défense. Ainsi que le juge Doherty l'a affirmé en concluant que le sous-al. 686(1)(b)(iii) était inapplicable (à la p. 477):

It is particularly inappropriate to place any onus on the appellants to demonstrate prejudice flowing from the error revealed in this case. The appellants have not seen the unedited affidavits. How can they be expected to show prejudice flowing from the improper editing of those affidavits when they have no idea what information was improperly kept from them? Placing an onus on the appellants to demonstrate prejudice from the denial of appropriate access to the affidavits is akin to the now rejected contention that an accused had to show fraud before she could obtain an order directing the opening of the sealed packet. In both cases the accused is placed in the

[TRADUCTION] Il est particulièrement inadéquat d'imposer aux appelants la charge de prouver que l'erreur révélée en l'espèce leur a causé préjudice. Les appelants n'ont pas vu la version non révisée des affidavits. Comment peut-on s'attendre à ce qu'ils démontrent que la révision injustifiée de ces documents leur a été préjudiciable, alors qu'ils n'ont pas la moindre idée des renseignements qui leur ont été cachés de façon illégitime? Faire reposer sur les appelants la charge d'établir qu'en leur refusant un accès suffisant aux affidavits on leur a causé un préjudice revient à dire qu'un accusé doit prouver qu'il y a eu fraude avant d'obtenir une ordonnance visant l'ouver-

untenable position of being denied access to the very material which is crucial to demonstrating either prejudice or fraud. [Emphasis added.]

A similar conclusion was expressed by La Forest J. in respect of Cabinet documents for which Crown privilege was claimed. In *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637, at p. 678, La Forest J. observed:

What troubles me about this approach is that it puts on a plaintiff the burden of proving how the documents, which are admittedly relevant, can be of assistance. How can he do that? He has never seen them; they are confidential and so unavailable. To some extent, then, what the documents contain must be a matter of speculation.

The respondent relies on the following statement of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. O'Connor* (1994), 89 C.C.C. (3d) 109, at pp. 148-49, which was adopted by L'Heureux-Dubé J. in this Court:

... the right of an accused to full disclosure by the Crown is an adjunct of the right to make full answer and defence. It is not itself a constitutionally protected right. What this means is that while the Crown has an obligation to disclose, and the accused has a right to all that which the Crown is obligated to disclose, a simple breach of the accused's right to such disclosure does not, in and of itself, constitute a violation of the Charter such as to entitle a remedy under s. 24(1). This flows from the fact that the non-disclosure of information which ought to have been disclosed because it was relevant, in the sense there was a *reasonable possibility* it could assist the accused in making full answer and defence, will not amount to a violation of the accused's s. 7 right not to be deprived of liberty except in accordance with the principles of fundamental justice unless the accused establishes that the non-disclosure *has probably* prejudiced or had an adverse effect on his or her ability to make full answer and defence.

It is the distinction between the "reasonable possibility" of impairment of the right to make full answer and defence and the "probable" impairment of that right

ture du paquet scellé, prétention qui est maintenant rejetée. Dans les deux cas, l'accusé se trouve dans la position intenable d'avoir à prouver soit le préjudice, soit la fraude, sans avoir accès aux documents mêmes qui lui sont essentiels pour établir cette preuve. [Je souligne.]

Le juge La Forest a formulé une conclusion analogue au sujet de documents du Cabinet à l'égard desquels on invoquait le privilège de la Couronne. Dans *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, à la p. 678, le juge La Forest a fait l'observation suivante:

Ce qui me gêne dans cette façon de voir est qu'elle impose à un demandeur l'obligation de prouver en quoi des documents, reconnus pertinents, peuvent l'aider. Mais comment peut-il s'y prendre? Il ne les a jamais vus; ils sont confidentiels et ne peuvent être consultés. Dans une certaine mesure donc la teneur des documents doit relever de la conjecture.

L'intimée s'appuie sur la déclaration suivante de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. c. O'Connor* (1994), 89 C.C.C. (3d) 109, aux pp. 148 et 149, déclaration qui a été adoptée par le juge L'Heureux-Dubé de notre Cour:

[TRADUCTION] ... le droit de l'accusé à ce que le ministère public lui divulgue tous les détails de la preuve vient s'adjoindre à son droit de présenter une défense pleine et entière. Ce n'est pas en soi un droit protégé sur le plan constitutionnel. Cela signifie que, bien que le ministère public ait l'obligation de divulguer sa preuve et que l'accusé ait droit à tout ce que le ministère public est tenu de divulguer, une simple atteinte au droit de l'accusé à une telle divulgation ne constitue pas en soi une violation de la Charte qui donne droit à une réparation en vertu du par. 24(1). Cela résulte du fait que la non-divulgation de renseignements qui auraient dû être divulgués en raison de leur pertinence, en ce sens qu'ils *pouvaient raisonnablement* aider l'accusé à présenter une défense pleine et entière, n'équivaudra pas à une violation du droit que l'art. 7 garantit à l'accusé de n'être privé de sa liberté qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale à moins que l'accusé n'établisse que la non-divulgation *a probablement* nuit à la possibilité pour lui de présenter une défense pleine et entière ou a eu un effet défavorable sur cette possibilité.

C'est la distinction entre la «possibilité raisonnable» d'atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière et l'atteinte «probable» à ce droit qui fait la dif-

31

32

which marks the difference between a mere breach of the right to relevant disclosure on the one hand and a constitutionally material non-disclosure on the other. [Emphasis in original.]

33 Although a majority of the Court agreed with the conclusion of L'Heureux-Dubé J. that that was not one of those clearest of cases which merits the imposition of the ultimate remedy of a stay, this aspect of the reasons was not adopted by them. At the highest from the respondent's point of view, this point was left open.

34 In *R. v. Antinello* (1995), 97 C.C.C. (3d) 126 (Alta. C.A.), Kerans J.A. had occasion to consider the above-quoted passage from *O'Connor*, *supra*. At pp. 135-36, Kerans J.A. stated:

With respect, that case dealt with the effort of the accused to defend a stay of proceedings ordered at trial. The "constitutional remedy" that court had in mind in this passage was a judicial stay. The passage, then, seems to me to be about when to grant a stay. So understood, it is not about the burden of proof required to prove a Charter breach. This I think is made clearer by a reading of the entire section beginning at p. 133. The court accepted that a stay was appropriate for an abuse of process, and only an abuse of process.

35 In refusing to accede to the submissions of the Crown that the accused was required to prove actual prejudice in making full answer and defence, Kerans J.A. explained, at pp. 134-35:

With respect, an accused need not meet that impossible burden. What he must show on the balance of probabilities is that he lost a realistic *opportunity* to garner evidence, or make decisions about the defence. This court held in *R. v. Chaplin* (1993), 20 C.R.R. (2d) 152, 55 W.A.C. 153, 14 Alta. L.R. (3d) 283 (affirmed 96 C.C.C. (3d) 225, 27 Alta. L.R. (3d) 1, [1994] S.C.J. No. 89), that the accused need show only a "reasonable possibility" of impairment of the right to a full answer and defence. In its affirming reasons, published after argu-

férence entre une simple atteinte au droit à la divulgation des renseignements pertinents d'une part et à la non-divulgation de documents prévue par la Constitution d'autre part. [En italique dans l'original.]

Bien que notre Cour ait, à la majorité, souscrit à la conclusion du juge L'Heureux-Dubé qu'il ne s'agissait pas d'un des cas les plus manifestes justifiant le recours à l'ultime réparation qu'est l'arrêt des procédures, cet aspect des motifs n'a pas été retenu par la majorité. Au mieux, prétend l'intimée, ce point n'a pas été réglé.

Dans *R. c. Antinello* (1995), 97 C.C.C. (3d) 126 (C.A. Alb.), le juge Kerans a eu l'occasion d'examiner le passage cité ci-dessus, tiré de l'arrêt *O'Connor*, précité. Aux pages 135 et 136, le juge Kerans a déclaré ceci:

[TRADUCTION] En toute déférence, cet arrêt avait trait aux efforts déployés par l'accusé afin de justifier un arrêt des procédures ordonné lors du procès. La «réparation constitutionnelle» que le tribunal avait à l'esprit dans ce passage était l'arrêt des procédures. Il me semble donc que ce passage portait sur les cas où l'arrêt des procédures doit être accordé. Interprété de la sorte, il ne concerne pas la charge de la preuve requise pour prouver l'existence d'une violation de la Charte. Je crois que cela ressort plus clairement de la lecture de toute la partie qui commence à la p. 133. Le tribunal a admis que l'arrêt des procédures était une réparation convenable en cas d'abus de procédure, et seulement dans ce cas.

En refusant de se rendre aux arguments du ministère public selon lesquels l'accusé était tenu de prouver l'existence d'un préjudice réel quant à la possibilité de présenter une défense pleine et entière, le juge Kerans a donné les explications suivantes, aux pp. 134 et 135:

[TRADUCTION] En toute déférence, un accusé n'a pas à s'acquitter de cet impossible fardeau. Ce qu'il doit prouver, selon la prépondérance des probabilités, c'est qu'il a perdu une *possibilité* réaliste de recueillir des éléments de preuve ou de prendre des décisions au sujet de sa défense. Notre tribunal a jugé, dans l'arrêt *R. c. Chaplin* (1993), 20 C.R.R. (2d) 152, 55 W.A.C. 153, 14 Alta. L.R. (3d) 283 (confirmé par 96 C.C.C. (3d) 225, 27 Alta. L.R. (3d) 1, [1994] A.C.S. n° 89), que l'accusé n'a seulement qu'à établir une «possibilité raisonnable»

ment in this case, the Supreme Court again approved this test. [Emphasis in original.]

And at pp. 136-37, Kerans J.A. added:

The Crown . . . made the remarkable claim that an accused who alleges a breach of the right to make a full answer and defence as a result of non-disclosure must prove that this Crown failing *probably* deprived him of a fair trial. To take that view would mean that the accused, to enforce his right to disclosure, must first show the very thing of which he complains he stands deprived, knowledge of the full significance of what was not revealed. [Emphasis in original.]

I agree with this analysis of the principles. It is in accord with this Court's decisions to which I have referred and with the principles in *Stinchcombe, supra*. The foundation for the Crown's obligation to produce material which may affect the conduct of the defence is that failure to do so would breach the constitutional right of the accused to make full answer and defence. As summarized in *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, at p. 466, a unanimous decision of this Court:

. . . the Crown has a duty to disclose to the accused all information reasonably capable of affecting the accused's ability to make full answer and defence, and to do so early enough to leave the accused adequate time to take any steps he or she is expected to take that affect or may affect such right. This obligation has constitutional underpinnings deriving from s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. . . .

And, at p. 467:

One measure of the relevance of information in the Crown's hands is its usefulness to the defence: if it is of some use, it is relevant and should be disclosed — *Stinchcombe, supra*, at p. 345. This requires a determination by the reviewing judge that production of the information can reasonably be used by the accused either in meeting the case for the Crown, advancing a

d'atteinte à son droit de présenter une défense pleine et entière. Dans les motifs dans lesquels elle confirmait cette conclusion et qui ont été publiés après la présentation des plaidoiries en l'espèce, la Cour suprême a approuvé de nouveau ce critère. [En italique dans l'original.]

Aux pages 136 et 137, le juge Kerans a ajouté ceci:

[TRADUCTION] Le ministère public [. . .] a proposé l'étonnant argument suivant, savoir que l'accusé qui allègue la violation de son droit de présenter une défense pleine et entière par suite de la non-divulgateion d'éléments de preuve doit prouver que cette omission du ministère public l'a *probablement* privé d'un procès équitable. Accepter ce point de vue équivaudrait à dire que l'accusé, pour faire respecter son droit à la divulgation, doit d'abord démontrer la chose même dont il se plaint d'être privé, c'est-à-dire la connaissance de toute l'importance de ce qui n'a pas été révélé. [En italique dans l'original.]

Je suis d'accord avec cette analyse des principes. Elle est conforme aux arrêts de notre Cour dont j'ai fait état et aux principes énoncés dans *Stinchcombe*, précité. Le fondement de l'obligation du ministère public de produire les documents susceptibles d'avoir un effet sur le déroulement de la défense est que l'omission de le faire porterait atteinte au droit constitutionnel de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Cette obligation a été résumée ainsi dans *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, à la p. 466, arrêt unanime de notre Cour:

. . . le ministère public est tenu de communiquer à l'accusé tous les renseignements qui sont raisonnablement susceptibles d'avoir un effet sur sa capacité d'avoir une défense pleine et entière, et de le faire assez tôt pour laisser à l'accusé suffisamment de temps pour prendre les mesures qu'il est susceptible de prendre et qui ont un effet sur ce droit ou peuvent en avoir un. Cette obligation a des fondements constitutionnels qui découlent de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. . .

De plus, à la p. 467:

Une façon de mesurer la pertinence d'un renseignement dont dispose le ministère public est de déterminer son utilité pour la défense: s'il a une certaine utilité, il est pertinent et devrait être divulgué — *Stinchcombe*, précité, à la p. 345. Le juge qui effectue le contrôle doit déterminer si l'accusé peut raisonnablement utiliser la communication des renseignements pour réfuter la

defence or otherwise in making a decision which may affect the conduct of the defence such as, for example, whether to call evidence.

preuve et les arguments du ministère public, pour présenter un moyen de défense ou autrement pour parvenir à une décision susceptible d'avoir un effet sur le déroulement de la défense comme, par exemple, de présenter ou non une preuve.

37

The right to disclosure of material which meets the *Stinchcombe* threshold is one of the components of the right to make full answer and defence which in turn is a principle of fundamental justice embraced by s. 7 of the *Charter*. Breach of that obligation is a breach of the accused's constitutional rights without the requirement of an additional showing of prejudice. To paraphrase Lamer C.J. in *Tran*, the breach of this principle of fundamental justice is in itself prejudicial. The requirement to show additional prejudice or actual prejudice relates to the remedy to be fashioned pursuant to s. 24(1) of the *Charter*.

Le droit à la communication de documents qui satisfont au critère préliminaire établi dans *Stinchcombe* est l'un des éléments du droit de présenter une défense pleine et entière qui est lui un principe de justice fondamentale visé à l'art. 7 de la *Charte*. Le fait de manquer à cette obligation constitue une atteinte aux droits constitutionnels de l'accusé, sans qu'il soit nécessaire de prouver l'existence d'un préjudice additionnel. Pour paraphraser les propos du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Tran*, la violation de ce principe de justice fondamentale est préjudiciable en soi. L'obligation de prouver un préjudice additionnel ou concret concerne la réparation qui doit être déterminée en application du par. 24(1) de la *Charte*.

38

It is immaterial that the right to disclosure is not explicitly listed as one of the components of the principles of fundamental justice. That is true as well of the right to make full answer and defence and other rights. The components of the right cannot be separated from the right itself. An analogy can be made to the s. 10(b) right to counsel. Although s. 10(b) of the *Charter* makes no mention of the right to be informed of the availability of legal aid (or its equivalent), we have treated this requirement as a component of the s. 10(b) guarantee. As a result, an accused can satisfy the court that he or she was denied his or her s. 10(b) right to counsel as a result of the failure of the police to inform him or her as to the availability of legal aid. There is no further onus imposed on the accused to show that, in addition to the fact that his corollary right to be informed of the availability of legal aid was breached, this resulted in prejudice of such a magnitude that his right to counsel as a whole was also breached.

Il est sans importance que le droit à la communication ne soit pas mentionné expressément comme étant un élément des principes de justice fondamentale. Cela est vrai également à l'égard du droit de présenter une défense pleine et entière et d'autres droits. Les éléments constitutifs d'un droit ne peuvent être séparés du droit lui-même. Il est possible d'établir une analogie avec le droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b). Bien que l'al. 10b) de la *Charte* ne mentionne nullement le droit d'être informé de la disponibilité de services d'aide juridique (ou leur équivalent), nous avons considéré cette exigence comme étant un élément de la garantie prévue à l'al. 10b). Par conséquent, un accusé peut convaincre le tribunal qu'il a été privé du droit à l'assistance d'un avocat que l'al. 10b) lui garantit, en raison de l'omission de la police de l'informer de la disponibilité de services d'aide juridique. L'accusé n'a pas en plus à prouver que, outre le fait qu'on a violé le droit qu'il a, corollairement, d'être informé de la disponibilité de services d'aide juridique, cette violation lui a causé un préjudice d'une ampleur telle que l'ensemble de son droit à l'assistance d'un avocat a été violé.

With respect to those who have taken a different view, requiring prejudice to be shown is a misapplication of this requirement. As stated in *R. v. Stinchcombe (No. 2)* (1994), 149 A.R. 167 (C.A.), at p. 174, aff'd [1995] 1 S.C.R. 754:

Before the remedy such as a judicial stay of proceedings can be granted, the accused must establish on a balance of probabilities that the failure to produce or disclose what he seeks has impaired his right to make a full answer and defence or was so oppressive as to amount to an abuse of process. [Emphasis added.]

It follows from the foregoing that if the material which was destroyed meets the threshold test for disclosure or production, the appellant's *Charter* rights were breached without the requirement of showing additional prejudice. The Court of Appeal accepted the submission that the propriety of the order for production was not in issue by reason of the fact that both the Crown and the complainant consented to the application for production. As between the Centre and the complainant, it was the latter's consent that was required. The high-handed policy adopted by the Centre appears to ignore the fact that the right to confidentiality resides in the complainants and that destruction of records without the consent of the complainants is a violation of that right. Some complainants may wish to waive any right to confidentiality for a variety of reasons including the fact that the records may tend to support the complainant's claim.

In my view, the consent was entirely appropriate in this case. Given the circumstances, it is clear that the file would have been disclosed to the Crown. As material in the possession of the Crown, only the *Stinchcombe* standard would have applied. But even if the somewhat higher *O'Connor* standard relating to production from third parties applied, it was met in this case. Once the material satisfied the relevance test of *O'Connor*, the balancing required in the second stage of the test would have inevitably resulted in an order to produce; confidentiality had been waived and the

Quant à ceux qui ont adopté un point de vue différent, le fait d'exiger la preuve de l'existence d'un préjudice constitue une mauvaise application de cette exigence. Comme il a été dit dans *R. c. Stinchcombe (No. 2)* (1994), 149 A.R. 167 (C.A.), à la p. 174, conf. par [1995] 1 R.C.S. 754:

[TRADUCTION] Avant que la réparation que constitue l'arrêt des procédures puisse être accordée, l'accusé doit établir, selon la prépondérance des probabilités, que l'omission de produire ou de communiquer ce qu'il demande a porté atteinte à son droit de présenter une défense pleine et entière ou s'est avérée une mesure si oppressive qu'elle a constitué un abus de procédure. [Je souligne.]

Il ressort de ce qui précède que, si les documents qui ont été détruits satisfont au critère préliminaire de divulgation ou de production, il y a eu violation des droits garantis à l'appelant par la *Charte*, sans qu'il soit nécessaire de prouver l'existence d'un préjudice additionnel. La Cour d'appel a accepté l'argument que l'opportunité de l'ordonnance de production n'était pas une question en litige, étant donné que le ministère public et la plaignante avaient tous deux consenti à la demande de production. Entre le Centre et la plaignante, c'était le consentement de cette dernière qui était requis. La politique cavalière adoptée par le Centre semble ne pas tenir compte du fait que le droit à la confidentialité appartient aux plaignantes et que la destruction des dossiers sans leur consentement constitue une violation de ce droit. Il est possible que certaines plaignantes renoncent au droit à la confidentialité pour diverses raisons, notamment le fait que les dossiers puissent tendre à étayer la plainte.

À mon avis, le consentement était tout à fait approprié en l'espèce. Vu les circonstances, il est évident que le dossier aurait été divulgué au ministère public. En tant que documents en la possession du ministère public, seule la norme énoncée dans l'arrêt *Stinchcombe* aurait été appliquée. Toutefois, même si la norme un peu plus élevée fixée dans *O'Connor* relativement à la production de documents par des tiers s'appliquait, il y a été satisfait en l'espèce. Dès que les documents auraient satisfait au critère de la pertinence énoncé dans *O'Connor*, la pondération requise à la

39

40

41

complainant and the Crown consented to production.

42 In *O'Connor*, at para. 22, the majority compared the relative thresholds in the following passage:

In the disclosure context, the meaning of “relevance” is expressed in terms of whether the information may be useful to the defence (see *Egger, supra*, at p. 467, and *Chaplin, supra*, at p. 740). In the context of production, the test of relevance should be higher: the presiding judge must be satisfied that there is a reasonable possibility that the information is logically probative to an issue at trial or the competence of a witness to testify. When we speak of relevance to “an issue at trial”, we are referring not only to evidence that may be probative to the material issues in the case (i.e. the unfolding of events) but also to evidence relating to the credibility of witnesses and to the reliability of other evidence in the case. [Emphasis in original.]

43 In this case, the trial judge held that the destroyed notes were likely relevant to an issue in the trial. He stated (at p. 306) that:

The interviews were the subject matter of [the alleged incidents] and the notes taken concerning those incidents. Therefore I find that there is no speculation in coming to the conclusion that the notes of those interviews noted in the documents produced by the Crisis Centre relate to alleged sexual incidents in this trial and, therefore, are relevant and material and would more likely than not tend to assist the accused. The speculation may relate to the details of those notes which we will never know, but that is much different from a finding that the subject matter of the notes is known and is, in fact, material and relevant. [Emphasis added.]

44 The trial judge was certainly entitled to arrive at the conclusion that these notes were relevant and material. The notes were made by the Centre worker at the time of the initial interview of the complainant. On the evidence of the Centre

deuxième étape de ce critère aurait inévitablement entraîné une ordonnance de production; il y avait eu renonciation à la confidentialité, et la plaignante ainsi que le ministère public avaient consenti à la production.

Dans *O'Connor*, au par. 22, les juges de la majorité ont comparé les divers critères dans le passage suivant:

Dans le contexte de la divulgation, la «pertinence» est fonction de l'utilité que les renseignements peuvent avoir pour la défense (voir *Egger*, précité, à la p. 467, et *Chaplin*, précité, à la p. 740). Dans le contexte de la production, le critère de la pertinence devrait être plus élevé: le juge présidant le procès doit être convaincu qu'il existe une possibilité raisonnable que les renseignements aient une valeur logiquement probante relativement à une question en litige ou à l'habilité à témoigner d'un témoin. Lorsque nous parlons de pertinence par rapport à «une question en litige», nous faisons allusion non seulement à la preuve qui peut avoir une valeur probante relativement aux questions substantielles (c'est-à-dire le déroulement des événements), mais également à la preuve concernant la crédibilité des témoins et la fiabilité des autres éléments de preuve présentés dans l'affaire. [Souligné dans l'original.]

En l'espèce, le juge du procès a conclu que les notes détruites étaient probablement pertinentes à l'égard de la question en litige. Il a déclaré ceci (à la p. 306):

[TRADUCTION] Les entretiens avaient pour objet les [incidents allégués] et les notes prises concernaient ces incidents. J'estime donc qu'il n'est pas conjectural d'arriver à la conclusion que les notes des entretiens dont il est fait état dans les documents produits par le Centre se rapportent aux infractions sexuelles alléguées dans le cadre du présent procès et que, par conséquent, elles sont pertinentes et substantielles et tendraient probablement à aider l'accusé. S'il y a une conjecture, c'est sur le détail de ces notes que nous ne connaissons jamais, mais cela est bien différent du fait de conclure que le sujet des notes est connu et est, de fait, substantiel et pertinent. [Je souligne.]

Le juge du procès avait certainement le droit de conclure que ces notes étaient pertinentes et substantielles. Elles ont été prises par la travailleuse sociale du Centre, au cours de l'entretien initial avec la plaignante. Selon le témoignage de la tra-

worker, the notes related to the very subject of the trial, the alleged sexual incidents. On that basis, it was open to the trial judge to conclude that the notes were likely relevant, in that they might have been able to shed light on the “unfolding of events”, or might have contained information bearing on the complainant’s credibility. The notes related to the complainant’s initial disclosure of the alleged incidents to the worker at the Centre; as such, they apparently constituted the first written record of the allegations. That interview lasted for about 1 3/4 hours. Had the notes contained inconsistencies upon which the complainant could be cross-examined, the possibility existed that the notes would have affected the outcome of the case in a manner favourable to the appellant.

In my view, it is clear that the appellant could have made use of the information in the notes even though it is difficult to specify the precise manner in which the information could have been used without knowing the contents of the notes. The classic use of such evidence is, of course, to cross-examine the witness on inconsistent statements. Although in this case the complainant could not have been cross-examined on the notes themselves as the notes were not statements of the complainant, they could have afforded a foundation for cross-examination. If the notes indicated an inconsistency with evidence in the witness box, the witness could have been confronted with this inconsistency, and if denied, the statement could have been proved by calling the note-taker.

In addition, the notes could have assisted the defence in the preparation of cross-examination questions. They may have revealed the state of the complainant’s perception and memory. They might have revealed that some of the complainant’s statements resulted from suggestions made by the interviewer. They could have pointed the appellant in the direction of other witnesses. The notes may have demonstrated, in addition to the

vailleuse sociale du Centre, les notes portaient sur l’objet même du procès, c’est-à-dire les infractions sexuelles alléguées. Pour ce motif, il était loisible au juge du procès de conclure que les notes étaient probablement pertinentes, en ce sens qu’elles auraient pu faire la lumière sur le [TRADUCTION] «déroulement des événements» ou auraient pu contenir des renseignements ayant trait à la crédibilité de la plaignante. Les notes concernaient la divulgation initiale par la plaignante des incidents allégués à la travailleuse sociale du Centre; de ce fait, elles constituaient apparemment la première consignation par écrit des allégations. Cet entretien a duré environ 1 heure 3/4. Si les notes contenaient des contradictions au sujet desquelles la plaignante aurait pu être contre-interrogée, il aurait été possible qu’elles influent sur l’issue de l’affaire d’une manière favorable à l’appellant.

À mon avis, il est clair que l’appellant aurait pu utiliser les renseignements figurant dans les notes, même s’il est difficile d’indiquer de quelle façon précise ils auraient pu l’être, sans connaître le contenu des notes. La façon classique d’utiliser de tels éléments de preuve est évidemment de s’en servir pour contre-interroger le témoin à l’égard de déclarations contradictoires. Même si, en l’espèce, la plaignante n’aurait pas pu être contre-interrogée sur les notes elles-mêmes, puisque celles-ci ne constituaient pas des déclarations de la plaignante, les notes auraient pu servir de fondement au contre-interrogatoire. Si les notes avaient révélé une contradiction avec la déposition faite à la barre des témoins, le témoin aurait pu être confronté à cette contradiction et, s’il avait nié, la déclaration aurait pu être prouvée en appelant à la barre la personne qui avait pris les notes.

De plus, les notes auraient pu aider la défense à préparer les questions du contre-interrogatoire. Elles auraient pu révéler l’état de la perception et de la mémoire de la plaignante. Elles auraient pu révéler que certaines déclarations de la plaignante résultaient de suggestions faites par l’intervieweuse. Elles auraient pu suggérer à l’appellant d’autres témoins. Conjuguées au reste de la preuve divulguée à l’accusé, les notes auraient pu lui indi-

45

46

rest of the evidence disclosed to the accused, that he would not have had to testify at the trial, or that he would have had to mount a defence.

47

I conclude from the foregoing that there was abundant evidence before the trial judge to enable him to conclude that there was a reasonable possibility that the information contained in the notes that were destroyed was logically probative to an issue at the trial as to the credibility of the complainant. This information, therefore, would have satisfied the test for disclosure established in *Stinchcombe* but as well the higher test in *O'Connor*. The destruction of this material and its consequent non-disclosure resulted in a breach of the appellant's constitutional right to full answer and defence.

Is a Stay Appropriate?

48

The trial judge found that a stay of proceedings was the appropriate remedy in the circumstances of this case. Section 24(1) of the *Charter* confers upon the court a discretionary power to provide "such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances". See *R. v. Simpson*, [1995] 1 S.C.R. 449. The appropriate standard of review of the exercise of a discretionary power was addressed by Gonthier J. in *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367, at p. 1375. Speaking for the Court, Gonthier J. stated:

The principles enunciated in the *Harper* case [[1980] 1 S.C.R. 2] indicate that an appellate court will be justified in intervening in a trial judge's exercise of his discretion only if the trial judge misdirects himself or if his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice. In my opinion, neither of these two circumstances are present in this case.

This Court has affirmed on a number of occasions that the standards of deference applicable in reviewing the decisions of trial judges generally apply equally to the remedial provisions of s. 24.

quer qu'il n'aurait pas à témoigner au procès ou qu'il aurait à préparer une défense.

Je conclus de ce qui précède que le juge du procès disposait d'une abondante preuve lui permettant de conclure qu'il y avait une possibilité raisonnable que les renseignements contenus dans les notes qui avaient été détruites aient logiquement une valeur probante relativement à une question en litige en ce qui concerne la crédibilité de la plaignante. Par conséquent, ces renseignements auraient satisfait au critère de divulgation établi dans *Stinchcombe*, ainsi qu'au critère plus élevé énoncé dans *O'Connor*. La destruction de ces documents et, de ce fait, leur non-communication ont entraîné la violation du droit constitutionnel de l'appelant de présenter une défense pleine et entière.

L'arrêt des procédures est-il la réparation convenable?

Le juge du procès a conclu que l'arrêt des procédures était la réparation convenable dans les circonstances du présent cas. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* confère aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire d'accorder «la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances». Voir *R. c. Simpson*, [1995] 1 R.C.S. 449. La norme de contrôle appropriée applicable à l'égard de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire a été examinée par le juge Gonthier dans *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367, à la p. 1375. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Gonthier a dit ceci:

Les principes énoncés dans l'arrêt *Harper* [[1980] 1 R.C.S. 2] indiquent qu'une cour d'appel ne sera justifiée d'intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance que si celui-ci s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou si sa décision est erronée au point de créer une injustice. À mon avis, ni l'une ni l'autre de ces circonstances n'existe en l'espèce.

Notre Cour a déclaré, à un certain nombre de reprises, que les normes de retenue applicables en cas de contrôle judiciaire des décisions rendues de façon générale par les juges présidant les procès

See *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755, at p. 783; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297.

In *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pp. 76-77, La Forest J. cited with approval the following passage from *Charles Osenton & Co. v. Johnston*, [1942] A.C. 130, at p. 138:

The law as to the reversal by a court of appeal of an order made by the judge below in the exercise of his discretion is well-established, and any difficulty that arises is due only to the application of well-settled principles in an individual case. The appellate tribunal is not at liberty merely to substitute its own exercise of discretion for the discretion already exercised by the judge. In other words, appellate authorities ought not to reverse the order merely because they would themselves have exercised the original discretion, had it attached to them, in a different way. But if the appellate tribunal reaches the clear conclusion that there has been a wrongful exercise of discretion in that no weight, or no sufficient weight, has been given to relevant considerations such as those urged before us by the appellant, then the reversal of the order on appeal may be justified.

These principles were reaffirmed by this Court in *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394, at pp. 404-5.

It is only after reaching the conclusion that the discretion has not been exercised in accordance with these principles that an appellate court is entitled to exercise a discretion of its own. See *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110.

The Court of Appeal was of the view that the trial judge erred in finding that the appellant's right to make full answer was breached. This was the basis for the intervention by the Court of Appeal in reversing the exercise by the trial judge of his discretion under s. 24(1). I have concluded

s'appliquent également aux réparations accordées en vertu de l'art. 24. Voir les arrêts *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755, à la p. 783; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297.

Dans *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, aux pp. 76 et 77, le juge La Forest a cité, en l'approuvant, le passage suivant tiré de la p. 138 de l'arrêt *Charles Osenton & Co. c. Johnston*, [1942] A.C. 130:

[TRADUCTION] La règle relative à l'annulation par une cour d'appel d'une ordonnance rendue par un juge d'une instance inférieure dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire est bien établie, et tous les problèmes qui se présentent résultent seulement de l'application de principes déterminés à un cas particulier. Le tribunal d'appel n'a pas la liberté de simplement substituer l'exercice de son propre pouvoir discrétionnaire à celui déjà exercé par le juge. En d'autres termes, les juridictions d'appel ne devraient pas annuler une ordonnance pour la simple raison qu'elles auraient exercé le pouvoir discrétionnaire original, s'il leur avait appartenu, d'une manière différente. Toutefois, si le tribunal d'appel conclut que le pouvoir discrétionnaire a été exercé de façon erronée, parce qu'on n'a pas accordé suffisamment d'importance, ou qu'on en n'a pas accordé du tout, à des considérations pertinentes comme celles que l'appelante a fait valoir devant nous, il est alors possible de justifier l'annulation de l'ordonnance.

Ces principes ont été réaffirmés par notre Cour dans *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394, aux pp. 404 et 405.

Ce n'est qu'après avoir conclu que le pouvoir discrétionnaire n'a pas été exercé conformément à ces principes qu'une cour d'appel a le droit d'exercer son propre pouvoir discrétionnaire. Voir *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110.

La Cour d'appel était d'avis que le juge du procès avait fait erreur en concluant que le droit de l'appellant de présenter une défense pleine et entière avait été violé. C'est sur ce motif que la Cour d'appel s'est fondée pour infirmer la décision prise par le juge du procès dans l'exercice de son

that the Court of Appeal erred in this regard and that therefore this is not a valid reason for review of the trial judge's decision. Moreover, I am of the view that the trial judge did not misdirect himself nor is his decision clearly wrong. Indeed, I am of the view that he reached the right result.

52 A judicial stay of proceedings has been recognized as being an extraordinary remedy that should only be granted in the "clearest of cases". In her reasons in *O'Connor*, L'Heureux-Dubé J. stated (at para. 82) that:

It must always be remembered that a stay of proceedings is only appropriate "in the clearest of cases", where the prejudice to the accused's right to make full answer and defence cannot be remedied or where irreparable prejudice would be caused to the integrity of the judicial system if the prosecution were continued.

53 The trial judge, in determining that a stay of proceedings was an appropriate remedy in the circumstances of this case, instructed himself in accordance with the standard in *Young, supra*, that the power to grant a stay is one that should only be exercised in the clearest of cases. That is the standard adopted by this Court. He further noted that credibility was a major issue in the case, and that as a result, the destruction of the documents was very significant. The trial judge stated (at pp. 308-9) that:

Here the alleged incidents with which the accused is confronted occurred some 30 years ago and I find that the accused has been seriously prejudiced, being deprived of his basic right of the opportunity to cross-examine the complainant on previous statements made by her as to the very incidents of sexual misconduct between her and the accused which are the subject matter of the indictment. That deprivation was caused by the deliberate actions of employees of the Sexual Assault Crisis Centre in destroying the complainant's file without her consent, solely for the purpose of presenting [*sic*] the opportunity for cross-examination by the accused in this trial and which would more than

pouvoir discrétionnaire en vertu du par. 24(1). J'ai conclu que la Cour d'appel a commis une erreur à cet égard et que, par conséquent, cela ne constitue pas un motif valable de révision de la décision du juge du procès. En outre, je suis d'avis que le juge du procès ne s'est pas donné de mauvaises directives et que sa décision n'est pas manifestement erronée. De fait, je suis d'avis qu'il est parvenu au bon résultat.

Il a été reconnu que l'arrêt des procédures constitue une réparation exceptionnelle, qui ne devrait être accordée que dans les «cas les plus manifestes». Dans les motifs qu'elle a exposés dans *O'Connor*, le juge L'Heureux-Dubé a affirmé ceci (au par. 82):

Il faut toujours se rappeler que l'arrêt des procédures est approprié uniquement «dans les cas les plus manifestes» lorsqu'il serait impossible de remédier au préjudice causé au droit de l'accusé à une défense pleine et entière ou lorsque la continuation de la poursuite causerait à l'intégrité du système judiciaire un préjudice irréparable.

Pour déterminer que l'arrêt des procédures constituait une réparation convenable dans les circonstances de l'espèce, le juge du procès s'est rappelé, conformément à la norme établie dans l'arrêt *Young*, précité, que le pouvoir d'accorder l'arrêt des procédures ne devrait être exercé que dans les cas les plus manifestes. C'est la norme adoptée par notre Cour. Il a également fait remarquer que la crédibilité était une question primordiale en l'espèce et que, par conséquent, la destruction des documents était très importante. Le juge du procès a déclaré aux pp. 308 et 309:

[TRADUCTION] En l'espèce, les incidents reprochés à l'accusé sont survenus il y a environ 30 ans et je conclus qu'il a subi un préjudice grave, car il a été privé de son droit fondamental d'avoir la possibilité de contre-interroger la plaignante sur des déclarations antérieures au sujet des actes mêmes d'inconduite sexuelle qui se sont produits entre elle et l'accusé et qui font l'objet de l'acte d'accusation. Cette privation a résulté des gestes délibérés d'employés du Centre aux victimes d'agression sexuelle qui ont détruit le dossier de la plaignante sans son consentement, dans le seul but d'empêcher l'accusé de procéder à un contre-interrogatoire dans le présent procès, dossier qui aurait probablement aidé l'accusé

likely have assisted the accused in his defence. The accused has had his ability to make full answer and defence substantially impaired by the destruction of the complainant's file and, therefore, I find that his rights have been infringed under ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and it would be unfair to allow the prosecution to proceed where the accused has been deprived of that opportunity to cross-examine the complainant on statements previously made when substantially the whole of the Crown's case is based on the credibility of the complainant. [Emphasis added.]

In addition to the factors mentioned by the trial judge in considering the propriety of a stay of proceedings, there are other factors in this case which, in my view, merit consideration. As noted above, the notes taken by the Centre worker represented the first detailed account of the alleged incidents. The notes constituted the only written record of the alleged incidents which were not created as a result of an investigation. The only other statements by the complainant were to the police and at the preliminary inquiry. The social worker Romanello had no recollection whatever of what was said to her. As for the complainant, even if she could recall she would not likely admit that what was said was inconsistent with her present testimony. As a result, any possibility of contradiction of the complainant by reference to her previous account was destroyed.

An additional important factor is the absence of any alternative remedy that would cure the prejudice to the ability of the accused to make full answer and defence. No alternative remedy was suggested by the Court of Appeal. This is one of the two factors mentioned by L'Heureux-Dubé J. in the portion of her reasons to which I have referred. The other factor is irreparable prejudice to the integrity of the judicial system if the prosecution were continued.

These two factors are alternatives. The presence of either one justifies the exercise of discretion in favour of a stay. The presence of the first factor cannot be denied. With respect to the second, in my opinion, the complete absence of any remedy

dans sa défense. L'accusé a vu sa capacité de présenter une défense pleine et entière être substantiellement compromise par la destruction du dossier de la plaignante, et, en conséquence, je conclus qu'il y a eu violation des droits que lui garantissent l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*, et qu'il serait injuste de permettre à la poursuite de suivre son cours dans un cas où l'accusé a été privé de la possibilité de contre-interroger la plaignante sur des déclarations faites antérieurement et où l'ensemble du dossier du ministère public repose substantiellement sur la crédibilité de la plaignante. [Je souligne.]

En plus des facteurs mentionnés par le juge du procès dans l'examen de l'opportunité d'accorder l'arrêt des procédures, il y a en l'espèce d'autres facteurs qui, à mon avis, méritent d'être pris en considération. Comme il a été mentionné plus tôt, les notes prises par la travailleuse sociale du Centre représentaient le premier récit détaillé des incidents allégués. Les notes constituaient l'unique compte rendu écrit des incidents allégués qui ne découlait pas d'une enquête. Les seules autres déclarations émanant de la plaignante étaient celles faites à la police et celles faites à l'enquête préliminaire. La travailleuse sociale Romanello ne se souvenait pas du tout de ce qu'on lui avait dit. Pour ce qui est de la plaignante, même si elle pouvait s'en rappeler, il est improbable qu'elle admettrait que ce qui s'est dit est incompatible avec son témoignage actuel. En conséquence, toute possibilité de contredire la plaignante en la confrontant avec son récit antérieur a été éliminée.

Un autre facteur important est l'absence de toute autre réparation qui corrigerait le préjudice causé à la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. La Cour d'appel n'a proposé aucune autre réparation. Il s'agit de l'un des deux facteurs mentionnés par le juge L'Heureux-Dubé dans la partie de ses motifs dont j'ai fait l'état. L'autre facteur est le préjudice irréparable causé à l'intégrité du système judiciaire si la poursuite suivait son cours.

Ces deux facteurs sont des alternatives. La présence de l'un ou de l'autre justifie l'exercice du pouvoir discrétionnaire pour accorder l'arrêt des procédures. Il est impossible de nier la présence du premier facteur. Quant au second, je suis d'avis

54

55

56

to redress or mitigate the consequences of a deliberate destruction of material in order to deprive the court and the accused of relevant evidence would damage the image of the administration of justice. In this regard, the Court can take into account that the destruction of documents was carried out by an agency that not only receives public money but whose activities are scrutinized by the provincial government. The agency is required to develop a close liaison with justice agencies and secure material under its control which is not to be disclosed except where required by law. The justice system functions best and instils public confidence in its decisions when its processes are able to make available all relevant evidence which is not excluded by some overriding public policy. Confidence in the system would be undermined if the administration of justice condoned conduct designed to defeat the processes of the court. The agency made a decision to obstruct the course of justice by systematically destroying evidence which the practices of the court might require to be produced. This decision is not one for the agency to make. Under our system, which is governed by the rule of law, decisions as to which evidence is to be produced or admitted is for the courts. It is this feature of the appeal in particular that distinguishes this case from lost evidence cases generally.

57 I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the judgment at trial staying the proceedings.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

58 L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — This appeal puts into question the limitations of the criminal justice system.

59 The criminal justice system, being very much a human enterprise, possesses both the strengths and

que l'absence totale de toute réparation visant à corriger ou à atténuer les conséquences de la destruction délibérée de documents dans le but de priver le tribunal et l'accusé d'éléments de preuve pertinents ternirait l'image de l'administration de la justice. À cet égard, la Cour peut tenir compte du fait que la destruction des documents a été effectuée par un organisme qui non seulement reçoit des fonds publics mais dont les activités sont contrôlées par le gouvernement provincial. Cet organisme est tenu d'établir des liens étroits avec des organismes du domaine de la justice et de protéger la sécurité des documents qui sont sous son contrôle et qui ne doivent pas être divulgués sauf lorsque la loi l'exige. Le système de justice fonctionne le mieux et ses décisions inspirent confiance au public lorsque ses mécanismes permettent de rendre disponibles tous les éléments de preuve pertinents qui ne sont pas par ailleurs exclus en raison d'une politique d'intérêt public prépondérante. La confiance dans le système serait minée si l'administration de la justice excusait les comportements visant à contrecarrer les procédures des tribunaux. L'organisme a pris la décision d'entraver le cours de la justice en détruisant systématiquement des éléments de preuve dont la production pourrait être requise en raison des pratiques des tribunaux. Ce n'est pas une décision qui relève de l'organisme. Dans notre système, qui est régi par la primauté du droit, c'est aux tribunaux qu'il appartient de décider quels sont les éléments de preuve qui doivent être produits ou admis. C'est cet aspect particulier du présent pourvoi qui distingue le présent cas des affaires d'éléments de preuve perdus en général.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir la décision rendue au procès et ordonnant l'arrêt des procédures.

Les motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Cet appel nous oblige à examiner certaines des limites du système de justice pénale.

Le système de justice pénale, entreprise humaine s'il en est une, possède à la fois les qua-

frailties of humanity. Lacking a flawless method for uncovering the truth, or a crystal ball which can magically recreate events, the court attempts to determine an accused's guilt or innocence based on the evidence before it. This search for justice does not operate perfectly, and in every trial there is likely to be some evidence bearing upon the case which does not appear before the trier of fact. Still, society expects courts of law to ascertain that person's guilt or innocence by way of a trial, and, subject to the uncertainties inherent in any human enterprise, to render a verdict that is true and just. It is a crucial role which should not be abdicated except in the most extreme cases.

In this case, a third party has destroyed documents which the appellant alleges are crucial to his defence, and which he cannot proceed without. He maintains that, as a result of such destruction, his rights under ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* have been violated. The issue to be addressed in this case, therefore, is in what circumstances a court should intervene to halt a prosecution because of the actions of a third party which lead to materials being unavailable at trial.

My colleague has recounted the facts and judgments below and I need not repeat them in detail. In a nutshell, the third party in this case, the Sexual Assault Crisis Centre (the "Centre"), as a matter of policy, decided to destroy notes taken from sexual assault complainants in order to prevent their divulgence to anyone, including the courts, in an effort to guarantee their confidentiality. There is not one iota of evidence suggesting that such destruction was instigated by the Crown in any way.

After the preliminary inquiry, at which the complainant testified and was extensively cross-

lités et les défauts de ce qui est humain. Comme les tribunaux ne possèdent pas de méthode infaillible pour découvrir la vérité ou encore de boule de cristal leur permettant par magie de recréer les événements, ils s'efforcent de déterminer la culpabilité ou l'innocence d'un accusé en se fondant sur les éléments de preuve dont ils disposent. Cette recherche en vue de rendre justice n'est pas parfaite. Dans chaque procès, il est probable que des éléments de preuve pertinents ne soient pas portés à la connaissance du juge des faits. La société s'attend pourtant à ce que les cours de justice s'assurent de la culpabilité ou de l'innocence de cette personne au moyen d'un procès, et, sous réserve des incertitudes inhérentes à toute activité humaine, qu'elles prononcent un verdict juste et équitable. C'est un rôle crucial, qui ne saurait être abdicé que dans les cas les plus extrêmes.

Dans l'instance qui nous est soumise, une tierce partie a détruit des documents qui, de prétendre l'appelant, sont cruciaux pour sa défense et sans lesquels il ne peut se défendre. Ce dernier soutient que la destruction de ces documents a porté atteinte aux droits que lui garantissent l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En l'espèce, la question qui se pose est donc de déterminer dans quelles circonstances un tribunal devrait intervenir pour ordonner l'arrêt des procédures en raison des actes accomplis par un tiers qui ont fait que des documents n'étaient pas disponibles au procès.

Mon collègue a rappelé les faits et résumé les jugements rendus en l'instance, ce qui me dispense d'en reprendre le détail. En résumé, un tiers, le Centre d'aide aux victimes d'agression sexuelle (le «Centre»), a adopté, comme politique, de détruire les notes prises au cours des entretiens avec les personnes qui se plaignent d'avoir été victimes d'agression sexuelle, afin d'empêcher que ces notes ne soient divulguées à quiconque, y compris les tribunaux, dans le but de garantir leur confidentialité. Il n'y a aucun iota de preuve tendant à indiquer que le ministère public soit de quelque façon à l'origine de cette destruction.

Au terme de l'enquête préliminaire, au cours de laquelle la plaignante a témoigné et a été longue-

60

61

62

examined, the appellant was ordered to stand trial. Prior to trial, counsel for the appellant made a successful motion for production of the Centre's file on the complainant. When the file was produced, however, it became apparent that most of the material contained therein had been removed. A *voir dire* was held which indicated that notes of the complainant's interview with the counsellors at the Centre had been destroyed, and it was not possible to ascertain their content. By consent, the case to meet was tendered in evidence by the Crown, including the notes and written transcript of the complainant's interview with the police and other evidence including the complainant's testimony at the preliminary inquiry. Based upon this material, the trial judge ruled that the missing notes were relevant and that their unavailability rendered the trial unfair. For those reasons, he ordered a stay of proceedings: (1994), 35 C.R. (4th) 301. The Court of Appeal reversed this finding and ordered the continuation of the trial: (1995), 26 O.R. (3d) 209. This appeal comes to this Court as of right.

ment contre-interrogée, l'appelant a été cité à son procès. Préalablement au procès, l'avocat de l'appelant a présenté avec succès une requête sollicitant la production du dossier du Centre concernant la plaignante. Toutefois, lorsque ce dossier a été produit, il est devenu évident que la plupart des documents qu'il contenait en avaient été retirés. Un voir-dire a permis de découvrir que des notes prises lors des entretiens de la plaignante avec des conseillères du Centre avaient été détruites, et qu'il n'était pas possible d'en déterminer le contenu. De consentement, le ministère public a produit l'ensemble de sa preuve, y compris les notes et la transcription écrite de l'entretien entre la plaignante et la police, et d'autres éléments de preuve, dont le témoignage de la plaignante à l'enquête préliminaire. Se fondant sur ces documents, le juge du procès a statué que les notes manquantes étaient pertinentes et que leur indisponibilité rendait le procès inéquitable. Pour ces motifs, il a ordonné l'arrêt des procédures: (1994), 35 C.R. (4th) 301. La Cour d'appel a infirmé cette décision et ordonné la poursuite du procès: (1995), 26 O.R. (3d) 209. Notre Cour est saisie du présent pourvoi de plein droit.

63

My colleague has concluded that the stay was in fact the proper result. Essentially, he treats this case as analogous to one of non-disclosure by the Crown. In his view, the destroyed material was relevant, and in not being available for production, the accused's right to make full answer and defence was impaired. As he puts it (at paras. 37 and 40):

The right to disclosure of material which meets the *Stinchcombe* threshold is one of the components of the right to make full answer and defence which in turn is a principle of fundamental justice embraced by s. 7 of the *Charter*. Breach of that obligation is a breach of the accused's constitutional rights without the requirement of an additional showing of prejudice.

It follows from the foregoing that if the material which was destroyed meets the threshold test for disclosure or production, the appellant's *Charter* rights were

Mon collègue a conclu que l'arrêt des procédures était effectivement le résultat approprié. Essentiellement, il traite cette affaire comme si elle était analogue à une affaire de non-divulgaration par le ministère public. Les documents détruits étaient, selon lui, pertinents et, n'étant pas disponibles, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière a été enfreint (aux par. 37 et 40):

Le droit à la communication de documents qui satisfait au critère préliminaire établi dans *Stinchcombe* est l'un des éléments du droit de présenter une défense pleine et entière qui est lui un principe de justice fondamentale visé à l'art. 7 de la *Charte*. Le fait de manquer à cette obligation constitue une atteinte aux droits constitutionnels de l'accusé, sans qu'il soit nécessaire de prouver l'existence d'un préjudice additionnel.

Il ressort de ce qui précède que, si les documents qui ont été détruits satisfont au critère préliminaire de divulgation ou de production, il y a eu violation des droits

breached without the requirement of showing additional prejudice.

With regard to the proper remedy, Sopinka J. concludes that the only possible way to repair the loss is to enter a stay of proceedings. In his view, this is one of the “clearest of cases” requiring a stay. He agrees with the trial judge that the documents were extremely significant to the case and concludes that their destruction irreparably prejudiced the appellant. In the alternative, he would institute a stay because there is no way of repairing the harm done to the appellant’s rights. As the notes had been destroyed, no other remedy could rectify the situation.

I disagree with the result reached by my colleague and would dismiss the appeal. I also take a very different approach to the issues raised. For this reason, it seems appropriate at this point to clarify a few matters, in light of the assertions about this case made by Sopinka J.

First, in my view, this case has absolutely nothing to do with disclosure. While Sopinka J. speaks at great length of the “right to disclosure” and the obligation which rests to disclose, I feel constrained to point out that disclosure is a concept which is binding solely upon the Crown, and not upon the public at large. As Sopinka J. himself stated in *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at para. 21:

This Court has clearly established that the Crown is under a general duty to disclose all information, whether inculpatory or exculpatory, except evidence that is beyond the control of the prosecution, clearly irrelevant, or privileged. [First emphasis in original; second emphasis added.]

See also: *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469; *R. v. Stinchcombe (No. 2)* (1994), 149 A.R. 167 (C.A.), aff’d [1995] 1 S.C.R. 754. This duty to disclose does not extend to third

garantis à l’appelant par la *Charte*, sans qu’il soit nécessaire de prouver l’existence d’un préjudice additionnel.

En ce qui concerne la réparation appropriée, le juge Sopinka conclut que la seule façon possible de remédier à cette perte est de prononcer l’arrêt des procédures. À son avis, la présente affaire est l’un des «cas les plus manifestes» exigeant l’arrêt des procédures. Il est d’accord avec le juge du procès pour dire que les documents étaient extrêmement importants en l’instance et il conclut que leur destruction a causé un préjudice irréparable à l’appelant. Subsidiairement, il ordonnerait l’arrêt des procédures parce qu’il n’existe pas d’autre moyen de réparer le préjudice causé aux droits de l’appelant. Comme les notes avaient été détruites, aucune autre réparation ne pouvait rectifier la situation.

Je ne suis pas d’accord avec le résultat auquel arrive mon collègue, et je rejetterais le pourvoi. De plus, j’aborde de façon très différente les questions qui se posent. Pour cette raison, il semble approprié, à ce moment-ci, de clarifier certains points, compte tenu des affirmations que fait le juge Sopinka relativement à la présente affaire.

Premièrement, à mon avis, la présente affaire n’a absolument rien à voir avec la question de la divulgation. Bien que le juge Sopinka parle longuement du «droit à la divulgation» et de l’obligation qui l’accompagne, je me sens forcée de signaler que la divulgation est une notion qui lie seulement le ministère public et non le public en général. Comme l’écrit le juge Sopinka lui-même dans *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, au par. 21:

Notre Cour a clairement établi que le ministère public a l’obligation générale de divulguer tous renseignements, inculpataires ou disculpatoires, sauf s’il s’agit d’une preuve qui échappe au contrôle de la poursuite, qui est manifestement sans pertinence ou qui fait l’objet d’un privilège. [Premier soulignement dans l’original; deuxième soulignement ajouté.]

Voir également: *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469; *R. c. Stinchcombe (No. 2)* (1994), 149 A.R. 167 (C.A.), conf. par [1995] 1 R.C.S. 754. Cette obligation de divulguer

64

65

66

parties. Nor does it impose an obligation upon the Crown to comb the world for information which might be of possible relevance to the defence. I agree with Professor Gilmour, "Counselling Records: Disclosure in Sexual Assault Cases" in J. Cameron, ed., *The Charter's Impact on the Criminal Justice System* (1996), 239, at p. 243, that it is unwise to treat situations where material is in the hands of third parties as automatically engaging *Stinchcombe*, as this "can lead one to misperceive or oversimplify the issues . . . [and] assume a unity in obligations and responsibilities between the Crown and the complainant that is simply not an accurate description, either factually or analytically".

ne s'étend pas aux tiers. Elle ne contraint pas non plus le ministère public à ratisser le monde à la recherche de renseignements qui pourraient être pertinents pour la défense. Je suis d'accord avec les propos du professeur Gilmour dans «Counselling Records: Disclosure in Sexual Assault Cases», dans J. Cameron, dir., *The Charter's Impact on the Criminal Justice System* (1996), 239, à la p. 243, qu'il est imprudent de considérer que l'arrêt *Stinchcombe* s'applique automatiquement dans les cas où des documents sont en la possession de tiers, car cela [TRADUCTION] «pourrait avoir pour effet d'entraîner une mauvaise perception ou une simplification excessive des questions en jeu . . . [et] de supposer l'existence d'une unité d'obligations et de responsabilités entre le ministère public et l'auteur de la plainte, supposition qui ne constitue tout simplement pas une description exacte de la situation, ni dans les faits ni sur le plan analytique».

67 It is crucial to recall, therefore, that in the case at bar, the Centre is a third party, a party which has no obligation to preserve evidence for prosecutions or otherwise. Its policy decisions are for itself to determine and not for the Crown, the accused or the courts to interfere with, so long as it acts within the confines of the law. In this case, when the notes were destroyed, the Centre had not received any subpoena or court order to produce such notes. Whether its policy of destruction was appropriate is not for us to decide.

Il est donc crucial de rappeler qu'en l'espèce, le Centre est un tiers, une partie qui n'a aucune obligation de conserver des éléments de preuve en vue de poursuites éventuelles ou pour d'autres raisons. C'est le Centre lui-même qui établit ses politiques et il n'appartient ni au ministère public, ni à l'accusé, ni aux tribunaux de s'en mêler, tant que ces politiques respectent les limites prévues par la loi. Dans le présent cas, lorsque les notes ont été détruites le Centre n'avait reçu ni subpoena ni ordonnance judiciaire lui intimant de les produire et ce n'est pas à nous de décider si sa politique de destruction des notes était appropriée ou non.

68 In addition, this case should not be confused with what was at issue in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, although that case is useful in sorting out some of the interests at stake here. Still, this is not, strictly speaking, a case about the production of records. In *O'Connor*, this Court sets out a procedure which had to be met before a third party could be compelled to produce private therapeutic records. It was not necessary to deal with the issue that is before the Court here, specifically: what will happen when the material is no longer available to be produced. In this case, the Centre, to the extent it was able, complied with the order to pro-

De plus, il ne faudrait pas confondre la présente affaire avec la question en litige dans *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, bien que cet arrêt soit utile pour éclaircir certains des intérêts en jeu en l'espèce. Néanmoins, le présent cas n'est pas, à strictement parler, une affaire de production de dossiers. Dans *O'Connor*, notre Cour a énoncé la procédure à respecter pour qu'un tiers puisse être contraint de produire des dossiers thérapeutiques privés. Il n'était pas nécessaire d'examiner la question dont la Cour est ici saisie, soit qu'arrive-t-il lorsque des documents ne peuvent être produits parce qu'ils ne sont plus disponibles? Dans le pré-

duce. The complaint of the appellant is with regard to what happened prior to the issuance of the order, specifically, the destruction of the documents.

At first glance, in the absence of a disclosure violation, the appellant's allegation strictly concerns the actions of the Centre and there would appear to be no government action which would trigger the *Charter's* application: *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229. Nevertheless, in *O'Connor*, *supra*, at para. 104, I spoke of how the *Charter* could be engaged in cases where the Crown was not specifically implicated:

Though the right to full answer and defence is generally asserted in the context of material non-disclosure by the Crown, we must recall that a purposive approach to the *Charter* requires that due consideration also be given to the effect of the exercise of discretion on an individual's rights. In particular, an effects-oriented approach to s. 7 dictates that when an accused is unable to make full answer and defence to the charges brought against him as a result of his inability to obtain information that is material to his defence, it is of little concern whether that information is in the hands of the state or in the hands of a third party. The effect is still potentially to deprive an individual of his liberty while denying him the ability to make full answer and defence. [Emphasis in original.]

Essentially, in these instances, the *Charter* is engaged by the fact of the prosecution itself. Where the Crown pursues a prosecution which would result in an unfair trial, this constitutes state action for the purposes of the *Charter*. This situation differs considerably from that in which the accused merely makes a request for disclosure from the Crown. It remains to determine the standard which should be applied in answering the key question at issue in this case: when does the unavailability of material previously held by a

sent cas, le Centre s'est conformé à l'ordonnance de divulgation dans la mesure où il le pouvait. La plainte de l'appellant concerne ce qui s'est produit avant que l'ordonnance ne soit rendue, c'est-à-dire la destruction des documents.

À première vue en l'absence de violation de l'obligation de divulguer, l'allégation de l'appellant concerne strictement les actions du Centre, et il ne semble pas y avoir eu d'action du gouvernement susceptible de déclencher l'application de la *Charte*: *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229. Néanmoins, dans *O'Connor*, précité, au par. 104, j'ai parlé de la façon dont la *Charte* pouvait entrer en jeu dans des cas où le ministère public n'a pas joué de rôle précis:

Même si ce droit est généralement affirmé dans le contexte de la non-divulgation de documents par le ministère public, nous devons nous rappeler que l'interprétation de la Charte fondée sur l'objet exige que l'on prenne également en considération l'effet de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire sur les droits d'un individu. En particulier, une interprétation de l'art. 7 fondée sur les effets envisagés indique que, lorsqu'un accusé ne peut pas présenter une défense pleine et entière à l'encontre des accusations portées contre lui parce qu'il lui est impossible d'obtenir des renseignements qui sont essentiels à sa défense, il importe peu que ces renseignements soient en la possession de l'État ou en celle d'un tiers. L'effet demeure le même: on privera peut-être un individu de sa liberté en lui refusant la possibilité de présenter une défense pleine et entière. [Je souligne.]

Essentiellement, dans ces cas, la *Charte* entre en jeu par le fait même de la poursuite. Lorsque le ministère public continue des poursuites qui résulteraient en un procès inéquitable, il s'agit là, aux fins de l'application de la *Charte*, d'une action de l'État. Cette situation diffère grandement de celle où un accusé ne fait que présenter une requête en vue d'obtenir la divulgation d'éléments de preuve par le ministère public. Il reste à déterminer quelle est la norme qui devrait être appliquée pour répondre à la question clé en litige dans la présente affaire, soit dans quels cas la non-disponibilité de documents qui étaient en la possession d'un tiers donne-t-elle lieu à une violation des droits de l'ac-

third party translate into a violation of an accused's rights? It is to this question I now turn.

Lost Evidence

71

Does an accused automatically have the right to every piece of potentially relevant evidence in the world? My colleague suggests that this is in fact the case. Despite the difference between this situation and cases of disclosure, as previously outlined, he suggests that there will be a breach of the right to full answer and defence and therefore an unfair trial anytime material is unavailable that would have been disclosed if in the hands of the Crown. Therefore, whenever information in the hands of a third party has the reasonable possibility of being of some use to the defence (as per *Stinchcombe, supra*) the fact that it is unavailable immediately causes a violation of the *Charter*. In my view, the adoption of this rationale could quite possibly lead one to the conclusion that there has never been a fair trial in this country. It goes against the grain of this Court's *Charter* jurisprudence and is contrary to basic underlying notions of how the criminal justice system actually operates.

72

While the production of every relevant piece of evidence might be an ideal goal from the accused's point of view, it is inaccurate to elevate this objective to a right, the non-performance of which leads instantaneously to an unfair trial. In my view, the words of McLachlin J. in *O'Connor, supra*, at paras. 193-94, are quite instructive in this regard:

... the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees not the fairest of all possible trials, but rather a trial which is fundamentally fair: *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562. What constitutes a fair trial takes into account not only the perspective of the accused, but the practical limits of the system of justice and the lawful interests of others involved in the process, like complainants and the agencies which assist them in dealing with the trauma they may have suffered. Perfection in justice is as chimeric as perfection in any other social

cusé? C'est cette question que je vais maintenant examiner.

La perte d'éléments de preuve

Un accusé a-t-il automatiquement le droit d'avoir accès à tous les éléments de preuve au monde susceptibles d'être pertinents? Mon collègue suggère que c'est effectivement le cas. Malgré la différence qui existe entre la présente situation et les affaires de divulgation, comme je l'ai déjà souligné, il suggère qu'il y aura violation du droit de présenter une défense pleine et entière et donc un procès inéquitable chaque fois que des documents non disponibles auraient par ailleurs été communiqués s'ils avaient été en la possession du ministère public. Par conséquent, chaque fois que des renseignements en la possession d'un tiers peuvent raisonnablement présenter une certaine utilité pour la défense (suivant *Stinchcombe*, précité), le fait qu'ils ne soient pas disponibles entraînerait immédiatement une violation de la *Charte*. À mon avis, l'adoption de ce raisonnement pourrait bien amener à conclure qu'il n'y a jamais eu de procès équitable au Canada. Ce raisonnement va à contre-courant de la jurisprudence de notre Cour et il est contraire aux notions fondamentales qui sous-tendent le fonctionnement même du système de justice pénale.

Bien que la production de tout élément de preuve pertinent puisse constituer un objectif idéal du point de vue de l'accusé, c'est une erreur que d'en faire un droit dont le non-respect entraînerait instantanément un procès inéquitable. À mon avis, les propos du juge McLachlin dans *O'Connor*, précité, aux par. 193 et 194, sont très instructifs à cet égard:

... la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit non pas le plus équitable de tous les procès possibles, mais plutôt un procès fondamentalement équitable: *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562. Le procès équitable tient compte non seulement du point de vue de l'accusé, mais également des limites pratiques du système de justice et des intérêts légitimes des autres personnes concernées, comme les plaignants et les organismes qui les aident à faire face aux traumatismes qu'ils ont subis. Il est aussi utopique de chercher la perfection dans les institutions

agency. What the law demands is not perfect justice, but fundamentally fair justice.

Perfect justice in the eyes of the accused might suggest that an accused person should be shown every scintilla of information which might possibly be useful to his defence. From the accused's perspective, the catalogue would include not only information touching on the events at issue, but anything that might conceivably be used in cross-examination to discredit or shake a Crown witness. When other perspectives are considered, however, the picture changes. The need for a system of justice which is workable, affordable and expeditious; the danger of diverting the jury from the true issues; and the privacy interests of those who find themselves caught up in the justice system — all these point to a more realistic standard of disclosure consistent with fundamental fairness. That, and nothing more, is what the law requires.

The impossibility of achieving this so-called "perfection" has consistently been recognized in the evidence gathering process as well as at the trial stage. In virtually every criminal case, an accused will not be able to gather all of the evidence that he or she would like. Potential witnesses may be impossible to locate, the weapon used to commit the crime may not have been found by police — invariably, there will be some piece of evidence relevant to the case that will be unavailable. The justice system would grind to a halt if an accused had only to show that a missing piece of evidence was relevant to the case in order to establish a violation of s. 7 and obtain a remedy under s. 24(1).

The *Charter* does not entitle an accused to a "perfect" trial, in which every piece of relevant information which might or might not affect the defence is diligently piled at the defence's door. An accused is entitled to a fair trial, where relevant, unprivileged material gathered by the Crown is disclosed, while evidence in the hands of third parties, after a balancing of considerations, is produced in appropriate cases. Where evidence is unavailable, the accused must demonstrate that a

judiciaires que de la chercher dans tout autre organisme social. La loi exige non pas une justice parfaite mais une justice fondamentalement équitable.

Du point de vue de l'accusé, pour que la justice soit parfaite, il faudrait qu'il soit mis au courant de chaque élément d'information susceptible d'être utile pour sa défense. La liste devrait alors comprendre non seulement les renseignements concernant les événements en cause mais tout ce qui, en théorie, pourrait servir en contre-interrogatoire à discréditer ou à ébranler un témoin à charge. Lorsqu'on tient compte d'autres points de vue, cependant, il en va autrement. La nécessité d'avoir un système de justice qui fonctionne et qui soit abordable et rapide, le danger de détourner le jury des vraies questions en litige et le droit à la protection de la vie privée de ceux qui se trouvent pris dans le système de justice sont tous des éléments qui convergent vers une norme de divulgation plus réaliste et compatible avec l'équité fondamentale. Voilà ce qu'exige la loi, et rien de plus.

Il a constamment été reconnu que cette soi-disant «perfection» est impossible à atteindre, tant dans le processus de rassemblement de la preuve qu'à l'étape du procès. Dans virtuellement toutes les affaires criminelles, l'accusé est incapable de rassembler toute la preuve qu'il voudrait. Il est possible que des témoins potentiels ne puissent être retracés, que la police n'ait pas retrouvé l'arme du crime — immanquablement, certains éléments de preuve pertinents ne seront pas disponibles. Le système de justice serait paralysé si, pour établir une violation de l'art. 7 et obtenir une réparation en vertu du par. 24(1), l'accusé n'avait qu'à démontrer qu'un élément de preuve manquant était pertinent.

La *Charte* ne confère pas à l'accusé un droit à un procès «parfait», où tout renseignement pertinent, pouvant ou non influencer sur la défense, devrait diligemment s'empiler à la porte du défendeur. L'accusé a droit à un procès équitable, dans le cadre duquel les documents pertinents et non privilégiés rassemblés par le ministère public sont divulgués, alors que les éléments de preuve en la possession de tiers sont produits, dans les cas appropriés, après pondération de diverses considérations. Lorsque des éléments de preuve ne sont pas disponibles, l'accusé doit démontrer qu'un procès équitable, et non pas un procès parfait, ne

fair trial, and not a perfect one, cannot be had as a result of the loss.

75

In my view, for the appellant to suggest that he is unable to receive a fair trial because of the destroyed notes, he must be able to demonstrate that there was actually some harm to his position. It is not enough to speculate, as my colleague proposes, that there is the potential for harm, as the notes might somehow have proved useful. As I hope to demonstrate, such a standard is completely inappropriate. I note in passing, however, that I agree with Sopinka J. that in determining any potential impact upon the appellant's rights, the conduct of the Centre in this case is of no importance. It is only the measuring of the effect of the loss which concerns us at this stage. If there is no harm to the appellant's interests, the motives behind the destruction do not provide the prejudice necessary to cause an unfair trial.

76

A long line of jurisprudence has affirmed that an accused has a responsibility to establish a real likelihood of prejudice to his defence as a result of an absence of relevant material. In fact, appellate courts in this country are virtually unanimous in their treatment of these situations. The Ontario Court of Appeal, for example, has consistently held that there "must be an air of reality that the missing evidence would in fact and in a material way assist the accused": *R. v. A. (D.)* (1992), 76 C.C.C. (3d) 1, at p. 8; *R. v. Santocono* (1996), 28 O.R. (3d) 630. It has also been stated that what must be demonstrated "on a balance of probabilities is that the missing evidence creates a prejudice of such magnitude and importance that it can be fairly said to amount to a deprivation of the opportunity to make full answer and defence": *R. v. B. (D.J.)* (1993), 16 C.R.R. (2d) 381 (Ont. C.A.), at p. 382. In *R. v. A. (D.)*, *supra*, at p. 9, Dubin C.J.O. adopted the reasoning of Campbell J. in *R. v. Finta*, Ont. S.C., April 24, 1990 (unreported), who stated:

The defence does, however, have a burden to show that the lost evidence is likely to preclude a fair trial. It

peut avoir lieu par suite de la perte de ces éléments.

À mon avis, pour que l'appelant puisse soutenir qu'il ne peut pas bénéficier d'un procès équitable à cause des notes détruites, il doit être en mesure de démontrer qu'il a vraiment subi un préjudice. Il ne suffit pas, comme le propose mon collègue, de faire des conjectures sur l'existence d'un préjudice potentiel parce que les notes auraient pu se révéler utiles d'une manière ou d'une autre. Ainsi que j'espère le démontrer, une telle norme est tout à fait inappropriée. Toutefois, je souligne, en passant, que je suis d'accord avec le juge Sopinka qu'afin de déterminer toute répercussion potentielle sur les droits de l'appelant, la conduite du Centre en l'espèce n'a aucune importance. Ce n'est que l'évaluation des effets de la perte qui nous intéresse à ce stade-ci. Si les intérêts de l'appelant ne subissent aucun préjudice, les motifs de la destruction ne constituent pas le préjudice nécessaire pour entraîner un procès inéquitable.

Une jurisprudence constante tient qu'un accusé a la responsabilité de prouver une probabilité réelle de préjudice à sa défense par suite de l'absence de documents pertinents. De fait, les tribunaux d'appel du pays sont presque unanimes dans leur façon de traiter ces situations. La Cour d'appel de l'Ontario, par exemple, a constamment jugé qu'il [TRADUCTION] «doit être vraisemblable que la preuve manquante aiderait effectivement l'accusé d'une manière importante»: *R. c. A. (D.)* (1992), 76 C.C.C. (3d) 1, à la p. 8; *R. c. Santocono* (1996), 28 O.R. (3d) 630. Il a été dit également qu'il doit être établi, [TRADUCTION] «selon la prépondérance des probabilités, que la preuve manquante crée un préjudice d'une ampleur et d'une importance telles qu'on peut à juste titre affirmer que son absence équivaut à la négation de la possibilité de présenter une défense pleine et entière»: *R. c. B. (D.J.)* (1993), 16 C.R.R. (2d) 381 (C.A. Ont.), à la p. 382. Dans *R. c. A. (D.)*, précité, à la p. 9, le juge en chef Dubin a adopté le raisonnement du juge Campbell dans l'affaire *R. c. Finta*, C.S. Ont., 24 avril 1990 (inédiée), lequel a déclaré ceci:

[TRADUCTION] Cependant, il incombe effectivement à la défense de prouver que l'absence de l'élément de

is a first step in discharging that burden to show what the evidence is, to show that there is more than a basis in speculation to say what, in fact, the lost evidence is or what the lost witness would, in fact say. A burden to show that the lost evidence is relevant and material. A burden to show that it is substantial or significant in the sense it is not trivial or frivolous or tenuous. It is a first step of this motion to show that the lost evidence would more likely than not tend to rebut some evidence of the Crown's case or would more likely than not tend to assist the accused.

If the evidence points to the innocence of the accused that would, of course, satisfy this pre-condition but it is not necessary the evidence go that far and actually point to the innocence of the accused as opposed to merely assisting the accused or tending to rebut some evidence or some element of the Crown's case.

It is, however, with those cautions, necessary to make some assessment of the potential value to the accused of the lost evidence. If there is no demonstration that the evidence would help him or if it appears that the evidence might just as easily hurt the accused more than it would help him, that tends to rebut any claim that its loss would preclude a fair trial to the accused.

There must be an air of substantial reality about the claim that any particular piece of lost evidence or all of it cumulatively together would actually assist the accused in his defence. If there is no such air of substantial reality, it cannot be said the delay which caused the loss of evidence is likely to preclude a fair trial for the accused. [Emphasis added.]

In *R. v. Dieffenbaugh* (1993), 80 C.C.C. (3d) 97, a unanimous British Columbia Court of Appeal determined that real prejudice was an essential part of finding that an accused had been deprived of his rights to a fair trial and the ability to make full answer and defence. In that case, the police began an investigation in 1983 with regard to several complaints of sexual assault against the accused made by two teenagers. For reasons unknown, and despite a recommendation to the contrary by the police, the Crown declined to proceed with charges. The matter was revived in 1989, but it was determined that the original police file containing statements from the witnesses had been

preuve perdu empêchera probablement la tenue d'un procès équitable. Pour s'acquitter de cette obligation, il faut dans un premier temps prouver quelle est cette preuve, établir que l'on se fonde sur davantage que des conjectures pour dire en quoi, de fait, consiste la preuve perdue ou ce que le témoin perdu déclarerait dans les faits. Elle a l'obligation de prouver que la preuve perdue est pertinente et importante. Elle a l'obligation de prouver qu'elle est substantielle et importante, en ce qu'elle n'est pas futile, frivole ou ténue. L'auteur de la présente requête doit, dans un premier temps, prouver que la preuve perdue tendrait probablement soit à réfuter certains éléments de la preuve du ministère public soit à aider l'accusé.

Si la preuve tend à prouver l'innocence de l'accusé, cela satisferait évidemment à cette condition préalable, mais il n'est pas nécessaire que la preuve aille aussi loin et qu'elle tende concrètement à prouver l'innocence de l'accusé plutôt que simplement l'aider ou tendre à réfuter certains éléments de la preuve du ministère public.

Toutefois, à la lumière de ces mises en garde, il est nécessaire d'apprécier la valeur potentielle de la preuve perdue pour l'accusé. S'il n'est pas démontré que la preuve l'aiderait ou s'il apparaît qu'elle pourrait facilement nuire davantage à l'accusé que l'aider, cela tend à réfuter toute prétention que la perte de cette preuve empêcherait la tenue d'un procès équitable pour l'accusé.

La prétention que tout ou partie de la preuve perdue aiderait vraiment l'accusé dans sa défense doit présenter une vraisemblance substantielle. En l'absence de cette vraisemblance substantielle, il est impossible d'affirmer que le délai qui a entraîné la perte de la preuve empêchera probablement la tenue d'un procès équitable pour l'accusé. [Je souligne.]

Dans *R. c. Dieffenbaugh* (1993), 80 C.C.C. (3d) 97, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé à l'unanimité que l'existence d'un préjudice véritable était un élément essentiel pour conclure qu'un accusé a été privé de son droit à un procès équitable et de la possibilité de présenter une défense pleine et entière. Dans cette affaire, la police a, en 1983, ouvert une enquête relativement à plusieurs plaintes d'agression sexuelle portées contre l'accusé par deux adolescents. Pour des raisons inconnues et malgré la recommandation contraire de la police, le ministère public a refusé de déposer des accusations. L'affaire a été relancée en 1989, mais il a été déterminé que le dossier origi-

destroyed in accordance with a standard procedure. The court recognized that the production of the statements "might" have been of assistance, but nevertheless refused to order a stay as requested by the accused. In its view, no real prejudice had been demonstrated as the accused was still able to cross-examine the officers and the witnesses involved, and there was no evidence indicating the file contained evidence favourable to the accused. See also: *R. v. L. (P.S.)* (1995), 103 C.C.C. (3d) 341 (B.C.C.A.); *R. v. Gatley* (1992), 74 C.C.C. (3d) 468 (B.C.C.A.); *R. v. Halcrow* (1993), 80 C.C.C. (3d) 320 (B.C.C.A.).

78 Appellate courts in Nova Scotia, Manitoba, Saskatchewan, Newfoundland, and Quebec have also reached the conclusion that the accused must demonstrate prejudice; see for example: *R. v. MacDonnell* (1996), 148 N.S.R. (2d) 289; *R. v. D. (D.L.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 426 (Man. C.A.); *R. v. Ledinski* (1995), 102 C.C.C. (3d) 445 (Sask. C.A.); *R. v. G. (W.G.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 263 (Nfld. C.A.); *R. v. Lupien* (1995), 68 Q.A.C. 253.

79 More importantly, this Court has also set a high threshold in cases where the accused alleges that certain materials are unavailable which would affect his or her defence. In *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, the accused was charged with war crimes which took place 45 years prior during World War II. He argued that since such a lengthy period of time had passed between the date of the actions giving rise to the charges and the date of trial, there was bound to be prejudice resulting in a breach of his rights under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. This ground of appeal was unanimously dismissed. Cory J., for a unanimous Court on this point, stated (at p. 875):

In the present case, I am unable to see any merit in the respondent's arguments that he suffered prejudice as a result of the pre-charge delay. Indeed, it is far more likely that the delay was more prejudicial to the

nal des autorités policières contenant des déclarations des témoins avait été détruit conformément à la procédure normale. La cour a reconnu que la production des déclarations «aurait pu» aider l'accusé, mais elle a néanmoins refusé d'ordonner l'arrêt des procédures comme le demandait ce dernier. De l'avis de la cour, on n'avait établi l'existence d'aucun préjudice véritable, car l'accusé avait toujours la possibilité de contre-interroger les policiers et les témoins concernés, et il n'y avait aucune preuve indiquant que le dossier contenait des éléments de preuve favorables à l'accusé. Voir également: *R. c. L. (P.S.)* (1995), 103 C.C.C. (3d) 341 (C.A.C.-B.); *R. c. Gatley* (1992), 74 C.C.C. (3d) 468 (C.A.C.-B.); *R. c. Halcrow* (1993), 80 C.C.C. (3d) 320 (C.A.C.-B.).

Les cours d'appel de la Nouvelle-Écosse, du Manitoba, de la Saskatchewan, de Terre-Neuve et du Québec ont également conclu que l'accusé doit démontrer l'existence d'un préjudice; voir, par exemple: *R. c. MacDonnell* (1996), 148 N.S.R. (2d) 289; *R. c. D. (D.L.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 426 (C.A. Man.); *R. c. Ledinski* (1995), 102 C.C.C. (3d) 445 (C.A. Sask.); *R. c. G. (W.G.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 263 (C.A.T.-N.); *R. c. Lupien* (1995), 68 Q.A.C. 253.

Fait plus important encore, notre Cour a également énoncé un test préliminaire élevé dans des cas où l'accusé allègue que ne sont pas disponibles certains documents qui influeraient sur sa défense. Dans *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, l'inculpé était accusé de crimes de guerre survenus 45 ans auparavant, durant la Seconde Guerre mondiale. Il a plaidé que, comme il s'était écoulé tellement de temps entre le moment où s'étaient produits les actes à l'origine des accusations et la date du procès, il subirait sûrement un préjudice entraînant une violation des droits que lui garantissent l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Ce moyen d'appel a été rejeté à l'unanimité. Le juge Cory, exprimant l'opinion unanime de la Cour sur ce point, a dit ceci (à la p. 875):

En l'espèce, je n'arrive pas à voir le bien-fondé des arguments de l'intimé suivant lesquels il a subi un préjudice en raison du délai antérieur à l'accusation. En fait, il est beaucoup plus probable que le délai ait été plus

Crown's case than it was that of the defence. Defence counsel was entitled to argue that the witnesses' memories had become blurred with the passage of 45 years. Further, the documentary and physical evidence that the respondent now complains is not available was probably destroyed during World War II. Thus it is difficult to accept the respondent's assertion that any documentary or physical evidence that would have been available within a few years after the war has since been lost. [Emphasis added.]

This judgment recognized that there needed to be actual prejudice demonstrated before a breach of the accused's rights could be found. It was obvious on the facts of that case that some materials relevant to the accused's case were no longer available as they had been destroyed in World War II. It could, of course, have been argued that an unknown, yet potentially immense number of documents at one time possessed in the hands of Nazi Germany could have been of some use to the defence, on the test proposed by my colleague. Still, as there was no prejudice shown by the accused, the Court declined to find a breach of the *Charter*.

The common thread of each of the cases listed above is that if each one were revisited today using the model proposed by Sopinka J., it would reveal a violation of the accused's right to full answer and defence. None of the accused would have received a fair trial, as some materials which might have been of use to them (or equally might not have been of use) were unavailable for reasons completely out of the hands of the Crown. In my view, such a result would make a "fair" trial extremely difficult, and in many cases impossible, to obtain.

It is interesting to compare how this area of the law has developed in the United States. A great deal of jurisprudence has emerged involving cases of lost or destroyed evidence, centering upon the "Due Process" clause of the Fourteenth Amendment. Still, the analysis is similar to our own, as

préjudiciable à la preuve du ministère public qu'à celle de la défense. L'avocat de la défense avait le droit de soutenir que la mémoire des témoins s'était effacée après 45 ans. En outre, la preuve documentaire et matérielle qui, se plaint maintenant l'intimé, n'existe plus, a probablement été détruite au cours de la Seconde Guerre mondiale. Il est donc difficile de retenir la prétention de l'intimé voulant que toute preuve documentaire ou matérielle qui aurait existé quelques années après la guerre ait depuis été perdue. [Je souligne.]

Ce jugement a reconnu qu'il fallait démontrer l'existence d'un préjudice véritable avant de pouvoir conclure qu'il y avait eu violation des droits de l'accusé. Il ressortait nettement des faits de cette affaire que certains documents pertinents relativement à la preuve de l'accusé n'étaient plus disponibles parce qu'ils avaient été détruits durant la Seconde Guerre mondiale. On aurait évidemment pu plaider qu'un nombre inconnu, mais potentiellement considérable, de documents ayant déjà été en la possession de l'Allemagne nazie auraient pu présenter une certaine utilité pour la défense, selon le test proposé par mon collègue. Pourtant, comme l'accusé n'a prouvé l'existence d'aucun préjudice, la Cour a refusé de conclure qu'il y avait eu violation de la *Charte*.

Le trait commun des arrêts énumérés ci-dessus est que si chacun d'eux était réexaminé aujourd'hui, selon l'approche proposée par le juge Sopinka, cet examen révélerait une violation du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Aucun des accusés n'aurait obtenu un procès équitable, car certains des documents qui auraient pu leur être utiles (ou qui auraient également pu ne pas l'être) n'étaient pas disponibles pour des raisons complètement indépendantes de la volonté du ministère public. À mon avis, un tel résultat rendrait extrêmement difficile la tenue d'un procès «équitable», voire impossible dans bien des cas.

Il est intéressant de comparer de quelle façon ce domaine du droit a évolué aux États-Unis. Il s'est constitué une jurisprudence considérable concernant des cas de perte ou de destruction d'éléments de preuve, et où on plaidait principalement la clause de l'application régulière de la loi («*Due*

80

81

82

this clause has been interpreted to “require that criminal defendants be afforded a meaningful opportunity to present a complete defense”: *California v. Trombetta*, 467 U.S. 479 (1984), at p. 485. For the most part, however, the case law has focused solely upon the prosecution’s duty to preserve evidence, rather than situations involving third parties. Still, the authorities have almost uniformly required either a showing of actual prejudice or of bad faith (by the prosecution), and occasionally both. The law in cases of missing evidence was summed up in *United States v. Fletcher*, 801 F.2d 1222 (10th Cir. 1986), at p. 1225:

... the possibility that the evidence might have been exculpatory is not sufficient under *Trombetta*. Absent evidence of police or prosecutorial bad faith or misconduct, dismissal of an indictment is warranted only if the missing evidence possesses an exculpatory value that was apparent before the evidence was destroyed. *Trombetta* also requires a finding that the defendant would be unable to obtain comparable evidence by other reasonably available means.

83

Similarly, the rule has recently been set out in the following way by one state Supreme Court in *State v. Wittenbarger*, 880 P.2d 517 (Wash. 1994), at p. 521:

It is clear that if the State has failed to preserve “material exculpatory evidence” criminal charges must be dismissed. Recognizing that the right to due process is limited, however, the [United States Supreme] Court has been unwilling to “impos(e) on the police an undifferentiated and absolute duty to retain and to preserve all material that might be of conceivable evidentiary significance in a particular prosecution”. [*Arizona v. Youngblood*, 488 U.S. 51 (1988), at p. 58.] A showing that the evidence might have exonerated the defendant is not enough.

See also: *Arizona v. Youngblood*, 488 U.S. 51 (1988); *People v. Beeler*, 891 P.2d 153 (Cal.

Process) prévue par le Quatorzième amendement. L’analyse est quand même similaire à la nôtre, car cette clause a été interprétée comme ayant pour effet [TRADUCTION] «d’exiger que les défendeurs dans les procès criminels puissent avoir une possibilité réelle de présenter une défense pleine et entière»: *California c. Trombetta*, 467 U.S. 479 (1984), à la p. 485. Pour l’essentiel, cependant, la jurisprudence a mis l’accent seulement sur l’obligation de la poursuite de préserver la preuve, et non sur des situations concernant des tiers. Néanmoins, les tribunaux ont presque uniformément demandé la preuve soit de l’existence d’un préjudice véritable soit de la mauvaise foi (de la poursuite), et parfois la preuve de ces deux éléments. Le droit en matière d’éléments de preuve manquants a été résumé dans l’arrêt *United States c. Fletcher*, 801 F.2d 1222 (10th Cir. 1986), à la p. 1225:

[TRADUCTION] ... la possibilité que les éléments de preuve aient pu être disculpatoires ne suffit pas en vertu de l’arrêt *Trombetta*. En l’absence de preuve de la mauvaise foi ou de l’inconduite de la police ou de la poursuite, le rejet d’un acte d’accusation est justifié seulement si les éléments de preuve manquants ont une valeur disculpatoire qui était apparente avant leur destruction. L’arrêt *Trombetta* exige également que l’on conclue que le défendeur serait incapable d’obtenir une preuve comparable par d’autres moyens raisonnablement disponibles.

De même, la règle a été récemment énoncée de la façon suivante par la Cour suprême d’un État dans *State c. Wittenbarger*, 880 P.2d 517 (Wash. 1994), à la p. 521:

[TRADUCTION] Il est clair que, si l’État n’a pas préservé des «éléments de preuve disculpatoires importants», les accusations criminelles doivent être rejetées. En reconnaissant que le droit à l’application régulière de la loi est limité, cependant, la Cour [suprême des États-Unis] n’a pas voulu «imposer à la police une obligation générale et absolue de conserver et de préserver tous les documents qui pourraient avoir une importance concevable sur le plan de la preuve dans une poursuite particulière». [*Arizona c. Youngblood*, 488 U.S. 51 (1988), à la p. 58.] La démonstration que les éléments de preuve auraient pu exonérer le défendeur ne suffit pas.

Voir également: *Arizona c. Youngblood*, 488 U.S. 51 (1988); *People c. Beeler*, 891 P.2d 153 (Cal.

1995); *State v. Morales*, 657 A.2d 585 (Conn. 1995); *State v. Garcia*, 643 A.2d 180 (R.I. 1994).

For the most part, however, there is considerable doubt as to whether an accused is even able to raise a constitutional motion to suppress in cases where the evidence has been lost or destroyed by a third party where no government involvement is demonstrated: *United States v. Castro*, 887 F.2d 988 (9th Cir. 1989); *Smith v. Secretary of New Mexico Department of Corrections*, 50 F.3d 801 (10th Cir. 1995); *People v. Webb*, 862 P.2d 779 (Cal. 1993). Indeed, one U.S. court was even faced with a situation remarkably similar to the one before us in the case at bar. In *State v. Waite*, 484 A.2d 887 (R.I. 1984), a rape crisis center destroyed notes taken by a counsellor in an interview with a sexual assault complainant. The accused made a motion to suppress the complainant's testimony, arguing that he had been irreparably prejudiced by the loss. The motion was unanimously dismissed, Shea J. stating (at pp. 891-92):

... there is no indication that the state acted in bad faith or was negligent. The records were destroyed by employees of the Rape Crisis Center at the direction of its board of directors. The state is not responsible for the actions of a private agency that destroys its own records. At no time were these records within the possession, custody, or control of the state. The defendant's simple assertion that the records were destroyed while the state "stood idly by" is not enough to warrant a finding of either bad faith or negligence. Furthermore, in the absence of any factual basis from defendant, any prejudice alleged from the loss of the records of notes of conversations between the counselor and the victim is mere speculation. Therefore, denial of defendant's motion was proper. [Emphasis added.]

Essentially, the American courts have required the accused to demonstrate prejudice as a result of the loss of evidence. Most jurisdictions have gone even further and required bad faith on the part of the state as well. The reason for such a standard is similar to that expressed in the Canadian jurispru-

1995); *State c. Morales*, 657 A.2d 585 (Conn. 1995); *State c. Garcia*, 643 A.2d 180 (R.I. 1994).

Pour l'essentiel, toutefois, il existe un doute considérable qu'un accusé puisse même présenter une requête en suppression fondée sur la Constitution dans des cas où la preuve a été perdue ou détruite par un tiers, lorsque aucune action gouvernementale n'est démontrée: *United States c. Castro*, 887 F.2d 988 (9th Cir. 1989); *Smith c. Secretary of New Mexico Department of Corrections*, 50 F.3d 801 (10th Cir. 1995); *People c. Webb*, 862 P.2d 779 (Cal. 1993). De fait, un tribunal américain a même été saisi d'une situation remarquablement similaire à celle qui nous occupe ici. Dans *State c. Waite*, 484 A.2d 887 (R.I. 1984), un centre d'aide aux victimes de viol a détruit des notes prises par une conseillère au cours d'un entretien avec une personne se plaignant d'avoir été victime d'agression sexuelle. L'accusé a présenté une requête en suppression du témoignage de la plaignante, affirmant que la perte des notes lui avait causé un préjudice irréparable. La requête a été rejetée à l'unanimité, le juge Shea déclarant ce qui suit (aux pp. 891 et 892):

[TRADUCTION] ... rien n'indique que l'État ait agi de mauvaise foi ou ait été négligent. Les dossiers ont été détruits par des employés du Centre d'aide aux victimes de viol sur les directives de son conseil d'administration. L'État n'est pas responsable des actes d'un organisme privé qui détruit ses propres dossiers. Ces dossiers n'ont jamais été en la possession, sous la garde ou sous le contrôle de l'État. La simple déclaration du défendeur selon laquelle les dossiers ont été détruits pendant que l'État «restait passif» ne suffit pas à justifier une conclusion de mauvaise foi ou de négligence. De plus, en l'absence de toute autre preuve factuelle de la part du défendeur, tout préjudice qui, prétend-on, découlerait de la perte des notes des conversations entre la conseillère et la victime n'est que pure conjecture. Par conséquent, le rejet de la requête du défendeur était bien fondé. [Je souligne.]

Essentiellement, les tribunaux américains ont exigé que l'accusé démontre l'existence d'un préjudice découlant de la perte des éléments de preuve. La plupart des juridictions sont même allées plus loin et ont aussi exigé la preuve de la mauvaise foi de l'État. La raison invoquée pour

dence: materials can be easily lost and setting too low a standard for dismissal would bring the justice system to a halt. The sheer volume of judgments in the U.S. on this subject exemplifies this reality.

justifier une telle norme est similaire à celle formulée dans la jurisprudence canadienne: des documents peuvent facilement être perdus, et le fait de fixer une norme trop peu élevée en matière de rejet paralyserait le système judiciaire. Le nombre même de jugements rendus aux États-Unis à ce sujet illustre bien cette réalité.

86 To a certain extent, the loss of material is quite inevitable, and penalizing the prosecution for each and every loss would have serious repercussions. One type of case which would surely prove difficult to prosecute is where charges are, for some reason, delayed for a lengthy period in being brought forward. It is inevitable that some relevant evidence will be lost in these situations. Although this Court has ruled on a number of occasions that delay alone is not a sufficient reason to halt a prosecution (see, for example, *R. v. L. (W.K.)*, [1991] 1 S.C.R. 1091), the effect of the reasons of my colleague would inexorably cause that very result.

Dans une certaine mesure, il est tout à fait inévitable que des documents soient perdus, et le fait de pénaliser chaque fois la poursuite aurait de graves répercussions. Des affaires qui se révéleraient sûrement difficiles à poursuivre en justice sont celles où, pour une raison ou pour une autre, il s'écoule une longue période avant que des accusations ne soient portées. Il est inévitable que des éléments de preuve pertinents soient perdus dans ces cas. Même si notre Cour a statué à plusieurs reprises que le délai à lui seul n'est pas une raison suffisante pour arrêter une poursuite (voir, par exemple, *R. c. L. (W.K.)*, [1991] 1 R.C.S. 1091), les motifs de mon collègue auraient pour effet d'entraîner inexorablement ce résultat.

87 One of the other difficulties involves extending the "relevancy" threshold to all third parties. It is not difficult to imagine some rather bizarre results which could occur. Suppose that two co-accused, who I shall refer to as A and B, are charged with a complicated fraud scheme. In order to try to cover his tracks, A shreds a personal diary which detailed how the scheme operated. While A could not benefit from the destruction of this diary, B would be entitled to a stay of proceedings. The documents were undoubtedly relevant, in that there was a possibility that they would have been of some use to the defence (although it is of course equally or even more likely that they were inculpatory), and as B cannot say what was in them, the unavailability itself would mandate a stay, without any inquiry into whether the absence of the materials prejudiced B in any way.

Une difficulté parmi d'autres concerne l'extension du champ d'application du test préliminaire de la «pertinence» à tous les tiers. Il n'est pas difficile d'imaginer certains des résultats assez bizarres que cela pourrait donner. Supposons que deux coaccusés, que je nommerai A et B, soient inculpés d'une manœuvre frauduleuse complexe. Dans le but de brouiller les pistes, A déchiquette un journal personnel dans lequel la fraude était décrite en détail. Bien que A ne puisse bénéficier de la destruction de ce journal, B aurait droit à l'arrêt des procédures. Le document était indubitablement pertinent, du fait qu'il aurait pu présenter une certaine utilité pour la défense (bien que, évidemment, il pourrait tout autant, voire plus probablement avoir un caractère inculpatoire), et comme B ne peut pas dire ce qu'il renfermait, la non-disponibilité même du document commanderait l'arrêt des procédures, sans qu'il faille s'enquérir si l'absence du document a, de quelque façon, causé un préjudice à B.

88 The problem is exacerbated by a lack of available remedies in situations of this kind. While Sopinka J. attempts to distinguish the issues of

Le problème est exacerbé par l'absence de réparations disponibles dans les situations de ce genre. Bien que le juge Sopinka tente d'établir une dis-

right and remedy, they are closely related in cases of missing evidence. My colleague finds that “the absence of any alternative remedy that would cure the prejudice to the ability of the accused to make full answer and defence” (para. 55) in and of itself justifies the exercise of discretion in favour of a stay. In this sense, on the test set out by Sopinka J., there is never any weighing of prejudice to the accused’s case. In his view, once a finding is made that the accused’s rights have been violated, the absence of an alternative remedy and inability of the court to reconstruct the material, necessitate a stay. This demonstrates the difficulty of setting too low a threshold for finding a breach of the right to full answer and defence. Once a court has made the determination that the accused cannot properly exercise this right, and hence defend him or herself to the fullest extent possible, it will be reluctant to continue with the trial. Using the test proposed by my colleague, the finding of a breach in and of itself makes an analysis of prejudice somewhat extraneous.

Setting the threshold for a finding of an unfair trial too low would lead to innumerable stays, contrary to the “clearest of cases” standard set by this Court in *O’Connor, supra*, and *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601. The irony is that these stays will most often occur in the most serious and complex types of investigations. As criminal schemes become more voluminous and intertwined, the likelihood that some materials will go missing increases greatly.

The situations listed above demonstrate why adopting the test proposed by my colleague would be unwise. Moreover, I do not subscribe to his view that such a result is mandated by established methods of assessing *Charter* violations, as stated in his reasons (at para. 27):

This Court has consistently taken the position that the question of the degree of prejudice suffered by an

tinction entre la question du droit et celle de la réparation, celles-ci sont étroitement liées dans les affaires de preuve manquante. Mon collègue conclut que «l’absence de toute autre réparation qui corrigerait le préjudice causé à la capacité de l’accusé de présenter une défense pleine et entière» (par. 55) justifie à elle seule l’exercice du pouvoir discrétionnaire pour ordonner l’arrêt des procédures. En ce sens, suivant le test énoncé par le juge Sopinka, il n’y a jamais d’appréciation du préjudice causé à la défense de l’accusé. À son avis, dès qu’il est jugé que les droits de l’accusé ont été violés, l’absence d’une autre réparation et l’incapacité du tribunal à reconstituer la preuve nécessitent l’arrêt des procédures. Cela montre la difficulté que pose le fait d’énoncer un test préliminaire trop peu élevé pour conclure à la violation du droit de présenter une défense pleine et entière. Une fois que le tribunal décide que l’accusé n’est pas en mesure d’exercer adéquatement ce droit, et en conséquence de se défendre dans toute la mesure du possible, il hésitera à continuer le procès. Si on retient le test proposé par mon collègue, le seul fait de conclure à l’existence d’une violation rend l’analyse du préjudice quelque peu inutile.

Le fait d’énoncer un test préliminaire trop peu élevé pour conclure à un procès inéquitable entraînerait d’innombrables arrêts des procédures, contrairement à la norme des «cas les plus manifestes» établie par notre Cour dans *O’Connor*, précité, et dans *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601. Ironiquement, c’est dans les enquêtes les plus sérieuses et les plus complexes que l’arrêt des procédures surviendra le plus souvent. Au fur et à mesure que les complots criminels deviennent plus vastes et tortueux, la probabilité que des documents se perdent s’accroît considérablement.

Les situations énumérées ci-dessus montrent pourquoi il ne serait pas sage d’adopter le test proposé par mon collègue. De plus, je ne souscris pas à son opinion qu’un tel résultat est requis par les méthodes établies d’appréciation des violations de la *Charte*, ainsi qu’il le dit dans ses motifs (au par. 27):

Notre Cour a constamment affirmé que l’ampleur du préjudice subi par un accusé n’est pas une question qui

89

90

accused is not a consideration to be addressed in the context of determining whether a substantive *Charter* right has been breached. The extent to which the *Charter* violation caused prejudice to the accused falls to be considered only at the remedy stage of a *Charter* analysis.

91 With respect, I disagree. While it is true that, with regard to certain rights, a degree of prejudice can be inferred, such is not always the case. Indeed, with regard to most *Charter* rights, the accused must demonstrate some degree of prejudice before the court can reach a determination that a violation has occurred. In other words, an accused cannot argue that he is unable to have a fair trial, to take one example, in a vacuum. He or she must show the effect of a designated action which purportedly violates his rights. This effect is the prejudice. The aforementioned case of *Finta*, *supra*, is one such example. In that situation, the delay in prosecuting the accused was not itself sufficient to establish a violation of the *Charter*. Actual prejudice needed to be shown. Moreover, it involved a weighing assessment to determine whether the accused had suffered serious enough prejudice to convince the Court that a violation had taken place.

92 I agree with Sopinka J. that with the right to the assistance of an interpreter and, to a lesser degree, the right to counsel, the court can infer the necessary degree of prejudice. But the same is not necessarily true where the accused alleges a violation of ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. In such a case, a violation is not so easily found, and the accused will often have to demonstrate harm to his or her interests before a breach can be established. This is so for a very simple reason: ss. 7 and 11(d) encompass extremely broad and multifaceted concerns, and not every action by the state will automatically trigger a violation. To demonstrate that a breach has actually occurred often demands a finding and measuring of the prejudice suffered.

doit être prise en considération pour déterminer s'il y a eu violation d'un droit fondamental garanti par la *Charte*. La mesure dans laquelle la violation de la *Charte* a causé préjudice à l'accusé n'est examinée, dans le cadre de l'analyse fondée sur la *Charte*, qu'à l'étape concernant la réparation.

En toute déférence, je ne suis pas d'accord. Même s'il est vrai que, dans le cas de certains droits, il est possible d'inférer l'ampleur du préjudice, ce n'est pas toujours le cas. De fait, en ce qui concerne les droits garantis par la *Charte*, l'accusé doit démontrer l'existence d'un certain préjudice pour que la cour puisse déterminer qu'il y a eu violation. Autrement dit, pour prendre un exemple, un accusé ne peut soutenir, dans l'abstrait, qu'il est incapable d'obtenir un procès équitable. Il doit prouver l'effet d'une action précise qui aurait porté atteinte à ses droits. Cet effet constitue le préjudice. L'arrêt *Finta*, précité, est un exemple d'une telle situation. Dans cette affaire, le temps mis à poursuivre l'accusé ne suffisait pas en soi à établir qu'il y avait eu violation de la *Charte*. Il fallait prouver l'existence d'un préjudice véritable. En outre, cela exigeait un processus d'évaluation afin de déterminer si l'accusé avait subi un préjudice suffisamment grave pour convaincre la Cour qu'il y avait eu violation.

Je suis d'accord avec le juge Sopinka que, dans le cas du droit à l'assistance d'un interprète et, dans une moindre mesure, du droit à l'assistance d'un avocat, le tribunal peut inférer l'existence du degré nécessaire de préjudice. Mais ce n'est pas nécessairement vrai lorsque l'accusé allègue une violation de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*. Dans de tels cas, il n'est pas aussi facile de conclure à l'existence d'une violation, et l'accusé devra souvent démontrer le préjudice causé à ses intérêts avant de pouvoir établir qu'il y a eu violation. Il en est ainsi pour une raison très simple: l'art. 7 et l'al. 11d) visent des intérêts extrêmement larges et aux multiples facettes, et ce ne sont pas toutes les actions de l'État qui entraîneront automatiquement une violation. Pour démontrer qu'il y a effectivement eu violation, il faut souvent constater et mesurer le préjudice subi.

For example, in *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880, this Court recognized that appellate delay could lead to a violation of s. 7 of the *Charter*. As Sopinka J. wrote in that case, the length of the delay was not an automatic indicator of a violation of the accused's rights. In order to demonstrate a violation in cases of systemic delay, the accused needed to show that he had suffered some "real prejudice". In my view, implicit in this terminology is that a court will have to weigh the specific concerns in each individual case.

This is also the consistent approach which has been taken to cases involving pre- and post-charge trial delay. In *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, Sopinka J., for a majority of the Court, found that the degree of prejudice suffered by the accused was a very real factor to measure in determining whether pre-trial delay had caused a violation of s. 11(b). While he found that a certain degree of prejudice could be inferred from the delay itself, he made it clear that, in most cases, a breach of the right would not often be found without a finding of prejudice (at pp. 801 and 803):

... in an individual case, prejudice may be inferred from the length of the delay. The longer the delay the more likely that such an inference will be drawn. In circumstances in which prejudice is not inferred and is not otherwise proved, the basis for the enforcement of the individual right is seriously undermined.

As discussed previously, the degree of prejudice or absence thereof is also an important factor in determining the length of institutional delay that will be tolerated. The application of any guideline will be influenced by this factor. [Emphasis added.]

Sopinka J. has consistently applied this very standard in determining whether or not the substantive right in s. 11(b) has actually been violated. In *R. v. Sharma*, [1992] 1 S.C.R. 814, for example,

Par exemple, dans *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880, notre Cour a reconnu que le délai écoulé pour l'appel pouvait conduire à une violation de l'art. 7 de la *Charte*. Comme l'a dit le juge Sopinka dans cet arrêt, la longueur du délai n'indiquait pas automatiquement qu'il y avait eu violation des droits de l'accusé. Pour établir qu'il y a eu violation dans les cas de délai systémique, l'accusé doit prouver qu'il a subi un «préjudice réel». À mon avis, il ressort implicitement de cette terminologie que le tribunal devra, dans chaque cas, apprécier les intérêts spécifiques en jeu.

Il s'agit également de l'approche qui est uniformément appliquée dans les affaires concernant le délai antérieur à l'accusation et le délai postérieur à l'accusation. Dans *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, le juge Sopinka a conclu, au nom de la majorité de la Cour, que l'ampleur du préjudice subi par l'accusé était un facteur très réel, qui devait être mesuré pour déterminer si le délai antérieur à l'accusation avait causé une violation de l'al. 11b). Même s'il a conclu qu'un certain degré de préjudice pouvait être déduit du délai lui-même, il a clairement indiqué que dans la plupart des cas on ne conclura pas à la violation du droit sans avoir constaté l'existence d'un préjudice (aux pp. 801 et 803):

... dans une affaire donnée, on peut déduire qu'il y a eu préjudice en raison de la longueur du délai. Plus le délai est long, plus il est vraisemblable qu'on pourra faire une telle déduction. Dans des circonstances où on ne déduit pas qu'il y a eu préjudice et où celui-ci n'est pas autrement prouvé, le fondement nécessaire à l'application du droit individuel est gravement ébranlé.

Comme je l'ai mentionné précédemment, le degré du préjudice ou l'absence de celui-ci constitue également un facteur important pour déterminer la longueur du délai institutionnel qui sera toléré. Ce facteur influera sur l'application de toute ligne directrice. [Je souligne.]

Le juge Sopinka a constamment appliqué cette norme pour déterminer si le droit substantiel garanti par l'al. 11b) a vraiment été violé. Dans *R. c. Sharma*, [1992] 1 R.C.S. 814, par exemple, il a

he applied the legal tests set out in *Morin* and arrived at the following conclusion (at p. 830):

Applying the factors discussed above, particularly the actions of the accused, the paucity of prejudice and the guideline concerning institutional delay and taking into account the interests designed to be protected, particularly the relative seriousness of the charge, I conclude that the delay herein was not unreasonable. Thus, the rights of the accused under s. 11(b) have not been violated. . . . [Emphasis added.]

96

This approach to assessing prejudice is by no means confined to cases involving delay. In *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985, the accused, an inspector with the RCMP, was charged with the theft of certain political documents. The matter received a great deal of media and public scrutiny, and as it involved allegations concerning two major political parties, even received considerable attention in the National Assembly. During one question period the Premier of Quebec made a number of comments which disparaged both a defence witness and the accused. The remarks received widespread publicity and as a result the accused argued that he could not receive a fair trial, as he was entitled under s. 11(d) of the *Charter*, because prospective jurors would be prejudiced against him.

97

La Forest J., for the majority, ruled that it was speculative to conclude that this was in fact the case, as it had not been determined that the accused had been prejudiced to the extent that he could not have a fair trial. He essentially adopted the views of Beauregard J.A. in the Court of Appeal (1984), 16 C.C.C. (3d) 532, [1984] C.A. 466, who stated that despite the actions of the Premier, it was inaccurate to conclude that the accused's fair trial had been usurped (at p. 540 C.C.C.):

[TRANSLATION] . . . I am of the humble view that it has not been proved that it would have been impossible to constitute an impartial jury within a reasonable time. It cannot be presumed that, by applying the mechanisms provided at law to guarantee the impartiality of the

appliqué les critères juridiques énoncés dans *Morin*, précité, et il a formulé la conclusion suivante (à la p. 830):

Compte tenu des facteurs analysés précédemment, notamment les actes de l'accusé, l'insignifiance du préjudice et la ligne directrice concernant le délai institutionnel, et compte tenu des intérêts destinés à être protégés et, particulièrement, de la gravité relative de l'accusation, je conclus que le délai en l'espèce n'était pas déraisonnable. Ainsi, il n'y a pas eu de violation des droits de l'accusé garantis par l'al. 11b) . . . [Je souligne.]

Cette façon d'apprécier le préjudice ne se limite aucunement aux affaires concernant un délai. Dans *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985, l'accusé, un inspecteur de la G.R.C., avait été accusé du vol de certains documents politiques. L'affaire avait été attentivement suivie par les médias et le public, et, comme elle mettait en jeu des allégations concernant deux partis politiques importants, elle avait même reçu énormément d'attention à l'Assemblée nationale. Au cours d'une période de questions, le premier ministre du Québec avait fait un certain nombre de remarques désobligeantes à l'égard d'un témoin de la défense et de l'accusé. Ces remarques avaient reçu beaucoup de publicité et l'accusé a soutenu qu'en conséquence il ne pourrait pas obtenir le procès équitable auquel il avait droit en vertu de l'al. 11d) de la *Charte*, parce que les jurés éventuels ne seraient pas impartiaux à son égard.

Le juge La Forest a, au nom de la majorité, statué que c'était pure conjecture que de conclure ainsi, car il n'avait pas été déterminé que l'accusé avait subi un préjudice tel qu'il ne pourrait pas bénéficier d'un procès équitable. Le juge La Forest a essentiellement adopté l'opinion exprimée par le juge Beauregard en Cour d'appel, [1984] C.A. 466, qui a déclaré que malgré les actes du premier ministre il était inexact de conclure que l'accusé avait été privé d'un procès équitable (à la p. 473):

. . . je suis humblement d'avis que la preuve n'a pas été faite qu'il allait être impossible de former un jury impartial dans un délai raisonnable. On ne pouvait présumer que, en appliquant les mécanismes de la loi qui garantissent l'impartialité des jurés, on n'allait pas pouvoir, à

jurors, in Montreal in the fall of 1982, 12 persons could not be found who would be ready to swear under oath that they had no preconceived idea of the innocence or guilt of the respondent (whether they knew of the events in the National Assembly or not), and who could swear to render a verdict in accordance with only the evidence at trial.

In accepting this submission, La Forest J. stated (at p. 992):

It is only at the stage when the jury is to be selected that it will be possible to determine whether the respondent can be tried by an impartial jury. This does not therefore involve substituting our opinion for that of the judge. As Beauregard J. notes, there is no evidence indicating that it will be impossible to select an impartial jury in a reasonable time. This is rather a matter of speculation. [Emphasis added.]

(See on this point: D. Martin, "Rising Expectations: Slippery Slope or New Horizon? The Constitutionalization of Criminal Trials in Canada" in J. Cameron, ed., *The Charter's Impact on the Criminal Justice System* (1996), at pp. 108-9.)

Essentially, these cases have all determined that some measuring of prejudice is necessary in order for an accused to demonstrate that he or she has actually suffered a violation of *Charter* rights. As I said earlier, while some actions will allow a court to infer the necessary degree of prejudice, this is not uniformly so. In many cases where the accused alleges that a particular government action has deprived him or her of a fair trial, or of his or her liberty not in accordance with fundamental justice, a measuring of actual prejudice is necessary to demonstrate that this right has actually been affected. Given the nature of the action which is being challenged in the present case — the actual pursuing of the prosecution — it seems quite appropriate to require a demonstration of prejudice.

Indeed, in *O'Connor, supra*, I maintained that a finding of prejudice was necessary to demonstrate a violation of the *Charter* in cases of non-disclosure by the Crown. In this regard, cases of missing

l'automne 1982, à Montréal, trouver 12 personnes prêtes à affirmer sous serment qu'elles n'avaient aucune idée préconçue de l'innocence ou de la culpabilité de l'appelant (qu'elles aient eu connaissance ou non de l'événement à l'Assemblée nationale) et à prêter serment de rendre un verdict suivant la seule preuve faite devant le tribunal.

En acceptant cette thèse, le juge La Forest a dit ceci (à la p. 992):

C'est seulement au stade du choix des jurés que l'on peut déterminer s'il est impossible que l'intimé puisse être jugé par un jury impartial. Il n'est donc pas question de substituer notre opinion à celle du juge. Comme le juge Beauregard le signale, aucune preuve n'indiquait qu'il serait impossible de former un jury impartial dans un délai raisonnable. Il s'agit plutôt de spéculations. [Je souligne.]

(Voir, sur cette question, D. Martin, «Rising Expectations: Slippery Slope or New Horizon? The Constitutionalization of Criminal Trials in Canada», dans J. Cameron, dir., *The Charter's Impact on the Criminal Justice System* (1996), aux pp. 108 et 109.)

Essentiellement, ces arrêts ont tous établi qu'il est nécessaire de procéder à une certaine appréciation du préjudice pour déterminer si l'accusé a prouvé qu'il y a vraiment eu violation des droits que lui garantit la *Charte*. Comme je l'ai dit plus tôt, bien que certains actes permettent au tribunal d'inférer l'existence du degré nécessaire de préjudice, ce n'est pas toujours le cas. Dans bon nombre d'affaires où l'accusé allègue qu'un acte particulier du gouvernement l'a privé d'un procès équitable ou de sa liberté, d'une manière incompatible avec la justice fondamentale, il est nécessaire de mesurer le préjudice véritablement subi pour déterminer si le droit en question a réellement été violé. Étant donné la nature de l'acte contesté dans la présente affaire — la continuation dans les faits de la poursuite — il semble tout à fait approprié d'exiger que l'on prouve l'existence d'un préjudice.

De fait, dans *O'Connor*, précité, j'ai maintenu que la constatation de l'existence d'un préjudice était nécessaire pour démontrer une violation de la *Charte* dans les affaires de non-divulgence par le

evidence are quite similar to the scenario outlined in that case. As I stated (at para. 74):

... I am in full agreement with the Court of Appeal that there is no autonomous "right" to disclosure in the *Charter* (at pp. 148-49 C.C.C.):

... the right of an accused to full disclosure by the Crown is an adjunct of the right to make full answer and defence. It is not itself a constitutionally protected right. What this means is that while the Crown has an obligation to disclose, and the accused has a right to all that which the Crown is obligated to disclose, a simple breach of the accused's right to such disclosure does not, in and of itself, constitute a violation of the *Charter* such as to entitle a remedy under s. 24(1). This flows from the fact that the non-disclosure of information which ought to have been disclosed because it was relevant, in the sense there was a reasonable possibility it could assist the accused in making full answer and defence, will not amount to a violation of the accused's s. 7 right not to be deprived of liberty except in accordance with the principles of fundamental justice unless the accused establishes that the non-disclosure has probably prejudiced or had an adverse effect on his or her ability to make full answer and defence.

It is the distinction between the "reasonable possibility" of impairment of the right to make full answer and defence and the "probable" impairment of that right which marks the difference between a mere breach of the right to relevant disclosure on the one hand and a constitutionally material non-disclosure on the other. (Italics in original; underlining added.)

Where the accused seeks to establish that the non-disclosure by the Crown violates s. 7 of the *Charter*, he or she must establish that the impugned non-disclosure has, on the balance of probabilities, prejudiced or had an adverse effect on his or her ability to make full answer and defence. It goes without saying that such a determination requires reasonable inquiry into the materiality of the non-disclosed information. Where the information is found to be immaterial to the accused's ability to make full answer and defence, there cannot possibly be a violation of the *Charter* in this respect. I would note, moreover, that inferences or conclusions about the propriety of the Crown's conduct or intention are not necessarily

ministère public. À cet égard, les affaires de preuve manquante présentent beaucoup de similitudes avec le scénario exposé dans cet arrêt. Comme je l'ai indiqué (au par. 74):

... je suis tout à fait d'accord avec la Cour d'appel que la *Charte* ne comporte aucun «droit» autonome à la divulgation (aux pp. 148 et 149 C.C.C.):

[TRADUCTION] ... le droit de l'accusé à ce que le ministère public lui divulgue tous les détails de la preuve vient s'adjoindre à son droit de présenter une défense pleine et entière. Ce n'est pas en soi un droit protégé sur le plan constitutionnel. Cela signifie que, bien que le ministère public ait l'obligation de divulguer sa preuve et que l'accusé ait droit à tout ce que le ministère public est tenu de divulguer, une simple atteinte au droit de l'accusé à une telle divulgation ne constitue pas en soi une violation de la *Charte* qui donne droit à une réparation en vertu du par. 24(1). Cela résulte du fait que la non-divulgation de renseignements qui auraient dû être divulgués en raison de leur pertinence, en ce sens qu'ils pouvaient raisonnablement aider l'accusé à présenter une défense pleine et entière, n'équivaudra pas à une violation du droit que l'art. 7 garantit à l'accusé de n'être privé de sa liberté qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale à moins que l'accusé n'établisse que la non-divulgation a probablement nui à la possibilité pour lui de présenter une défense pleine et entière ou a eu un effet défavorable sur cette possibilité.

C'est la distinction entre la «possibilité raisonnable» d'atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière et l'atteinte «probable» à ce droit qui fait la différence entre une simple atteinte au droit à la divulgation des renseignements pertinents d'une part et à la non-divulgation de documents prévue par la *Constitution* d'autre part. (En italique dans l'original; je souligne.)

Lorsque l'accusé tente de prouver que la non-divulgation par le ministère public viole l'art. 7 de la *Charte*, il doit prouver que la non-divulgation en cause a, selon la balance des probabilités, nui à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière ou a eu un effet défavorable sur cette possibilité. Il va sans dire qu'une telle détermination exige une enquête suffisante sur le caractère substantiel des renseignements non divulgués. Lorsque les renseignements sont considérés non substantiels quant à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière, il ne saurait y avoir violation de la *Charte* à cet égard. Je ferai observer, de plus, que les déductions ou conclusions relatives

relevant to whether or not the accused's right to a fair trial is infringed. The focus must be primarily on the effect of the impugned actions on the fairness of the accused's trial. [Emphasis in original.]

O'Connor, of course, dealt with a situation where an accused was deprived of evidence as a result of the Crown's failure to meet its obligation to disclose all relevant evidence. Nevertheless, the analysis in both situations is actually quite similar. Where material is unavailable, the focus should be on discovering how the accused has suffered as a result. The threshold should be no lower where an accused is deprived of material because of the actions of a third party; indeed, in my view, because of the many concerns I have already detailed, the rationale for such a threshold is actually stronger in these instances.

In these types of cases, however, a popular refrain from the accused is that he or she is unable to show how the evidence would affect the defence since he or she has not seen the material. Indeed, this is one of the primary rationales employed by Sopinka J. in his reasons. I have already addressed to a certain extent why this is not a compelling argument. At this juncture, I merely wish to add a few points.

First, we must recall that this was not information in the possession of the Crown. It is not presumptively relevant, and there is no statutory or other obligation on the third party to maintain the material. If the accused is unable to offer some concrete basis upon which to persuade the court that the evidence was material to his defence, its loss should not trouble him. It is as if the documents never existed. We must recall that where there is no burden upon a person to even record evidence, the non-existence of it cannot possibly cause a violation of the Charter. Why should cases where this evidence has been destroyed be any dif-

à l'à-propos de la conduite ou de l'intention du ministère public ne sont pas nécessairement pertinentes lorsqu'il s'agit de savoir s'il y a eu violation ou non du droit de l'accusé à un procès équitable. L'accent doit être mis principalement sur l'effet que les actions contestées auront sur l'équité du procès de l'accusé. [Souligné dans l'original.]

Évidemment, l'arrêt *O'Connor* concernait une situation où un accusé avait été privé d'éléments de preuve par suite de l'omission du ministère public de s'acquitter de son obligation de divulguer tous les éléments de preuve pertinents. Néanmoins, l'analyse est, dans les faits, sensiblement la même dans les deux situations. Lorsque des documents ne sont pas disponibles, il faudrait s'attacher à découvrir quel préjudice en a subi l'accusé. Le test préliminaire ne devrait pas être moins élevé lorsqu'un accusé est privé de documents en raison des actes d'un tiers. De fait, à mon avis, vu les nombreuses préoccupations que j'ai déjà exposées, l'application d'un tel test préliminaire est dans les faits encore plus justifiée dans ces cas.

Dans ce genre d'affaires, cependant, un refrain qu'on entend fréquemment de la part de l'accusé est qu'il est incapable de prouver comment les éléments de preuve en question influeraient sur sa défense puisqu'il n'a pas vu les documents. De fait, il s'agit de l'une des principales justifications invoquées par le juge Sopinka dans ses motifs. J'ai déjà expliqué, dans une certaine mesure, pourquoi il ne s'agit pas là d'un argument décisif. À ce stade-ci, je voudrais seulement ajouter quelques remarques.

Premièrement, il convient de rappeler qu'il ne s'agissait pas de renseignements en la possession du ministère public. Leur pertinence ne fait pas l'objet d'une présomption, et le tiers n'est pas tenu par la loi ou autrement de conserver l'information. Si l'accusé est incapable de présenter des arguments concrets propres à persuader la Cour que les éléments de preuve sont importants pour sa défense, leur perte ne devrait pas l'inquiéter. C'est comme si les documents n'avaient jamais existé. Il faut se rappeler que, lorsqu'une personne n'est même pas tenue de consigner des éléments de preuve, leur non-existence ne peut pas entraîner

101

102

103

ferent? *R. v. La* (1996), 105 C.C.C. (3d) 417 (Alta. C.A.); Martin, *supra*, at p. 116. Moreover, where third parties were in possession, the inability to show how the documents would have helped the defence, will often demonstrate how the material would not even have surpassed the “likely relevance” standard for production in the first place.

une violation de la *Charte*. Pourquoi en serait-il autrement dans les cas où ces éléments de preuve ont été détruits? *R. c. La* (1996), 105 C.C.C. (3d) 417 (C.A. Alb.); Martin, *loc. cit.*, à la p. 116. De plus, lorsque des tiers étaient en possession de documents, l’incapacité de prouver comment ces documents auraient aidé la défense démontrera souvent qu’ils n’auraient même pas satisfait la norme préalable de la «pertinence probable».

104

Second, I find the comments of Professor MacCrimmon, “Trial by Ordeal” (1996), 1 *Can. Crim. L.R.* 31, at pp. 50-51, who was commenting upon the distinct but related issue of the threshold to have third party records produced to the court set out in *O’Connor*, quite persuasive. Essentially, she states that we cannot look at this issue in a vacuum, but must keep in mind the varied objects of the criminal justice system and the way it operates on analogous issues:

Deuxièmement, je trouve très convaincants les commentaires formulés par le professeur MacCrimmon dans un article intitulé «Trial by Ordeal» (1996), 1 *Rev. can. D.P.* 31, aux pp. 50 et 51, au sujet de la question distincte mais par ailleurs connexe du test préliminaire énoncé dans *O’Connor* en ce qui concerne la production au tribunal des dossiers de tiers. Essentiellement, l’auteur dit que cette question ne peut pas être examinée dans l’abstrait, mais qu’il faut tenir compte des divers objectifs du système de justice pénale ainsi que de la façon dont il fonctionne relativement à des questions analogues:

Placing an evidentiary burden on accused to establish the relevance of the contents of records they have not seen may seem to be unfair if viewed in isolation. In a perfect world of fully rational decision-makers and adequate investigatory resources for both the prosecution and the defence, it may well be that all information should be disclosed. But in the current system where the accused does not have the right to all information, any proposal to disclose or not to disclose must be placed in the context of other limits on disclosure of information and investigatory resources. There are existing limits on the accused’s right to information and “the traditional understanding of the role of the police . . . has not required the police to become defence investigators”. The information must be relevant. There is no right to compel witnesses to talk to the defence before the trial. There is no right to a preliminary inquiry. There are several instances in which a higher threshold than a mere assertion of relevance by the defence has been required. The level of the threshold varies depending on the importance attached to the interests adversely affected by automatic disclosure. The accused must establish that a publication ban is necessary for a fair trial. The defence may not call Crown counsel as a witness unless they can show “there is a real basis for believing that it is likely the witness can give material evidence”. There is a higher standard for intrusion in places where there is

[TRADUCTION] Le fait d’imposer aux accusés le fardeau de prouver la pertinence du contenu de dossiers qu’ils n’ont pas vus peut sembler inéquitable, si on le considère isolément. Dans un monde parfait où les décideurs seraient parfaitement rationnels et les ressources d’enquête tout à fait adéquates, tant pour la poursuite que pour la défense, il se pourrait bien que tous les renseignements devraient être divulgués. Mais dans le système actuel, où l’accusé n’a pas droit à tous les renseignements, toute proposition en matière de divulgation ou de non-divulgation doit être examinée dans le contexte des autres limites touchant la divulgation de renseignements et les ressources d’enquête. Il existe des limites en ce qui concerne le droit de l’accusé à l’information, et «selon la perception traditionnelle du rôle de la police [. . .] celle-ci n’est pas tenue de devenir l’enquêteur de la défense». Les renseignements doivent être pertinents. Aucun droit ne permet de contraindre les témoins à parler à la défense avant le procès. Il n’existe aucun droit à la tenue d’une enquête préliminaire. Il existe plusieurs cas où un test préliminaire plus élevé qu’une simple déclaration de pertinence de la défense a été requis. Le caractère exigeant du test préliminaire varie selon l’importance attachée aux intérêts auxquels il est porté atteinte par la divulgation automatique des renseignements. L’accusé doit établir qu’une ordonnance de non-publication est nécessaire à la tenue d’un

a high expectation of privacy, such as law or media offices which require, for instance, an exploration into whether alternative sources have been exhausted. [Emphasis added.]

In addition, this “burden” is also appropriate when one takes into consideration certain fundamental concepts inherent to the criminal justice system. It is based on the idea that all of the relevant evidence in the possession of the Crown should generally be made available to the accused, and that the accused should be permitted to lead other relevant evidence to rebut the Crown’s case. Difficulty may well be experienced by an accused in gathering rebuttal evidence. However, as the respondent points out, the potential for such difficulty is likely one of the reasons why the prosecution bears the heavy onus of proving all aspects of guilt beyond a reasonable doubt. In that regard, the criminal system has always taken into consideration that it will occasionally be difficult for an accused to demonstrate innocence, and has removed the need to do this, by putting a high onus of proof upon the Crown.

In summary, there are ample legal and policy reasons for placing the onus upon the accused to demonstrate that he or she has suffered a real likelihood of prejudice. The burden is not an unmanageable one, and is consistent with established jurisprudence. It is not proper to state that a *Charter* right has been violated and that a fair trial cannot be had based on pure speculation. This is not a route which should be taken.

It follows that I adopt the standard which has historically been followed by this Court in *Finta* and appellate courts across the country. For missing evidence to cause a violation of the *Charter*,

procès équitable. La défense ne peut pas assigner l’avocat du ministère public à témoigner à moins de pouvoir démontrer «qu’il y a vraiment lieu de croire qu’il est probable que le témoin puisse révéler des éléments de preuve importants». Il existe une norme plus exigeante en ce qui concerne l’entrée dans des lieux où les attentes en matière de respect de la vie privée sont élevées, comme les cabinets d’avocats ou les bureaux des médias, norme qui exige, par exemple, que l’on examine si les autres sources d’information ont été épui-sées. [Je souligne.]

En outre, ce «fardeau» est également approprié lorsqu’on prend en considération certains concepts fondamentaux inhérents au système de justice pénale. Ce fardeau repose sur l’idée que tous les éléments de preuve pertinents en la possession du ministère public devraient généralement être mis à la disposition de l’accusé, et qu’il devrait être permis à celui-ci de présenter d’autres éléments de preuve pertinents afin de réfuter la preuve du ministère public. Il est bien possible qu’un accusé éprouve de la difficulté à rassembler des contre-preuves. Cependant, comme le souligne l’intimée, la possibilité de telles difficultés est probablement une des raisons pour lesquelles la poursuite a le lourd fardeau de prouver tous les aspects de la culpabilité hors de tout doute raisonnable. À cet égard, le système pénal a toujours tenu compte du fait qu’il serait parfois difficile à l’accusé de démontrer son innocence, et il a éliminé la nécessité de le faire en imposant au ministère public un lourd fardeau de preuve.

Bref, il existe amplement de raisons, tant sur le plan du droit que des politiques générales, pour que l’accusé supporte le fardeau de démontrer qu’il a subi une probabilité réelle de préjudice. Ce fardeau n’est pas impossible à satisfaire, et il est conforme à la jurisprudence établie. Il n’est pas correct d’affirmer, sur la foi de simples conjectures, qu’un droit garanti par la *Charte* a été violé et que la tenue d’un procès équitable est impossible. Une telle voie ne devrait pas être empruntée.

Il s’ensuit que j’adopte la norme qui a historiquement été suivie par notre Cour dans *Finta*, précité, et par les tribunaux d’appel dans l’ensemble du pays. Pour que l’absence d’éléments de preuve

105

106

107

the accused must demonstrate upon a balance of probabilities that the absence of the evidence denies them a fair trial. For this to happen, there must be a real likelihood of prejudice to the right to full answer and defence, in that the evidence if available would have been more likely than not to assist the accused. For the reasons enumerated earlier, speculation in this regard should not be encouraged.

Application to the Case at Bar

108 I would begin by stating that as far as the application of the law set out above to the particular facts of this case is concerned, I am in substantial agreement with the reasons of the Court of Appeal.

109 First, in reversing the decision of the trial judge, the Court of Appeal correctly found that the decision of the trial judge was improperly motivated by his dissatisfaction with the conduct of the Centre. As the trial judge stated at one point (at pp. 307-8):

... every accused is entitled to a fair trial, which is the foundation of our criminal justice system, and where the evidence establishes, as it does in the present case, a blatant and systematic process evolved by the director of the Crisis Centre, either with or without the direction from her superiors, to suppress, distort, and destroy files containing information from the complainants to avoid that information from being produced in court according to law in aid of the defence of an accused person, that is the process which could well result in an innocent person being convicted of a crime which he did not commit.

In this instance the director and/or her superiors were not prepared to allow our system of justice to operate. She and/or they took it upon themselves to be judge and jury and to dispose of files which they knew had "police involvement", for the reason only that it had "police involvement".

Further on, he compounded this error by assessing the prejudice to the accused by focusing on the

constitue une violation de la *Charte*, il faut que les accusés démontrent, selon la prépondérance des probabilités, que cette absence les prive d'un procès équitable. Pour que cela se produise, il doit y avoir une probabilité réelle de préjudice à leur droit de présenter une défense pleine et entière, en ce sens que les éléments de preuve, s'ils avaient été disponibles, auraient probablement aidé les accusés. Pour les motifs énumérés précédemment, les conjectures à cet égard ne devraient pas être encouragées.

Application au présent cas

Je tiens tout d'abord à dire que, sauf en ce qui concerne l'application aux faits particuliers de l'espèce des règles de droit énoncées précédemment, je suis substantiellement d'accord avec les motifs de la Cour d'appel.

Premièrement, en infirmant la décision du juge du procès, la Cour d'appel a conclu, à juste titre, que cette décision était motivée d'une façon inappropriée due à l'insatisfaction du juge du procès à l'égard de la conduite du Centre, ainsi que le juge du procès l'a déclaré dans un passage de sa décision (aux pp. 307 et 308):

[TRADUCTION] . . . tout inculpé a droit à un procès équitable, ce qui est le fondement de notre système de justice pénale, et, dans un cas comme celui-ci où la preuve démontre qu'il a été mis en place par la directrice du Centre, sur les instructions ou non de ses supérieurs, un processus flagrant et systématique en application duquel étaient supprimés, dénaturés et détruits des dossiers contenant des renseignements fournis par les plaignants, afin d'empêcher que ces renseignements soient, conformément à la loi, produits en cour dans le but d'aider à la défense d'un accusé, il s'agit d'un processus qui pourrait fort bien entraîner la condamnation d'un innocent pour un crime qu'il n'a pas commis.

Dans le présent cas, la directrice, ses supérieurs, ou les deux, n'étaient pas disposés à laisser fonctionner notre système de justice. Ils se sont constitués juge et partie et ont détruit des dossiers qu'ils savaient avoir donné lieu à une «intervention policière», pour la seule raison qu'ils avaient donné lieu à une «intervention policière».

Plus loin, le juge du procès a aggravé cette erreur du fait qu'il a apprécié le préjudice causé à l'ac-

reasons for the destruction of the documents rather than their usefulness at trial (at p. 308):

The accused has been deprived of that opportunity by the destruction of the complainant's files and as I have previously found, it is not an answer to say that we do not know what was in the file because they have been destroyed, because then that encourages and condones the actions of those who have prevented an accused from being able to properly examine the complainant on statements previously made by her on the very incidents upon which the indictment is based.

It is clear that the trial judge did not properly consider whether or not the appellant had actually suffered a violation of his *Charter* rights by measuring the prejudice caused by the absence of the impugned material, and in not doing so, he erred.

Did the absence of the material in question here violate the appellant's *Charter* rights? I am of the view that any loss was no more than a mere speculative risk to the appellant's rights, and that, as the Court of Appeal found, no "realistic appraisal of the probable effect of the lost notes can support the conclusion that the accused's right to make full answer and defence was compromised" (p. 215).

Furthermore, my assessment of the situation leads me to conclude that, based on this Court's decision in *O'Connor*, if a proper inquiry into the need for the documents had been held, these notes would not even have met the standard for production to the trial judge. There is no basis whatsoever to conclude that they were "likely relevant", aside from the bare assertion of counsel that the material could somehow have been used to cross-examine the complainant. While I agree with the Court of Appeal that this is not precisely what needs to be considered at this point, it goes without saying that if this lower standard is not met, the more difficult

cusé en s'attachant aux raisons ayant motivé la destruction des documents plutôt qu'à leur utilité au procès (à la p. 308):

[TRADUCTION] L'accusé a été privé de cette possibilité par la destruction du dossier de la plaignante et, comme j'ai conclu plus tôt, ce n'est pas suffisant de dire que nous ne savons pas ce qui se trouvait dans le dossier parce qu'il a été détruit, car cela encourage et excuse les actes de ceux qui ont empêché un accusé de pouvoir interroger adéquatement la plaignante sur des déclarations qu'elle a faites précédemment relativement aux incidents mêmes sur lesquels repose l'acte d'accusation.

Il est évident que, lorsqu'il a évalué le préjudice causé par l'absence des documents en litige, le juge du procès n'a pas adéquatement considéré la question de savoir si l'appelant avait véritablement subi une violation des droits qui lui sont garantis par la *Charte*, et qu'en ne le faisant pas il a commis une erreur.

L'absence des documents en question a-t-elle causé une violation des droits garantis à l'appelant par la *Charte*? J'estime que toute perte n'était au plus qu'un simple risque hypothétique de violation des droits de l'appelant et que, comme a conclu la Cour d'appel, [TRADUCTION] «aucune évaluation réaliste de l'effet probable de la perte des notes ne peut étayer la conclusion que le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière a été compromis» (p. 215).

De plus, mon évaluation de la situation m'amène à conclure que, à la lumière de l'arrêt *O'Connor* de notre Cour, si on s'était interrogé adéquatement sur la nécessité de ces documents les notes en question n'auraient même pas satisfait à la norme relative à la production au juge du procès. Il n'y a absolument rien qui permette de conclure qu'elles étaient «probablement pertinentes», si ce n'est la simple déclaration de l'avocat selon laquelle les documents auraient pu être utilisés d'une façon ou d'une autre pour contre-interroger la plaignante. Bien que je sois d'accord avec la Cour d'appel que ce n'est pas précisément ce qui doit être pris en considération à ce stade-ci, il va sans dire que si cette norme moins élevée n'est pas satisfaite, le fardeau plus lourd que constitue la démonstration de l'existence d'un préjudice causé

110

111

112

onus of showing prejudice to the appellant's fair trial interest will also not be satisfied.

113

In *O'Connor*, this Court made it clear that production of material from a third party necessitated a higher threshold than what would be required if it were in the Crown's possession. An accused, in making a request for production, should not be allowed to undertake a general fishing expedition into the records of a third party. This would completely undermine the entire purpose of *O'Connor*. While Lamer C.J. and Sopinka J. wrote in that case that the standard of likely relevance could be satisfied by demonstrating that the evidence could impact upon the credibility of witnesses, this reference cannot have been intended to mean the credibility of the witness "at large", but must have been referring to their credibility on the issues before the court. As I stated in *O'Connor*, "[t]here is no question that the right to make full answer and defence cannot be so broad as to grant the defence a fishing licence into the personal and private lives of others" (para. 107). Furthermore, I added (at paras. 142 and 144):

The burden on an accused to demonstrate likely relevance is a significant one. For instance, it would be insufficient for the accused to demand production simply on the basis of a bare, unsupported assertion that the records might impact on "recent complaint" or the "kind of person" the witness is. Similarly, the applicant cannot simply invoke credibility "at large", but must rather provide some basis to show that there is likely to be information in the impugned records which would relate to the complainant's credibility on a particular, material issue at trial. Equally inadequate is a bare, unsupported assertion that a prior inconsistent statement might be revealed, or that the defence wishes to explore the records for "allegations of sexual abuse by other people". Such requests, without more, are indicative of the very type of fishing expedition that this Court has previously rejected in other contexts. See, in the context of cross-examination on sexual history, *Osolin, supra*, at p. 618, *per* L'Heureux-Dubé J. dissenting, and *Seaboyer, supra*, at p. 634, *per* McLachlin J. for the majority; in the context of search and seizure, *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, at p. 448, *per* Sopinka J. for the Court, and *Hunter, supra*, at p. 167, *per* Dickson

au droit de l'appelant à un procès équitable ne sera pas satisfait lui non plus.

Dans *O'Connor*, notre Cour a clairement indiqué que la production de documents de la part d'un tiers exigeait l'application d'un test préliminaire plus élevé que celui qui serait requis s'ils étaient en la possession du ministère public. L'accusé qui demande la production de documents ne devrait pas être autorisé à aller à la pêche dans les dossiers d'un tiers. Cela compromettrait tout l'objectif de l'arrêt *O'Connor*. Bien que le juge en chef Lamer et le juge Sopinka aient écrit, dans cette affaire, qu'il serait possible de satisfaire à la norme de la pertinence probable en démontrant que les éléments de preuve pourraient influencer sur la crédibilité des témoins, il n'est pas possible que cette remarque vise la crédibilité des témoins «en général», elle doit se rapporter plutôt à leur crédibilité en ce qui concerne les questions dont le tribunal est saisi. Comme je l'ai déclaré dans *O'Connor*, «[i]l n'y a pas de doute que le droit de présenter une défense pleine et entière ne peut pas aller jusqu'à permettre à la défense de se livrer à une partie de pêche dans la vie personnelle d'autrui» (par. 107). De plus, j'ai ajouté ceci (aux par. 142 et 144):

La charge qui incombe à l'accusé de démontrer la pertinence probable est considérable. Par exemple, il ne suffira pas que l'accusé demande la production de dossiers en se fondant uniquement sur une simple déclaration non étayée selon laquelle les dossiers pourraient influencer sur une «plainte récente» ou le «genre de personne» qu'est le témoin. De la même manière, le requérant ne peut pas simplement invoquer la crédibilité «en général», mais il doit plutôt fournir une base pour prouver qu'il y a des chances que les dossiers contestés contiennent des renseignements qui se rapporteraient à la crédibilité de la plaignante sur une question particulière et essentielle en litige. Tout aussi insuffisante est la simple affirmation non étayée selon laquelle une déclaration antérieure incompatible pourrait être révélée ou selon laquelle la défense désire examiner les dossiers en vue de trouver des «allégations d'abus sexuel commis par d'autres personnes». De telles demandes sont, sans plus, indicatives du type même de partie de pêche que notre Cour a déjà rejeté dans d'autres contextes. Voir, dans le contexte d'un contre-interrogatoire sur le comportement sexuel antérieur, *Osolin*, précité, à la p. 618, le juge L'Heureux-Dubé dissidente, et *Seaboyer*, précité, à la

J. (as he then was) for the Court; in the context of wire-taps and their supporting affidavits, *Chaplin, supra*, at p. 746, *per* Sopinka J. for the Court, *Durette, supra*, at p. 523, *per* L'Heureux-Dubé J. dissenting, *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111, at p. 1169, *per* La Forest J. dissenting, and *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at p. 55, *per* La Forest J. for the majority. See also *Cross on Evidence* (7th ed. 1990), at pp. 51 *et seq.*; *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1976), vol. 17, para. 5, at p. 7; *Wigmore on Evidence* (3rd ed. 1940), vol. 1, para. 9, at pp. 655 *et seq.*

p. 634, le juge McLachlin au nom de la majorité; dans le contexte des fouilles, perquisitions ou saisies, *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, à la p. 448, le juge Sopinka au nom de la Cour, et *Hunter*, précité, à la p. 167, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) au nom de la Cour; dans le contexte de l'écoute électronique et des affidavits à l'appui, *Chaplin*, précité, à la p. 746, le juge Sopinka au nom de la Cour, *Durette*, précité, à la p. 523, le juge L'Heureux-Dubé dissidente, *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111, à la p. 1169, le juge La Forest dissident, et *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, à la p. 55, le juge La Forest au nom de la majorité. Voir également *Cross on Evidence* (7^e éd. 1990), aux pp. 51 et suiv.; *Halsbury's Laws of England* (4^e éd. 1976), vol. 17, par. 5, à la p. 7; *Wigmore on Evidence* (3^e éd. 1940), vol. 1, par. 9, aux pp. 655 et suiv.

Finally, it must not be presumed that the mere fact that a witness received treatment or counselling after a sexual assault indicates that the records will contain information that is relevant to the defence. The focus of therapy is vastly different from that of an investigation or other process undertaken for the purposes of the trial. While investigations and witness testimony are oriented toward ascertaining historical truth — namely, the facts surrounding the alleged assault — therapy generally focuses on exploring the complainant's emotional and psychological responses to certain events, after the alleged assault has taken place. Victims often question their perceptions and judgment, especially if the assailant was an acquaintance. Therapy is an opportunity for the victim to explore her own feelings of doubt and insecurity. It is not a fact-finding exercise. Consequently, the vast majority of information noted during therapy sessions bears no relevance whatsoever or, at its highest, only an attenuated sense of relevance to the issues at trial. Moreover, as I have already noted elsewhere, much of this information is inherently unreliable and, therefore, may frustrate rather than further the truth-seeking process. Thus, although the fact that an individual has sought counselling after an alleged assault may certainly raise the applicant's hopes for a fruitful fishing expedition, it does not follow, absent other evidence, that information found in those records is likely to be relevant to the accused's defence. [Emphasis in original.]

En dernier lieu, il ne faut pas présumer que le simple fait qu'un témoin ait suivi un traitement ou reçu des conseils socio-psychologiques après une agression sexuelle indique que les dossiers contiendront des renseignements qui se rapportent à la défense. Une thérapie ne met pas du tout l'accent sur les mêmes choses qu'une enquête ou un autre processus entrepris aux fins du procès. Alors que les enquêtes et les dépositions des témoins visent à déterminer la vérité historique — à savoir les faits entourant l'agression alléguée — la thérapie met généralement l'accent sur l'examen des réactions émotives et psychologiques de la plaignante à certains événements, après que l'agression sexuelle ait eu lieu. Les victimes mettent souvent en doute leurs perceptions et leur bon jugement, tout particulièrement si l'agresseur était une connaissance. La thérapie offre à la victime l'occasion d'explorer ses propres sentiments de doute et d'insécurité. Ce n'est pas un exercice d'appréciation des faits. Par conséquent, la vaste majorité des renseignements notés au cours des séances de thérapie ne sont nullement pertinents ou, tout au plus, se rapportent peu aux questions en litige. De plus, comme je l'ai déjà mentionné ailleurs, bon nombre de ces renseignements sont peu fiables en soi et peuvent donc entraver plutôt que faciliter le processus de recherche de la vérité. Même si le fait qu'une personne ait sollicité des conseils socio-psychologiques après une présumée agression sexuelle peut certainement susciter chez le requérant l'espoir d'une partie de pêche fructueuse, il ne s'ensuit pas, en l'absence d'autres éléments de preuve, que les renseignements figurant dans ces dossiers se rapporteront vraisemblablement à la défense de l'accusé. [Souligné dans l'original.]

114 In my view, the request made here amounted to no more than what I stated should not be permitted: a fishing expedition in the hopes of uncovering a prior inconsistent statement. Despite the finding of the trial judge, there is absolutely nothing on the record to suggest that there was any discussion between the complainant and the counsellor about the actual details of the events themselves. The appellant, based on the evidence tendered during the *voir dire*, failed to even satisfy the likely relevance threshold.

115 The motion for production, which, in fairness, was made before this Court's reasons in *O'Connor*, said that the grounds for the application were that the documents were "relevant to a material issue in the defence of the accused". Frankly, I fail to see upon what basis this conclusion was reached. The defence initially became aware of the fact that the complainant had attended at the Centre from the disclosure of a statement made by the complainant to the police which mentioned it. The relevant portion of the statement stated:

On March 16, 1992, I attended the Sexual Abuse Crisis Centre in Windsor and met with Peggy Romanello, a counsellor. The reason I met with her was to find out the procedure to be taken to lay charges against Nick Carosella for sexual abuse when I was 14 and 15 years old. [Emphasis added.]

116 At the preliminary inquiry, counsel for the appellant questioned the complainant on the details of those meetings. The only testimony at the preliminary inquiry which actually touched on this issue went as follows:

Q. All right. The day that you went down to the sexual assault centre, did you make that decision yourself that particular day. . . .

A. It was a joint decision with my husband and myself.

Q. All right. And he — he took you down, drove you down, or did you go by yourself?

L'objet de la demande présentée en l'espèce n'était rien d'autre, selon moi, que ce qui, comme je l'ai dit, ne devrait pas être permis: une partie de pêche entreprise dans l'espoir de découvrir une déclaration antérieure contradictoire. Malgré la conclusion du juge du procès, il n'y a absolument rien au dossier qui tende à indiquer que la plaignante et la conseillère ont discuté des détails mêmes des événements en cause. À la lumière de la preuve produite durant le *voir-dire*, l'appelant n'a même pas satisfait au test préliminaire de la pertinence probable.

Dans la requête pour production de documents qui, en toute justice, a été présentée avant le dépôt des motifs de notre Cour dans *O'Connor*, on affirmait que la demande était fondée sur le fait que les documents étaient [TRADUCTION] «pertinents relativement à une question importante pour la défense de l'accusé». Sincèrement, je ne vois pas sur quoi reposait cette conclusion. La défense a appris que la plaignante s'était rendue au Centre à la suite de la communication d'une déclaration faite par cette dernière à la police et dans laquelle il était fait mention de cette visite. Voici le passage pertinent de la déclaration:

[TRADUCTION] Le 16 mars 1992, je me suis rendue au Centre d'aide aux victimes d'agression sexuelle de Windsor où j'ai rencontré Peggy Romanello, une conseillère. Je l'ai rencontrée afin de connaître la marche à suivre pour porter plainte contre Nick Carosella pour des agressions sexuelles subies lorsque j'avais 14 et 15 ans. [Je souligne.]

À l'enquête préliminaire, l'avocat de l'appelant a interrogé la plaignante sur les détails de ces rencontres. Voici les seuls passages de la déposition faite à l'enquête préliminaire qui ont effectivement porté sur cette question:

[TRADUCTION]

Q. D'accord. Le jour où vous vous êtes rendue au Centre d'aide aux victimes d'agression sexuelle, avez-vous pris cette décision vous-même le jour en question. . . .

R. C'était une décision que nous avons prise conjointement, mon mari et moi.

Q. C'est bien. Et il — il vous y a emmenée, il vous y a conduite, ou bien y êtes-vous allée par vous-même?

A. I believe I went by myself.

. . .

Q. So you got there. . . . But you arrived there and you spoke to this person there?

A. Peggy Romanello.

Q. Peggy Romanello. And did you then — when you were speaking to Peggy Romanello, did she sit down and, you know, when you told her the whole story, did she make some notes?

A. Yes, sir.

Q. And.

A. She told me that whatever I said would possibly be subpoenaed for court.

Q. Mm-hmm.

A. And I said that was quite all right.

Q. So she made some notes?

A. Yes, sir.

Q. Did she ever give you copies of those notes?

A. No, sir.

Q. So after those — the note taking, did she ask you to sign the statement? Like did you sign a document there or go over the notes that she made from what you had told her?

A. I'm not sure if I signed anything.

Q. Okay. But she certainly made notes?

A. Yes, sir.

. . .

Q. Did you have any contact with Romanello after that?

A. Yes, sir.

Q. How many occasions would you have met with her?

A. I'm not sure. I went to see her on a number of occasions.

Q. Can you give me an approximate number? I'm not going to hold you to it, I promise.

A. I don't know because she had to leave to — she was having an operation. And there was a few times I

R. Je crois que j'y suis allée par moi-même.

. . .

Q. Donc vous êtes arrivée là . . . Mais vous êtes arrivée là et vous avez parlé à cette personne?

R. Peggy Romanello.

Q. Peggy Romanello. Et avez-vous alors — lorsque vous parliez avec Peggy Romanello, s'est-elle assise et, vous savez, lorsque vous lui avez raconté toute l'histoire, a-t-elle pris des notes?

R. Oui, Monsieur.

Q. Ensuite.

R. Elle m'a dit que tout ce que je dirais pourrait faire l'objet d'un subpoena pour être produit en cour.

Q. Mmm-mmm.

R. Et j'ai dit que ça ne me causait aucun problème.

Q. Donc elle a pris des notes?

R. Oui, Monsieur.

Q. Vous a-t-elle donné des copies de ces notes?

R. Non, Monsieur.

Q. Donc après ces — la prise de notes, vous a-t-elle demandé de signer la déclaration? Avez-vous signé un document à ce moment-là ou parcouru les notes qu'elle avait prises à partir de ce que vous lui aviez dit?

R. Je ne suis pas certaine d'avoir signé quelque chose.

Q. D'accord. Mais il est certain qu'elle a pris des notes?

R. Oui, Monsieur.

. . .

Q. Avez-vous été en contact avec M^{me} Romanello par la suite?

R. Oui, Monsieur.

Q. Combien de fois l'avez-vous rencontrée?

R. Je ne suis pas certaine. Je suis allée la voir à un certain nombre de reprises.

Q. Pouvez-vous me donner un nombre approximatif? Je ne vous forcerai pas à vous en tenir à ce nombre, je vous le promets.

R. Je ne sais pas, parce qu'elle a dû s'absenter — elle devait subir une opération. Et je suis allée la voir à

went to see her, and then I went a couple of times after that with someone else. [Emphasis added.]

quelques occasions, et ensuite j'y suis allée deux ou trois fois après cela avec quelqu'un d'autre. [Je souligne.]

117 The appellant points to the portion of the testimony which I have underlined above, where the complainant agreed that she told the counsellor, the "whole story". In my view, this is a rather speculative interpretation of the response. It was counsel for the appellant who said that the complainant told Ms. Romanello the "whole story", in the midst of posing what amounts to two questions at once. The complainant would appear to have been answering "yes" to the fact that Ms. Romanello made some notes, and not necessarily to the proposition that she related the "whole story". As this was the only reference to the substantive details of the counselling sessions, I think it takes a major leap of faith to arrive at any conclusion about what was actually related.

L'appelant fait état du passage du témoignage que j'ai souligné ci-dessus, où la plaignante a reconnu avoir raconté «toute l'histoire» à la conseillère. À mon avis, il s'agit d'une interprétation plutôt conjecturale de la réponse. C'est l'avocat de l'appelant qui a dit que la plaignante avait raconté «toute l'histoire» à M^{me} Romanello, pendant qu'il posait ce qui équivaut à deux questions à la fois. La plaignante semble avoir répondu «oui» au fait que M^{me} Romanello avait pris des notes, et pas nécessairement à l'argument qu'elle aurait relaté «toute l'histoire». Comme il s'agissait là de la seule allusion à la substance des séances de counselling, je pense qu'il faudrait faire un acte de foi considérable pour tirer quelque conclusion que ce soit au sujet de ce qui a vraiment été relaté.

118 At the point when the order for production was made, this was the totality of evidence available to the court. In my view, this did not get the appellant anywhere near the likely relevance threshold. Aside from pure speculation, there is no evidence whatsoever that the complainant ever spoke to the counsellor in depth about the details of the incidents which were before the court. In fact, the only information which speaks about the actual sessions, in the original police statement, is to the contrary: that the reason for going was to find out how to go about the procedure to lay charges.

Au moment où l'ordonnance de production a été rendue, il s'agissait de la totalité de la preuve dont disposait le tribunal. À mon avis, c'était loin d'être suffisant pour permettre à l'appelant de satisfaire au test préliminaire de la pertinence probable. À l'exception de pures conjectures, rien n'indique que la plaignante ait jamais relaté à la conseillère le détail des incidents dont le tribunal était saisi. De fait, les seuls renseignements concernant les séances elles-mêmes dans la déclaration originale faite à la police sont à l'effet contraire: la raison pour laquelle elle y était allée, c'était pour apprendre la marche à suivre pour déposer des accusations.

119 This information vacuum was not improved upon by the testimony which took place at the *voir dire*. Counsel for the appellant was quite concerned about examining in detail the persons responsible for shredding the records, but seemed uninterested in trying to get to the substance of the conversations between the complainant and the counsellor. While it is true that Ms. Romanello admitted that she had no recollection of the actual conversations between herself and the complainant, the only evidence given about her usual practice of speaking with clients was elicited by the Crown and went as follows:

Le témoignage rendu lors du voir-dire n'a pas corrigé ce manque d'information. L'avocat de l'appelant tenait beaucoup à interroger en détail les personnes chargées du déchetage des dossiers, mais il ne semblait pas intéressé à essayer de connaître la substance des conversations de la plaignante avec la conseillère. Bien qu'il soit vrai que M^{me} Romanello ait admis ne pas se souvenir des conversations qu'elle avait eues avec la plaignante, le seul témoignage qu'elle a donné sur ses pratiques habituelles lorsqu'elle parle avec les clients est venu en réponse aux questions du représentant du ministère public, et allait ainsi:

Q. ... Now the purpose of you keeping some notes, is that so that you can help the person as far as their counselling needs?

A. Yes.

Q. All right. You don't investigate the actual or alleged crime, do you?

A. No.

Q. All right. That's not the purpose of you making any records. Is that right?

A. Not at all.

Q. As far as your notes are, is it correct to state that basically it's a summary of what the person is telling you as opposed to a verbatim account?

A. Yes.

Q. All right. You are not in the habit of letting the person, for example in this case [the complainant], look at the notes to confirm that they were accurate. Is that right?

A. No.

Q. She never looked at them, did she?

A. No, she didn't.

Q. All right.

A. Not to my memory, no. [Emphasis added.]

This evidence supports the conclusion that any information on the actual details of the alleged incidents was likely to have been sketchy and general. Most importantly, counsel for the appellant never asked a question about the details of the conversations to the one person who could have answered whether they were relevant or not: the complainant. My colleague says of the complainant that "even if she could recall she would not likely admit that what was said was inconsistent with her present testimony" (para. 54). This may in fact be true, but at the very least the complainant could have given valuable insight into the materiality of the notes, and could have expanded upon whether or not what was spoken of related in detail to the incidents or whether the actual details were merely peripheral to the therapeutic aspect of the meetings as testified to by Ms. Romanello. Such

[TRANSDUCTION]

Q. ... Bon, la raison pour laquelle vous gardez des notes, c'est afin de pouvoir aider la personne, de répondre à ses besoins en matière de counselling?

R. Oui.

Q. D'accord. Vous n'enquêtez pas sur le crime réel ou allégué, n'est-ce pas?

R. Non.

Q. D'accord. Ce n'est pas dans ce but que vous gardez des dossiers. N'est-ce pas?

R. Pas du tout.

Q. Pour ce qui est de vos notes, est-il exact de dire qu'il s'agit essentiellement d'un résumé de ce que la personne vous raconte plutôt qu'un compte rendu mot pour mot?

R. Oui.

Q. D'accord. Vous n'avez pas l'habitude de laisser la personne, par exemple en l'espèce [la plaignante], voir les notes pour confirmer si elles sont exactes. N'est-ce pas?

R. Non.

Q. Elle ne les a jamais vues, n'est-ce pas?

R. Non, elle ne les a pas vues.

Q. D'accord.

R. Pas que je m'en souviens, non. [Je souligne.]

Ce témoignage vient étayer la conclusion selon laquelle l'information sur le détail même des incidents allégués était probablement sommaire et générale. Fait plus important encore, l'avocat de l'appelant n'a jamais posé de question sur le détail des conversations à la seule personne qui aurait pu dire si cette information était pertinente ou non: la plaignante. Mon collègue dit, au sujet de la plaignante, que «même si elle pouvait s'en rappeler, il est improbable qu'elle admettrait que ce qui s'est dit est incompatible avec son témoignage actuel» (par. 54). C'est peut-être vrai effectivement, mais la plaignante aurait à tout le moins pu donner un aperçu précieux du caractère substantiel des notes, et elle aurait pu préciser si ce dont il a été discuté concernait le détail des incidents ou si les détails mêmes étaient purement accessoires à l'aspect thérapeutique des rencontres, comme l'a déclaré

an inquiry is crucial to making the “likely relevance” threshold a meaningful one: see L. Stuesser, “General Principles Concerning Disclosure” (1996), 1 *Can. Crim. L.R.* 1, at p. 13.

121 In my view, the appellant failed to even get over the threshold of likely relevance. While there was some evidence indicating that the complainant spoke of the offence, this is a far cry from saying that there were details given which could have impacted upon her credibility on a material issue if she were to be cross-examined. The appellant failed to establish an evidentiary basis which would allow a court to conclude that these materials met the threshold of likely relevance. While the trial judge and my colleague appear willing to infer from the sheer length of the conversations that there were notes made which could have been of assistance, I do not think this is a course which should be followed.

122 In any event, even assuming these notes were “likely relevant” and should have been ordered produced, I am at a loss to see how their absence could have occasioned the appellant any prejudice whatsoever, especially given the evidence at the *voir dire* and the multitude of other materials available to cross-examine the complainant.

123 The trial judge, however, found that there was undoubtedly prejudice occasioned by the loss of the statements. Specifically, he stated (at p. 306):

I agree with Crown counsel that we are not to speculate as to what was contained in the destroyed notes, but are we speculating when Mrs. Romanello agrees that her initial interview of the complainant over a period of one hour and 45 minutes, and other interviews, were about the very incidents of victimization sexually of the complainant by the accused as contained in the indictment. The counselling was to be for those incidents. The interviews were the subject matter of those incidents and the notes taken concerning those incidents. Therefore I find that there is no speculation in coming to the conclusion that the notes of those interviews noted in the documents produced by the Crisis Centre relate to alleged

M^{me} Romanello dans son témoignage. Un tel examen est crucial pour faire du test préliminaire de la «pertinence probable» un test utile: voir L. Stuesser «General Principles Concerning Disclosure» (1996), 1 *Rev. can. D.P.* 1, à la p. 13.

À mon avis, l'appelant n'a même pas satisfait au test préliminaire de la pertinence probable. Même s'il existait certains éléments de preuve indiquant que la plaignante avait parlé de l'infraction, ils sont bien loin de démontrer que certains des détails relatés par celle-ci auraient pu influencer sur sa crédibilité relativement à une question substantielle si elle était contre-interrogée. L'appelant n'a pas apporté de preuve qui permettrait à un tribunal de conclure que ces documents satisfaisaient au test préliminaire de la pertinence probable. Bien que le juge du procès et mon collègue semblent disposés à déduire de la longueur même des conversations que des notes qui auraient pu être utiles ont été prises, je ne pense pas qu'il s'agisse d'une voie qui doit être suivie.

De toute façon, même en supposant que ces notes étaient «probablement pertinentes» et que leur production aurait dû être ordonnée, je ne vois pas en quoi leur absence aurait pu causer un quelconque préjudice à l'appelant, compte tenu particulièrement du témoignage rendu lors du *voir-dire* et de la multitude d'autres éléments disponibles pour le contre-interrogatoire de la plaignante.

Le juge du procès a cependant conclu que la perte des déclarations avait indubitablement causé un préjudice. De façon plus précise, il a déclaré ceci (à la p. 306):

[TRADUCTION] Je suis d'accord avec l'avocat du ministère public pour dire que nous ne devons pas nous lancer dans des conjectures au sujet du contenu des notes détruites, mais faisons-nous des conjectures quand M^{me} Romanello reconnaît que son entretien initial avec la plaignante, qui a duré plus d'une heure et 45 minutes, ainsi que d'autres entretiens ont porté sur les incidents mêmes de victimisation sexuelle de la plaignante par l'accusé, qui figurent dans l'acte d'accusation. Les séances de counselling visaient ces incidents. Les entretiens avaient pour objet les incidents et les notes prises concernaient ces incidents. J'estime donc qu'il n'est pas conjectural d'arriver à la conclusion que les notes des

sexual incidents in this trial and, therefore, are relevant and material and would more likely than not tend to assist the accused. The speculation may relate to the details of those notes which we will never know, but that is much different from a finding that the subject matter of the notes is known and is, in fact, material and relevant.

I have a great deal of difficulty with this conclusion, and agree with the respondent that accepting it would involve a major "leap of logic". First, as set out above, I am not convinced that the material was relevant in the sense desired by the appellant. There was a complete absence of evidence to suggest this was the case.

Moreover, these notes would have constituted evidence of the lowest possible quality. They should not be confused with "statements" upon which the complainant could have been cross-examined. These were notes made by another party. They were not acknowledged as a proper recording by the complainant, and any inconsistency would have suffered from several defects, including the fact that they were merely a summary, and not a detailed recounting of the interview. In my view, it is highly likely that anything which did appear inconsistent would have been of such low value given the circumstances that the prejudice from allowing the witness to be cross-examined upon them would have outweighed any potential probative value: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 634.

I go even further. Even if it was somehow demonstrated that the appellant could have cross-examined the complainant on the destroyed notes, or laid a foundation for such cross-examination, their absence does not demonstrate prejudice in the context of this case. As aforementioned, the *Charter* only guarantees a fair trial, and not the most favourable procedure to the accused that could be imagined: *O'Connor, supra*; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309. It is clear that the appellant had no shortage of material upon which to test the complainant's credibility. First, the defence had two

entretiens dont il est fait état dans les documents produits par le Centre se rapportent aux infractions sexuelles alléguées dans le cadre du présent procès et que, par conséquent, elles sont pertinentes et substantielles et tendraient probablement à aider l'accusé. S'il y a conjecture, c'est sur le détail de ces notes que nous ne connaissons jamais, mais cela est bien différent du fait de conclure que le sujet des notes est connu et est, de fait, substantiel et pertinent.

J'ai beaucoup de difficulté avec cette conclusion et je suis d'accord avec l'intimée que l'accepter exigerait de «sauter une étape logique» importante. D'abord, comme je l'ai indiqué plus tôt, je ne suis pas convaincue que les documents étaient pertinents dans le sens souhaité par l'appelant. Il y avait une absence complète de preuve tendant à indiquer que c'était le cas.

En outre, ces notes auraient constitué des éléments de preuve de la plus faible qualité possible. Il ne faut pas les confondre avec des «déclarations» à l'égard desquelles la plaignante aurait pu être contre-interrogée. Il s'agissait de notes prises par une autre partie. La plaignante n'a pas reconnu qu'elles constituaient une consignation fidèle de ses propos, et toute contradiction aurait souffert de plusieurs lacunes, dont le fait que les notes étaient simplement un résumé et non un compte rendu détaillé de l'entretien. À mon avis, il est fort probable que tout ce qui aurait semblé contradictoire aurait eu peu de valeur, étant donné que le préjudice résultant du fait de permettre le contre-interrogatoire du témoin à leur sujet l'aurait emporté sur toute valeur probante possible: *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 634.

J'irai même plus loin. Même s'il était de quelque façon démontré que l'appelant aurait pu contre-interroger la plaignante sur les notes détruites, ou encore établir le fondement d'un tel contre-interrogatoire, l'absence des notes ne prouve pas l'existence d'un préjudice dans le contexte de la présente affaire. Tel que déjà mentionné, la *Charte* garantit uniquement un procès équitable et non pas la procédure la plus favorable qu'un accusé puisse imaginer: *O'Connor, précité*; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309. Il est évident que l'appelant ne manquait pas de documents permet-

124

125

126

detailed statements which were given to the police, the first of which was made one day after she attended the Centre. There is nothing to suggest notes made at the Centre would have been materially different from the statements given to the police. In addition, the complainant was subject to cross-examination at the preliminary inquiry, in which counsel for the appellant probed deeply into the details of the alleged offence.

127

In light of the multitude of evidence which was available to the accused, it is purely speculative to suggest that anything the complainant said to Ms. Romanello may have been materially inconsistent, and even if it was, that it was not duplicated by what was available to the defence. See regarding this approach: *R. v. Tobin* (1995), 142 N.S.R. (2d) 83 (S.C.); *R. v. Ross*, [1995] O.J. No. 3716 (Gen. Div.); *United States v. Femia*, 9 F.3d 990 (1st Cir. 1993), at p. 994. In addition, given these circumstances, I find it difficult to conclude that the unavailability of some evidence, through no fault of the Crown, or for that matter, the complainant, could have deprived the accused of a fair trial. In my view, for the reasons I have set out above, the appellant did not come anywhere near achieving the onus that was upon him to demonstrate prejudice to his ability to make full answer and defence. I am therefore in agreement with the Court of Appeal that there was no breach of the appellant's rights in this regard.

128

Before moving on, I wish to add that I agree with the respondent that the pre-trial motion which took place in this case should be avoided whenever possible: *O'Connor, supra*. While the matter proceeded in that way on consent between the Crown and the appellant, an application of this nature should ordinarily be brought at the conclusion of the Crown's case so that a more complete examination into the potential prejudice can be properly assessed: *R. v. Martin* (1991), 63 C.C.C. (3d) 71 (Ont. C.A.), at p. 85, aff'd [1992] 1 S.C.R. 838; *R.*

tant de mettre la crédibilité de la plaignante à l'épreuve. D'abord, la défense disposait de deux déclarations détaillées qui avaient été faites à la police, dont la première un jour après que la plaignante soit allée au Centre. Rien ne tend à indiquer que les notes prises au Centre auraient été substantiellement différentes des déclarations faites à la police. De plus, au cours de l'enquête préliminaire, la plaignante a été soumise à un contre-interrogatoire durant lequel l'avocat de l'appellant l'a minutieusement interrogée sur le détail de l'infraction alléguée.

Compte tenu des très nombreux éléments de preuve à la disposition de l'accusé, il est purement conjectural de suggérer que ce que la plaignante a dit à M^{me} Romanello aurait pu contenir des contradictions importantes, et, même si c'était le cas, qu'on ne les retrouvait pas dans ce dont disposait la défense. Voir, relativement à cette approche: *R. c. Tobin* (1995), 142 N.S.R. (2d) 83 (C.S.); *R. c. Ross*, [1995] O.J. No. 3716 (Div. gén.); *United States c. Femia*, 9 F.3d 990 (1st Cir. 1993), à la p. 994. En outre, compte tenu des circonstances, il m'est difficile de conclure que la non-disponibilité d'une certaine preuve, sans faute de la poursuite, ou quant à cela de la plaignante, aurait pu priver l'accusé d'un procès équitable. À mon avis, pour les motifs que j'ai exposés précédemment, l'appellant est loin de s'être acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer que l'absence de documents avait nui à sa capacité de présenter une défense pleine et entière. Je suis donc d'accord avec la Cour d'appel qu'il n'y a pas eu violation des droits de l'appellant à cet égard.

Avant de poursuivre, je désire ajouter que je conviens avec l'intimée que, chaque fois que cela est possible, le genre de requête préalable au procès présentée en l'espèce devrait être évitée: *O'Connor, précité*. Bien que le ministère public et l'appellant aient été d'accord pour procéder ainsi, une demande de cette nature devrait normalement être présentée à la fin de l'exposé de la preuve du ministère public, afin qu'il soit possible d'examiner de façon plus complète la question du préjudice potentiel et de l'apprécier adéquatement: *R. c.*

v. B. (D.J.), *supra*; *R. v. Andrew* (1992), 60 O.A.C. 324 (C.A.).

Martin (1991), 63 C.C.C. (3d) 71 (C.A. Ont.), à la p. 85, conf. par [1992] 1 R.C.S. 838; *R. c. B. (D.J.)*, précité; *R. c. Andrew* (1992), 60 O.A.C. 324 (C.A.).

Remedy

As I have concluded there was no violation in the case at bar, it is not strictly necessary to deal with the application of s. 24(1) here; nevertheless, I wish to briefly comment upon the issue of remedies in missing evidence cases generally.

In my view, assessing the proper remedy in a case where missing evidence is shown to affect the accused's right to full answer and defence must be done in its proper context. As aforementioned, it is crucial that the ruling not be made in isolation and that a trial judge consider all the evidence in the case before coming to a concrete assessment of the appropriate remedy. In essence, as I stated in *O'Connor*, a stay of proceedings should continue to be a remedy of last resort, and should come into play only in the "clearest of cases" where the prejudice suffered is irreparable, and no other remedy will suffice.

The key factor in assessing whether other remedies are possible will be an examination of how the evidence could have potentially impacted upon the Crown's case. It may well be that, although a violation of the *Charter* occurred, its effect was confined to one particular issue, and that a stay is not the necessary remedy. In an appropriate case, the trial judge could consider a variety of remedies. It might, for example, be sufficient in a case to exclude evidence tendered by the Crown which was closely integrated with the missing material. In another situation, the lost evidence might be distinguishable to one particular issue, and although the accused was able to demonstrate that the evidence would have been helpful, it did not necessarily exculpate him. For example, in a case where the accused was charged with murder, the lost evidence, at its highest, might only have eliminated

La réparation

Comme j'ai conclu qu'il n'y a pas eu de violation en l'espèce, il n'est pas strictement nécessaire d'examiner l'application du par. 24(1); néanmoins, je désire commenter brièvement la question des réparations dans les affaires de preuve manquante en général.

À mon avis, dans les cas où il est établi que l'élément de preuve manquant influe sur le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, la détermination de la réparation convenable doit se faire eu égard au contexte approprié. Comme je l'ai mentionné précédemment, il est crucial que la décision ne soit pas prise isolément et que le juge du procès tienne compte de tous les éléments de preuve présentés dans l'affaire avant de décider concrètement de la réparation convenable. Essentiellement, comme je l'ai affirmé dans *O'Connor*, l'arrêt des procédures devrait continuer d'être une réparation de dernier ressort et elle ne devrait être accordée que dans les «cas les plus manifestes» où le préjudice subi est irréparable et aucune autre réparation ne suffit.

Le facteur clé pour déterminer si d'autres réparations sont possibles consiste à se demander comment les éléments de preuve auraient pu influencer sur la preuve du ministère public. Il est bien possible que, même s'il y a violation de la *Charte*, l'effet de celle-ci se limite à une question particulière et que l'arrêt des procédures ne soit pas la réparation nécessaire. Dans un cas approprié, le juge du procès pourrait envisager diverses réparations. Par exemple, il pourrait être suffisant, dans un cas donné, d'écarter des éléments de preuve produits par le ministère public et étroitement intégrés aux documents manquants. Dans une autre situation, il est possible qu'un élément de preuve perdu puisse être rattaché à une question en litige particulière, et que, même si l'accusé a pu démontrer que cet élément lui aurait été utile, il ne l'aurait pas nécessairement disculpé. Par exemple, dans un cas où l'ac-

129

130

131

the intent to kill. In such a case, it would still be possible to make a determination of the accused's guilt or innocence on a lesser, included offence. Given that there was no violation in this case, there is no need to examine this in detail. These situations are best dealt with as they arise.

cusé est inculpé de meurtre, il est possible que l'élément de preuve perdu n'aurait eu pour effet, tout au plus, que d'éliminer l'intention de tuer. Dans un tel cas, il serait encore possible de se prononcer sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé relativement à une infraction moindre et incluse. Étant donné qu'il n'y a pas eu violation en l'espèce, il n'y a pas lieu d'examiner cette question en détail, car il est préférable d'aborder ces situations au fur et à mesure qu'elles se présentent.

132 I note, however, that the American authorities have examined the question of remedies in some detail, and their experience may prove useful in helping to arrive at an appropriate remedy in an individual case. Like ours, the American position is that dismissing charges against an accused, the equivalent of a stay of proceedings, should only occur where no other remedy will suffice. For a helpful summary of some of the remedies which have been proposed in cases of missing evidence, see *People v. Kelly*, 467 N.E.2d 498 (N.Y. 1984); *People v. Sams*, 685 P.2d 157 (Colo. 1984).

Je souligne, cependant, que les tribunaux américains ont examiné en détail la question des réparations, et que leur expérience peut se révéler utile pour déterminer la réparation convenable dans un cas donné. Tout comme la nôtre, la position américaine est que le rejet des accusations portées contre un inculpé, soit l'équivalent de l'arrêt des procédures, ne devrait être prononcé que lorsque aucune autre réparation ne suffirait. Pour un aperçu utile de certaines des réparations qui ont été proposées dans des affaires de preuve manquante, voir *People c. Kelly*, 467 N.E.2d 498 (N.Y. 1984); *People c. Sams*, 685 P.2d 157 (Colo. 1984).

Abuse of Process

L'abus de procédure

133 Because of my conclusion that the appellant has not demonstrated any prejudice to his right to make full answer and defence, it is necessary for me to address his alternative argument that the Centre's conduct was an abuse of process by virtue of being an affront to the judicial system. There are two answers to this argument. In the first place, this "residual category" of abuse of process focuses on the motives and conduct of the prosecution, not on the motives of third parties. In the second place, even if third parties' conduct were relevant, the Centre's conduct was not such an affront to the judicial system that it could be characterized as an abuse of process.

Vu ma conclusion selon laquelle l'appelant n'a pas démontré l'existence de quelque violation de son droit de présenter une défense pleine et entière, il est nécessaire d'examiner son autre argument voulant que la conduite du Centre était un abus de procédure parce qu'elle constituait un affront au système judiciaire. Cet argument appelle deux réponses. En premier lieu, cette «catégorie résiduelle» d'abus de procédure met l'accent sur les motifs et la conduite de la poursuite, non sur les motifs de tierces parties. En second lieu, même si la conduite de tierces parties était un facteur pertinent, la conduite du Centre ne constituait pas un affront au système judiciaire d'une ampleur telle qu'elle pourrait être qualifiée d'abus de procédure.

The Residual Category of Abuse of Process and the Conduct of Third Parties

La catégorie résiduelle d'abus de procédure et la conduite des tiers

134 In *O'Connor*, *supra*, at para. 73, I described the "residual category" of abuse of process cases as "address[ing] the panoply of diverse and some-

Dans *O'Connor*, précité, au par. 73, j'ai décrit la «catégorie résiduelle» d'abus de procédure en disant qu'elle «envisage [...] l'ensemble des cir-

times unforeseeable circumstances in which a prosecution is conducted in such a manner as to connote unfairness or vexatiousness of such a degree that it contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process” (emphasis added). The question, in other words, is whether the prosecution undermines the moral integrity of the system.

It is difficult to see how the conduct of a third party could undermine the moral integrity of a prosecution if it does not affect the fairness of the trial. The law recognizes that serious improprieties on the part of the police or prosecuting authorities — ulterior motives for a prosecution and entrapment, to name but two examples — could be so inconsistent with the community’s sense of decency that a remedy for abuse of process is warranted even if the impugned conduct did not affect the fairness of the trial. See D. M. Paciocco, “The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases: Abusing the Abuse of Process Concept” (1991), 15 *Crim. L.J.* 315, at pp. 318-19; A. L.-T. Choo, “Halting Criminal Prosecutions: The Abuse of Process Doctrine Revisited”, [1995] *Crim. L.R.* 864, at pp. 866-71. However, the conduct of a potential witness or other third party cannot be assimilated to an abuse by the state of its investigatory powers and prosecutorial prerogative.

For example, a witness may commit perjury in an effort to obtain the conviction of an accused he or she dislikes. If this is discovered during the trial, it does not become an abuse of process. The jury can disregard the testimony, and appropriate measures can be taken against the witness. Similarly, a witness may breach a court order out of disrespect for the judicial system. Here, the proper course of action, where the conduct of a witness undermines the authority of the court and brings the administration of justice into disrepute, is to cite the witness for contempt of court or take other appropriate action. The prosecution itself does not damage the authority of the court, unless the conduct of the third party was such as to compromise the

constances diverses et parfois imprévisibles dans lesquelles la poursuite est menée d’une manière inéquitable ou vexatoire au point de contrevenir aux notions fondamentales de justice et de miner ainsi l’intégrité du processus judiciaire» (je souligne). Autrement dit, la question est de savoir si la poursuite mine l’intégrité morale du système.

Il est difficile de voir comment la conduite d’un tiers pourrait miner l’intégrité morale de poursuites judiciaires si elle n’influe pas sur le caractère équitable du procès. Le droit reconnaît que des irrégularités graves commises par les autorités policières ou la poursuite — motifs inavoués d’intenter des poursuites et de tendre un piège, pour ne mentionner que ces deux exemples — pourraient être à ce point contraires au sens de la décence de la collectivité qu’une réparation pour abus de procédure s’impose, même si la conduite en cause n’a pas influé sur le caractère équitable du procès. Voir D. M. Paciocco, «The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases: Abusing the Abuse of Process Concept» (1991), 15 *Crim. L.J.* 315, aux pp. 318 et 319; A. L.-T. Choo, «Halting Criminal Prosecutions: The Abuse of Process Doctrine Revisited», [1995] *Crim. L.R.* 864, aux pp. 866 à 871. Cependant, la conduite d’un témoin potentiel ou d’un autre tiers ne peut pas être assimilée à un abus par l’État de ses pouvoirs d’enquête et de sa prérogative en matière de poursuites.

À titre d’exemple, un témoin peut commettre un parjure dans le but d’obtenir la condamnation d’un accusé qu’il n’aime pas. Si on découvre ce fait durant le procès, cela ne devient pas un abus de procédure. Le jury peut écarter le témoignage, et des mesures appropriées peuvent être prises contre le témoin. De même, un témoin peut violer une ordonnance judiciaire par manque de respect envers le système judiciaire. Dans un tel cas, la façon appropriée de faire, lorsque la conduite d’un témoin mine l’autorité du tribunal et déconsidère l’administration de la justice, consiste à citer le témoin pour outrage au tribunal ou à prendre une autre mesure appropriée. La poursuite elle-même ne porte pas atteinte à l’autorité du tribunal, à

135

136

accused's right to a fair trial. Absent such circumstances, the prosecution is not an abuse of process.

137 It is true that there can be an abuse of process where the criminal courts are used by private parties for an improper purpose, such as the collection of a civil debt. See *Rourke v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 1021, at p. 1031, the only decision cited by the appellant on this point. See also Paciocco, *supra*, at p. 319, fn. 12; Choo, *supra*, at pp. 866-67. However, even in such cases, the abuse lies in the use of the judicial process as an instrument of extortion in the realization of a goal beyond the proper scope of a criminal proceeding. The question is not whether some third party's conduct is reprehensible, but whether the prosecution would undermine the moral integrity of the judicial system.

138 This was in fact the finding of this Court in *Vermette*, *supra*. In that case, as aforementioned, the accused argued that the actions of the Premier of the province in breaching the *sub judice* rule violated his right to a fair trial. He also argued that the continued prosecution constituted an abuse of process. On this point, La Forest J. substantially adopted the reasoning of Beauregard J.A. as to whether the action of someone outside the Attorney General's office could amount to an abuse of process. Specifically, Beauregard J.A. stated (at pp. 540-41 C.C.C.):

With respect to the second submission, I am also of the humble opinion that it has not been proven that the Attorney-General committed an abuse of process.

The mistrial was not caused by any act of the Attorney-General or anyone under his control. The acts of the head of the government, who as a member of the Assembly, infringed the *sub judice* rule to the detriment of the respondent, cannot be attributed to the Attorney-General because he is a member of this same government.

moins que la conduite du tiers ait été telle qu'elle ait compromis le droit de l'accusé à un procès équitable. En l'absence de circonstances de ce genre, la poursuite de la cause ne constitue pas un abus de procédure.

Il est vrai qu'il peut y avoir abus de procédure lorsque des parties privées se servent des cours criminelles pour une fin illégitime, tel le recouvrement d'une créance civile. Voir *Rourke c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 1021, à la p. 1031, le seul arrêt cité par l'appellant sur ce point. Voir également Paciocco, *loc. cit.*, à la p. 319, note 12; Choo, *loc. cit.*, aux pp. 866 et 867. Cependant, même dans de tels cas, l'abus repose dans l'utilisation du processus judiciaire comme moyen d'extorquer quelque chose dans la réalisation d'un but qui outrepassé le cadre légitime d'une procédure criminelle. La question n'est pas de savoir si la conduite d'un tiers est répréhensible, mais plutôt si la poursuite de la cause minerait l'intégrité morale du système judiciaire.

Il s'agit, de fait, de la conclusion qu'a tirée notre Cour dans *Vermette*, précité. Dans cette affaire, comme je l'ai déjà mentionné, l'accusé prétendait que les actes accomplis par le premier ministre de la province en contrevenant à la règle du *sub judice* avaient violé son droit à un procès équitable. Il affirmait également que la continuation des poursuites constituait un abus de procédure. Sur ce point, le juge La Forest a adopté, pour l'essentiel, le raisonnement du juge Beauregard relativement à la question de savoir si les actes accomplis par quelqu'un n'appartenant pas au bureau du procureur général pouvaient équivaloir à un abus de procédure. Voici précisément ce qu'a dit le juge Beauregard (à la p. 473):

Sur la deuxième proposition, je suis également humblement d'avis que la preuve n'a pas été faite que le procureur général a commis un abus de procédure.

L'avortement du procès n'a pas été causé par le fait du procureur général ou celui d'une personne dont il répondait. On ne saurait imputer au procureur général, parce qu'il est membre du gouvernement, le fait que le chef de ce même gouvernement, comme parlementaire, aurait violé la règle du *sub judice* au détriment de l'intimé.

The Attorney-General, conscious that a new trial would certainly cause some prejudice to the respondent, weighed this prejudice against the public interest that crime be fought. In light of the nature of the charges in this case and the fundamental rights placed in jeopardy by these crimes. I am not convinced that the Attorney-General used his discretion in an abusive fashion.

In the case at bar, we would appear to have a similar situation. The Crown has decided in good faith that it was appropriate to prosecute the appellant in respect of the acts of gross indecency he allegedly committed against the complainant. I share the view of the Court of Appeal that, whatever the motives of the third party Centre, the Crown was not abusing the court's process. The conduct of a third party cannot, unless it affects the fairness of the trial, disentitle the Crown to proceed with a case which it believes in good faith to be suitable for prosecution.

The appellant alternatively attempts to identify government action on the part of the Centre by suggesting that the Centre and the Crown are closely aligned because the Centre receives a major part of its funding from the government and must follow certain guidelines in the process. In my view, the suggestion that the Centre can be considered an arm of the Attorney General, or indeed, even a government agency, cannot be seriously entertained.

Centre's Conduct

In any event, I am not convinced that the Centre's conduct was "manifestly inappropriate" so as to meet the standard of an abuse of process. Of course, given my conclusions on the other issues, it is not necessary to address this point. Nevertheless, strictly as an aside, I would offer the following comments.

The Centre was not acting out of *animus* against this appellant; nor was it acting out of generalized *animus* against persons accused of sexual assault, or at the instigation of the Crown. Rather, the record indicates that the Centre was implementing

Conscient que la reprise du procès allait causer un préjudice certain à l'intimé, le procureur général a mis ce préjudice en balance avec l'intérêt public qui exige que le crime soit combattu. Vu la nature de l'accusation en cause et les droits fondamentaux mis en péril par les crimes dont il s'agit, je ne peux me convaincre que le procureur général a usé de sa discrétion d'une façon abusive.

En l'espèce, il semble, que nous soyons saisis d'une situation analogue. Le ministère public a décidé, de bonne foi, qu'il y avait lieu de poursuivre l'appellant relativement aux actes de grossière indécence qu'il aurait commis contre la plaignante. Je partage l'avis de la Cour d'appel que, quels que soient les motifs du tiers, en l'occurrence le Centre, le ministère public n'abusait pas du processus judiciaire. La conduite d'un tiers ne peut pas, sauf si elle influe sur le caractère équitable du procès, priver le ministère public du droit de donner suite à une affaire qu'il croit de bonne foi devoir faire l'objet d'une poursuite.

Subsidiairement, l'appellant tente d'assimiler l'acte du Centre à un geste du gouvernement en prétendant que le Centre et le ministère public sont étroitement liés parce que le Centre reçoit une part importante de son financement du gouvernement et qu'il doit suivre certaines directives à cet égard. À mon avis, on ne peut pas avancer sérieusement l'argument que le Centre peut être assimilé à un secteur du procureur général ou même à un organisme gouvernemental.

La conduite du Centre

Quoi qu'il en soit, je ne suis pas convaincue que la conduite du Centre était «manifestement inappropriée» au point de satisfaire à la norme applicable en matière d'abus de procédure. Étant donné mes conclusions sur les autres questions, il va de soi qu'il n'est pas nécessaire d'aborder ce point. Néanmoins, uniquement en passant, je dirais ceci.

Le Centre n'agissait pas par animosité envers le présent appellant, pas plus qu'il n'agissait par animosité généralisée contre les personnes accusées d'agression sexuelle ou à l'instigation du ministère public. Au contraire, il ressort du dossier que le

139

140

141

142

a general policy designed to protect its clients' privacy and ensure that women would not be dissuaded from seeking assistance for fear that their private discussions will be communicated to the defence. The fact that this particular complainant had, to a certain extent, waived confidentiality does not affect the validity of the Centre's general policy. It is entirely legitimate and understandable for a centre to warn its clients that their files could be subpoenaed, and to obtain their consent to release the records in such an eventuality, while at the same time taking steps to defend the confidentiality of the records.

Centre appliquait une politique générale destinée à protéger la vie privée de ses clients et à permettre que les femmes ne soient pas dissuadées de demander de l'aide de peur que leurs discussions privées soient communiquées à la défense. Le fait que la plaignante concernée ait, dans une certaine mesure, renoncé à la confidentialité de son dossier n'a pas d'incidence sur la validité de la politique générale du Centre. Il est tout à fait légitime et compréhensible qu'un centre avertisse ses clients que leurs dossiers pourraient faire l'objet d'un subpoena et, dans tel cas, qu'il obtienne leur consentement avant de communiquer les dossiers, tout en prenant des mesures pour protéger leur confidentialité.

143 According to Sopinka J., the conduct of the Centre is an affront to the justice system and the Centre is flouting the authority of the courts. In my view, it is important to keep the actions of the Centre in their proper perspective. First, this is not a case where a person shredded documents in respect of which a subpoena or court order had been issued. On the contrary, the Centre's policy on shredding states that "[w]e cannot shred a document if it has been subpoenaed or there is an application requesting a Court Order".

Selon le juge Sopinka, la conduite du Centre est un affront au système de justice et le Centre fait fi de l'autorité des tribunaux. À mon avis, il est important de considérer les actions du Centre dans leur juste perspective. D'abord, il ne s'agit pas d'un cas où une personne a déchiqueté des documents visés par un subpoena ou une ordonnance judiciaire. Au contraire, il est dit dans la politique du Centre sur le déchiquetage: [TRADUCTION] «[n]ous ne pouvons pas déchiqueter un document si sa production a été requise par subpoena ou si une demande d'ordonnance judiciaire a été présentée».

144 It is also highly significant that the Centre was under no obligation whatsoever to create or maintain records. My colleague appears to suggest that an independent agency cannot destroy materials which might one day be required to be produced to the court. In my view, this type of obligation is completely inappropriate. The Centre created notes for its own purposes. It was under no obligation to do so. Once it did, it had a legitimate property interest in them which it was able to do with as it saw fit. To suggest that the court should be able to enforce a maintenance obligation to property which might one day be needed by the courts is a hefty burden indeed: see Martin, *supra*, at p. 116; Gilmour, *supra*, at p. 256.

Le fait que le Centre n'était absolument pas tenu de créer ou de conserver des dossiers est également très important. Mon collègue semble laisser entendre qu'un organisme indépendant ne peut pas détruire de documents dont la production en cour pourrait un jour être requise. À mon avis, une obligation de ce genre est tout à fait inappropriée. Le personnel du Centre prenait des notes pour ses propres fins. Le Centre n'avait aucune obligation de le faire. Une fois les notes prises, il avait sur elles un droit de propriété légitime dont il pouvait faire ce que bon lui semblait. Suggérer qu'un tribunal devrait pouvoir faire respecter une obligation de conservation à l'égard de biens dont les tribunaux pourraient un jour avoir besoin est un très lourd fardeau: voir Martin, *loc. cit.*, à la p. 116; Gilmour, *loc. cit.*, à la p. 256.

In this case, the implementing of the policy was confined to cases where there was so-called “police involvement”, and this factor in and of itself could perhaps be seen as questionable. Nevertheless, a policy to destroy all notes made with clients could not be seen in the same light.

In *O'Connor*, the Court held that complainants' records, if in existence, may be ordered produced. It also articulated a special procedure for determining whether such records should be produced, and, in my view, the *raison d'être* of this procedure was to enhance the protection given to the complainant's privacy. The procedure does not impose a special obligation on therapists and counsellors to create or retain records. Like the holders of any other kind of confidential record, the Centre and other therapists are at liberty to adopt legal policies in conformity with what is, in their view, appropriate.

Finally, I must comment upon the fact that these agencies have even felt it necessary to go to such lengths. From a quick perusal of lower court judgments, it would appear as if a request for therapeutic records in cases of sexual assault is becoming virtually automatic, with little regard to the actual relevancy of the documents. We have now come to a situation where people trying to help victims have resorted to foregoing the taking of notes or destroying them *en masse* in order to prevent what they see as a grave injustice. It is extremely likely that the therapeutical process for which these notes are actually created is being harmed in their absence; Gilmour, *supra*, at p. 257; MacCrimmon, *supra*, at p. 56.

Disposition

In the result, I would dismiss the appeal.

En l'espèce, l'application de la politique se limitait aux dossiers ayant donné lieu à ce qu'on disait une «intervention policière», et cet aspect pourrait peut-être en soi être jugé discutable. Néanmoins, une politique prévoyant la destruction de toutes les notes prises au sujet des clients ne pourrait pas être considérée sous le même jour.

Dans *O'Connor*, la Cour a conclu que la production des dossiers des plaignants, s'ils existent, peut être ordonnée. Elle a aussi établi une procédure spéciale pour déterminer si de tels dossiers doivent être produits, et, à mon avis, la raison d'être de cette procédure visait à accroître la protection de la vie privée des plaignants. La procédure n'impose pas aux thérapeutes et aux conseillers l'obligation spéciale de créer ou de conserver des dossiers. À l'instar des détenteurs de tout autre type de dossiers confidentiels, le Centre ainsi que les autres organismes offrant des services thérapeutiques sont libres d'adopter des politiques légales et conformes à ce qu'ils estiment approprié.

Enfin, il me faut commenter le fait même que ces organismes aient jugé nécessaire de prendre de telles mesures. Il semble, après un examen sommaire de la jurisprudence émanant des tribunaux, que la présentation d'une demande de production des dossiers thérapeutiques soit en train de devenir une mesure virtuellement automatique dans les affaires d'agression sexuelle, sans que l'on s'interroge beaucoup sur la pertinence véritable des documents. Nous nous trouvons maintenant dans la situation où des gens qui essaient d'aider des victimes décident de cesser de prendre des notes ou de détruire en masse celles qu'ils ont prises, afin de prévenir ce qu'ils considèrent comme une injustice grave. Il y a de très fortes chances que le processus thérapeutique pour lequel ces notes sont prises dans les faits souffre de leur absence; Gilmour, *loc. cit.*, à la p. 257; MacCrimmon, *loc. cit.*, à la p. 56.

Dispositif

En conséquence, je rejeterais le pourvoi.

145

146

147

148

Appeal allowed, LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Bruce Duncan, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Pourvoi accueilli, les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et MCLACHLIN sont dissidents.

Procureur de l'appelant: Bruce Duncan, Toronto.

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

A. M. Appellant

v.

Clive Ryan and Dr. Kathleen Parfitt Respondents

INDEXED AS: M. (A.) v. RYAN

File No.: 24612.

1996: October 2; 1997: February 6.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Evidence — Disclosure — Counselling records — Victim bringing civil action for damage allegedly caused by defendant's sexual conduct — Defendant seeking production of psychiatrist's counselling records and notes — Whether documents privileged — Whether records and notes should be produced — British Columbia Supreme Court Rules, Rule 26(11).

When the appellant was 17 years old, she underwent psychiatric treatment from the respondent R. In the course of treatment, R had sexual relations with her. He also committed acts of gross indecency in her presence. The appellant asserts that this conduct injured her and has sued R for damages. In order to deal with the difficulties allegedly caused by the sexual assault and gross indecency as well as other problems, the appellant sought psychiatric treatment from the respondent P. The appellant was concerned that communications between her and P should remain confidential, and P assured her that everything possible would be done to ensure that this was the case. At one point, the appellant's concerns led P to refrain from taking her usual notes. At the hearing before the Master of R's motion to obtain disclosure, P agreed to release her reports, but claimed privilege in relation to her notes. Counsel for the appellant was present. He supported P's objections to production, but did not assert a formal claim to privilege on behalf of the appellant. The Master found that P had no privilege in the documents and ordered that they all be produced to R. The British Columbia Supreme Court affirmed that decision. P's appeal to the Court of Appeal was allowed in part. The court ordered disclosure of P's reporting letters and notes recording discussions between her and the appellant. The disclosure ordered

A. M. Appelante

c.

Clive Ryan et Dr Kathleen Parfitt Intimés

RÉPERTORIÉ: M. (A.) c. RYAN

N° du greffe: 24612.

1996: 2 octobre; 1997: 6 février.

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

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

Preuve — Divulgence — Dossiers de consultation — Poursuites civiles intentées par la victime pour le préjudice que lui aurait causé la conduite sexuelle du défendeur — Demande du défendeur visant à obtenir la production des notes et des dossiers de consultation du psychiatre — Ces documents sont-ils privilégiés? — Les dossiers et les notes devraient-ils être produits? — British Columbia Supreme Court Rules, art. 26(11).

L'appelante était âgée de 17 ans lorsqu'elle a été traitée par un psychiatre, l'intimé R. Au cours du traitement, R a eu des relations sexuelles avec elle. Il a également accompli des actes de grossière indécence en sa présence. L'appelante allègue que cette conduite l'a lésée et elle poursuit R en vue d'obtenir des dommages-intérêts. Pour faire face aux difficultés qui lui auraient été causées par l'agression sexuelle et les actes de grossière indécence, ainsi qu'à d'autres problèmes, l'appelante a consulté une psychiatre, l'intimée P. L'appelante tenait à ce que ses communications avec P demeurent confidentielles, et P lui a assuré qu'elle ferait tout son possible pour qu'il en soit ainsi. À un moment donné, P s'est abstenue de prendre ses notes habituelles, en raison des craintes de l'appelante. À l'audition devant le protonotaire de la requête en divulgation de R, P a consenti à remettre ses rapports, mais a revendiqué un privilège à l'égard de ses notes. L'avocat de l'appelante était présent. Il a appuyé P dans son opposition à la production, mais n'a pas revendiqué formellement un privilège au nom de l'appelante. Le protonotaire a conclu que P ne jouissait d'aucun privilège quant aux documents en question et en a ordonné la production à R. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a confirmé cette décision. L'appel de P devant la Cour d'appel a été accueilli en partie. La cour a ordonné la divulgation des

was protected by four conditions: that inspection be confined to R's solicitors and expert witnesses, and that R himself could not see them; that any person who saw the documents should not disclose their contents to anyone not entitled to inspect them; that the documents could be used only for the purposes of the litigation; and that only one copy of the notes was to be made by R's solicitors, to be passed on as necessary to R's expert witnesses.

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

Per La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The common law principles underlying the recognition of privilege from disclosure proceed from the fundamental proposition that everyone owes a general duty to give evidence relevant to the matter before the court, so that the truth may be ascertained. To this fundamental duty, the law permits certain exceptions, known as privileges, where it can be shown that they are required by a public good transcending the normally predominant principle of utilizing all rational means for ascertaining the truth. The common law permits privilege in new situations where reason, experience and application of the principles that underlie the traditional privileges so dictate. It follows that the law of privilege may evolve to reflect the social and legal realities of our time, including the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The first three conditions for privilege for communications between a psychiatrist and the victim of a sexual assault are met in this case, since the communications were confidential, their confidence is essential to the psychiatrist-patient relationship, and the relationship itself and the treatment it makes possible are of transcendent public importance. The fourth requirement is that the interests served by protecting the communications from disclosure outweigh the interest of pursuing the truth and disposing correctly of the litigation.

If the court considering a claim for privilege determines that a particular document or class of documents must be produced to get at the truth and prevent an unjust result, it must permit production to the extent required to avoid that result. On the other hand, the need

lettres de compte rendu et des notes de P relatant les discussions entre elle et l'appelante. La divulgation ordonnée était assujettie à quatre conditions: l'examen des documents devrait être réservé aux avocats de R et aux témoins experts sans que R puisse lui-même les consulter, quiconque prendrait connaissance des documents devrait s'abstenir d'en divulguer le contenu à une personne non autorisée à les examiner, les documents ne devraient être utilisés qu'aux fins du litige, et les avocats de R ne devraient faire qu'une seule copie des notes, laquelle devrait être transmise, si nécessaire, aux témoins experts de R.

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

Les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Les principes de common law qui sous-tendent la reconnaissance d'un privilège interdisant la divulgation découlent de la proposition fondamentale selon laquelle toute personne a une obligation générale de faire un témoignage pertinent quant à la question dont le tribunal est saisi, de manière à ce que la vérité puisse être découverte. La common law permet d'apporter, à cette obligation fondamentale, certaines exceptions connues sous le nom de privilèges, lorsqu'on peut démontrer qu'elles sont requises par un intérêt public qui transcende le principe normalement prépondérant du recours à tous les moyens raisonnables pour découvrir la vérité. La common law permet l'existence d'un privilège dans de nouvelles situations où la raison, l'expérience et l'application des principes qui sous-tendent les privilèges traditionnels le requièrent. Il s'ensuit que le droit en matière de privilèges peut évoluer de manière à refléter la réalité sociale et juridique contemporaine, dont la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les trois premières conditions de l'existence d'un privilège relatif aux communications entre un psychiatre et la victime d'une agression sexuelle sont remplies en l'espèce, étant donné que les communications ont été transmises confidentiellement, que leur confidentialité était essentielle aux rapports entre le psychiatre et sa patiente, et que ces rapports en soi et le traitement qu'ils rendent possible revêtent une importance supérieure pour le public. La quatrième condition veut que l'intérêt qu'il y a à soustraire les communications à la divulgation l'emporte sur celui qu'il y a à découvrir la vérité et à bien trancher le litige.

Si la cour qui examine une revendication de privilège décide qu'un document ou une catégorie donnée de documents doivent être produits pour découvrir la vérité et éviter qu'un verdict injuste ne soit prononcé, elle doit en permettre la production dans la mesure requise pour

to get at the truth and avoid injustice does not automatically negate the possibility of protection from full disclosure. An order for partial privilege will more often be appropriate in civil cases where, as here, the privacy interest is compelling. Disclosure of a limited number of documents, editing by the court to remove non-essential material, and the imposition of conditions on who may see and copy the documents are techniques which may be used to ensure the highest degree of confidentiality and the least damage to the protected relationship, while guarding against the injustice of cloaking the truth. While a test for privilege which permits the court occasionally to reject an otherwise well-founded claim for privilege in the interests of getting at the truth may not offer patients a guarantee that communications with their psychiatrists will never be disclosed, the assurance that disclosure will be ordered only where clearly necessary and then only to the extent necessary is likely to permit many to avail themselves of psychiatric counselling when certain disclosure might make them hesitate or decline.

It is open to a judge to conclude that psychiatrist-patient records are privileged in appropriate circumstances. In order to determine whether privilege should be accorded to a particular document or class of documents and, if so, what conditions should attach, the judge must consider the circumstances of the privilege alleged, the documents, and the case. While it is not essential in a civil case that the judge examine every document, he or she may do so if necessary to the inquiry. A court, in a case such as this, might well consider it best to inspect the records individually to the end of weeding out those which were irrelevant to this defence, but the alternative chosen by the Court of Appeal of refusing to order production of one group of documents and imposing stringent conditions on who could see the others and what use could be made of them cannot be said to be in error and should not be disturbed.

The appellant's alleged failure to assert privilege in the records before the Master does not deprive her of the right to claim it. If the appellant had privilege in the documents, it could be lost only by waiver, and the

éviter ce résultat. Par ailleurs, le besoin de découvrir la vérité et d'éviter une injustice n'écarte pas automatiquement la possibilité d'une protection contre une divulgation complète. Une ordonnance de privilège partiel conviendra plus souvent dans des affaires civiles où, comme en l'espèce, le droit à la vie privée est décisif. La divulgation d'un nombre limité de documents, leur révision par la cour pour en éliminer tout ce qui n'est pas essentiel et l'imposition de conditions quant à savoir qui peut prendre connaissance de ces documents ou en faire des copies sont des moyens qui peuvent être pris pour préserver le plus possible la confidentialité et causer le moins de tort possible aux rapports protégés, tout en évitant l'injustice de la dissimulation de la vérité. Bien qu'un critère applicable pour déterminer l'existence d'un privilège, qui permet à la cour de rejeter éventuellement une revendication de privilège, par ailleurs légitime, dans l'intérêt de la découverte de la vérité, ne garantisse peut-être pas aux patients que les communications avec leur psychiatre ne seront jamais divulguées, l'assurance que la divulgation ne sera ordonnée que lorsque ce sera clairement nécessaire, et alors seulement dans la mesure nécessaire, encouragera vraisemblablement un grand nombre d'entre eux à consulter un psychiatre, alors qu'une divulgation certaine pourrait les rendre hésitants ou non disposés à le faire.

Il est loisible à un juge de statuer que les dossiers d'un psychiatre concernant un patient sont des documents privilégiés, lorsque cela est indiqué. Pour déterminer si un privilège devrait être accordé relativement à un document ou à une catégorie de documents et, le cas échéant, à quelles conditions, le juge doit examiner les circonstances dans lesquelles le privilège est invoqué, les documents en cause et l'ensemble de l'affaire. Bien que, dans une affaire civile, il ne soit pas essentiel que le juge examine chaque document, il peut le faire si cela est nécessaire à la recherche de renseignements. Un tribunal, dans un cas comme la présente affaire, pourrait bien décider qu'il vaut mieux examiner chaque dossier individuellement afin de retirer ceux qui ne sont pas pertinents quant à ce moyen de défense. Cependant, on ne peut affirmer que la Cour d'appel a eu tort de refuser d'ordonner la production d'un groupe de documents et de fixer des conditions strictes quant aux personnes qui pourraient consulter les autres documents et quant à l'utilisation qui pourrait être faite de ceux-ci, et il n'y a pas lieu de modifier sa décision à ce sujet.

La prétendue omission de l'appelante d'invoquer, devant le protonotaire, un privilège relativement aux dossiers ne la prive pas du droit de revendiquer ce privilège. Si l'appelante jouissait d'un privilège à l'égard des

appellant's conduct does not support a finding of waiver.

Where the doctrine of privilege applies, it displaces any residual discretion which might otherwise be thought to inhere in favour of the party claiming privilege. A two-step process which requires a judge to consider first privilege and then a residual discretion under Rule 26(11) would be redundant and confusing.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Direct disclosure of all of the information shared in the course of therapy to defence counsel and professionals who are assisting the defence constitutes a very serious breach of the plaintiff's interests in privacy as regards these communications. While the plaintiff's privacy interests in the records may receive some protection under the doctrine of privilege, this is only to the degree they serve the greater purpose of promoting relationships sufficiently valued by the public. McLachlin J.'s approach to partial privilege is agreed with, but it cannot displace the residual discretion to order production of documents in a manner which effects an appropriate balance of the *Charter* values engaged in the appeal. The source of this discretion is a common law discretionary rule governing the exercise of powers established under the B.C. Rules of Court. Since the appellant has asserted her privacy interest in private records independently of her claim for privilege, it is necessary to determine whether this interest has received adequate attention.

The traditional common law approach to the power conferred upon the courts to order the production of documents for discovery in civil proceedings holds that all relevant documents which are not privileged must be produced. An alternative approach, that taken by the Court of Appeal in this case, is one which places an outer limit on this discretion, a limit which ensures that the discovery procedures not work injustice, even where a claim of privilege has not been successful and it appears that information in the document is relevant to an issue at trial. The latter approach is more consistent with the wording of the Rules governing discovery, the origins of the procedure, the common law discretionary rules governing information regarding non-parties, and the effect of the *Charter* on the exercise of common law and statutory discretion in civil proceedings. In any

documents, il ne pourrait être perdu que par renonciation, et la conduite de l'appelante ne permet pas de conclure à l'existence d'une renonciation.

Lorsqu'elle s'applique, la règle du privilège supplante tout pouvoir discrétionnaire résiduel qui, pourrait-on croire, par ailleurs, jouerait en faveur de la partie qui revendique un privilège. Il serait redondant et déroutant de recourir à une procédure en deux étapes qui obligerait le juge à examiner d'abord la question du privilège et ensuite celle du pouvoir résiduel visé au par. 26(11) des Règles.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La communication directe, à l'avocat de la défense et aux experts qui assistent la défense, de tous les renseignements échangés pendant la thérapie constitue une atteinte très grave au droit de la demanderesse à la confidentialité de ces communications. Si le droit de la partie demanderesse à la confidentialité des documents peut être protégé en vertu de la règle du privilège, il en est ainsi seulement dans la mesure où il sert à atteindre l'objectif supérieur de la promotion de rapports ayant une valeur suffisante aux yeux du public. Il y a accord avec la façon dont le juge McLachlin aborde le privilège partiel, mais ce privilège ne saurait supplanter le pouvoir discrétionnaire résiduel d'ordonner la production de documents de manière à soupeser adéquatement les valeurs de la *Charte* qui sont en jeu dans le pourvoi. La source de ce pouvoir discrétionnaire est une règle discrétionnaire de common law régissant l'exercice des pouvoirs conférés en vertu des Règles de pratique de la Colombie-Britannique. Étant donné que l'appelante a fait valoir son droit à la confidentialité de dossiers privés indépendamment de sa revendication d'un privilège, il est nécessaire de déterminer si ce droit a reçu une attention suffisante.

Suivant la façon traditionnelle d'aborder, en common law, le pouvoir des tribunaux d'ordonner la production de documents à des fins de communication préalable dans des procédures civiles, tous les documents pertinents qui ne sont pas des documents privilégiés doivent être produits. Une autre façon de procéder, celle adoptée par la Cour d'appel en l'espèce, consiste à délimiter le pouvoir discrétionnaire de manière à assurer que la procédure de communication préalable de documents ne cause pas d'injustice, même lorsqu'un privilège a été revendiqué en vain et qu'il semble que l'information contenue dans les documents soit pertinente à l'égard d'une question en litige. Cette dernière méthode est plus compatible avec le texte des règles de pratique régissant la communication préalable de documents, les origines de la procédure, les règles discrétionnaires de common

event, the court must ensure that the approach followed reflects an adequate balance of the values underlying the *Charter*.

As the records at issue here are of the same nature as those mentioned in *O'Connor*, the appellant has established a reasonable expectation of privacy in the records. Rather than having waived her right to privacy by instituting an action, the appellant has engaged a process where her reasonable expectation of privacy must be balanced against the society's need to ensure that such litigation be conducted fairly and effectively. The *Charter*-related value of a fair trial for all litigants, as a fundamental principle of justice, is also affected in such cases and must be balanced with the privacy interests of the appellant. The value of equality must further guide the procedure of discovery in tort cases involving sexual assault.

Given the distinguishing and shared features of the criminal and civil contexts for production of private records, the following procedure seems the appropriate one in the context of civil discovery. The party seeking production must notify those with an interest in the confidentiality of the records. Before a court may order production of private records to the defence for the purposes of discovery, it must first ascertain what documents are likely to be relevant to an issue at trial. In civil cases the required information will be provided by the affidavit of the party seeking the order. The court must then order production of the likely relevant documents to the court for screening and removal of any information which the court deems is not likely relevant or otherwise exempt from production given the balancing of the interests involved. A number of factors to guide in this evaluation are suggested. A judge may also ask the guardian of the documents for an inventory of those in his or her possession to assist in the screening process.

These additional procedures will not confuse trial judges. In many cases, such as the one before us, the privilege claim will be settled by the judge on the basis of affidavit evidence. Even where inspection may be

law régissant l'information concernant des tiers et l'incidence de la *Charte* sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire émanant de la common law et de la loi dans des procédures civiles. Quoi qu'il en soit, la cour doit s'assurer que la méthode suivie reflète une pondération adéquate des valeurs qui sous-tendent la *Charte*.

Comme les dossiers dont il est question en l'espèce sont de même nature que ceux mentionnés dans l'arrêt *O'Connor*, l'appelante a établi l'existence d'une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée à l'égard de ces documents. Au lieu de renoncer à son droit à la vie privée en intentant une action, l'appelante s'est engagée dans une démarche où l'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée doit être pondérée en regard de la nécessité, pour la société, d'assurer le déroulement équitable et efficace d'un tel litige. En pareil cas, la valeur consacrée dans la *Charte* en faveur d'un procès équitable pour toutes les parties à un litige est également en cause à titre de principe de justice fondamentale, et doit être soupesée en fonction du droit à la vie privée de la partie appelante. La valeur d'égalité doit aussi guider la procédure de communication préalable dans les affaires de responsabilité civile délictuelle résultant d'une agression sexuelle.

Compte tenu des caractéristiques distinctives et communes des contextes criminel et civil au chapitre de la production de dossiers privés, la procédure suivante semble opportune aux fins de la communication préalable de documents en matière civile. La partie qui demande la production doit en informer les personnes ayant intérêt à ce que les dossiers demeurent confidentiels. Pour qu'un tribunal puisse ordonner la communication préalable de dossiers privés à la défense, il doit tout d'abord déterminer quels documents ont une pertinence probable relativement à une question en litige. En matière civile, les renseignements nécessaires sont fournis au moyen de l'affidavit de la partie qui demande l'ordonnance. Le tribunal doit ensuite ordonner que les documents ayant une pertinence probable lui soient remis pour qu'il puisse les examiner et y supprimer tout renseignement qui, selon lui, n'a aucune pertinence probable ou doit par ailleurs échapper à la production après pondération des droits en cause. Un certain nombre de facteurs devant guider cette évaluation sont proposés. Un juge peut également demander à la personne qui a la garde des documents de faire l'inventaire de ceux qui sont en sa possession afin d'en faciliter l'examen.

Cette procédure supplémentaire ne sera pas déconcertante pour les juges du procès. Dans bien des cas, comme celui dont nous sommes saisis, le juge statuera sur la revendication de privilège à partir d'une preuve

required, the fourth branch of the Wigmore test should be applied to the documents as a whole. Once the privilege claim has been settled, the judge would then undertake the screening procedures described above to those documents which are not protected, provided their likely relevance has been established.

Here the Court of Appeal did not review the documents before ordering their production. By failing to screen private records in such cases, the court creates an impermissible hierarchy of *Charter* values, where interests in privacy and equality may be seriously affected for records or information which may provide very little if any benefit to the defence or be unnecessary to ensure the fairness of proceedings. The decision of the Court of Appeal should be set aside, except as regards the notes which were not disclosed, and the matter remitted to the Master for determination in a manner consistent with these reasons.

Cases Cited

By McLachlin J.

Not followed: *Jaffee v. Redmond*, 116 S. Ct. 1923 (1996), aff'g 51 F.3d 1346 (1995); **referred to:** *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980); *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

A. (L.L.) v. B. (A.), [1995] 4 S.C.R. 536; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Dufault v. Stevens* (1978), 6 B.C.L.R. 199; *Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145.

par affidavit. Même lorsque l'examen peut être requis, il y a lieu d'appliquer le quatrième volet du test de Wigmore à l'ensemble des documents. Une fois tranchée la question de la revendication de privilège, le juge s'attaquerait à l'examen susmentionné des documents non privilégiés, à la condition que leur pertinence probable ait été établie.

En l'espèce, la Cour d'appel n'a pas examiné les documents avant d'en ordonner la production. En omettant d'examiner les dossiers privés en de telles circonstances, la cour établit une hiérarchie inacceptable des valeurs de la *Charte*, qui fait en sorte que les droits à la vie privée et à l'égalité peuvent faire l'objet d'une grave atteinte en échange de dossiers ou de parties de ceux-ci qui peuvent tout au plus procurer un avantage très minime à la défense, ou être inutiles pour garantir l'équité des procédures. L'arrêt de la Cour d'appel devrait être infirmé, sauf en ce qui concerne les notes qui n'ont pas été divulguées, et l'affaire devrait être renvoyée devant le protonotaire pour qu'il rende une décision compatible avec les présents motifs.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêt non suivi: *Jaffee c. Redmond*, 116 S. Ct. 1923 (1996), conf. 51 F.3d 1346 (1995); **arrêts mentionnés:** *Trammel c. United States*, 445 U.S. 40 (1980); *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

A. (L.L.) c. B. (A.), [1995] 4 R.C.S. 536; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Dufault c. Stevens* (1978), 6 B.C.L.R. 199; *Frenette c. Métropolitaine (La), Cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

Statutes and Regulations Cited

British Columbia Supreme Court Rules, Rule 26(10), (11).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 15.

Authors Cited

Cudmore, Gordon D. *Choate on Discovery*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf updated 1993).
 McLachlin, Beverley M., and James P. Taylor. *British Columbia Practice*, 2nd ed., vol. 1. Vancouver: Butterworths, 1979 (loose-leaf updated September 1996, issue 26).
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown, 1961.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 1, 119 D.L.R. (4th) 19, [1995] 1 W.W.R. 677, 51 B.C.A.C. 135, 84 W.A.C. 135, 32 C.P.C. (3d) 66, allowing in part the respondent Parfitt's appeal from a decision of Vickers J. (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 180, [1993] 7 W.W.R. 480, affirming an order of Master Bolton (1993), 40 A.C.W.S. (3d) 730, [1993] B.C.W.L.D. 1680, ordering the respondent Parfitt to produce a copy of her records relating to the appellant. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Brian J. Wallace, Q.C., and *Carolyn McCool*, for the appellant.

Christopher E. Hinkson, Q.C., and *William S. Clark*, for the respondent Ryan.

No one appeared for the respondent Parfitt.

The judgment of La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

MCLACHLIN J. — After having been sexually assaulted by the respondent Dr. Ryan, the appellant sought counselling from a psychiatrist. The question on this appeal is whether the psychiatrist's notes and records containing statements the appellant made in the course of treatment are protected

Lois et règlements cités

British Columbia Supreme Court Rules, art. 26(10), (11).
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 15.

Doctrine citée

Cudmore, Gordon D. *Choate on Discovery*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf updated 1993).
 McLachlin, Beverley M., and James P. Taylor. *British Columbia Practice*, 2nd ed., vol. 1. Vancouver: Butterworths, 1979 (loose-leaf updated September 1996, issue 26).
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown, 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 1, 119 D.L.R. (4th) 19, [1995] 1 W.W.R. 677, 51 B.C.A.C. 135, 84 W.A.C. 135, 32 C.P.C. (3d) 66, qui a accueilli en partie l'appel de l'intimée Parfitt contre une décision du juge Vickers (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 180, [1993] 7 W.W.R. 480, qui avait confirmé une ordonnance du protonotaire Bolton (1993), 40 A.C.W.S. (3d) 730, [1993] B.C.W.L.D. 1680, ordonnant à l'intimée Parfitt de produire une copie de ses dossiers relatifs à l'appelante. Pourvoi rejeté, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

Brian J. Wallace, c.r., et *Carolyn McCool*, pour l'appelante.

Christopher E. Hinkson, c.r., et *William S. Clark*, pour l'intimé Ryan.

Personne n'a comparu pour l'intimée Parfitt.

Version française du jugement des juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — Après avoir été agressée sexuellement par l'intimé le Dr Ryan, l'appelante a consulté un psychiatre. En l'espèce, il s'agit de savoir si les notes et les dossiers du psychiatre contenant des déclarations que l'appelante a faites au cours de son traitement échappent à toute divul-

from disclosure in a civil suit brought by the appellant against Dr. Ryan. Put in terms of principle, should a defendant's right to relevant material to the end of testing the plaintiff's case outweigh the plaintiff's expectation that communications between her and her psychiatrist will be kept in confidence?

I. The Facts and History of Proceedings

2 When the appellant was 17 years old, she underwent psychiatric treatment from Dr. Ryan. In the course of treatment, Dr. Ryan had sexual relations with her. He also committed acts of gross indecency in her presence. The appellant asserts that this conduct injured her and has sued Dr. Ryan for damages. Dr. Ryan does not deny that this sexual conduct occurred. He contends, however, that the appellant consented to the acts. He also takes the position that the conduct was not the cause of the injury for which the plaintiff sues.

3 The appellant alleges that the sexual assault and gross indecency caused her mental distress and anguish, loss of dignity and self-esteem, humiliation and embarrassment, difficulty in forming and maintaining relationships with other persons, lasting psychological and emotional trauma, continuing fear and anxiety, foregone career and educational opportunities, inability to verbalize emotions and recollections of the events, repeated suicide attempts, severe depression and post-traumatic stress disorder. In order to deal with these difficulties as well as other problems, the appellant sought psychiatric treatment from Dr. Parfitt.

4 The appellant was concerned that communications between her and Dr. Parfitt should remain confidential. Dr. Parfitt assured her that everything possible would be done to ensure that their discussions would remain confidential. At one point, the appellant's concerns led Dr. Parfitt to refrain from taking her usual notes.

gation dans des poursuites civiles intentées par l'appelante contre le Dr Ryan. En principe, le droit d'une partie défenderesse à la documentation pertinente pour vérifier l'exactitude de la preuve de la partie demanderesse l'emporte-t-il sur l'attente de cette dernière à ce que ses communications avec son psychiatre demeurent confidentielles?

I. Les faits et l'historique des procédures judiciaires

L'appelante était âgée de 17 ans lorsqu'elle a été traitée par un psychiatre, le Dr Ryan. Au cours du traitement, le Dr Ryan a eu des relations sexuelles avec elle. Il a également accompli des actes de grossière indécence en sa présence. L'appelante allègue que cette conduite l'a lésée et elle poursuit le Dr Ryan en vue d'obtenir des dommages-intérêts. Le Dr Ryan ne nie pas qu'il a adopté cette conduite sexuelle. Il affirme, toutefois, que l'appelante a consenti aux actes en question. Il fait aussi valoir que la conduite reprochée n'est pas la cause du préjudice pour lequel la demanderesse le poursuit.

L'appelante allègue que l'agression sexuelle et les actes de grossière indécence lui ont causé les problèmes suivants: souffrance morale et anxiété, perte de dignité et d'amour-propre, humiliation et honte, difficultés à nouer et à entretenir des relations interpersonnelles, traumatisme psychologique et émotionnel persistant, état de crainte et d'angoisse constant, perte de chances de carrière et de se faire instruire, pertes de mémoire et incapacité d'exprimer ses émotions, tentatives répétées de suicide, grave dépression et troubles de stress post-traumatique. Pour faire face à ces difficultés de même qu'à d'autres problèmes, l'appelante a consulté un psychiatre, le Dr Parfitt.

L'appelante tenait à ce que ses communications avec le Dr Parfitt demeurent confidentielles. Le Dr Parfitt lui a assuré qu'elle ferait tout son possible pour préserver la confidentialité de leurs discussions. À un moment donné, le Dr Parfitt s'est abstenu de prendre ses notes habituelles, en raison des craintes de l'appelante.

The British Columbia Rules of Court permit each party to an action to examine the other for discovery and to obtain discovery of all documents in the possession of the other party that are relevant to the lawsuit and not protected from disclosure by privilege or some other legal exemption. If a party has not voluntarily produced a required document, the court may order that it be produced. The rules also provide for documents to be obtained from third parties. Failing voluntary production, an application for production may be brought under Rule 26(11).

During the examination for discovery of the appellant, counsel for Dr. Ryan requested production of Dr. Parfitt's records and notes. The appellant's counsel advised that they would not be produced without a court order. Accordingly, Dr. Ryan's counsel brought a motion to obtain disclosure. At the hearing before Master Bolton, Dr. Parfitt agreed to release her reports, but claimed privilege in relation to her notes. Counsel for the appellant was present. He supported Dr. Parfitt's objections to production, but did not assert a formal claim to privilege on behalf of the appellant.

The Master found that Dr. Parfitt had no privilege in the documents and ordered that they all be produced to Dr. Ryan. In his view, there is no blanket privilege for communications between patient and physician. The only basis upon which privilege could be asserted would be under the principles approved by this Court for case-by-case privilege, sometimes referred to as the "Wigmore test". The first branch of this test requires that the communications originate in confidence. The Master ruled that this was not the case here, since the appellant had been fearful throughout that the doctor's notes would be disclosed and Dr. Parfitt had assured her only that everything possible would be done to ensure that their discussions were kept private. The Master went on to consider whether the discretion granted by the Rules of Court permitted him to accede to Dr. Parfitt's claim for confidentiali-

5
Les Règles de pratique de la Colombie-Britannique permettent à chaque partie à une action en justice de procéder à l'interrogatoire préalable de l'autre partie et d'obtenir d'elle la communication de tous les documents en sa possession qui sont pertinents quant à la poursuite et qui n'échappent pas à la divulgation en raison d'un privilège ou d'une autre exception prévue par la loi. Dans le cas où une partie ne produit pas volontairement un document requis, la cour peut ordonner la production de ce document. Les Règles prévoient aussi l'obtention de documents auprès de tiers. À défaut d'une production volontaire, une demande de production peut être présentée en vertu du par. 26(11) des Règles.

6
Au cours de l'interrogatoire préalable de l'appelante, l'avocat du D^r Ryan a demandé la production des dossiers et des notes du D^r Parfitt. L'avocat de l'appelante a prévenu que ces documents ne seraient pas produits sans une ordonnance judiciaire. L'avocat du D^r Ryan a donc présenté une requête en divulgation. À l'audience devant le protonotaire Bolton, le D^r Parfitt a consenti à remettre ses rapports, mais a revendiqué un privilège à l'égard de ses notes. L'avocat de l'appelante était présent. Il a appuyé le D^r Parfitt dans son opposition à la production, mais n'a pas revendiqué formellement un privilège au nom de l'appelante.

7
Le protonotaire a conclu que le D^r Parfitt ne jouissait d'aucun privilège quant aux documents en question et en a ordonné la production au D^r Ryan. À son avis, il n'y avait aucun privilège général applicable aux communications entre un patient et son médecin. Un privilège ne pourrait être invoqué qu'en vertu des principes approuvés par notre Cour en ce qui concerne un privilège fondé sur les circonstances de chaque cas, lesquels principes sont parfois désignés sous le nom de «critère de Wigmore». Le premier volet de ce critère exige que les communications aient été transmises confidentiellement. Le protonotaire a conclu que ce n'était pas le cas en l'espèce, étant donné que l'appelante avait constamment craint que les notes de son médecin ne soient divulguées, et que le D^r Parfitt ne lui avait donné que l'assurance qu'elle ferait tout son possible pour préserver le

ality. He found the notes to be relevant. The only remaining question was whether Dr. Parfitt's "embarrassment" at revealing the notes outweighed this probative value. It did not, in the Master's view. Although he acknowledged the legitimate interest of keeping patient-therapist discussions free-ranging and confidential, he held that this was not a factor that he could consider under the law as it stood.

⁸ Dr. Parfitt appealed to the Supreme Court of British Columbia. That appeal was dismissed: (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 180, [1993] 7 W.W.R. 480. Vickers J. agreed that the notes were not privileged, not on the ground that they had not been made in confidence as the Master had found, but on the ground that the public interest in the proper administration of justice outweighed confidentiality concerns where the appellant had placed the matters in issue by initiating the suit.

⁹ Dr. Parfitt appealed to the British Columbia Court of Appeal. The appeal was allowed in part: (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 1, 119 D.L.R. (4th) 19, [1995] 1 W.W.R. 677, 51 B.C.A.C. 135, 84 W.A.C. 135, 32 C.P.C. (3d) 66. Southin J.A. began by stating that she was only concerned with Dr. Parfitt's privilege and not the plaintiff's, since the plaintiff had not properly claimed privilege. A physician could only assert privilege if disclosure would harm the physician. Dr. Parfitt had not shown this to be the case. Therefore, no claim for privilege could be made by anyone, and the matter fell to be considered exclusively under the Rules of Court.

¹⁰ Under Rule 26(11), relevant or "material" documents should be produced unless the order is oppressive of the plaintiff or will have such an

caractère confidentiel de leurs discussions. Le protonotaire s'est ensuite demandé si le pouvoir discrétionnaire conféré par les règles de pratique l'autorisait à accéder à la demande du D^r Parfitt en matière de confidentialité. Il a conclu que les notes étaient pertinentes. Il ne restait plus qu'à décider si l'«embarras» dans lequel le D^r Parfitt serait mis s'il avait à divulguer ses notes l'emportait sur leur valeur probante. Le protonotaire a jugé que non. Tout en reconnaissant l'intérêt légitime qu'il y a à préserver la confidentialité et la liberté des discussions entre un patient et son thérapeute, il a conclu que ce n'était pas un facteur dont il pouvait tenir compte selon l'état du droit.

Le D^r Parfitt a interjeté appel devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Cet appel a été rejeté: (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 180, [1993] 7 W.W.R. 480. Le juge Vickers était d'avis que les notes ne constituaient pas des documents privilégiés, non pas parce que leur contenu n'avait pas été transmis confidentiellement, comme le protonotaire l'avait conclu, mais parce que l'intérêt du public dans la bonne administration de la justice l'emportait sur les considérations de confidentialité, du fait que l'appelante avait elle-même provoqué cette situation en engageant les poursuites judiciaires.

Le D^r Parfitt a interjeté appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. L'appel a été accueilli en partie: (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 1, 119 D.L.R. (4th) 19, [1995] 1 W.W.R. 677, 51 B.C.A.C. 135, 84 W.A.C. 135, 32 C.P.C. (3d) 66. Le juge Southin a commencé par affirmer qu'elle ne s'intéressait qu'au privilège du D^r Parfitt, et non à celui de la demanderesse, étant donné que la revendication de privilège de cette dernière n'était pas justifiée. Un médecin ne peut invoquer l'existence d'un privilège que dans le cas où la divulgation lui serait préjudiciable. Le D^r Parfitt n'avait pas établi qu'il en serait ainsi. Par conséquent, personne ne pouvait revendiquer un privilège, et l'examen de l'affaire devait reposer exclusivement sur les règles de pratique.

La Cour d'appel a statué que, en vertu du par. 26(11) des Règles, les documents pertinents ou «importants» doivent être produits à moins que

adverse effect on her that it would be unjust to order production, the Court of Appeal ruled. In applying this test, the court should consider whether the particular invasion of privacy is necessary to the proper administration of justice and, if so, whether terms are appropriate to limit that invasion. On the one hand, a plaintiff should not be “scared away” from suing by fear of disclosure. On the other hand, a defendant should not be deprived of an assessment of the true loss caused by the alleged wrong. There is no perfect balance to be struck, in the court’s view.

Southin J.A. ordered disclosure of Dr. Parfitt’s reporting letters and notes recording discussions between her and the appellant. Southin J.A. did not order disclosure of Dr. Parfitt’s personal notes which she uses to make sense of what the patient is telling her. These notes were not disclosed because the appellant assured the court that Dr. Parfitt would not be called at trial and therefore her diagnosis was “of no moment” (p. 19 B.C.L.R.). The disclosure ordered was protected by four conditions: that inspection be confined to Dr. Ryan’s solicitors and expert witnesses, and that Dr. Ryan himself could not see them; that any person who saw the documents should not disclose their contents to anyone not entitled to inspect them; that the documents could be used only for the purposes of the litigation; and that only one copy of the notes was to be made by Dr. Ryan’s solicitors, to be passed on as necessary to Dr. Ryan’s expert witnesses.

The appellant objects to this order for limited production and appeals to this Court.

II. The Legislation

British Columbia Supreme Court Rules, Rule 26(11)

Where a document is in the possession or control of a person who is not a party, the court, on notice to the person and all other parties, may order production and

l’ordonnance ne soit oppressive envers la demanderesse ou qu’elle n’ait sur elle un effet si préjudiciable qu’il serait injuste d’en ordonner la production. Lorsqu’elle applique ce critère, la cour doit se demander si l’atteinte en cause à la vie privée est nécessaire à la bonne administration de la justice et, dans l’affirmative, s’il y a lieu d’imposer des conditions pour limiter cette atteinte. D’une part, un demandeur ne doit pas être «découragé» d’intenter des poursuites par crainte de divulgation. D’autre part, un défendeur ne doit pas être privé d’une évaluation de la véritable perte causée par la faute alléguée. Selon la Cour d’appel, il n’y a pas d’équilibre parfait à établir.

Le juge Southin a ordonné la divulgation des lettres de compte rendu et des notes du Dr Parfitt relatant les discussions entre elle et l’appelante. Le juge Southin n’a pas ordonné la divulgation des notes personnelles du Dr Parfitt, dont elle se sert pour tenter de comprendre ce que le patient lui dit. Ces notes n’ont pas été divulguées parce que l’appelante a donné à la cour l’assurance que le Dr Parfitt ne serait pas appelée à témoigner au procès et que, par conséquent, son diagnostic était [TRADUCTION] «sans importance» (p. 19 B.C.L.R.). La divulgation ordonnée était assujettie à quatre conditions: l’examen des documents devrait être réservé aux avocats du Dr Ryan et aux témoins experts sans que le Dr Ryan puisse lui-même les consulter, quiconque prendrait connaissance des documents devrait s’abstenir d’en divulguer le contenu à une personne non autorisée à les examiner, les documents ne devraient être utilisés qu’aux fins du litige, et les avocats du Dr Ryan ne devraient faire qu’une seule copie des notes, laquelle devrait être transmise, si nécessaire, aux témoins experts du Dr Ryan.

L’appelante s’oppose à cette ordonnance de production restreinte et se pourvoit devant notre Cour.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Règles de pratique de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, par. 26(11)

[TRADUCTION] Lorsqu’un document est en la possession ou sous le contrôle d’un tiers, la cour peut, à la suite d’un préavis donné à ce tiers et à toutes les autres

11

12

13

inspection of the document or preparation of a certified copy that may be used instead of the original. An order under Rule 41(16) in respect of an order under this sub-rule may be made if that order is endorsed with an acknowledgement by the person in possession or control of the document that the person has no objection to the terms of the proposed order.

III. Preliminary Issues

14 The findings of the courts below raise three preliminary issues. The first is whether the appellant's alleged failure to assert privilege in the records before the Master deprives her of the right to claim it. I respectfully dissent from the Court of Appeal's view that it did. If the appellant had privilege in the documents, it could be lost only by waiver. The appellant's conduct does not support a finding of waiver. It is true that she did not claim privilege to the notes and records at issue in her affidavit of documents. However, the notes and records were not in her possession but Dr. Parfitt's. The argument that they were technically in her control and hence should have been mentioned establishes at best omission from the affidavit of documents, not a conscious waiver of privilege. The motion for production before the Master was directed not at the appellant but at Dr. Parfitt. As a result, the appellant was not called upon directly to assert privilege in the documents. However, she appeared through counsel and supported Dr. Parfitt's claim for privilege. Far from waiving privilege, the appellant has asserted it throughout the proceedings.

15 A second preliminary issue concerns the relationship between the Rules of Court and the common law rule of privilege. In my view, the present appeal falls to be decided solely on the law of privilege. Where the doctrine of privilege applies, it

parties, ordonner la production et l'examen du document ou la préparation d'une copie certifiée conforme pour valoir lieu de l'original. Une ordonnance fondée sur le par. 41(16) des Règles quant à une ordonnance rendue en vertu du présent paragraphe peut être délivrée si cette ordonnance comporte une reconnaissance par la personne en possession du document, ou qui en a le contrôle, qu'elle ne s'oppose pas aux conditions de l'ordonnance proposée.

III. Questions préliminaires

Les conclusions des tribunaux d'instance inférieure soulèvent trois questions préliminaires. La première est de savoir si la prétendue omission de l'appelante d'invoquer, devant le protonotaire, un privilège relativement aux dossiers la prive du droit de revendiquer ce privilège. En toute déférence, je suis en désaccord avec l'opinion de la Cour d'appel que c'est le cas. Si l'appelante jouissait d'un privilège à l'égard des documents, il ne pourrait être perdu que par renonciation. La conduite de l'appelante ne permet pas de conclure à l'existence d'une renonciation. Il est vrai que, dans son affidavit de documents, elle n'a pas revendiqué de privilège relativement aux notes et aux dossiers en cause. Cependant, les notes et les dossiers étaient non pas en sa possession, mais en la possession du Dr Parfitt. L'argument selon lequel ces documents étaient, en principe, sous son contrôle et que, par conséquent, ils auraient dû être mentionnés établit au mieux l'omission de revendiquer un privilège dans l'affidavit de documents, et non l'existence d'une renonciation consciente au privilège. La requête en production déposée devant le protonotaire visait non pas l'appelante, mais le Dr Parfitt. Par conséquent, l'appelante n'était pas invitée directement à invoquer un privilège quant à ces documents. Elle s'est toutefois fait représenter par un avocat et a appuyé la revendication de privilège du Dr Parfitt. Loin de renoncer au privilège, l'appelante l'a invoqué pendant toutes les procédures.

Une deuxième question préliminaire concerne le lien entre les règles de pratique et la règle de common law du privilège. À mon avis, le présent pourvoi doit être tranché uniquement en fonction du droit en matière de privilèges. Lorsqu'elle s'ap-

displaces any residual discretion which might otherwise be thought to inhere in favour of the party claiming privilege. A two-step process which requires a judge to consider first privilege and then a residual discretion under Rule 26(11) would be redundant and confusing.

Where the person objecting to production is a party to the action and privilege is raised, there is no need for a supplementary discretion under Rule 26(11), since in considering whether privilege exists on a case-by-case basis, the judge must take into account the interest of the person being asked to disclose. The fourth branch of the Wigmore test for privilege requires the judge to consider whether the interests served by protecting the communications from disclosure outweigh the interest in getting at the truth and correctly disposing of the litigation. This means that the complainant's privacy interest and interest in maintaining a productive and healing relationship with her psychiatrist must be considered and weighed in determining whether privilege lies. The fact that her privacy interest arises and hence falls to be considered in the context of her relationship to her psychiatrist does not negate the fact that what is at issue is her privacy interest and whether it should, in the circumstances of the case, prevail over the defendant's right to disclosure. It thus becomes unnecessary to reconsider the same matters after having decided whether privilege lies. Having determined the issue of privilege, nothing remains to be considered under the Rule.

Requiring the judge to reconsider the matter under a residual discretion conferred by Rule 26(11) according to a different methodology would, moreover, be confusing for trial judges. Even more serious, it might on occasion result in a conflicting conclusion. This would amount to a procedural rule enacted not by the Legislature but

plique, la règle du privilège supplante tout pouvoir discrétionnaire résiduel qui, pourrait-on croire, par ailleurs, jouerait en faveur de la partie qui revendique un privilège. Il serait redondant et déroutant de recourir à une procédure en deux étapes qui obligerait le juge à examiner d'abord la question du privilège et ensuite celle du pouvoir résiduel visé au par. 26(11) des Règles.

Lorsque la personne qui s'oppose à la production est une partie à l'action et qu'un privilège est invoqué, un pouvoir discrétionnaire additionnel en vertu du par. 26(11) des Règles n'est d'aucune utilité puisque, en examinant si un privilège existe en fonction de chaque cas, le juge doit tenir compte de l'intérêt de la personne qui fait l'objet d'une demande de divulgation. Le quatrième volet du critère de Wigmore applicable pour déterminer l'existence d'un privilège exige donc que le juge examine si l'intérêt qu'il y a à soustraire les communications à la divulgation l'emporte sur celui qu'il y a à découvrir la vérité et à bien trancher le litige. Cela signifie que, pour décider si un privilège s'applique, il faut examiner et soulever le droit à la vie privée de la plaignante et son droit de maintenir des rapports thérapeutiques productifs avec son psychiatre. Le fait que la question du droit à la vie privée de la plaignante se pose et qu'elle doive ainsi être examinée dans le contexte des rapports de cette dernière avec son psychiatre n'empêche pas que ce qui est en cause c'est son droit à la vie privée et qu'il s'agit de déterminer si, dans les circonstances de l'affaire, il devrait l'emporter sur le droit à la divulgation du défendeur. Ainsi, il devient inutile de réexaminer les mêmes questions après avoir décidé si un privilège s'applique. Une fois tranchées les questions de privilège, il ne reste plus rien à examiner selon la Règle.

De plus, il serait déroutant pour les juges du procès d'obliger le juge à recourir à une méthode différente en réexaminant la question en vertu d'un pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 26(11) des Règles. Ce qui est encore plus grave, il pourrait parfois en résulter une conclusion contradictoire. Cela correspondrait à une règle de procédure,

by Order in Council, trumping the common law. Such a result would be wholly inappropriate.

18 A third preliminary issue concerns the distinction between absolute or blanket privilege, on the one hand, and partial privilege on the other. While the traditional common law categories conceived privilege as an absolute, all-or-nothing proposition, more recent jurisprudence recognizes the appropriateness in many situations of partial privilege. The degree of protection conferred by the privilege may be absolute or partial, depending on what is required to strike the proper balance between the interest in protecting the communication from disclosure and the interest in proper disposition of the litigation. Partial privilege may signify that only some of the documents in a given class must be produced. Documents should be considered individually or by sub-groups on a “case-by-case” basis.

IV. General Principles

19 The common law principles underlying the recognition of privilege from disclosure are simply stated. They proceed from the fundamental proposition that everyone owes a general duty to give evidence relevant to the matter before the court, so that the truth may be ascertained. To this fundamental duty, the law permits certain exceptions, known as privileges, where it can be shown that they are required by a “public good transcending the normally predominant principle of utilizing all rational means for ascertaining truth”: *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980), at p. 50.

20 While the circumstances giving rise to a privilege were once thought to be fixed by categories defined in previous centuries — categories that do not include communications between a psychiatrist and her patient — it is now accepted that the common law permits privilege in new situations where reason, experience and application of the princi-

adoptée non pas par le législateur mais par décret, qui éclipserait la common law. Pareil résultat serait entièrement inopportun.

Une troisième question préliminaire concerne la distinction entre, d'une part, un privilège absolu ou général et, d'autre part, un privilège partiel. Bien que les catégories de common law traditionnelles aient perçu le privilège comme étant absolu, un choix entre tout ou rien, la jurisprudence plus récente reconnaît l'à-propos d'un privilège partiel dans de nombreuses situations. La protection accordée par le privilège peut être absolue ou partielle, selon ce qui est requis pour établir l'équilibre approprié entre l'intérêt qu'il y a à soustraire la communication à la divulgation et l'intérêt qu'il y a à bien trancher le litige. L'existence d'un privilège partiel peut signifier que seuls certains documents d'une catégorie donnée doivent être produits. Les documents devraient être examinés individuellement ou par catégorie, selon les circonstances de chaque cas.

IV. Principes généraux

Les principes de common law qui sous-tendent la reconnaissance d'un privilège interdisant la divulgation sont simples. Ils découlent de la proposition fondamentale selon laquelle toute personne a une obligation générale de faire un témoignage pertinent quant à la question dont le tribunal est saisi, de manière à ce que la vérité puisse être découverte. La common law permet d'apporter, à cette obligation fondamentale, certaines exceptions connues sous le nom de privilèges, lorsqu'on peut démontrer qu'elles sont requises par un [TRADUCTION] «intérêt public qui transcende le principe normalement prépondérant du recours à tous les moyens raisonnables pour découvrir la vérité»: *Trammel c. United States*, 445 U.S. 40 (1980), à la p. 50.

Même si on a déjà cru que les circonstances à l'origine d'un privilège étaient désignées par des catégories définies au cours des siècles précédents — des catégories qui ne comprennent pas les communications entre une psychiatre et sa patiente — il est maintenant reconnu que la common law permet l'existence d'un privilège dans de nouvelles

ples that underlie the traditional privileges so dictate: *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, at p. 286. The applicable principles are derived from those set forth in *Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), § 2285. First, the communication must originate in a confidence. Second, the confidence must be essential to the relationship in which the communication arises. Third, the relationship must be one which should be “sedulously fostered” in the public good. Finally, if all these requirements are met, the court must consider whether the interests served by protecting the communications from disclosure outweigh the interest in getting at the truth and disposing correctly of the litigation.

It follows that the law of privilege may evolve to reflect the social and legal realities of our time. One such reality is the law’s increasing concern with the wrongs perpetrated by sexual abuse and the serious effect such abuse has on the health and productivity of the many members of our society it victimizes. Another modern reality is the extension of medical assistance from treatment of its physical effects to treatment of its mental and emotional aftermath through techniques such as psychiatric counselling. Yet another development of recent vintage which may be considered in connection with new claims for privilege is the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, adopted in 1982: *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at pp. 592-93; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at pp. 876-77; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 121.

I should pause here to note that in looking to the *Charter*, it is important to bear in mind the distinction drawn by this Court between actually applying the *Charter* to the common law, on the one hand, and ensuring that the common law reflects Charter

situations où la raison, l’expérience et l’application des principes qui sous-tendent les privilèges traditionnels le requièrent: *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, à la p. 286. Les principes applicables émanent de ceux exposés dans *Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), § 2285. Premièrement la communication doit avoir été transmise confidentiellement. Deuxièmement, le caractère confidentiel doit être essentiel aux rapports dans le cadre desquels la communication est transmise. Troisièmement, les rapports doivent être des rapports qui, dans l’intérêt public, devraient être [TRADUCTION] «entretenus assidûment». Finalement, si toutes ces conditions sont remplies, le tribunal doit décider si l’intérêt qu’il y a à soustraire les communications à la divulgation l’emporte sur celui qu’il y a à découvrir la vérité et à bien trancher le litige.

Il s’ensuit que le droit en matière de privilèges peut évoluer de manière à refléter la réalité sociale et juridique contemporaine. L’un des éléments de cette réalité est le fait que le droit se préoccupe de plus en plus des torts causés par les agressions sexuelles et des graves répercussions que ces agressions ont sur la santé et la productivité des nombreux membres de la société qui en sont victimes. Un autre élément de la réalité contemporaine est le fait que le traitement médical n’est plus limité aux répercussions physiques, mais vise les séquelles mentales et émotionnelles au moyen de techniques comme la consultation d’un psychiatre. Et il y a encore un autre élément récent qui peut être pris en considération relativement aux nouvelles revendications de privilège, soit la *Charte canadienne des droits et libertés* adoptée en 1982: *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, aux pp. 592 et 593; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, aux pp. 876 et 877; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, au par. 121.

Je prends ici le temps de souligner qu’en examinant la *Charte* il importe de garder à l’esprit la distinction que notre Cour a établie entre appliquer la *Charte* à la common law, d’une part, et garantir que la common law reflète les valeurs de la

21

22

values, on the other. As Cory J. stated in *Hill, supra*, at paras. 93 and 95:

When determining how the *Charter* applies to the common law, it is important to distinguish between those cases in which the constitutionality of government action is challenged, and those in which there is no government action involved. It is important not to import into private litigation the analysis which applies in cases involving government action.

The most that the private litigant can do is argue that the common law is inconsistent with *Charter* values. It is very important to draw this distinction between *Charter* rights and *Charter* values. Care must be taken not to expand the application of the *Charter* beyond that established by s. 32(1), either by creating new causes of action, or by subjecting all court orders to *Charter* scrutiny. Therefore, in the context of civil litigation involving only private parties, the *Charter* will “apply” to the common law only to the extent that the common law is found to be inconsistent with *Charter* values. [Emphasis in original.]

23

While the facts of *Hill* involved an attempt to mount a *Charter* challenge to the common law rules of defamation, I am of the view that Cory J.’s comments are equally applicable to the common law of privilege at issue in this case. In view of the purely private nature of the litigation at bar, the *Charter* does not “apply” *per se*. Nevertheless, ensuring that the common law of privilege develops in accordance with “*Charter* values” requires that the existing rules be scrutinized to ensure that they reflect the values the *Charter* enshrines. This does not mean that the rules of privilege can be abrogated entirely and replaced with a new form of discretion governing disclosure. Rather, it means that the basic structure of the common law privilege analysis must remain intact, even if particular rules which are applied within that structure must be modified and updated to reflect emerging social realities.

Charte, d’autre part. Comme le juge Cory l’affirme, aux par. 93 et 95 de l’arrêt *Hill*, précité:

Lorsqu’il s’agit de déterminer de quelle façon la *Charte* s’applique à la common law, il est important de faire la distinction entre les cas où la constitutionnalité de l’action gouvernementale est contestée, et ceux où il n’y a aucune action gouvernementale. Il y a lieu de veiller à ne pas importer dans la sphère du litige privé l’analyse que l’on effectue lorsqu’il y a action gouvernementale.

Tout ce que le particulier peut prétendre, c’est que la common law est incompatible avec les valeurs de la *Charte*. Il est très important d’établir une distinction entre les droits garantis par la *Charte* et les valeurs de la *Charte*. Il faut prendre soin de ne pas élargir l’application de la *Charte* au-delà de ce qui est établi au par. 32(1), soit en créant de nouvelles causes d’action, soit en assujettissant toutes les ordonnances judiciaires au contrôle fondé sur la *Charte*. Par conséquent, dans le contexte d’un litige civil qui n’oppose que des particuliers, la *Charte* «s’applique» à la common law dans la mesure seulement où elle est jugée incompatible avec les valeurs de la *Charte*. [Souligné dans l’original.]

Même si dans l’arrêt *Hill*, il était question d’une tentative d’invoquer la *Charte* pour contester les règles de common law en matière de diffamation, je suis d’avis que les commentaires du juge Cory sont tout autant applicables à la common law en matière de privilège dont il est question dans la présente affaire. Étant donné le caractère purement privé du litige dont nous sommes saisis en l’espèce, la *Charte* ne «s’applique» pas en soi. Néanmoins, pour garantir que la common law en matière de privilège évolue en conformité avec les «valeurs de la *Charte*», il faut examiner minutieusement les règles existantes afin d’assurer qu’elles reflètent les valeurs consacrées dans la *Charte*. Cela ne signifie pas que les règles du privilège peuvent être abrogées complètement et remplacées par une nouvelle forme de pouvoir discrétionnaire en matière de divulgation. Cela signifie plutôt que la structure fondamentale du privilège de common law doit demeurer intacte, même s’il faut modifier et mettre à jour certaines règles appliquées à l’intérieur de cette structure, afin de refléter de nouvelles réalités sociales.

V. Privilege for Communications Between Psychiatrist and Patient

The first requirement for privilege is that the communications at issue have originated in a confidence that they will not be disclosed. The Master held that this condition was not met because both the appellant and Dr. Parfitt had concerns that notwithstanding their desire for confidentiality, the records might someday be ordered disclosed in the course of litigation. With respect, I do not agree. The communications were made in confidence. The appellant stipulated that they should remain confidential and Dr. Parfitt agreed that she would do everything possible to keep them confidential. The possibility that a court might order them disclosed at some future date over their objections does not change the fact that the communications were made in confidence. With the possible exception of communications falling in the traditional categories, there can never be an absolute guarantee of confidentiality; there is always the possibility that a court may order disclosure. Even for documents within the traditional categories, inadvertent disclosure is always a possibility. If the apprehended possibility of disclosure negated privilege, privilege would seldom if ever be found.

The second requirement — that the element of confidentiality be essential to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties to the communication — is clearly satisfied in the case at bar. It is not disputed that Dr. Parfitt's practice in general and her ability to help the appellant in particular required that she hold her discussions with the appellant in confidence. Dr. Parfitt's evidence establishes that confidentiality is essential to the continued existence and effectiveness of the therapeutic relations between a psychiatrist and a patient seeking treatment for the psychiatric harm resulting from sexual abuse. Once psychiatrist-patient confidentiality is broken and the psychiatrist becomes involved in the patient's external world, the "frame" of the therapy is broken. At that point, it is Dr. Parfitt's practice

V. Le privilège relatif aux communications entre un psychiatre et son patient

La première condition de l'existence d'un privilège est que les communications en cause aient été transmises confidentiellement avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées. Le protonotaire a statué que cette condition n'était pas remplie parce que tant l'appelante que le Dr Parfitt craignaient que, malgré leur désir de confidentialité, les dossiers puissent un jour faire l'objet d'une ordonnance de divulgation dans le cadre d'un litige. En toute déférence, je ne suis pas d'accord. Les communications ont été transmises confidentiellement. L'appelante a demandé qu'elles restent confidentielles et le Dr Parfitt s'est engagée à faire tout ce qu'elle pourrait pour qu'il en soit ainsi. La possibilité qu'un tribunal en ordonne éventuellement la divulgation en dépit de leur opposition ne change rien au fait que ces communications ont été transmises confidentiellement. À l'exception peut-être des communications qui relèvent des catégories traditionnelles, il ne peut jamais y avoir de garantie absolue de confidentialité; il y a toujours la possibilité qu'un tribunal en ordonne la divulgation. Même pour les documents appartenant aux catégories traditionnelles, une divulgation accidentelle est toujours possible. Si la possibilité de divulgation annihilait le privilège, ce privilège n'existerait que rarement, voire jamais.

La deuxième condition — celle que le caractère confidentiel soit essentiel au maintien complet et satisfaisant de rapports entre les parties à la communication — est clairement remplie en l'espèce. On ne conteste pas que la pratique du Dr Parfitt, en général, et sa capacité d'aider l'appelante, en particulier, requéraient la confidentialité de ses discussions avec cette dernière. Le témoignage du Dr Parfitt établit que la confidentialité est essentielle à la continuité et à l'efficacité des rapports thérapeutiques entre un psychiatre et le patient qui le consulte pour des problèmes psychiatriques résultant d'une agression sexuelle. Une fois que la confidentialité entre le psychiatre et son patient est rompue et que le psychiatre intervient dans le monde extérieur du patient, le «cadre» de la thérapie est débordé. Le cas échéant, le Dr Parfitt a cou-

to discontinue psychotherapy with the patient. The result is both confusing and damaging to the patient. At a time when she would normally find support in the therapeutic relationship, as during the trial, she finds herself without support. In the result, the patient's treatment may cease, her distrustfulness be exacerbated, and her personal and work relations be adversely affected.

26 The appellant too sees confidentiality as essential to her relationship with Dr. Parfitt. She insisted from the first that her communications to Dr. Parfitt be held in confidence, suggesting that this was a condition of her entering and continuing treatment. The fact that she and Dr. Parfitt feared the possibility of court-ordered disclosure at some future date does not negate the fact that confidentiality was essential "to the full and satisfactory maintenance" of their relationship.

27 The third requirement — that the relation must be one which in the opinion of the community ought to be sedulously fostered — is equally satisfied. Victims of sexual abuse often suffer serious trauma, which, left untreated, may mar their entire lives. It is widely accepted that it is in the interests of the victim and society that such help be obtained. The mental health of the citizenry, no less than its physical health, is a public good of great importance. Just as it is in the interest of the sexual abuse victim to be restored to full and healthy functioning, so is it in the interest of the public that she take her place as a healthy and productive member of society.

28 It may thus be concluded that the first three conditions for privilege for communications between a psychiatrist and the victim of a sexual assault are met in the case at bar. The communications were confidential. Their confidence is essential to the psychiatrist-patient relationship. The relationship itself and the treatment it makes possible are of transcendent public importance.

tume de mettre fin à la psychothérapie d'un patient. Il en résulte de la confusion et du tort chez le patient. À un moment où ce patient devrait normalement pouvoir compter sur un soutien thérapeutique, comme durant un procès, ce soutien est absent. En définitive, il se peut que le traitement du patient prenne fin, que la méfiance de ce dernier soit à son paroxysme et que ses relations personnelles et professionnelles soient perturbées.

L'appelante considère elle aussi que la confidentialité est essentielle à ses rapports avec le Dr Parfitt. Elle a tenu, au départ, à ce que ses communications avec le Dr Parfitt soient confidentielles, laissant entendre par là que c'était une condition pour entreprendre et continuer un traitement. Le fait qu'elle et le Dr Parfitt aient craint qu'un tribunal ordonne éventuellement la divulgation de leurs communications ne change rien au fait que la confidentialité était essentielle «au maintien complet et satisfaisant» de leurs rapports.

La troisième condition — celle que les rapports soient de la nature de ceux qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être entretenus assidûment — est également remplie. Les victimes d'agressions sexuelles subissent souvent un grave traumatisme qui, en l'absence de traitement, peut gâcher toute leur vie. Il est généralement reconnu qu'il est dans l'intérêt de la victime et de la société qu'une telle aide soit obtenue. La santé mentale des citoyens, au même titre que leur santé physique, représente un intérêt public d'une grande importance. Tout comme il est dans l'intérêt de la victime d'une agression sexuelle de recouvrer pleinement sa santé, il est dans l'intérêt du public qu'elle réintègre sa place comme membre sain et productif de la société.

On peut donc conclure que les trois premières conditions de l'existence d'un privilège relatif aux communications entre un psychiatre et la victime d'une agression sexuelle sont remplies en l'espèce. Les communications ont été transmises confidentiellement. Leur confidentialité était essentielle aux rapports entre le psychiatre et sa patiente. Ces rapports en soi et le traitement qu'ils rendent possible revêtent une importance supérieure pour le public.

The fourth requirement is that the interests served by protecting the communications from disclosure outweigh the interest of pursuing the truth and disposing correctly of the litigation. This requires first an assessment of the interests served by protecting the communications from disclosure. These include injury to the appellant's ongoing relationship with Dr. Parfitt and her future treatment. They also include the effect that a finding of no privilege would have on the ability of other persons suffering from similar trauma to obtain needed treatment and of psychiatrists to provide it. The interests served by non-disclosure must extend to any effect on society of the failure of individuals to obtain treatment restoring them to healthy and contributing members of society. Finally, the interests served by protection from disclosure must include the privacy interest of the person claiming privilege and inequalities which may be perpetuated by the absence of protection.

As noted, the common law must develop in a way that reflects emerging *Charter* values. It follows that the factors balanced under the fourth part of the test for privilege should be updated to reflect relevant *Charter* values. One such value is the interest affirmed by s. 8 of the *Charter* of each person in privacy. Another is the right of every person embodied in s. 15 of the *Charter* to equal treatment and benefit of the law. A rule of privilege which fails to protect confidential doctor/patient communications in the context of an action arising out of sexual assault perpetuates the disadvantage felt by victims of sexual assault, often women. The intimate nature of sexual assault heightens the privacy concerns of the victim and may increase, if automatic disclosure is the rule, the difficulty of obtaining redress for the wrong. The victim of a sexual assault is thus placed in a disadvantaged position as compared with the victim of a different wrong. The result may be that the victim of sexual assault does not obtain the equal benefit of the law to which s. 15 of the *Charter* entitles her. She is doubly victimized, initially by the sexual assault and later by the price she must pay to claim redress — redress which in some cases may be part of her

La quatrième condition veut que l'intérêt qu'il y a à soustraire les communications à la divulgation l'emporte sur celui qu'il y a à découvrir la vérité et à bien trancher le litige. Cela exige d'abord une évaluation de l'intérêt qu'il y a à soustraire les communications à la divulgation. Il y a notamment le préjudice causé à l'appelante relativement à ses rapports avec le Dr Parfitt et à son traitement futur. Il y a aussi l'effet qu'une conclusion à l'absence de privilège aurait sur la capacité d'autres personnes souffrant de traumatismes semblables d'obtenir le traitement nécessaire et sur celle des psychiatres de fournir ce traitement. L'intérêt qu'il y a à s'abstenir de divulguer doit comprendre tout effet sur la société du défaut de la part de certaines personnes d'obtenir un traitement qui leur rende la santé et leur place comme membre utile de la société. Finalement, l'intérêt qu'il y a à soustraire à la divulgation doit comprendre le droit à la vie privée de la personne qui revendique le privilège et les inégalités que risque de perpétuer l'absence de protection.

Comme je l'ai dit, la common law doit évoluer de manière à refléter les nouvelles valeurs consacrées par la *Charte*. Il s'ensuit que les facteurs sou- pesés en vertu du quatrième volet du critère applicable pour déterminer l'existence d'un privilège devraient être mis à jour de manière à refléter les valeurs pertinentes de la *Charte*. L'une de ces valeurs est le droit à la vie privée que l'art. 8 de la *Charte* garantit à chacun. Il y a aussi le droit à l'égalité de traitement et de bénéfice de la loi que l'art. 15 de la *Charte* garantit à toute personne. Une règle du privilège qui omet de préserver la confidentialité des communications entre un médecin et son patient, dans le contexte d'une action intentée à la suite d'une agression sexuelle, perpétue le désavantage que ressentent les victimes d'agression sexuelle, qui sont souvent des femmes. La nature intime de l'agression sexuelle accentue les craintes que la victime éprouve au sujet de sa vie privée et est susceptible d'augmenter la difficulté d'obtenir réparation, si la divulgation automatique est la règle. La victime d'une agression sexuelle est alors défavorisée par rapport à la victime d'un autre méfait. Il se peut alors que la victime d'une agression sexuelle n'obtienne pas

program of therapy. These are factors which may properly be considered in determining the interests served by an order for protection from disclosure of confidential patient-psychiatrist communications in sexual assault cases.

l'égalité de bénéfice de la loi à laquelle elle a droit en vertu de l'art. 15 de la *Charte*. Elle est alors pénalisée doublement, d'abord par l'agression sexuelle elle-même, ensuite par le prix qu'elle doit payer pour demander réparation — une réparation qui, dans certains cas, peut faire partie de son programme de thérapie. Ce sont des facteurs qui peuvent être considérés à bon droit pour déterminer l'intérêt qu'il y a à soustraire à la divulgation les communications confidentielles entre le psychiatre et son patient dans des cas d'agression sexuelle.

31 These criteria, applied to the case at bar, demonstrate a compelling interest in protecting the communications at issue from disclosure. More, however, is required to establish privilege. For privilege to exist, it must be shown that the benefit that inures from privilege, however great it may seem, in fact outweighs the interest in the correct disposal of the litigation.

Ces critères, appliqués à la présente affaire, démontrent qu'il y a un intérêt décisif à soustraire à la divulgation les communications en cause. Cependant, il faut plus que cela pour établir l'existence d'un privilège. Pour qu'un privilège existe, il faut démontrer que l'avantage tiré du privilège, si grand qu'il puisse sembler, l'emporte en fait sur l'intérêt qu'il y a à bien trancher le litige.

32 At this stage, the court considering an application for privilege must balance one alternative against the other. The exercise is essentially one of common sense and good judgment. This said, it is important to establish the outer limits of acceptability. I for one cannot accept the proposition that "occasional injustice" should be accepted as the price of the privilege. It is true that the traditional categories of privilege, cast as they are in absolute all-or-nothing terms, necessarily run the risk of occasional injustice. But that does not mean that courts, in invoking new privileges, should lightly condone its extension. In the words of Scalia J. (dissenting) in *Jaffee v. Redmond*, 116 S. Ct. 1923 (1996), at p. 1941:

À ce stade, la cour saisie d'une demande de privilège doit soupeser une solution par rapport à l'autre. Il s'agit essentiellement de faire preuve de bon sens et de discernement. Cela dit, il importe de délimiter ce qui est acceptable. Je ne puis, quant à moi, reconnaître qu'il faudrait accepter une «injustice éventuelle» soit le prix à payer pour l'application du privilège. Il est vrai que les catégories traditionnelles du privilège, qui présentent le privilège comme étant absolu, un choix entre tout ou rien, font nécessairement courir le risque qu'une injustice soit éventuellement commise. Mais cela ne veut pas dire qu'en se fondant sur de nouveaux privilèges les tribunaux devraient tolérer à la légère l'accroissement de leur portée. Comme l'a dit le juge Scalia, dissident dans *Jaffee c. Redmond*, 116 S. Ct. 1923 (1996), à la p. 1941:

It is no small matter to say that, in some cases, our federal courts will be the tools of injustice rather than unearth the truth where it is available to be found. The common law has identified a few instances where that is tolerable. Perhaps Congress may conclude that it is also tolerable. . . . But that conclusion assuredly does not burst upon the mind with such clarity that a judgment in favor of suppressing the truth ought to be pronounced by this honorable Court.

[TRADUCTION] Ce n'est pas peu dire que d'affirmer que, dans certains cas, nos cours fédérales seront l'instrument d'une injustice plutôt que de la découverte de la vérité lorsqu'elle peut être trouvée. La common law a décrit quelques cas où cela est tolérable. Peut-être que le Congrès peut lui aussi conclure que cela est tolérable. [. . .] Mais la conclusion selon laquelle notre cour devrait se prononcer en faveur de la dissimulation de la vérité ne s'impose pas à l'esprit avec autant de clarté.

It follows that if the court considering a claim for privilege determines that a particular document or class of documents must be produced to get at the truth and prevent an unjust verdict, it must permit production to the extent required to avoid that result. On the other hand, the need to get at the truth and avoid injustice does not automatically negate the possibility of protection from full disclosure. In some cases, the court may well decide that the truth permits of nothing less than full production. This said, I would venture to say that an order for partial privilege will more often be appropriate in civil cases where, as here, the privacy interest is compelling. Disclosure of a limited number of documents, editing by the court to remove non-essential material, and the imposition of conditions on who may see and copy the documents are techniques which may be used to ensure the highest degree of confidentiality and the least damage to the protected relationship, while guarding against the injustice of cloaking the truth.

In taking this approach, I respectfully decline to follow the all-or-nothing approach adopted by the majority of the Supreme Court of the United States of endorsing an absolute privilege for all psychotherapeutic records in *Jaffee v. Redmond*, *supra*. The Court of Appeals in the judgment there appealed from, 51 F.3d 1346 (1995), had held that the privilege could be denied if “in the interests of justice, the evidentiary need for the disclosure of the contents of a patient’s counseling sessions outweighs that patient’s privacy interests” (p. 1357). The majority in the Supreme Court, *per* Stevens J., rejected that approach, stating that to make confidentiality depend upon a trial judge’s later evaluation of the relative importance of the patient’s interest in privacy and the evidentiary need for disclosure would be “little better than no privilege at all” (p. 1932).

Il s’ensuit que si la cour qui examine une revendication de privilège décide qu’un document ou une catégorie donnée de documents doivent être produits pour découvrir la vérité et éviter qu’un verdict injuste ne soit prononcé, elle doit en permettre la production dans la mesure requise pour éviter ce résultat. Par ailleurs, le besoin de découvrir la vérité et d’éviter une injustice n’écarte pas automatiquement la possibilité d’une protection contre une divulgation complète. Il se peut bien que, dans certains cas, la cour décide que la découverte de la vérité n’exige rien de moins qu’une production complète. Cela dit, j’irais jusqu’à dire qu’une ordonnance de privilège partiel conviendra plus souvent dans des affaires civiles où, comme en l’espèce, le droit à la vie privée est décisif. La divulgation d’un nombre limité de documents, leur révision par la cour pour en éliminer tout ce qui n’est pas essentiel et l’imposition de conditions quant à savoir qui peut prendre connaissance de ces documents ou en faire des copies sont des moyens qui peuvent être pris pour préserver le plus possible la confidentialité et causer le moins de tort possible aux rapports protégés, tout en évitant l’injustice de la dissimulation de la vérité.

En procédant ainsi, je me refuse, en toute déférence, à suivre la méthode du tout ou rien adoptée par les juges majoritaires de la Cour suprême des États-Unis, qui, dans *Jaffee c. Redmond*, précité, ont sanctionné l’existence d’un privilège absolu relativement à tous les dossiers de psychothérapie. Dans l’arrêt de la Court of Appeals qui faisait l’objet du pourvoi, 51 F.3d 1346 (1995), on avait statué que le privilège pouvait être refusé si [TRADUCTION] «dans l’intérêt de la justice, la nécessité, sur le plan de la preuve, de divulguer le contenu des séances de consultation d’un patient l’emport[ait] sur le droit de ce patient à la protection de sa vie privée» (p. 1357). Le juge Stevens a rejeté ce point de vue, au nom de la Cour suprême à la majorité, en affirmant que subordonner la confidentialité à l’évaluation ultérieure, par le juge du procès, de l’importance relative des droits du patient à la protection de sa vie privée et du besoin de divulguer en matière de preuve ne serait [TRADUCTION] «guère mieux que l’absence totale de privilège» (p. 1932).

35

It must be conceded that a test for privilege which permits the court to occasionally reject an otherwise well-founded claim for privilege in the interests of getting at the truth may not offer patients a guarantee that communications with their psychiatrists will never be disclosed. On the other hand, the assurance that disclosure will be ordered only where clearly necessary and then only to the extent necessary is likely to permit many to avail themselves of psychiatric counselling when certain disclosure might make them hesitate or decline. The facts in this case demonstrate as much. I am reinforced in this view by the fact, as Scalia J. points out in his dissenting reasons in *Jaffee v. Redmond*, that of the 50 states and the District of Columbia which have enacted some form of psychotherapist privilege, none have adopted it in absolute form. All have found it necessary to specify circumstances in which it will not apply, usually related to the need to get at the truth in vital situations. Partial privilege, in the views of these legislators, can be effective.

36

The view that privilege may exist where the interest in protecting the privacy of the records is compelling and the threat to proper disposition of the litigation either is not apparent or can be offset by partial or conditional discovery is consistent with this Court's view in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411. The majority there did not deny that privilege in psychotherapeutic records may exist in appropriate circumstances. Without referring directly to privilege, it developed a test for production of third party therapeutic and other records which balances the competing interests by reference to a number of factors including the right of the accused to full answer and defence and the right of the complainant to privacy. Just as justice requires that the accused in a criminal case be permitted to answer the Crown's case, so justice requires that a defendant in a civil suit be permitted to answer the plaintiff's case. In deciding whether he or she is entitled to production of con-

Il faut reconnaître qu'un critère applicable pour déterminer l'existence d'un privilège, qui permet à la cour de rejeter éventuellement une revendication de privilège, par ailleurs légitime, dans l'intérêt de la découverte de la vérité, ne garantit peut-être pas aux patients que les communications avec leur psychiatre ne seront jamais divulguées. En revanche, l'assurance que la divulgation ne sera ordonnée que lorsque ce sera clairement nécessaire, et alors seulement dans la mesure nécessaire, encouragera vraisemblablement un grand nombre d'entre eux à consulter un psychiatre, alors qu'une divulgation certaine pourrait les rendre hésitants ou non disposés à le faire. C'est ce que démontrent les faits de la présente affaire. Je suis d'autant plus convaincue de la justesse de ce point de vue que le juge Scalia fait remarquer, dans les motifs de dissidence qu'il a rédigés dans *Jaffee c. Redmond*, que, des 50 États et du district de Columbia, qui ont adopté une forme quelconque de privilège en matière de psychothérapie, aucun ne l'a adopté sous forme absolue. Ils ont tous jugé nécessaire de préciser les circonstances dans lesquelles il ne s'appliquera pas et qui sont habituellement liées à la nécessité de découvrir la vérité dans des situations cruciales. Un privilège partiel, selon ces législateurs, peut être efficace.

L'opinion selon laquelle un privilège peut exister lorsque l'intérêt qu'il y a à préserver la confidentialité des dossiers est décisif et qu'il n'y a pas de risque apparent de mal trancher le litige, ou que ce risque peut être écarté au moyen d'une communication partielle ou conditionnelle, est conforme avec l'opinion de notre Cour dans l'arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411. Dans cet arrêt, la Cour à la majorité n'a pas nié qu'un privilège relatif à des dossiers de psychothérapie puisse exister lorsque cela est indiqué. Sans parler directement de privilège, elle a établi un critère pour la production des dossiers de nature thérapeutique ou autre qui sont en la possession d'un tiers, qui consiste à soupeser les droits opposés en fonction d'un certain nombre de facteurs, dont le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et le droit à la vie privée du plaignant. Tout comme la justice exige que l'accusé, dans une affaire criminelle, puisse réfuter la preuve du ministère public, elle exige aussi que

fidential documents, this requirement must be balanced against the privacy interest of the complainant. This said, the interest in disclosure of a defendant in a civil suit may be less compelling than the parallel interest of an accused charged with a crime. The defendant in a civil suit stands to lose money and repute; the accused in a criminal proceeding stands to lose his or her very liberty. As a consequence, the balance between the interest in disclosure and the complainant's interest in privacy may be struck at a different level in the civil and criminal case; documents produced in a criminal case may not always be producible in a civil case, where the privacy interest of the complainant may more easily outweigh the defendant's interest in production.

My conclusion is that it is open to a judge to conclude that psychiatrist-patient records are privileged in appropriate circumstances. Once the first three requirements are met and a compelling *prima facie* case for protection is established, the focus will be on the balancing under the fourth head. A document relevant to a defence or claim may be required to be disclosed, notwithstanding the high interest of the plaintiff in keeping it confidential. On the other hand, documents of questionable relevance or which contain information available from other sources may be declared privileged. The result depends on the balance of the competing interests of disclosure and privacy in each case. It must be borne in mind that in most cases, the majority of the communications between a psychiatrist and her patient will have little or no bearing on the case at bar and can safely be excluded from production. Fishing expeditions are not appropriate where there is a compelling privacy interest at stake, even at the discovery stage. Finally, where justice requires that communications be disclosed, the court should consider qualifying the disclosure by imposing limits aimed at permitting the opponent to have the access justice requires while pre-

le défendeur, dans des poursuites civiles, puisse réfuter la preuve du demandeur. En décidant si le défendeur a droit à la production de documents confidentiels, il faut soupeser cette exigence en fonction du droit à la vie privée du plaignant. Cela dit, il se peut que le droit à la divulgation que possède un défendeur, dans des poursuites civiles, soit moins impérieux que celui que possède la personne accusée d'un crime. Le défendeur, dans des poursuites civiles, risque de perdre de l'argent et sa réputation, alors que l'accusé, dans une instance criminelle, risque de perdre sa liberté. Par conséquent, l'équilibre entre le droit à la divulgation et le droit à la vie privée du plaignant peut différer selon qu'il s'agit d'une affaire civile ou d'une affaire criminelle; il se peut que les documents produits dans une affaire criminelle ne puissent pas toujours être produits dans une affaire civile où le droit à la vie privée du plaignant peut plus facilement l'emporter sur le droit à la production que possède le défendeur.

Je conclus qu'il est loisible à un juge de statuer que les dossiers d'un psychiatre concernant un patient sont des documents privilégiés, lorsque cela est indiqué. Une fois que les trois premières conditions sont remplies et qu'on a établi à première vue de façon décisive qu'une protection est justifiée, il faut se concentrer sur l'évaluation prévue sous la quatrième rubrique. Un document pertinent quant à un moyen de défense ou à une revendication peut devoir être divulgué nonobstant l'intérêt majeur qu'a le demandeur à ce qu'il reste confidentiel. Par ailleurs, les documents dont la pertinence est douteuse ou qui contiennent des renseignements qui peuvent être obtenus d'autres sources peuvent être déclarés privilégiés. Tout dépend de la pondération des droits à la divulgation et à la vie privée qui s'opposent dans chaque cas. Il faut garder à l'esprit que, dans la plupart des cas, la majeure partie des communications entre un psychiatre et son patient auront peu ou n'auront pas d'incidence sur l'affaire en cause et, qu'ils peuvent, sans contredit, être exemptés de production. Les recherches à l'aveuglette ne sont pas appropriées lorsqu'un droit décisif à la vie privée est en jeu, et ce, même à l'étape de l'enquête

servicing the confidential nature of the documents to the greatest degree possible.

38

It remains to consider the argument that by commencing the proceedings against the respondent Dr. Ryan, the appellant has forfeited her right to confidentiality. I accept that a litigant must accept such intrusions upon her privacy as are necessary to enable the judge or jury to get to the truth and render a just verdict. But I do not accept that by claiming such damages as the law allows, a litigant grants her opponent a licence to delve into private aspects of her life which need not be probed for the proper disposition of the litigation.

VI. Procedure for Ascertaining Privilege

39

In order to determine whether privilege should be accorded to a particular document or class of documents and, if so, what conditions should attach, the judge must consider the circumstances of the privilege alleged, the documents, and the case. While it is not essential in a civil case such as this that the judge examine every document, the court may do so if necessary to the inquiry. On the other hand, a judge does not necessarily err by proceeding on affidavit material indicating the nature of the information and its expected relevance without inspecting each document individually. The requirement that the court minutely examine numerous or lengthy documents may prove time-consuming, expensive and delay the resolution of the litigation. Where necessary to the proper determination of the claim for privilege, it must be undertaken. But I would not lay down an absolute rule that as a matter of law, the judge must personally inspect every document at issue in every case. Where the judge is satisfied on reasonable grounds that the interests at stake can properly be balanced

préalable. Finalement, lorsque la justice exige que des communications soient divulguées, le tribunal devrait examiner la possibilité d'atténuer la divulgation en imposant des limites destinées à permettre à la partie adverse d'avoir l'accès que la justice requiert, tout en préservant le plus possible la nature confidentielle des documents en cause.

Il reste à examiner l'argument voulant qu'en engageant des procédures contre l'intimé le Dr Ryan, l'appelante ait renoncé à son droit à la confidentialité. Je reconnais qu'un plaideur doit accepter les atteintes à sa vie privée qui sont nécessaires pour permettre au juge ou au jury de découvrir la vérité et de prononcer un verdict juste. Mais je n'accepte pas qu'en demandant les dommages-intérêts permis par la loi, un plaideur autorise la partie adverse à fouiller dans les aspects de sa vie privée qui n'ont pas besoin d'être scrutés pour bien trancher le litige.

VI. Procédure permettant de vérifier l'existence d'un privilège

Pour déterminer si un privilège devrait être accordé relativement à un document ou à une catégorie de documents et, le cas échéant, à quelles conditions, le juge doit examiner les circonstances dans lesquelles le privilège est invoqué, les documents en cause et l'ensemble de l'affaire. Bien que, dans une affaire civile comme celle dont nous sommes saisis en l'espèce, il ne soit pas essentiel que le juge examine chaque document, il peut le faire si cela est nécessaire à la recherche de renseignements. Par ailleurs, un juge ne commet pas nécessairement une erreur en procédant au moyen d'affidavits indiquant la nature de l'information et sa pertinence escomptée, sans examiner chaque document individuellement. L'exigence que la cour examine minutieusement des documents longs ou nombreux peut s'avérer coûteuse en temps et en argent et retarder le règlement du litige. Il faut y satisfaire si cela est nécessaire pour bien trancher la revendication de privilège. Cependant, je ne poserais pas comme règle absolue que, sur le plan du droit, le juge doit examiner personnellement tous les documents en cause dans chaque affaire. Lorsque le juge est convaincu, pour

without individual examination of each document, failure to do so does not constitute error of law.

VII. Application to This Case

The Court of Appeal declined to order production of Dr. Parfitt's notes to herself on the ground that they were unnecessary given that she would not be called to testify. It ordered the production of notes and records of consultations with the appellant, but under stringent conditions. While the Court of Appeal did not proceed on the basis of privilege, its orders are supported by the principles relating to privilege that I have attempted to set forth.

The interest in preserving the confidentiality of the communications here at issue was, as discussed, compelling. On the other hand, the communications might be expected to bear on the critical issue of the extent to which the respondent Dr. Ryan's conduct caused the difficulties the appellant was experiencing. A court, in a case such as this, might well consider it best to inspect the records individually to the end of weeding out those which were irrelevant to this defence. However, the alternative chosen by the Court of Appeal in this case of refusing to order production of one group of documents and imposing stringent conditions on who could see the others and what use could be made of them cannot be said to be in error. In the end, the only persons to see the documents in question will be the lawyers for the respondent Dr. Ryan and his expert witnesses. Copies will not be made, and disclosure of the contents to other people will not be permitted. In short, the plaintiff's private disclosures to her psychiatrist will be disclosed only to a small group of trustworthy professionals, much in the fashion that confidential medical records may be disclosed in a hospital setting. I am not persuaded that the order of the Court of Appeal should be disturbed.

des motifs raisonnables, qu'il est possible de bien soupeser les droits en jeu sans examiner chaque document en cause, l'omission de le faire ne constitue pas une erreur de droit.

VII. Application à la présente affaire

La Cour d'appel a refusé d'ordonner la production des notes personnelles du D^r Parfitt pour le motif qu'elles n'étaient pas nécessaires, vu que le D^r Parfitt ne serait pas appelée à témoigner. Elle a ordonné la production des notes et des dossiers des consultations tenues avec l'appelante, mais sous réserve de conditions strictes. Bien que la Cour d'appel ne se soit pas fondée sur l'existence d'un privilège, ses ordonnances sont justifiées par les principes que j'ai tenté d'exposer en matière de privilège.

L'intérêt qu'il y a à préserver la confidentialité des communications ici en cause est, comme nous l'avons vu, décisif. Par contre, on pourrait s'attendre à ce que ces communications aient une incidence sur la question cruciale de la mesure dans laquelle la conduite de l'intimé le D^r Ryan est à l'origine des difficultés éprouvées par l'appelante. Un tribunal, dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis en l'espèce, pourrait bien décider qu'il vaut mieux examiner chaque dossier individuellement afin de retirer ceux qui ne sont pas pertinents quant à ce moyen de défense. Cependant, on ne peut affirmer que la Cour d'appel a eu tort, en l'espèce, de refuser d'ordonner la production d'un groupe de documents et de fixer des conditions strictes quant aux personnes qui pourraient consulter les autres documents et quant à l'utilisation qui pourrait être faite de ceux-ci. En définitive, les seules personnes qui prendront connaissance des documents en question seront les avocats de l'intimé le D^r Ryan et ses témoins experts. Aucune copie ne sera faite et il ne sera permis d'en divulguer le contenu à personne d'autre. Bref, les confidences de la demanderesse à son psychiatre ne seront divulguées qu'à un petit groupe de professionnels fiables, d'une façon assez semblable à la divulgation qui peut être faite d'un dossier médical confidentiel en milieu hospitalier. Je ne suis pas convaincue qu'il y ait lieu de modifier l'ordonnance de la Cour d'appel.

40

41

VIII. Conclusion

42 I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

43 L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — This appeal raises the questions of whether and to what extent a psychiatrist's notes and records, made in the course of treatment, of a plaintiff in a tort action resulting from sexual assault, are protected from disclosure. In the case before us, the civil suit was brought by that plaintiff against the perpetrator of the assault, himself a psychiatrist. He had earlier been convicted of "indecent assault", which was the applicable offence in force at the time the assaults occurred.

44 I have had the advantage of reading the reasons of Justice McLachlin. As my colleague has recounted the facts and proceedings, I need not review them here. In essence, the plaintiff asserts her right to privacy in challenging an order to produce the records of the therapist, whom she saw subsequent to the occurrence of the offence, for the purposes of discovery in her civil claim for damages resulting from the sexual assault. In so doing, the appellant has raised two issues. The first relates to the privileged nature of the communications between her and her psychiatrist. The second concerns her right to privacy in the records kept by that psychiatrist of these communications.

45 In addressing the first issue, McLachlin J. finds that the appellant has in no way waived her claim to privilege. My colleague also holds that the common law rules governing privilege must be updated to reflect both modern circumstances and the values which underlie the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Accordingly, McLachlin J. concludes that partial privilege, a variation of a case-by-case privilege, is appropriate in such cases. Although I agree in principle, I disagree with the result which my colleague reaches and the process which she approves in order to deal appro-

VIII. Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Le présent pourvoi soulève la question de savoir si et dans quelle mesure les notes et dossiers d'un psychiatre, confectionnés dans le cadre du traitement d'une victime d'agression sexuelle qui a intenté une action en responsabilité civile délictuelle, échappent à la divulgation. En l'instance, la demanderesse a intenté des poursuites civiles contre l'auteur de l'agression, lui-même psychiatre. Ce dernier avait auparavant été reconnu coupable d'«attentat à la pudeur», l'infraction applicable au moment où les agressions ont été commises.

J'ai pris connaissance des motifs de Madame le juge McLachlin. Étant donné que ma collègue a relaté les faits et les procédures, je n'ai pas à les reprendre ici. La demanderesse invoque essentiellement son droit à la vie privée pour contester une ordonnance lui enjoignant de produire, aux fins de l'enquête préalable relative à l'action civile qu'elle a intentée en vue d'obtenir des dommages-intérêts résultant de l'agression sexuelle subie, les dossiers de la thérapeute qu'elle a consultée à la suite de l'infraction. Ce faisant, l'appelante soulève deux questions. La première a trait à la nature privilégiée des communications entre l'appelante et sa psychiatre. La deuxième concerne le droit à la protection de la vie privée de l'appelante en ce qui concerne les dossiers conservés par la psychiatre relativement à ces communications.

Quant à la première question, Madame le juge McLachlin conclut que l'appelante n'a aucunement renoncé à invoquer son droit à un privilège. Elle estime également que les règles de common law qui régissent le privilège doivent être mises à jour de manière à refléter la réalité moderne et les valeurs qui sous-tendent la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ma collègue conclut donc qu'un privilège partiel, une variante du privilège fondé sur les circonstances de chaque cas, est indiqué en pareil cas. Malgré mon accord de principe, je ne souscris pas au résultat auquel en arrive ma col-

privately with this issue. Furthermore, I wish to provide additional reasons and more extensive reference to recent jurisprudence of this Court which has addressed the issue of privileged communications in circumstances similar to those which surround this appeal.

As regards the second issue raised by the appellant, McLachlin J. concludes that adapting the common law rules governing privilege is the only appropriate means through which to dispose of this appeal. Where a claim of privilege is unsuccessful, my colleague concludes that the court should have no further discretion to control the process of discovery so as to protect private records or parts thereof from disclosure. With this conclusion, I firmly disagree. The assertion by a plaintiff of her privacy interests in the records affected by the production order requires a re-evaluation of the approaches to discovery taken by the Master, Chamber judge, and Court of Appeal in this case. We must ensure that their exercise of the discretion to order production conforms with the values underlying the *Charter*.

After considering the wording of the British Columbia Rules of Court governing discovery, the history of the procedure, the legislative and regulatory sources of the Rules, and the common law approach to exercising this power, I conclude that whenever a court orders production of documents, it is nonetheless exercising a discretion. While the courts may have developed an approach to this discretion which refrains from unduly limiting the procedures except where required by privilege, this discretion has not been eliminated by the common law. Moreover, I agree with the B.C. Court of Appeal's assertion that, in exercising this discretion, the court may further control the discovery

lègue ni à la procédure qu'elle approuve pour trancher adéquatement cette question. En outre, je tiens à donner des motifs additionnels et à faire davantage référence à la jurisprudence récente dans laquelle notre Cour a abordé la question des communications privilégiées dans des circonstances semblables à celles du présent pourvoi.

En ce qui concerne la deuxième question soulevée par l'appelante, Madame le juge McLachlin conclut qu'adapter les règles de common law régissant le privilège est le seul moyen approprié de statuer sur le présent pourvoi. Lorsqu'un privilège est revendiqué en vain, la cour ne devrait plus, selon ma collègue, avoir le pouvoir discrétionnaire de contrôler le processus de communication préalable de documents de manière à soustraire à la divulgation des dossiers privés ou des extraits de ces dossiers. Je suis totalement en désaccord avec cette conclusion. Lorsqu'une partie demanderesse invoque son droit à la confidentialité des dossiers visés par l'ordonnance de production, il faut réévaluer la façon dont le protonotaire, le juge en chambre et la Cour d'appel ont abordé, en l'espèce, la question de la communication préalable de documents. Nous devons nous assurer que leur exercice du pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance de production est compatible avec les valeurs qui sous-tendent la *Charte*.

Après avoir examiné le texte des Règles de pratique de la Colombie-Britannique qui régissent la communication préalable de documents, l'histoire de cette procédure, les sources législatives et réglementaires de ces règles, ainsi que la façon dont l'exercice de ce pouvoir est abordée en common law, je conclus que chaque fois qu'une cour ordonne la production de documents, elle exerce un pouvoir discrétionnaire. Même si les tribunaux peuvent avoir développé une approche à l'égard de ce pouvoir discrétionnaire, approche qui évite de limiter indûment la production de documents sauf lorsqu'un privilège l'exige, la common law n'a pas supprimé ce pouvoir discrétionnaire. De plus, je suis d'accord avec la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour dire que, par l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, la cour peut contrôler davantage la procédure de communication préala-

procedures to ensure that they do not cause injustice to one of the parties.

48

The exercise of a judicial discretion, whether common law or statutory in origin, must comport with the values underlying the *Charter*. In applying this principle, this Court has recently held, albeit in the criminal law context, that a court must exercise its discretion to order the production of private records in a manner which comports with the *Charter* values underlying the rights to privacy, equality, and a fair trial. These same values are engaged in the instant appeal in the context of civil proceedings. Keeping in mind the important differences between the criminal and civil contexts, I nonetheless find that the discretion as exercised by the Court of Appeal in the case before us gave insufficient regard to the values of privacy and equality. My colleague has affirmed the process followed by the Court of Appeal in dealing with the psychiatrist's notes and records in this case. On the basis of the conclusion I reach on this issue, I find myself unable to agree with this result.

I. Principles

A. Privilege

49

In *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536 (hereinafter *L.L.A.*), our Court unanimously found that a complainant in a case involving the criminal offence of sexual assault may obtain protection from disclosure of private records to the defence via a case-by-case privilege. In that case, various institutions which had been involved in providing counselling to the complainant after the alleged assault were ordered to produce the records of this treatment to the defence. The order was appealed to this Court on the ground that the records were privileged.

50

Writing for the Court on this issue, and with reference to the majority reasons in the recent case of *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, I observed, at

ble de documents de manière à éviter qu'une injustice soit causée à l'une des parties.

L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire judiciaire, peu importe qu'il tire son origine de la common law ou d'une loi, doit être compatible avec les valeurs qui sous-tendent la *Charte*. Appliquant ce principe, notre Cour a récemment statué, quoique dans le contexte du droit criminel, qu'un tribunal doit exercer son pouvoir discrétionnaire d'ordonner la production de dossiers privés d'une manière compatible avec les valeurs de la *Charte* qui sous-tendent les droits à la vie privée, à l'égalité et à un procès équitable. Les mêmes valeurs entrent en jeu ici, quoique dans le contexte de procédures civiles. Même s'il existe d'importantes différences entre le contexte du droit criminel et le contexte du droit civil, je conclus, néanmoins, qu'en l'espèce la Cour d'appel a exercé son pouvoir discrétionnaire sans tenir compte suffisamment des valeurs que constituent la vie privée et l'égalité. Ma collègue confirme la validité de la procédure suivie par la Cour d'appel en ce qui a trait aux notes et aux dossiers de la psychiatre en l'espèce. Vu la conclusion à laquelle j'en arrive à cet égard, il m'est impossible de souscrire à ce résultat.

I. Les principes

A. Le privilège

Dans l'arrêt *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536 (ci-après *L.L.A.*), la Cour a conclu à l'unanimité qu'une plaignante dans une affaire criminelle d'agression sexuelle peut, grâce à un privilège fondé sur les circonstances de chaque cas particulier, obtenir que des documents privés ne soient pas communiqués à la défense. Dans cette affaire, on avait ordonné à divers établissements, qui avaient fourni des services de consultation à la plaignante après l'agression alléguée, de communiquer à la défense les dossiers relatifs à ce traitement. L'ordonnance a fait l'objet d'un pourvoi devant notre Cour pour le motif que ces dossiers étaient des documents privilégiés.

M'exprimant au nom de la Cour à ce sujet et renvoyant aux motifs majoritaires du récent arrêt *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, j'ai fait obser-

pp. 562-63, that our Court has recognized two common law categories of privilege, a "class" privilege and a "case-by-case" privilege:

A class privilege entails a prima facie presumption that such communications are inadmissible or not subject to disclosure in criminal or civil proceedings and the onus lies on the party seeking disclosure of the information to show that an overriding interest commands disclosure. In order for the privilege to attach, compelling policy reasons must exist, similar to those underlying the privilege for solicitor-client communications, and the relationship must be inextricably linked with the justice system.

In a case-by-case privilege, the communications are not privileged unless the party opposing disclosure can show they should be privileged according to the four-fold utilitarian test elaborated by Wigmore (*Evidence in Trials at Common Law* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, at § 2285). [Emphasis added.]

After reviewing developments in the law of privilege in Canada and other jurisdictions, the Court rejected the notion of a class privilege shielding all such private records from disclosure. This conclusion was reached after a careful weighing of the policy arguments for a class privilege in this context against the detrimental effects of such a privilege on the administration of our justice system. The policy arguments supporting a class privilege included: the need for confidentiality in effective therapy for sexual assault victims, the deterrent effect of potential disclosure on both the seeking of counselling and consequent making of complaints, the inherent unreliability of such records, and the need to reflect the values enshrined in the *Charter*, particularly those ensuring equality and privacy, in our development of the common law. The following countervailing concerns are also involved: the necessity of relevant information in the truth-finding process which is the foundation of our justice system, the possibility that records will contain highly relevant information, the effects of a blanket protection from disclosure of relevant information on the accused's constitutional right to make full answer and

ver, aux pp. 562 et 563, que la Cour a reconnu l'existence de deux catégories de privilèges en common law, soit le privilège «générique» et le privilège «fondé sur les circonstances de chaque cas»:

Un privilège générique comporte une présomption prima facie que ces communications sont inadmissibles ou non sujettes à divulgation dans le cadre de procédures criminelles ou civiles et la partie demandant la divulgation assume le fardeau d'établir qu'un intérêt prépondérant l'exige. Pour qu'il y ait privilège, il faut qu'existent des raisons de principe contraignantes, semblables à celles qui sous-tendent le privilège en matière de communications avocat-client, et les relations doivent être inextricablement liées au système de justice.

Dans le cas du privilège fondé sur les circonstances particulières de chaque cas, les communications ne sont privilégiées que dans la mesure où la partie s'opposant à leur divulgation établit qu'elles devraient l'être suivant le test utilitaire à quatre volets élaboré par Wigmore (*Evidence in Trials at Common Law* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, au § 2285). [Je souligne.]

Après avoir examiné l'évolution du droit en matière de privilèges au Canada et ailleurs, notre Cour a rejeté l'idée qu'un privilège générique protège contre la divulgation tous les dossiers privés de cette nature. Elle a tiré cette conclusion après avoir soigneusement soupesé les arguments de principe qui militent en faveur d'un privilège générique dans ce contexte, en fonction des effets préjudiciables d'un tel privilège sur l'administration de notre système de justice. Parmi les arguments de principe militant en faveur d'un privilège générique, il y avait le besoin de préserver la confidentialité de la thérapie offerte aux victimes d'agression sexuelle pour en assurer l'efficacité, l'effet dissuasif d'une divulgation éventuelle sur le recours aux services de consultation et le dépôt subséquent d'une plainte, l'absence inhérente de fiabilité de ces dossiers et la nécessité d'harmoniser la common law avec les valeurs consacrées par la *Charte*, en particulier celles garantissant l'égalité et la vie privée. À ces arguments s'opposent les préoccupations suivantes: la nécessité d'une information pertinente dans la recherche de la vérité, qui est à la base de notre système de justice, la possibilité que des dossiers renferment des renseigne-

defence, and the difficulty in delimiting this class of relationships.

52

Having weighed these two sets of arguments, the Court held, at p. 580, that while a class privilege for private records was not warranted, a case-by-case privilege might well be established, provided that the Wigmore criteria were met:

Given the nature of the relationship between counsellors and sexual assault complainants, the first three criteria will easily be met in most cases. . . . The fourth criterion involves the balancing of the relative values which favour finding these records privileged with those which favour production, if, of course, the records are found to be likely relevant either to an issue in the proceedings or to the competence of the witness to testify (see *O'Connor, supra*). This is where the arguments for and against production, which I have discussed earlier, will be examined.

The fourth branch of the Wigmore test requires the party claiming privilege to establish that the injury which would inure to the relationship in question is greater than the benefit gained for the correct disposal of the civil or criminal litigation. The decision in *L.L.A., supra*, has thus delineated the various public policy factors which must be weighed in determining whether this criterion has been satisfied. It has also held that the likely relevance of the documents must be established by the defence before the court will undertake the balancing required by the fourth Wigmore criterion.

53

Case-by-case privilege was not, however, seen as a desirable source of protection, for its *ad hoc* nature would interfere with the primary policy objective which underlies privilege in this context. Privilege is advocated in these cases on the grounds that its assurance of confidential counselling will encourage complainants to seek therapy and to report the assault. The Court held that the

ments fort pertinents, l'incidence d'une protection générale contre la divulgation d'une information pertinente sur le droit constitutionnel de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, et la difficulté de délimiter la catégorie visée par ces rapports.

Après avoir soupesé ces deux séries d'arguments, la Cour a conclu, à la p. 580, que même si un privilège générique n'est pas justifié à l'égard d'un dossier privé, l'existence d'un privilège fondé sur les circonstances de chaque cas pourrait bien être établie, pourvu que l'on ait satisfait au test de Wigmore:

Étant donné la nature de la relation entre conseillers et plaignantes victimes d'agression sexuelle, les trois premiers critères seront facilement satisfaits dans la plupart des cas. [. . .] Le quatrième critère renvoie à la pondération des valeurs en jeu soit d'une part celles qui favorisent la reconnaissance d'un privilège en faveur de ces dossiers avec celles qui, d'autre part, militent en faveur de leur production dans la mesure, naturellement, où l'on juge qu'ils sont pertinents soit à une question en litige dans l'instance soit à l'habilité à témoigner (voir l'arrêt *O'Connor*, précité). C'est sous cet angle que les arguments favorables et défavorables à la production, dont j'ai déjà discuté, seront considérés.

Suivant le quatrième volet du test de Wigmore, la partie qui revendique un privilège doit établir que le préjudice permanent que subirait la relation en question est plus grand que le bénéfice d'une décision juste en matière civile ou criminelle. Dans l'arrêt *L.L.A.*, précité, on a donc dégagé les différents facteurs d'intérêt public qui doivent être soupesés pour déterminer si ce volet du test est respecté. On y a aussi statué que la défense doit établir la pertinence probable des documents avant que la cour n'entreprenne la pondération requise par le quatrième volet du test de Wigmore.

Le privilège fondé sur les circonstances de chaque cas n'a, toutefois, pas été considéré comme une source souhaitable de protection, car sa nature *ad hoc* est incompatible avec l'objectif de principe qui sous-tend le privilège dans ce contexte. L'octroi d'un privilège dans ces cas serait nécessaire du fait que la garantie de confidentialité de la consultation encourage la plaignante à recourir à une thé-

procedural restrictions on disclosure, which are dictated by the *Charter* values underlying the complainant's rights to privacy and equality, would better fulfill these objectives.

In the instant appeal, McLachlin J. has developed a form of case-by-case privilege which she terms "partial privilege". It allows the application of the Wigmore test not only to a particular relationship in a specific set of circumstances, which is what was envisioned in *L.L.A.*, *supra*, but also to classes of records, individual documents, or even parts thereof. In applying the fourth part of this test, the judge is called upon to balance the interest served by non-disclosure, that is, the promotion of the confidential relationship in which the records arose, with the interest in the correct disposal of the litigation. In so doing, the judge has the broad discretion to decide whether and to what extent to order the disclosure of certain documents. If the records contain information which is clearly relevant to a defence or claim, and without which a false result may ensue, the judge may order their disclosure. However, it is open to him or her to place limits on the reproduction and dissemination of the records once disclosed, to inspect the documents before releasing them to the defence, and/or to remove irrelevant or unnecessary information from the records.

In addition to my colleague's elaboration of the appropriate approach, one must not lose sight of two principles which were established by this Court in *L.L.A.*, *supra*, and which apply *mutatis mutandis* in a civil proceeding as well. First, before a judge may apply the fourth branch of the Wigmore test, the defence must establish the likely relevance of the documents, whether to an issue at trial or to the competence of a witness to testify. This threshold will not be overcome by mere speculation as to the contents of the records or biased hypotheses about such plaintiffs. Second, in undertaking the balancing of public policy concerns under the fourth branch of the Wigmore test,

rapie et à signaler l'agression. La Cour a conclu que les restrictions procédurales en matière de divulgation, que dictent les valeurs de la *Charte* sous-tendant les droits de la plaignante à la vie privée et à l'égalité, permettraient de mieux atteindre ces objectifs.

Dans le présent pourvoi, Madame le juge McLachlin propose une forme de privilège, fondé sur les circonstances de chaque cas, qu'elle appelle «privilège partiel». Celui-ci permet d'appliquer le test de Wigmore non seulement à des rapports particuliers dans certaines circonstances précises, ce qui était envisagé dans l'arrêt *L.L.A.*, précité, mais également à des catégories de dossiers, à des documents individuels ou même à des parties de ceux-ci. En application du quatrième volet de ce test, le juge est appelé à soupeser l'intérêt servi par la non-divulgation, c'est-à-dire favoriser les rapports confidentiels dont émanent les dossiers, et celui qu'il y a à trancher correctement le litige. Ce faisant, le juge a le vaste pouvoir discrétionnaire de décider si et dans quelle mesure il y a lieu d'ordonner la divulgation de certains documents. Si les dossiers renferment des renseignements qui sont manifestement pertinents à une défense ou à une demande, sans lesquels un résultat inexact est susceptible de s'ensuivre, le juge peut ordonner leur communication. Il lui est cependant loisible de restreindre la reproduction et la diffusion des documents communiqués, de les examiner avant de les remettre à la défense et d'en supprimer les renseignements non pertinents ou inutiles.

Outre l'élaboration que fait ma collègue sur la façon appropriée de procéder, il ne faut pas perdre de vue deux principes que notre Cour a établis dans l'arrêt *L.L.A.*, précité, et qui s'appliquent également *mutatis mutandis* en matière civile. Premièrement, pour qu'un juge puisse appliquer le quatrième volet du test de Wigmore, la défense doit établir la pertinence probable des documents, que ce soit à l'égard d'une question en litige ou de la capacité de témoigner d'une personne. Ce seuil ne saurait être franchi en se basant sur de simples conjectures quant au contenu des dossiers ou des mythes ou stéréotypes à l'égard de la partie demanderesse. Deuxièmement, pour pondérer les

factors in addition to those mentioned by my colleague must be considered. These include the inherent unreliability of such records given the purposes for which they are made and the deterrent effect the lack of protection will have on the seeking of civil compensation for the injury sustained.

56 “Partial privilege” was nonetheless found by McLachlin J. to uphold the order of the Court of Appeal in the case before us. This order allowed direct and complete disclosure to the defence of all of the records Dr. Parfitt had made of her interactions with the appellant, albeit subject to certain restrictions on their reproduction and dissemination. Only those notes which Dr. Parfitt had made to herself for diagnostic purposes were withheld from the defence. In deciding which documents to order produced, the Court of Appeal relied on the affidavits which the parties had submitted in conjunction with the proceedings. Direct disclosure of all of the information shared in the course of therapy to professionals who are assisting the defence, including defence counsel, constitutes a very serious breach of the plaintiff’s interests in privacy as regards these communications.

57 Although greatly expanded and updated to comport with both modern circumstances and *Charter* values, as a substantive rule applied on a case-by-case basis, the doctrine of “partial privilege” remains fundamentally *ad hoc* in nature. As such, it fails to provide an adequate means of fulfilling its own primary policy rationale. In this context, the doctrine’s policy objectives are to ensure that plaintiffs who are victims of sexual assault not be discouraged from seeking therapy if they may potentially wish to take civil action or, if they have already received counselling, unduly deterred from seeking compensation for the injury sustained. As defendants in such cases will likely challenge the cause and quantum of the injury claimed, it may be relatively easy for them to establish, in certain cases, that some information shared in counselling

préoccupations d’intérêt public dans le cadre du quatrième volet du test de Wigmore, il faut prendre en considération d’autres facteurs en plus de ceux mentionnés par ma collègue. Il s’agit, notamment, de l’absence inhérente de fiabilité de ces dossiers, compte tenu des fins auxquelles ils sont établis, et de l’effet dissuasif que l’absence de protection aura sur la recherche d’une compensation civile pour le préjudice subi.

Madame le juge McLachlin a, néanmoins, conclu que le «privilege partiel» permettait de confirmer l’ordonnance de la Cour d’appel en l’espèce, ordonnance qui autorise la communication directe et complète, à la défense, de tous les dossiers confectionnés par le D^r Parfitt relativement à ses échanges avec l’appelante, sous réserve, toutefois, de certaines restrictions quant à leur reproduction et à leur diffusion. Seules les notes personnelles que le D^r Parfitt a prises pour fins de diagnostic ont été soustraites à l’examen de la défense. Pour déterminer quels documents devaient être visés par l’ordonnance de production, la Cour d’appel s’est appuyée sur les affidavits présentés par les parties dans le cadre de l’instance. La communication directe aux experts qui assistent la défense, y compris l’avocat de la défense, de tous les renseignements échangés pendant la thérapie constitue une atteinte très grave au droit de la demanderesse à la confidentialité de ces communications.

Bien que la règle du «privilege partiel» ait été considérablement élargie et mise à jour afin de refléter la réalité moderne et les valeurs de la *Charte*, elle demeure fondamentalement *ad hoc* en tant que règle de fond applicable selon les circonstances de chaque cas. En ce sens, elle ne permet pas d’atteindre adéquatement l’objectif de principe qui la sous-tend. Dans ce contexte, la règle a pour objectif de principe de garantir que la partie demanderesse, victime d’une agression sexuelle, ne soit pas découragée de recourir à une thérapie si elle envisage d’intenter une action au civil, ni indûment dissuadée de réclamer l’indemnisation du préjudice subi dans le cas où elle aurait déjà bénéficié de services de consultation. Comme il est probable qu’en pareil cas le défendeur contestera la cause du préjudice allégué et le montant réclamé

sessions will be likely relevant to an issue at trial. At the same time, much of the information contained in such private records may be completely irrelevant or of extremely limited probative value and/or highly prejudicial. If the result is that all records, and thus all of the information they contain, are released to the defence, albeit subject to restrictions, many plaintiffs will be deterred from undertaking civil suits and/or therapy to address the assault's effects on them.

Moreover, while the doctrine of privilege allows for some balancing of interests, we must not forget that its aim is to balance the public's interest in fostering particular relationships with its interest in correctly disposing of legal disputes. The four criteria involved in the Wigmore test reflect this policy rationale. As such, the plaintiff's privacy interests in the records may receive some protection, but only to the degree that they serve the greater purpose of promoting a particular relationship. This relationship must be found to be sufficiently confidential, dependent upon such confidence, and valued by the community to warrant the balancing of its value with potential effects on the trial.

Where a judge determines that any or all of the first three Wigmore criteria are not fulfilled, the plaintiff's privacy interests are no longer considered. Moreover, while her interests in privacy are balanced under the fourth branch, they are only valued to the degree that they affect the relationship in which the communications arose. This doctrine does nothing to ensure protection of her privacy interests in records which, although containing information of a highly private nature, may not have arisen in the context of a relationship which meets the strict requirements for privilege. For this reason, as the plaintiff has asserted her privacy interest in private records independently of

à ce titre, il pourra parfois lui être relativement facile d'établir que certains renseignements obtenus lors de séances de consultation ont une pertinence probable à l'égard d'une question en litige. Il se pourra, en même temps, qu'une grande partie de l'information contenue dans ces dossiers privés ne soit absolument pas pertinente ou que sa valeur probante soit extrêmement limitée ou très préjudiciable. S'il s'ensuit que tous les dossiers, et ainsi tous les renseignements qu'ils renferment, sont communiqués à la défense, quoique sous certaines réserves, la partie demanderesse sera dissuadée, dans bien des cas, d'engager des poursuites civiles ou d'avoir recours à une thérapie pour remédier aux séquelles de l'agression, ou les deux à la fois.

En outre, bien que la doctrine du privilège permette d'effectuer une certaine pondération d'intérêts, nous ne devons pas oublier qu'elle a pour objectif de soupeser l'intérêt qu'a le public à promouvoir des rapports particuliers, avec celui qu'il a à ce que les litiges devant les tribunaux soient tranchés correctement. Le quatrième volet du test de Wigmore reflète cette raison d'être. Ainsi, le droit de la partie demanderesse à la confidentialité des documents peut être protégé, mais seulement dans la mesure où il sert l'objectif supérieur de la promotion de rapports particuliers. Ces rapports doivent être suffisamment confidentiels, dépendre de cette confidentialité et leur valeur suffisante aux yeux de la collectivité pour justifier leur pondération au regard de leur incidence possible sur le procès.

Lorsqu'un juge décide que l'un ou la totalité des trois premiers volets du test de Wigmore ne sont pas respectés, le droit de la partie demanderesse à la vie privée n'entre plus en ligne de compte. De plus, même si ce droit est soupesé en fonction du quatrième volet, il ne l'est que dans la mesure où il a une incidence sur les rapports dans le cadre desquels les communications ont été effectuées. Cette règle ne contribue nullement à garantir la protection du droit de la partie demanderesse à la confidentialité des dossiers qui, bien qu'ils renferment des renseignements de nature très personnelle, peuvent ne pas avoir été établis dans le cadre de rapports qui remplissent les conditions strictes

58

59

her claim for privilege, we are required to determine whether this interest has received adequate attention.

B. *Balancing Charter Values*

60 In addition to her privilege claim, the appellant is asserting a right to privacy in the documents. The court order to produce the documents was made on the basis of a regulatory "Rule of Court" — Rule 26 — which grants a broad discretion to the courts to control discovery procedures. This rule is authorized by the executive branch of the British Columbia government through statute and regulation and has the objective of controlling the process of discovery between private parties to civil litigation.

61 As will be explained in more detail, in exercising their powers under this rule, courts have developed two somewhat conflicting common law approaches. While differing in the extent to which a court may control the production of documents, both of these approaches establish a structured discretion on the part of the court in making this determination. Thus, in the context of civil discovery, while the power in the courts has been created by the regulatory rule, common law rules to control and govern this discretion have been developed. The context of discovery may provide a somewhat unique interaction of the common law and procedural rules of court, in that the substantive common law as to what is or is not discoverable has had to develop in response to this fairly modern procedural entitlement. This is different from the procedures in the present rules which govern the determination of the admissibility of evidence, for example.

d'octroi d'un privilège. C'est pourquoi, vu que la demanderesse a fait valoir son droit à la confidentialité des dossiers privés indépendamment de sa revendication d'un privilège, nous devons déterminer si ce droit a reçu une attention suffisante.

B. *Pondération des valeurs de la Charte*

Outre le privilège qu'elle revendique, l'appelante invoque un droit à la confidentialité des documents. L'ordonnance judiciaire de production des documents a été rendue en fonction d'une «règle de pratique» d'origine réglementaire — l'art. 26 des Règles — qui accorde au tribunal un large pouvoir discrétionnaire de contrôler la procédure de communication préalable. Cette règle, que le pouvoir exécutif de la Colombie-Britannique a autorisée par voie législative et réglementaire, vise à contrôler la procédure de communication préalable de documents dans un litige civil opposant des particuliers.

Comme nous le verrons plus en détail, en exerçant les pouvoirs qui leur sont conférés par cette règle, les tribunaux ont dégagé deux approches de common law quelque peu contradictoires. Même si elles divergent en ce qui concerne la mesure dans laquelle les tribunaux peuvent contrôler la production de documents, ces deux approches comportent une discrétion structurée qui sert de guide aux tribunaux qui ont à rendre une telle décision. Ainsi, dans le contexte de la communication préalable de documents en matière civile, bien que le pouvoir conféré aux tribunaux vienne de la règle d'origine réglementaire, des règles de common law ont été établies afin de contrôler et de régir l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Le contexte de la communication préalable de documents peut engendrer une interaction quelque peu unique de la common law et des règles de pratique, en ce que les règles matérielles de common law, applicables pour déterminer ce qui peut ou non faire l'objet d'une communication préalable, ont dû évoluer de manière à répondre à cette procédure plutôt récente. Ceci est différent de la procédure des règles actuelles qui régissent l'admissibilité de la preuve, notamment.

This Court has held that where a provision or regulation or, alternatively, a common law rule establishes discretion in terms which allow judicial action respectful of the *Charter*, the provision or rule will not be struck down: *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, *per* L'Heureux-Dubé J., dissenting; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, *per* La Forest J. for the Court, at p. 410; see also *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, *per* Lamer J. (as he then was), at p. 1078. Indeed, a residual discretion may be required in some instances to ensure that a legislative provision or common law rule not violate the *Charter*: *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416. It is rather the exercise of discretion that the courts will scrutinize.

In many cases, the exercise of discretion, through the making of an order, for example, will not constitute direct state action and therefore cannot be subject to the same constitutional scrutiny as legislation or the acts of state officials. Where this occurs, this Court has nonetheless found that the exercise of discretion must adequately reflect the values underlying the *Charter*. In the criminal context, a proportional balance of the effects on *Charter* rights is required: *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *L.L.A.*, *supra*; see also *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836. In cases of non-criminal law powers exercised in the context of legislation with a public purpose or other such state action, the court must also reflect a balance of *Charter* values when exercising a statutory or common law discretion: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, *per* Lamer C.J., for the majority, at p. 875; *Baron v. Canada*, *supra*; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, at p. 558.

The fact that the discretion exercised here involves procedural entitlements in a civil dispute between private parties rather than a criminal trial

Notre Cour a statué qu'on n'invalidera pas une disposition, un règlement ou encore une règle de common law qui établit un pouvoir discrétionnaire en des termes qui permettent aux tribunaux d'agir dans le respect de la *Charte*: *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, le juge L'Heureux-Dubé, dissidente; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, le juge La Forest, au nom de la Cour, à la p. 410; voir également *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, le juge Lamer (maintenant Juge en chef), à la p. 1078. En fait, un pouvoir discrétionnaire résiduel peut être requis, dans certains cas, pour garantir qu'une disposition législative ou une règle de common law ne viole pas la *Charte*: *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416. C'est plutôt sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire que portera l'examen du tribunal.

Dans bien des cas, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, notamment par la délivrance d'une ordonnance, ne constituera pas une action directe de l'État et ne pourra donc pas être soumis au même contrôle constitutionnel qu'une loi ou un acte d'un représentant de l'État. Le cas échéant, notre Cour a, néanmoins, conclu que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire doit refléter adéquatement les valeurs qui sous-tendent la *Charte*. En matière criminelle, une pondération proportionnelle de l'incidence sur les droits garantis par la *Charte* est requise: *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *L.L.A.*, précité; voir aussi *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, et *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836. Dans les cas où une compétence autre qu'une compétence en matière de droit criminel est exercée dans le cadre d'une loi ayant un objectif public ou de toute autre mesure semblable prise par l'État, le tribunal doit également pondérer les valeurs de la *Charte* lorsqu'il exerce un pouvoir discrétionnaire découlant de la loi ou de la common law: *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, le juge en chef Lamer, au nom de la majorité, à la p. 875; *Baron c. Canada*, précité; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513, à la p. 558.

Le fait que le pouvoir discrétionnaire exercé en l'espèce se rapporte à des droits d'ordre procédural dans un litige civil opposant des particuliers, plutôt

does not fundamentally alter the analysis. There are a number of civil cases involving private parties which found that the discretionary powers granted by statute or a common law rule must be exercised in a manner which comports with the values underlying the *Charter*: *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, per McIntyre J. at p. 603, *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, per L'Heureux-Dubé, dissenting, at pp. 71 and 92; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130. In such cases, however, the balancing of values may be somewhat more flexible than in those involving the state as a party: *Hill, supra*, per Cory J., at paras. 94 and 97. In the appeal before us, the appellant is thus entitled to challenge the exercise of discretion by the trial judge and the Court of Appeal on the grounds that they did not reflect an appropriate balance of *Charter* values.

65

A three-step analysis is required to determine whether the appellant can succeed in her claim. First, the court must identify the source of the common law or legislative discretion that has been exercised. Second, it must identify the *Charter* values that are engaged in or affected by the exercise of this discretion. Finally, it must determine whether and in what manner the exercise of discretion needs to be altered to reflect an appropriate balance of these *Charter* values. In the instant appeal, we are aided greatly in the second and third tasks by the analysis already undertaken by this Court in *O'Connor, supra*, which addressed a similar procedural discretion, albeit in the context of a criminal prosecution.

(i) Discretion

66

The traditional common law approach to the power conferred upon courts to order the production of documents for discovery in civil proceedings holds that "all relevant documents which are not privileged must be produced": Beverley M. McLachlin and James P. Taylor, *British Columbia Practice* (2nd ed. 1996 (loose-leaf)), vol. 1, at

que dans un procès criminel, ne modifie pas fondamentalement l'analyse. Il existe un certain nombre d'affaires civiles opposant des particuliers où on a statué que l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par la loi ou par une règle de common law doit être compatible avec les valeurs qui sous-tendent la *Charte*: *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, le juge McIntyre, à la p. 603; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, le juge L'Heureux-Dubé, dissidente, aux pp. 71 et 92; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130. Dans les affaires de ce genre, toutefois, il se peut que la pondération des valeurs soit un peu plus souple que dans celles où l'État est partie au litige: *Hill*, précité, le juge Cory, aux par. 94 et 97. Dans le présent pourvoi, l'appelante a donc le droit de contester l'exercice du pouvoir discrétionnaire par le juge de première instance et la Cour d'appel pour le motif qu'il ne reflète pas une pondération adéquate des valeurs de la *Charte*.

Une analyse en trois étapes s'impose pour déterminer si l'appelante peut avoir gain de cause. Premièrement, il faut rechercher la source du pouvoir discrétionnaire exercé qui découle de la common law ou d'une loi. Deuxièmement, il faut déterminer quelles sont les valeurs de la *Charte* qui sont en jeu ou qui sont touchées par l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Enfin, il faut décider si et de quelle façon l'exercice du pouvoir discrétionnaire doit être modifié pour refléter une pondération adéquate de ces valeurs de la *Charte*. En l'espèce, nous bénéficions grandement, en ce qui concerne les deuxième et troisième étapes, de l'analyse que notre Cour a déjà entreprise, dans l'arrêt *O'Connor*, précité, relativement à un pouvoir discrétionnaire semblable en matière de procédure, quoique dans le contexte de poursuites criminelles.

(i) Le pouvoir discrétionnaire

Suivant la façon traditionnelle d'aborder, en common law, le pouvoir des tribunaux d'ordonner la production de documents à des fins de communication préalable dans des procédures civiles, [TRADUCTION] «tous les documents pertinents qui ne sont pas des documents privilégiés doivent être produits»: Beverley M. McLachlin et James P.

p. 26-1. In British Columbia, there has nonetheless been some dispute as to the scope of this judicial discretion:

R 26(10) provides that the court “may” order the production of documents for inspection and copying by any party or by the court “at a time and place and in the manner it thinks just”. One interpretation of “may” is that the order will go, subject to terms, if the documents are shown to be relevant and no claim to privilege is established. Another interpretation would be that “may” confers a wider discretion.

(McLachlin and Taylor, *supra*, at p. 26-115.)

Madame Justice McLachlin and Professor Taylor refer to the Court of Appeal decision in the case before us, (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 1, as an indication that the second approach is gaining favour, although that decision was based on Rule 26(11), which deals with orders for documents in the hands of a third party, and did not specifically consider the scope of the discretion encompassed in the term “may” in either Rule 26(10) or Rule 26(11). I agree with their view, for the Court of Appeal in this case spoke of a broader discretion which applied regardless of whether the guardian of the documents was a party to the litigation or a third party.

My colleague has chosen the first or traditional approach to the powers of the court to control the discovery of documents. In so doing, she rejects the Court of Appeal’s method while affirming their result. I prefer to affirm the Court of Appeal’s characterization of its powers, for reasons which I will delineate, and then to determine whether the discretion as exercised by the trial judge and the Court of Appeal adequately comports with *Charter* values. In this latter task I am guided by recent jurisprudence of this Court. However we choose to characterize their powers, the Master, Chambers judge and Court of Appeal clearly exercised a discretion to order the production of documents for discovery. The guidance they sought as to the appropriate exercise of these powers arises from

Taylor, *British Columbia Practice* (2^e éd. 1996 (feuilles mobiles)), vol. 1, à la p. 26-1. En Colombie-Britannique, la portée de ce pouvoir discrétionnaire judiciaire suscite néanmoins une certaine controverse:

[TRADUCTION] Le paragraphe 26(10) des Règles prévoit que la cour «peut» ordonner la production de documents pour qu’une partie ou la cour elle-même les examine et en tire des copies «au moment, à l’endroit et de la manière qu’elle estime indiqués». Une interprétation du terme «peut» veut que l’ordonnance soit rendue, à certaines conditions, s’il est démontré que les documents sont pertinents et si l’existence d’aucun privilège n’est établie. Selon une autre interprétation, le terme «peut» confère un pouvoir discrétionnaire plus large.

(McLachlin et Taylor, *op. cit.*, à la p. 26-115.)

Selon Madame le juge McLachlin et le professeur Taylor, l’arrêt de la Cour d’appel en l’espèce, (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 1, indique que la deuxième interprétation gagne en popularité quoique cet arrêt soit fondé sur le par. 26(11) des Règles, qui porte sur les ordonnances relatives à des documents en la possession d’un tiers, et n’examine pas précisément la portée du pouvoir discrétionnaire conféré par le terme «peut» à l’un ou l’autre des par. 26(10) et 26(11) des Règles. Je partage leur point de vue car la Cour d’appel, dans cette affaire, parle d’un pouvoir discrétionnaire plus large qui s’applique peu importe que la personne qui a sous sa garde les documents soit partie au litige ou soit un tiers.

Ma collègue opte pour la première façon, traditionnelle, d’interpréter le pouvoir de la cour de contrôler la communication de documents. Ce faisant, elle rejette la méthode employée par la Cour d’appel, tout en confirmant le résultat obtenu. Je préfère confirmer la qualification, par la Cour d’appel, de ses pouvoirs, pour les raisons que je vais exposer, pour ensuite déterminer si le pouvoir discrétionnaire exercé par le juge de première instance et la Cour d’appel est compatible avec les valeurs de la *Charte*. Pour m’acquitter de cette dernière tâche, je m’inspire de la jurisprudence récente de notre Cour. Cependant, peu importe la façon dont nous choisissons de qualifier leurs pouvoirs, le protonotaire, le juge en chambre et la Cour d’appel ont manifestement exercé un pouvoir

the approach defined in the case law applying the discretionary Rules of Court. As such, the task of assessing whether the exercise of the discretion complies with *Charter* values cannot be avoided. I see no reason to distinguish between this case and others where this Court has held that discretionary judicial procedures developed at common law or in a statute must comport with *Charter* values. The discretion exercised by the Master, Chambers judge, and the Court of Appeal is open to the challenge asserted by the appellant.

discrétionnaire d'ordonner la production de documents à des fins de communication préalable. La ligne directrice qu'ils ont demandée quant à la façon appropriée d'exercer ces pouvoirs découle de la méthode définie dans la jurisprudence qui applique les règles de pratique discrétionnaires. Ainsi, on ne saurait se soustraire à la tâche consistant à déterminer si l'exercice du pouvoir discrétionnaire s'accorde avec les valeurs de la *Charte*. Je ne vois aucune raison d'établir une distinction entre la présente affaire et celles où notre Cour a statué que la procédure judiciaire discrétionnaire établie en common law ou dans une loi doit être conforme aux valeurs de la *Charte*. Le pouvoir discrétionnaire exercé par le protonotaire, le juge en chambre et la Cour d'appel peut faire l'objet de la contestation engagée par l'appelante.

68

An examination of the sources of the modern procedures governing discovery supports this finding. These procedures have their earliest roots in equity. The English Courts of Chancery developed rudimentary procedures for mutual disclosure in response to the problem in the common law courts of one party unfairly using the trial procedures to the detriment of the other party. The goal of discovery was, and has continued to be, the achievement of a more efficacious and accessible justice for the parties to an action. In Canadian provinces, including British Columbia, the procedures which we use today are not simply a reproduction of those available in equity, but have been largely expanded and developed through either statutory or regulatory reform. Canadian provinces have generally followed the example of the United Kingdom in this respect. There are differences among the provinces, most particularly British Columbia and Nova Scotia where the discovery procedures were more recently instituted; nonetheless, all contain similar elements which expand upon the original equitable procedures. See G. Cudmore, *Choate on Discovery* (2nd ed. 1993 (loose-leaf)), at pp. 1-1 to 1-6.

Un examen des sources de la procédure moderne en matière de communication préalable de documents appuie cette conclusion. Cette procédure tire son origine de l'*equity*. Les tribunaux d'*equity* anglais ont établi une procédure rudimentaire de divulgation réciproque afin de résoudre le problème que causait aux tribunaux de common law le fait qu'une partie recoure abusivement au procès au détriment de l'autre partie. L'objectif de la communication préalable de documents était, et demeure, la réalisation d'une justice plus efficace et accessible pour les parties à une action. Dans les provinces canadiennes, y compris la Colombie-Britannique, la procédure qui s'applique de nos jours n'est pas simplement une réplique de celle qui existe en *equity*, car elle s'est considérablement développée par voie de réforme législative ou réglementaire. À cet égard, les provinces canadiennes ont généralement suivi l'exemple du Royaume-Uni. Il existe des différences entre les provinces, plus particulièrement la Colombie-Britannique et la Nouvelle-Écosse où la procédure de communication préalable de documents est plus récente; néanmoins, toutes les procédures prévues ont des points communs qui découlent de la procédure d'*equity* initiale. Voir G. Cudmore, *Choate on Discovery* (2^e éd. 1993 (feuilles mobiles)), aux pp. 1-1 à 1-6.

In interpreting the regulatory rules governing discovery, the courts have tended to allow a “wide latitude” in exercising the discretionary powers they have been granted, in the aim of best serving the overall policy objectives of the procedural reforms. These include, *inter alia*, the clarification of issues and the strength of the case faced by each party, the shortening of trials through avoiding “ambush” or surprise, and the encouragement of out-of-court settlement. In view of these goals, while the rules may establish a broad discretion for the courts to control the process of discovery of documents, the courts have been careful to avoid unduly circumscribing the procedures. See Cudmore, *supra*, at pp. 1-6 to 1-9.

An alternative approach to the discretion created by the British Columbia Rules is one which places an outer limit on this discretion, a limit which ensures that the discovery procedures not work injustice, even where a claim in privilege has not been successful and it appears that information in the documents is relevant to an issue at trial. This is the principle upon which the Court of Appeal relied in the instant appeal. The court held, *per* Southin J.A. for the court, at p. 19, that in exercising the discretion to order production of a document for the purposes of discovery, whether in the hands of a party or a non-party, it should

ask itself whether the particular invasion of privacy is necessary to the proper administration of justice and, if so, whether some terms are appropriate to limit that invasion.

In my view, this common law approach is more consistent with the wording of the British Columbia Rules governing discovery, the origins of the procedures, the common law discretionary rules governing information regarding non-parties, and the effect of the *Charter* on the exercise of common law and statutory discretion in civil proceedings. As has already been stated, the discretion to

Pour interpréter les règles d'origine réglementaire qui régissent la communication préalable de documents, les tribunaux ont tendance à se reconnaître une [TRADUCTION] «grande latitude» dans l'exercice des pouvoirs discrétionnaires dont ils sont investis, et ce, dans le but de favoriser la réalisation des objectifs de principe globaux des réformes procédurales. Ces objectifs sont, notamment, de clarifier les questions en litige et de vérifier la solidité de la cause de chacune des parties, d'abrégé les procès en évitant les «pièges» ou surprises et d'encourager le règlement hors cour. Compte tenu de ces objectifs, même si les règles peuvent leur accorder un large pouvoir discrétionnaire de contrôler la communication de documents, les tribunaux ont pris soin d'éviter de circonscire indûment les procédures. Voir Cudmore, *op. cit.*, aux pp. 1-6 à 1-9.

Une autre façon d'interpréter le pouvoir discrétionnaire créé par les Règles de pratique de la Colombie-Britannique consiste à le délimiter de manière à assurer que la procédure de communication préalable de documents ne cause pas d'injustice, même lorsqu'un privilège a été revendiqué en vain et qu'il semble que l'information contenue dans les documents soit pertinente à l'égard d'une question en litige. C'est le principe que la Cour d'appel a appliqué en l'espèce. Le juge Southin a affirmé, au nom de la Cour d'appel, à la p. 19, que, pour exercer le pouvoir discrétionnaire d'ordonner la production d'un document à des fins de communication préalable, peu importe que le document soit entre les mains de l'une des parties ou d'un tiers, le tribunal

[TRADUCTION] doit se demander si cette atteinte particulière à la vie privée est nécessaire à la bonne administration de la justice et, dans l'affirmative, s'il convient de fixer certaines conditions pour limiter cette atteinte.

Selon moi, cette méthode de common law est plus compatible avec le texte des règles de la Colombie-Britannique régissant la communication préalable de documents, les origines de la procédure, les règles discrétionnaires de common law régissant l'information concernant des tiers et l'incidence de la *Charte* sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire émanant de la common law et de la loi

69

70

71

order production of documents which is envisaged in Rules 26(10) and 26(11) is a broad one. In essence, the wording of these rules indicates that the courts may control the production and inspection of documents in whatever manner they think just.

72 This reference to justice is highly consistent with the historical source of the procedures. Rudimentary discovery procedures constituted a response by the courts of equity to the injustice which was being occasioned by some parties' use of the procedures in the common law courts. Given its origins in equity and its longstanding purpose of facilitating rather than impeding justice, it is fitting that the courts maintain an overarching discretion to ensure that discovery proceed in a just manner. While giving as broad a leeway as possible to the party seeking production of particular documents, the courts must remain cognizant of the possibility of the procedure working to the unfair detriment of one of the parties.

73 That the courts should tailor the procedures to protect against oppressive consequences is further supported by the approach which has developed in the British Columbia courts as regards documents in the hands of third parties. In *Dufault v. Stevens* (1978), 6 B.C.L.R. 199, at p. 204, for example, the British Columbia Court of Appeal held that, in making an order pursuant to Rule 26(11), the judge should compel the production of possibly relevant documents, "unless there are compelling reasons why he should not make it", giving, as examples, privileged documents or those where production would be of such an adverse effect as to be unjust. It is partly on the basis of this decision that the Court of Appeal in the instant appeal made its order. In *Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647, at p. 686, this Court described a similar approach to the discretion

dans des procédures civiles. Comme je l'ai déjà mentionné, le pouvoir discrétionnaire d'ordonner la production de documents, envisagé aux par. 26(10) et 26(11) des Règles, est large. Il ressort essentiellement du texte de ces règles que les tribunaux ont le pouvoir de contrôler la production et l'examen des documents selon la façon qu'ils estiment juste.

Cette référence à la justice est tout à fait compatible avec la source historique de la procédure. La procédure rudimentaire de communication préalable de documents constituait une réponse des tribunaux d'*equity* à l'injustice découlant du recours, par certaines parties, aux procédures devant les tribunaux de common law. Vu que cette procédure tire son origine de l'*equity* et qu'elle a depuis longtemps pour objectif de faciliter plutôt que d'entraver la justice, il convient que les tribunaux conservent le pouvoir discrétionnaire général d'assurer l'équité de la communication préalable. Tout en accordant la plus grande latitude possible à la partie qui demande la production de certains documents, les tribunaux doivent garder à l'esprit que l'application de la procédure peut se révéler préjudiciable à l'une des parties.

Le pouvoir que devraient avoir les tribunaux d'adapter la procédure pour assurer la protection contre les conséquences oppressives est aussi étayé par la méthode établie par les tribunaux de la Colombie-Britannique relativement aux documents qui se trouvent en la possession d'un tiers. Dans *Dufault c. Stevens* (1978), 6 B.C.L.R. 199, à la p. 204, notamment, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que, en rendant une ordonnance fondée sur le par. 26(11) des Règles, le juge devrait contraindre à produire les documents susceptibles d'être pertinents [TRADUCTION] «à moins qu'il n'existe de sérieux motifs de ne pas le faire», mentionnant, à titre d'exemples, les documents privilégiés ou ceux dont la production serait préjudiciable au point d'être injuste. C'est en partie sur cet arrêt que la Cour d'appel s'est fondée pour rendre son ordonnance en l'espèce. Dans l'arrêt *Frenette c. Métropolitaine (La), Cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647, à la p. 686, notre Cour décrit une façon semblable d'aborder le pou-

granted through equivalent procedural provisions in Quebec.

Finally, given that an exercise of common law discretion, even in the context of civil proceedings, can be scrutinized to ensure that it comports with the values underlying the *Charter*, the outer limits on the discretion in this case are justified provided that they ensure adequate compliance with these values.

The principle that the process by which a judge orders the production and inspection of documents may be adapted to avoid injustice to one of the parties is reflected to some degree in the reasons of my colleague. The power of a judge to place restrictions on the reproduction and dissemination of documents once produced relies on such a rationale. McLachlin J. nonetheless maintains the substance of the traditional approach to the discretion in her conclusion that documents or parts thereof which are not considered privileged cannot be withheld from the defence, regardless of the effects their production may have on the privacy interests of the plaintiff. In any event, the issue before this Court is whether the discretion as exercised by the Master, Chambers judge, and the Court of Appeal in this case complies with the values underlying the *Charter*.

My colleague has described my approach to this issue as “wholly inappropriate” on the grounds that a procedural rule could be found to trump the common law. I disagree. First of all, the exercise of discretion which is subject to scrutiny in discussing this issue is not the privilege doctrine, but rather the discretionary common law rule for determining which documents should be ordered produced for discovery. If the doctrine of privilege did not exist, and the common law discretionary rule simply stated that all documents shown to contain material information will be ordered produced, could the appellant in this case not argue that this did not reflect an adequate balance of the *Charter* values of privacy, equality, and trial fairness? All

voir discrétionnaire conféré par des dispositions québécoises équivalentes en matière de procédure.

Enfin, étant donné que, même dans le contexte d'une instance civile, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de common law peut faire l'objet d'un examen pour assurer qu'il s'accorde avec les valeurs qui sous-tendent la *Charte*, la délimitation du pouvoir discrétionnaire est justifiée en l'espèce pourvu qu'elle assure un respect suffisant de ces valeurs.

Les motifs de ma collègue semblent refléter jusqu'à un certain point le principe voulant que la procédure au moyen de laquelle un juge ordonne la production et l'examen de documents puisse être adaptée afin d'éviter qu'une injustice soit causée à l'une des parties. Telle est la raison d'être du pouvoir d'un juge d'imposer des restrictions à la reproduction et à la diffusion des documents communiqués. Madame le juge McLachlin retient néanmoins l'essentiel de la façon traditionnelle d'aborder le pouvoir discrétionnaire lorsqu'elle conclut que la communication de documents ou parties de documents qui ne sont pas considérés comme privilégiés ne peut être refusée à la défense, quelle que soit l'incidence de cette communication sur le droit à la vie privée de la demanderesse. Quoi qu'il en soit, la question que notre Cour doit trancher est de savoir si le pouvoir discrétionnaire exercé, en l'espèce, par le protonotaire, le juge en chambre et la Cour d'appel est conforme aux valeurs qui sous-tendent la *Charte*.

Ma collègue a décrit mon approche relativement à ce point particulier comme «totalement inappropriée» au motif qu'on pourrait en déduire qu'une règle de procédure pourrait supplanter la common law. Je ne suis pas d'accord. Premièrement, l'exercice de pouvoir discrétionnaire ici en jeu n'a pas trait à la doctrine du privilège, mais concerne plutôt la règle discrétionnaire de common law applicable pour déterminer quels documents devraient faire l'objet d'une ordonnance de production à des fins de communication préalable. Si la doctrine du privilège n'existait pas et que la règle discrétionnaire de common law prévoyait simplement que tous les documents dont on aura démontré qu'ils renferment des renseignements importants feront

74

75

76

that has been added to the traditional approach is that privilege will also prevent a court from ordering production.

77 As I have stated, privilege only considers the privacy interests of plaintiffs in civil litigation as they relate to relationships which are considered to be of adequate public importance. In my view, where a plaintiff is unsuccessful in her privilege claim, she may still suffer a serious incursion upon her privacy which is unwarranted given the potentially limited or non-existent benefit to the fairness of the trial of some of the disclosed information. Given this result, this Court is required to examine the common law approach to this discretion to ensure that it effects an appropriate balance of the *Charter* values engaged in this context. This process will in no way interfere with a plaintiff's claim to privilege as it only concerns those documents which have not been found to be protected by privilege.

78 While I have referred to the source of Rules 26(10) and 26(11), and its reflection in their wording, this reference is meant to demonstrate the purpose of the discovery process, viz. to render the trial process more expeditious and fair. My primary focus is not the Rules of Court, however, but rather the discretionary approach or rule developed by the courts to govern the judicial exercise of the powers relating to discovery of documents. In my view, if we determine that the discretion as exercised by the Court of Appeal does not provide an adequate reflection of *Charter* values, it is incumbent upon this Court to alter that approach. Moreover, if the doctrine of privilege, while updated to reflect *Charter* values, provides an inadequate consideration of privacy interests asserted by the plaintiff, the traditional approach to discretion as exercised by the Master and Chambers judge must

l'objet d'une ordonnance de production, l'appelante ne pourrait-elle pas ici soutenir qu'une telle mesure ne reflète pas une pondération adéquate des valeurs de vie privée, d'égalité et de procès équitable qui sont consacrées dans la *Charte*? Tout ce qui a été ajouté à l'approche traditionnelle, c'est que le privilège empêchera aussi un tribunal de rendre une ordonnance de production de document.

Comme je l'ai déjà dit, le privilège ne tient compte que du droit à la vie privée d'une partie demanderesse dans une affaire civile, dans la mesure où ce droit se rapporte à des rapports jugés d'importance publique suffisante. À mon avis, la partie demanderesse qui revendique en vain un privilège risque encore de subir une grave atteinte à sa vie privée, atteinte injustifiée vu l'avantage potentiellement limité ou inexistant de la divulgation de certains renseignements pour l'équité du procès. Compte tenu de ce résultat, notre Cour doit examiner la façon d'aborder ce pouvoir discrétionnaire en common law, pour s'assurer qu'elle permet de soupeser adéquatement les valeurs de la *Charte* qui sont en jeu dans ce contexte. Cette démarche n'a aucune incidence sur la revendication d'un privilège par une partie demanderesse puisqu'elle ne vise que les documents jugés non privilégiés.

Bien que j'aie mentionné la source des par. 26(10) et (11) des Règles, et ses répercussions sur leur libellé, ce n'était que pour démontrer l'objet de la communication préalable de documents, qui est de rendre le procès plus expéditif et équitable. Cependant, mon premier souci ne porte pas sur les règles de pratique, mais plutôt sur l'approche ou la règle discrétionnaire que les tribunaux ont établie afin de régir l'exercice de leurs pouvoirs relatifs à la communication préalable de documents. À mon avis, si nous décidons que le pouvoir discrétionnaire exercé par la Cour d'appel ne reflète pas suffisamment les valeurs de la *Charte*, il incombe à notre Cour de modifier cette approche. En outre, si, malgré sa mise à jour visant à refléter les valeurs de la *Charte*, la doctrine du privilège ne permet pas de prendre adéquatement en considération le droit à la vie privée invoqué par la deman-

also be changed. Not only would such a result be appropriate, justice in these circumstances would require nothing less.

(ii) Charter Values: Privacy, Trial Fairness, and Equality

In the recent decision of *O'Connor, supra*, this Court was asked to determine whether the *Charter* protected the privacy interests which a complainant in a criminal sexual assault case would have in private records. The Court held that s. 7 of the *Charter* did include a right to privacy in such documents. At p. 477, they were referred to as "private records", which were taken to mean any records "in which a reasonable expectation of privacy lies", and could include, *inter alia*, medical or therapeutic records, school records, private diaries, and the activity logs prepared by social workers.

Writing for the Court on this issue, I concluded that the rights to individual liberty and security of the person as enshrined in s. 7 of the *Charter* encompassed a right to privacy. This finding was based on a number of developments in the jurisprudence of this Court. In its s. 7 jurisprudence, it has expressed great sympathy with the notion that liberty and security of the person involve privacy interests. That privacy is essential to human dignity, a basic value underlying the *Charter*, has also been recognized. Our right to security of the person under s. 7 has been found to include protection from psychological trauma which can be occasioned by an invasion of our privacy. Certainly, the breach of the privacy of a sexual assault plaintiff constitutes a severe assault on her psychological well-being. Section 8 also reveals that the *Charter* is clearly premised on a respect for the interests of individuals in their privacy. Finally, the common law torts of defamation and trespass further recognize the validity of an individual's claim to fundamental privacy interests.

deresse, la façon traditionnelle d'aborder le pouvoir discrétionnaire exercé par le protonotaire et le juge en chambre doit être également modifiée. Non seulement un tel résultat serait opportun, mais la justice n'exigerait rien de moins dans les circonstances.

(ii) Les valeurs de la Charte: vie privée, procès équitable et égalité

Dans l'arrêt récent *O'Connor*, précité, notre Cour était appelée à déterminer si, dans une affaire criminelle d'agression sexuelle, la *Charte* protégeait le droit d'une plaignante à la confidentialité de dossiers privés. Notre Cour a conclu que l'art. 7 de la *Charte* confère un tel droit à l'égard de ce qu'elle a appelé, à la p. 477, des «dossiers privés», soit tout dossier «qui devrait normalement être protégé en raison de son caractère privé». Il peut s'agir, notamment, de dossiers de nature médicale ou thérapeutique, de dossiers scolaires, de journaux intimes et de carnets d'activités rédigés par des travailleurs sociaux.

J'ai conclu, au nom de la Cour sur ce point, que les droits à la liberté et à la sécurité de la personne garantis à l'art. 7 de la *Charte* englobent le droit à la vie privée. Cette conclusion se fondait sur une évolution jurisprudentielle de notre Cour. Dans les arrêts qu'elle a rendus relativement à l'art. 7, notre Cour s'est montrée fort sympathique à l'idée que la liberté et la sécurité de la personne comportent des droits à la vie privée. On a également reconnu que la vie privée est essentielle à la dignité humaine, qui est une valeur fondamentale de la *Charte*. On a jugé que le droit à la sécurité de la personne consacré à l'art. 7 inclut la protection contre le traumatisme psychologique pouvant résulter d'une atteinte à la vie privée. Il est certain que l'atteinte à la vie privée d'une demanderesse victime d'agression sexuelle nuit gravement à son bien-être psychologique. Il ressort également de l'art. 8 que la *Charte* est nettement fondée sur le respect du droit à la vie privée de chacun. Enfin, les délits de diffamation et d'intrusion qui existent en common law confirment aussi la validité de la revendication, par un particulier, du droit fondamental à la vie privée.

79

80

81 This Court also established that such a right is not absolute and “must be balanced against legitimate societal needs” (*O'Connor, supra*, at p. 485). The Court affirmed the principle that such a balancing should be effected through an assessment of the individual’s reasonable expectation of privacy and a weighing of that expectation against the state’s legitimate needs to interfere therein: *per* L’Heureux-Dubé J., for the Court on this issue, at p. 485, citing *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. The records at issue in *O'Connor* were found clearly to disclose a reasonable expectation of privacy, worthy of protection under s. 7 of the *Charter*. This conclusion was not drawn on the basis of a strong public interest in the relationships through which these records arose, but rather on the nature of the records, the information contained therein, and the effects of disclosure on the person asserting her expectation of privacy. The concern or value underlying the *Charter*-based right to privacy thus differs significantly from that which founds the doctrine of privilege.

82 As the nature of privacy dictates that once violated it cannot be regained, it was held that the reasonable expectations of privacy should be protected at the point of disclosure. The Court thus found, at p. 487, that:

s. 7 of the *Charter* requires a reasonable system of “pre-authorization” to justify court-sanctioned intrusions into the private records of witnesses in legal proceedings.

83 As the records at issue in this appeal are of the same nature as those mentioned in *O'Connor*, I conclude that the appellant has established a reasonable expectation of privacy in these documents. The respondent has argued that the appellant waived her right to privacy by putting her psychological well-being at issue in a trial. I do not agree. As my colleague McLachlin J. has found, her privacy is not waived by the mere fact that an action

Notre Cour a également établi qu’un tel droit n’est pas absolu et qu’il «doit être pondér[é] en tenant compte des besoins légitimes de la société» (*O'Connor*, précité, à la p. 485). Elle a confirmé qu’une telle pondération doit être effectuée au moyen d’une évaluation de l’attente raisonnable en matière de protection de la vie privée qu’a le particulier en question, et d’une pondération de cette attente en regard de la nécessité légitime de l’intervention de l’État: le juge L’Heureux-Dubé, s’exprimant au nom de la Cour à ce sujet, à la p. 485, en citant l’arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. On a statué que les dossiers en cause dans l’arrêt *O'Connor* révélaient clairement l’existence d’une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, attente digne d’être protégée en vertu de l’art. 7 de la *Charte*. Cette conclusion est fondée non pas sur l’existence d’un intérêt public considérable à l’égard des rapports dont émanaient les dossiers, mais plutôt sur la nature de ces dossiers, les renseignements qu’ils renfermaient et l’incidence de leur communication sur la personne qui invoquait ses attentes en matière de vie privée. La préoccupation ou la valeur qui sous-tend le droit à la vie privée, consacré dans la *Charte*, diffère donc considérablement de celles sous-jacentes à la doctrine du privilège.

Comme la vie privée, de par sa nature même, ne peut plus être recouvrée une fois qu’on y a porté atteinte, on a statué qu’il y avait lieu de protéger l’attente raisonnable en matière de protection de la vie privée au stade de la divulgation. C’est ainsi que la Cour conclut, à la p. 487, que:

l’art. 7 de la *Charte* exige un système raisonnable d’«autorisation préalable» pour justifier les intrusions sanctionnées par le tribunal dans les dossiers privés de témoins dans des poursuites judiciaires.

Comme les dossiers dont il est question en l’espèce sont de même nature que ceux mentionnés dans l’arrêt *O'Connor*, je conclus que l’appelante a établi l’existence d’une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée à l’égard de ces documents. La partie intimée fait valoir que l’appelante a renoncé à son droit à la vie privée en soulevant la question de son bien-être psychologique au procès. Je ne suis pas d’accord. Comme

was instituted. Rather, the appellant has engaged a process where the reasonable expectation of privacy must be balanced against society's need to ensure that such litigation be conducted fairly and effectively. This may mean that a respect for *Charter* values in the discovery procedures would tolerate greater access to certain information, but it will not mean that her reasonable expectation of privacy has in any way been relinquished. In my view, the appellant has established such an expectation. As such, it must be balanced with the other interests which arise in the discovery aspect of civil litigation.

In *O'Connor*, the complainant's privacy interests were balanced against the accused's *Charter* right to make full answer and defence. This right is an essential element of the principles of fundamental justice which are to govern criminal proceedings. In civil proceedings, while the defendant does not have a direct *Charter* right to exercise, that is, while his liberty or security are in no way endangered, similar values are at stake. A miscarriage of justice could occur if a lack of necessary relevant information might enable a trial judge or a jury to reach a false result. The *Charter*-related value of a fair trial for all litigants, as a fundamental principle of justice, is affected in such cases and may be balanced with the privacy interests of the appellant. As was the case with the accused's rights in *O'Connor*, however, these interests are no more absolute than those of the plaintiff. My statement at p. 480 applies equally in these circumstances:

There is no question that the right to make full answer and defence cannot be so broad as to grant the defence a fishing licence into the personal and private lives of others.

ma collègue Madame le juge McLachlin le conclut, l'appelante n'a pas renoncé à la protection de sa vie privée du seul fait d'avoir intenté une action. Elle s'est plutôt engagée dans une démarche où l'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée doit être pondérée en regard de la nécessité, pour la société, d'assurer le déroulement équitable et efficace d'un tel litige. Cela peut signifier que le respect des valeurs de la *Charte*, dans la procédure de communication préalable de documents, admet un meilleur accès à certains renseignements, mais non que l'appelante a renoncé de quelque manière à son attente raisonnable en matière de protection de sa vie privée. À mon avis, l'appelante a établi l'existence d'une telle attente. Par conséquent, cette attente doit être soupesée en fonction des autres droits que met en jeu la communication préalable de documents dans une affaire civile.

Dans l'arrêt *O'Connor*, le droit à la vie privée de la plaignante a été soupesé en fonction du droit à une défense pleine et entière que la *Charte* garantissait à l'accusé. Ce droit est un élément essentiel des principes de justice fondamentale qui doivent régir les procédures criminelles. En matière civile, bien que le défendeur n'ait à exercer aucun droit conféré directement par la *Charte*, et que sa liberté ou sa sécurité ne soit nullement menacée, des valeurs semblables sont en jeu. Une erreur judiciaire pourrait être commise si l'absence des renseignements pertinents nécessaires était susceptible de mener un juge du procès ou un jury à un résultat inexact. En pareil cas, la valeur consacrée dans la *Charte* en faveur d'un procès équitable pour toutes les parties à un litige est en cause à titre de principe de justice fondamentale, et peut être soupesée en fonction du droit à la vie privée de la partie appelante. Toutefois, à l'instar des droits de l'accusé dans l'arrêt *O'Connor*, ces droits ne sont pas plus absolus que ceux de la demanderesse. L'affirmation que je fais, à la p. 480, s'applique autant dans ces circonstances:

Il n'y a pas de doute que le droit de présenter une défense pleine et entière ne peut pas aller jusqu'à permettre à la défense de se livrer à une partie de pêche dans la vie personnelle d'autrui.

85

That decision also discussed the requirement that any procedural discretion in sexual assault cases reflect the value of equality, given that (at p. 487):

[u]nlike virtually every other offence in the *Criminal Code*, sexual assault is a crime which overwhelmingly affects women, children and the disabled.

The same observation can be made for the tort represented by sexual assault. In view of the unique nature of such cases, the possibility of biased assumptions based on the age or gender of the plaintiff must not be allowed to taint the procedure. Indeed, there may be a greater danger of such an effect, as it is monetary compensation for the injury which is sought. Biased inferences may well be made that this injury is not as great or as worthy of compensation as that caused by other forms of assault which have traditionally received greater attention in both the criminal and civil law domains.

86

This Court was asked in *O'Connor* to determine whether the judge's discretion to order the production of private records to the defence in advance of the criminal trial was exercised in a manner which comported with the *Charter* values of privacy, fair trial, and equality. As in the instant appeal, direct state action was not involved. Although the prosecution of a criminal offence formed the context for the exercise of discretion, the common law did not dictate that the court act in a certain way. At pp. 479-80, the following principles from *Dagenais*, *supra*, were found to be applicable:

... the nature, scope and breadth of the production order will ultimately depend upon a balancing of *Charter* rights which seeks to ensure that any adverse effects upon one right is proportionate to the salutary effects of the constitutional objective being furthered: *Dagenais*, at p. 890.

Following this approach, the Court developed a number of procedural safeguards to guide any

Dans cet arrêt, on a également discuté de l'exigence que tout pouvoir discrétionnaire en matière de procédure, dans les affaires d'agression sexuelle, reflète la valeur de l'égalité, vu que (à la p. 487):

[c]ontrairement à presque toute autre infraction du *Code criminel*, l'agression sexuelle est un crime qui touche avant tout les femmes, les enfants et les handicapés.

La même observation peut être formulée à l'égard de l'agression sexuelle en tant que délit civil. Étant donné la nature exceptionnelle de ces affaires, il ne doit pas être permis que des mythes et stéréotypes fondés sur l'âge ou le sexe de la partie demanderesse entachent la procédure. En fait, ce risque peut être d'autant plus grand que ce qui est réclamé est l'indemnisation monétaire du préjudice subi. Il se peut bien que l'on tire des conclusions biaisées selon lesquelles le préjudice n'est pas aussi important ni aussi digne d'indemnisation que le préjudice résultant d'autres formes d'agression auxquelles on accorde traditionnellement une plus grande attention tant en droit criminel qu'en droit civil.

Dans l'affaire *O'Connor*, notre Cour était appelée à déterminer si le pouvoir discrétionnaire du juge d'ordonner la communication à la défense de dossiers privés avant la tenue du procès criminel avait été exercé de manière compatible avec les valeurs de la vie privée, du procès équitable et de l'égalité consacrées dans la *Charte*. Comme dans le présent pourvoi, aucune action directe de l'État n'était en cause. Même si le pouvoir discrétionnaire était exercé dans le contexte de poursuites criminelles, la common law n'exigeait pas que la cour agisse d'une manière particulière. Aux pages 479 et 480, on a jugé que les principes suivants, tirés de l'arrêt *Dagenais*, précité, étaient applicables:

... la nature, la portée et l'étendue d'une ordonnance de divulgation dépendront, en définitive, d'un équilibre entre les divers droits garantis par la *Charte* de sorte que les effets préjudiciables à un droit soient proportionnels aux effets bénéfiques visés par l'objectif constitutionnel: *Dagenais*, à la p. 890.

Appliquant cette méthode, notre Cour a établi un certain nombre de garanties procédurales appli-

order for production of private records, a matter to which I will now turn as, in my view, these principles also apply to a civil trial where the production of private records is in issue.

II. Process

On the basis of the principles in *Dagenais*, *supra*, and with the goal of achieving an appropriate balance of the *Charter* values of privacy, fair trial, and equality, the Court in *O'Connor* developed a number of procedural safeguards to guide any order for production of private records. These involve a two-stage test which can be undertaken once the defence has notified all parties with an interest in the confidentiality of the documents. The first stage of the judge's determination requires that the defence establish the likely relevance of the documents. More than mere speculation or biased inferences about sexual assault complainants is required. A minority of the Court particularly emphasized the danger of biased assumptions and required that the defence establish independent grounds via affidavit evidence for asserting that information in the documents was likely relevant to issues at trial or the competence of a witness to testify.

If the initial threshold of likely relevance is overcome, the court will order the production of those documents which were found to be likely relevant, but only to the court and for the purpose of the court's inspection. At this stage, the court is asked to decide which documents or parts of documents contain information which is likely relevant, and to weigh the effects of production on the complainant with those on the accused. A number of factors to be considered were enumerated. I further note that in both *O'Connor*, *supra*, and *L.L.A.*, *supra*, the possibility of claiming privilege with respect to these documents was not foreclosed. Where a claim of privilege is unsuccessful, the court would nonetheless be required to exercise its

cables à toute ordonnance de production de dossiers privés, ce sur quoi je vais maintenant me pencher étant donné que, selon moi, ces principes s'appliquent également à un procès civil où il est question de produire des dossiers privés.

II. La procédure

Compte tenu des principes énoncés dans l'arrêt *Dagenais*, précité, et dans le but de pondérer adéquatement les valeurs de vie privée, de procès équitable et d'égalité qui sont consacrées dans la *Charte*, notre Cour a établi, dans l'arrêt *O'Connor*, un certain nombre de garanties procédurales applicables à toute ordonnance de production de dossiers privés. Celles-ci comportent un test à deux étapes qui peut être appliqué une fois que la défense a avisé toutes les parties ayant intérêt à ce que les documents demeurent confidentiels. Lors de la première étape de la décision du juge, la défense doit établir la pertinence probable des documents. Il faut plus que de simples conjectures ou déductions tendancieuses concernant la plaignante victime d'agression sexuelle. Une minorité des juges de notre Cour a particulièrement insisté sur le risque d'hypothèses tendancieuses et a exigé que la défense établisse, au moyen d'une preuve par affidavit, l'existence de motifs indépendants d'affirmer que les renseignements contenus dans les documents étaient probablement pertinents quant aux questions en litige ou à la capacité d'une personne à témoigner.

Une fois franchi le seuil initial de la pertinence probable des documents, le tribunal ordonne la production des documents jugés probablement pertinents, mais uniquement afin de les examiner seul. À ce stade, le tribunal est appelé à déterminer quels documents ou parties de documents renferment des renseignements probablement pertinents, et à sopeser les effets de leur production sur le plaignant et sur l'accusé. Un certain nombre de facteurs à prendre en considération ont été énumérés. Je souligne, en outre, que dans les arrêts *O'Connor* et *L.L.A.*, précités, on n'a pas écarté la possibilité de revendiquer un privilège à l'égard de ces documents. Même lorsqu'un privilège est revendiqué en vain, le tribunal est, néanmoins,

discretion in compliance with *Charter* values through the preceding procedures.

89 The present case requires that we determine whether and how the discretion exercised by a court in civil as opposed to criminal proceedings should be altered to comply with *Charter* values. While there are some key differences between the two contexts, the most significant factors which governed the development of the *O'Connor* procedure remain present in the context of a civil suit. Through an examination of these distinctions and commonalities, procedures for governing discovery which comport with the *Charter* values engaged in this appeal can be identified.

90 A significant difference between discovery in the civil context and disclosure in a criminal prosecution lies in the control a plaintiff has in a civil suit over whether she takes part in the proceedings. A further distinction relates to the benefit which may be derived by the plaintiff from the discovery process. Indeed, she may have a very strong interest in settling the case to avoid the traumatic experience of the trial process. A third difference is that, given the circumstances, it may be easier, in certain cases, to establish the likely relevance of the records to issues at trial. In the case before us, Dr. Parfitt was the only therapist who treated the appellant after the assault and, thus, the only professional with in-depth knowledge of the extent of the injury claimed, viz. psychological harm and its consequences for the appellant. Such circumstances may be taken into account when a judge makes an initial determination of the likely relevance of the records. A final distinction is that the state is not a party in the action where the order for production arose.

91 We must also recognize that, given the nature of discovery and the special context of civil litigation involving sexual assault, the discovery process has

tenu d'exercer son pouvoir discrétionnaire en conformité avec les valeurs de la *Charte* tout au long des procédures précédentes.

En l'espèce, il nous faut déterminer si et de quelle manière le pouvoir discrétionnaire exercé par un tribunal dans une affaire civile, par opposition à une affaire criminelle, doit être modifié de manière à être conforme aux valeurs de la *Charte*. Bien qu'il existe des différences fondamentales entre les deux contextes, les facteurs les plus importants qui ont donné lieu à l'établissement de la procédure de l'arrêt *O'Connor* demeurent présents dans le contexte de poursuites civiles. L'examen de ces différences et points communs permet d'identifier une procédure de communication préalable de documents qui soit compatible avec les valeurs de la *Charte* qui sont en jeu dans le présent pourvoi.

Une différence importante entre la communication préalable en matière civile et la divulgation dans des poursuites criminelles tient au choix qu'a la partie demanderesse, dans les poursuites civiles, de participer ou non aux procédures engagées. Une autre distinction est liée à l'avantage que peut tirer la partie demanderesse de la communication préalable de documents. En fait, elle peut avoir grand intérêt à régler l'affaire pour éviter de subir l'expérience traumatisante du procès. Une troisième différence est que, selon les circonstances, il peut parfois être plus facile d'établir la pertinence probable des dossiers à l'égard des questions en litige. Dans la présente affaire, le Dr Parfitt est le seul thérapeute qui ait traité l'appelante après l'agression, de sorte qu'elle est le seul professionnel à avoir une connaissance approfondie de l'importance du préjudice allégué, c.-à-d. le préjudice psychologique et ses conséquences pour l'appelante. Un juge peut tenir compte de ces circonstances lorsqu'il se prononce initialement sur la pertinence probable des documents. Une dernière distinction réside dans le fait que l'État n'était pas partie à l'action lorsque la question de l'ordonnance de production s'est présentée.

Il nous faut aussi reconnaître que, vu la nature de l'enquête préalable et le contexte particulier d'une action civile intentée à la suite d'une agres-

the potential to allow a far more serious incursion upon these plaintiffs' reasonable expectation of privacy than on plaintiffs in other types of tort cases. These circumstances are somewhat unique. As was observed in *O'Connor*, *supra*, at pp. 487-88, the wrong involved here, sexual assault, may create a need for a therapeutic response if the victim is to restore herself to a state of healthy functioning. As Dr. Parfitt's affidavits attest, effective counselling requires that the most intimate details of a patient's life and her innermost thoughts, fears, and feelings be freely shared with the therapist. At the same time, it often requires that the counsellor keep records of what has transpired during her sessions with the plaintiff. A plaintiff may also maintain a private diary of these experiences, thoughts, and feelings.

Thus, by its very nature, this civil wrong creates a situation where a written record will be made of the most intimate details of the plaintiff's life. These documents may also provide a unique record of the injury which was allegedly caused. At the same time, as McLachlin J. observes, much of such information in the records will be of very limited value to the trial process. The same can be said of any private record of the plaintiff's thoughts, feelings, and experiences regarding the assault. Given this context, the traditional approach to discovery, the one where the plaintiff must rely upon the *ad hoc* protection privilege provides, will serve as a strong disincentive to plaintiffs to attempt to recover compensation for the injury caused. The mutual exchange of information for the shared purpose of expediting the search for justice is turned into a process which may prevent a plaintiff from seeking compensation in the courts or may encourage a premature and unfair settlement to avoid excessive disclosure of the private documents. Such a result cannot comport with our sense of justice, particularly as it is informed by the *Charter* values of privacy and equality. Clearly, a more predictable procedure is in order,

sion sexuelle, la procédure de communication préalable de documents risque d'entraîner une dérogation beaucoup plus grave aux attentes raisonnables de la demanderesse en matière de protection de la vie privée que dans toute autre affaire de responsabilité délictuelle. Ces circonstances sont quelque peu exceptionnelles. Comme on le fait remarquer, aux pp. 487 et 488 de l'arrêt *O'Connor*, précité, la faute commise, en l'occurrence l'agression sexuelle, peut rendre nécessaire le recours à une aide thérapeutique pour permettre à la victime de retrouver une vie normale. Comme en témoignent les affidavits du D^r Parfitt, pour être efficace la consultation exige que le patient communique librement au thérapeute les détails les plus intimes de sa vie ainsi que ses pensées, craintes et sentiments les plus profonds. En même temps, le thérapeute doit souvent consigner dans un dossier ce qui est ressorti de ses rencontres avec le patient. Ce dernier peut également tenir un journal intime de ses expériences, pensées et sentiments.

Ainsi, en raison de sa nature même, cette faute civile engendre une situation où les détails les plus intimes de la vie de la partie demanderesse seront consignés dans un dossier. Les documents en cause peuvent aussi constituer un dossier unique quant au préjudice allégué. Par la même occasion, comme Madame le juge McLachlin le souligne, bon nombre des renseignements contenus dans les dossiers auront très peu d'utilité au procès. Il en est également ainsi de tout dossier privé qui fait état des pensées, des sentiments et des expériences de la partie demanderesse concernant l'agression. Dans ce contexte, la méthode traditionnelle de communication préalable de documents, où la partie demanderesse doit s'en remettre à la protection *ad hoc* assurée par l'octroi d'un privilège, aura grandement pour effet de la dissuader de tenter d'obtenir l'indemnisation du préjudice subi. L'échange de renseignements entre les parties afin d'accélérer, dans leur intérêt commun, la recherche de la justice devient alors susceptible d'empêcher une partie demanderesse de solliciter une indemnisation devant les tribunaux ou de favoriser un règlement prématuré et injuste du litige afin d'éviter une trop grande divulgation des documents

one which addresses the unique difficulties faced by plaintiffs in these circumstances.

93 While the procedures established in *O'Connor* are not entirely appropriate in the context of civil litigation, a number of their features are equally applicable in such proceedings. The most important aspect is the "pre-authorization" element of the process. This is required by the essential nature of privacy interests. An adequate protection of privacy requires that meaningful controls be exercised at the disclosure stage. In *O'Connor*, writing for the Court on this issue, I concluded that the prevention of a breach of privacy is the best means of protecting these interests, as once breached, privacy cannot be regained. In the context of a criminal prosecution, this factor necessitated the "likely relevance" threshold and the obligation on the court to screen the documents before releasing them to the defence. Certainly, this aspect of privacy is as pertinent in the context of civil proceedings as it is in a criminal prosecution.

94 A further reason for screening the documents is the finding that much of the information in private records will, more often than not, be irrelevant to the defence or of very limited probative value given the context in which it is gathered. These considerations, too, are present in the case of civil litigation. The balancing undertaken in the *O'Connor* procedures is also warranted in the instant appeal, as the parties' Charter-based interests must be weighed. Furthermore, the factors which are to be considered by the judge when screening the documents under the *O'Connor* test are similarly significant in civil proceedings, with the exception that it is the defendant's as well as society's interest in a fair trial which should be weighed as

privés. Un tel résultat ne saurait être compatible avec notre notion de justice, d'autant plus que cette notion repose sur les valeurs de vie privée et d'égalité qui sont consacrées dans la *Charte*. De toute évidence, une procédure plus prévisible s'impose, une procédure qui tienne compte des difficultés exceptionnelles auxquelles fait face la partie demanderesse dans ces circonstances.

Même si la procédure établie dans l'arrêt *O'Connor* n'est pas parfaitement indiquée dans des poursuites civiles, un certain nombre de traits qui la caractérisent s'appliquent tout autant dans ce contexte. L'aspect le plus important de cette procédure est l'«autorisation préalable». Cette mesure s'impose en raison de la nature fondamentale du droit à la protection de la vie privée. Une protection suffisante du droit à la vie privée exige le recours à des mesures de contrôle utiles au stade de la divulgation. Dans l'arrêt *O'Connor*, j'ai conclu, au nom de la Cour à ce propos, que le meilleur moyen de protéger ce droit est d'empêcher l'atteinte à la vie privée, car la vie privée ne peut plus être recouvrée une fois qu'on y a porté atteinte. Dans le contexte de poursuites criminelles, ce facteur requerrait qu'on franchisse le seuil de la «pertinence probable» et l'obligation, pour le tribunal, d'examiner les documents avant de les communiquer à la défense. Cet aspect de la protection de la vie privée est sûrement aussi pertinent dans des poursuites civiles que dans des poursuites criminelles.

L'examen des documents se justifie également par la conclusion que, très souvent, une bonne partie des renseignements contenus dans des dossiers privés n'a aucune pertinence pour la défense ou n'a qu'une valeur probante très limitée vu le contexte dans lequel ces renseignements ont été obtenus. Ces considérations jouent aussi en matière civile. La pondération entreprise dans l'affaire *O'Connor* est également justifiée en l'espèce, étant donné qu'il faut soupeser les droits conférés aux parties par la *Charte*. De plus, les facteurs dont le juge doit tenir compte en examinant les documents, suivant le test de l'arrêt *O'Connor*, sont tout aussi importants dans des poursuites civiles, sauf que c'est le droit du défendeur à un procès

opposed to an accused's *Charter* right to full answer and defence.

As the likely relevance of the records may, in certain cases, be more easy to establish initially under these procedures, screening the documents becomes all the more necessary in a civil suit. This is due in part to the nature of the injury. Psychological harm is a very broad notion. Almost anything a plaintiff experiences in her life could, in the abstract, be argued to be a contributing factor in any diminishment of her psychological well-being. Many of these potential contributors might also be of a very private nature. At the same time, a perusal of the documents may well reveal a lack of a logical link to the harm alleged. In such cases, this information should not be turned over to the defence.

By way of example, a plaintiff might share with her therapist that, for medical reasons, she and her husband are unable to have children. This is information of a highly private nature, which may, in the abstract, appear relevant to marital troubles alleged by the plaintiff. Upon reviewing the documents, it may well become evident that this issue was only briefly mentioned to the therapist, that the couple had never had any intention of having children, or that this was simply not a concern for them in their marriage. In such circumstances, a judge may wish to delete any mention of this fact in the records.

Given the foregoing distinguishing and shared features of the criminal and civil contexts for production of private records, the following procedure seems to me the appropriate one in the context of civil discovery. The party seeking production must notify those with an interest in the confidentiality of the records. Before a court may order production of private records to the defence for the purposes of discovery, it must first ascertain what documents are likely relevant to an issue at trial. In order to complete this task, the court must have

équitable et l'intérêt qu'a la société en la matière qui doivent être soupesés, et non le droit à une défense pleine et entière que la *Charte* confère à l'accusé.

Étant donné que, dans certains cas, la pertinence probable des documents peut être plus facile à établir initialement au moyen de cette procédure, l'examen des documents s'impose d'autant plus dans des poursuites civiles. Cela est attribuable en partie à la nature du préjudice subi. Le préjudice psychologique est une notion très large. On pourrait soutenir, théoriquement, que presque toutes les expériences qu'une personne a vécues au cours de sa vie ont contribué à diminuer son bien-être psychologique. Il se pourrait également que bon nombre de ces facteurs éventuels aient un caractère très personnel. En même temps, il se peut bien que la lecture attentive des documents révèle l'absence de lien logique avec le préjudice allégué. En pareil cas, l'information ne devrait pas être communiquée à la défense.

À titre d'exemple, une demanderesse pourrait révéler à son thérapeute que, pour des raisons médicales, son mari et elle ne peuvent avoir d'enfants. Il s'agit d'une information de nature très personnelle qui peut, théoriquement, sembler liée aux problèmes conjugaux allégués par la demanderesse. L'examen des documents peut bien révéler que cette question n'a été mentionnée que brièvement au thérapeute, que le couple n'a jamais eu l'intention d'avoir des enfants ou que cela ne les a tout simplement pas préoccupés pendant leur mariage. Dans ces circonstances, le juge peut vouloir supprimer toute mention de ce fait dans le dossier.

Compte tenu de ces caractéristiques distinctives et communes des contextes criminel et civil au chapitre de la production de dossiers privés, la procédure suivante me semble opportune aux fins de la communication préalable de documents en matière civile. La partie qui demande la production doit en informer les personnes ayant intérêt à ce que les dossiers demeurent confidentiels. Pour qu'un tribunal puisse ordonner la communication préalable de dossiers privés à la défense, il doit tout d'abord déterminer quels documents ont une

95

96

97

before it the information necessary for this determination. In civil cases, the required information will be provided by the affidavit of the party seeking the order, in which he or she makes out the necessary grounds for obtaining production of the documents in question. The court must then order production of the likely relevant documents to the court for screening and removal of any information which the court deems is not likely relevant or otherwise exempt from production given a balancing of the interests involved.

pertinence probable relativement à une question en litige. Pour s'acquitter de cette tâche, le tribunal doit disposer des renseignements nécessaires. En matière civile, les renseignements nécessaires sont fournis au moyen de l'affidavit dans lequel la partie qui demande l'ordonnance expose les raisons pour lesquelles la production des documents en question est requise. Le tribunal doit ensuite ordonner que les documents ayant une pertinence probable lui soient remis pour qu'il puisse les examiner et y supprimer tout renseignement qui, selon lui, n'a aucune pertinence probable ou doit par ailleurs échapper à la production après pondération des droits en cause.

98

In this process, the factors delineated by this Court in the context of a criminal prosecution are equally applicable, although with slight modifications to meet the requirements of civil proceedings. The court should be guided by the following considerations: the necessity of the record to ensure a fair trial, the probative value of the record, the nature and extent of the reasonable expectation of privacy in the record, whether the production of the record would be premised on any discriminatory belief, and the potential prejudice created by disclosure to the plaintiff's dignity, privacy and security of the person. The additional factors of the potential benefit both parties will gain from a fair discovery process, the control the plaintiff has over whether she undertakes civil litigation, and the potential deterrent effect of this process on plaintiffs in civil litigation of sexual assault cases must also be considered.

Dans cette démarche, les facteurs énoncés par notre Cour relativement à des poursuites criminelles s'appliquent également, sous réserve des légères modifications qui s'imposent pour satisfaire aux exigences des poursuites civiles. Le tribunal devrait tenir compte des considérations suivantes: la nécessité du dossier pour assurer la tenue d'un procès équitable, la valeur probante du dossier, la nature et la portée des attentes raisonnables en matière de confidentialité du dossier, la question de savoir si la production du dossier reposerait sur une croyance discriminatoire, et le préjudice que la divulgation pourrait causer à la dignité, à la vie privée et à la sécurité de la personne de la partie demanderesse. Il faut également prendre en considération les facteurs supplémentaires que représentent l'avantage que les deux parties pourront éventuellement tirer d'une procédure équitable de communication préalable des documents, le choix qu'a la partie demanderesse d'engager ou non des poursuites civiles et l'effet dissuasif que cette procédure risque d'avoir sur la partie demanderesse dans des poursuites civiles relatives à une agression sexuelle.

99

In my view, in weighing these considerations, the judge should seek to achieve a discovery process which is what it is meant to be: a fair and mutual exchange. Both parties should be empowered to access those documents or parts thereof which will allow an appropriate narrowing of the

À mon avis, en soupesant ces considérations, le juge devrait rechercher une communication préalable qui corresponde à ce qu'elle doit être, soit un échange juste et réciproque. Les deux parties devraient avoir accès aux documents ou aux parties de documents qui permettront de bien circons-

issues, the avoidance of surprise at trial, and the potential for a fair out-of-court settlement.

As the state is not involved as a party to such cases, the balancing may be somewhat more flexible than that described in *Dagenais, supra*. The focus on proportionality of effects in that case was to give effect to the substance of s. 1 of the *Charter: Dagenais, supra, per* Lamer C.J. for the majority, at p. 878. This method of balancing is arguably not strictly applicable in private disputes: *Hill, supra, per* Cory J. for the Court in the result, at paras. 94 and 97. Nonetheless, a hierarchy of values cannot be created. Privacy and equality values cannot be assumed to be of lesser importance than the value of a fair trial in determining whether and to what extent to order the production of private documents. Any flexibility should be with the aim of ensuring that a mutually beneficial discovery process take place.

Also, a judge may ask the guardian of the documents for an "inventory" of those in his or her possession to assist in the screening process. This is consistent with the procedures developed in *O'Connor* and *L.L.A.* In my opinion, as part of this inventory, it would also be open to the judge to request a general indication of the contents of the individual records, a grouping of the documents by contents, or other assistance in sorting the documents. Such an inventory should not be given to the other party to the action at that stage.

My colleague has stated that these additional procedures will confuse trial judges. I do not agree. Nothing in the context of civil litigation should prevent the two separate claims from being asserted and addressed. In many cases, such as the one before us, the privilege claim will be settled by the judge on the basis of affidavit evidence. Some documents will be found privileged and others not. It is only the latter group which will be subject to the screening process. Where a judge determines

crire les questions en litige, d'éviter toute surprise au procès et, éventuellement, d'obtenir un règlement hors cour équitable.

Comme l'État n'est pas partie à de telles affaires, la pondération peut être un peu plus souple que celle décrite dans l'arrêt *Dagenais*, précité. Dans cette affaire, l'accent mis sur la proportionnalité des effets visait à mettre à exécution l'essence de l'article premier de la *Charte: Dagenais*, précité, le juge en chef Lamer, au nom de la Cour à la majorité, à la p. 878. On peut soutenir que ce mode de pondération n'est pas, à strictement parler, applicable dans les litiges privés: *Hill*, précité, le juge Cory, s'exprimant au nom de notre Cour quant au résultat, aux par. 94 et 97. Cependant, aucune hiérarchie des valeurs ne saurait être créée. On ne peut pas présumer que les valeurs de vie privée et d'égalité ont moins d'importance que celle du procès équitable pour déterminer si et dans quelle mesure il y a lieu d'ordonner la production de documents privés. Cette souplesse devrait viser à garantir le déroulement d'un processus de communication préalable avantageux pour les deux parties.

Un juge peut également demander à la personne qui a la garde des documents de faire l'«inventaire» de ceux qui sont en sa possession afin d'en faciliter l'examen. Cela est compatible avec la procédure établie dans les arrêts *O'Connor* et *L.L.A.* J'estime qu'il serait également loisible au juge de demander, dans le cadre de cet inventaire, d'indiquer de façon générale le contenu de chacun des documents, de regrouper les documents en question selon leur contenu ou d'aider autrement à les trier. Un tel inventaire ne devrait pas être remis à l'autre partie à ce stade des procédures.

Ma collègue affirme que cette procédure supplémentaire sera déroutante pour les juges du procès. Je ne suis pas d'accord. Rien, dans un litige civil, ne devrait empêcher que les deux demandes soient faites et prises en considération. Dans bien des cas, comme celui dont nous sommes saisis, le juge statuera sur la revendication de privilège à partir d'une preuve par affidavit. Certains documents seront jugés privilégiés et d'autres non privilégiés. Ce ne sont que ces derniers qui seront soumis à

100

101

102

that vetting the documents could be necessary to fulfill the fourth criterion of the Wigmore test, confusion could arise, however. In such cases, as the procedures I have described provide a more direct and consistent consideration of the plaintiff's privacy interests, I would recommend applying the fourth branch of Wigmore to the entire group of documents, as a whole, either with or without the benefit of inspection. Once the privilege claim has been settled, the judge would then undertake the screening procedures described above to those documents which are not protected, provided that their likely relevance has been established.

III. Application to the Case

103 The Master who originally heard the motion for disclosure ordered all of the notes and records kept by Dr. Parfitt produced to the defence as these communications had failed to satisfy the first criterion of the Wigmore test, and were therefore not privileged. He refused to undertake any balancing of the interests asserted by the plaintiff as he held that this was not permitted by the law as it stood at that time. The Chambers judge affirmed the decision and order of Master Bolton, similarly finding that privilege had not been successfully claimed, although for different reasons. Again, no further balancing of the plaintiff's interests in equality or privacy was undertaken.

104 The Court of Appeal in the present case allowed the appeal in part. It did so after attempting some balancing of the privacy interests of the plaintiff and the interests in a fair trial. Consequently, it withheld the notes made for diagnostic purposes and restricted the dissemination and reproduction of the records once produced. Nonetheless, it did not review the documents before ordering their production. In my view, such a process does not give due consideration to the appropriate balance of the *Charter* values engaged by the discovery procedures.

l'examen. Il pourrait, toutefois, y avoir confusion si un juge décidait que l'examen des documents pourrait être nécessaire afin de satisfaire au quatrième volet du test de Wigmore. En pareil cas, étant donné que la procédure que j'ai décrite permet de tenir compte plus directement et uniformément du droit de la demanderesse à la vie privée, je recommanderais d'appliquer le quatrième volet du test de Wigmore à toute la catégorie de documents, prise globalement, avec ou sans l'aide d'un examen. Une fois tranchée la question de la revendication de privilège, le juge s'attaquerait à l'examen susmentionné des documents non privilégiés, à la condition que leur pertinence probable ait été établie.

III. Application à la présente affaire

Le protonotaire qui a initialement entendu la requête en divulgation a ordonné la production à la défense de la totalité des notes et dossiers du Dr Parfitt, étant donné que les communications qu'ils contenaient n'avaient pas satisfait au premier volet du test de Wigmore et n'étaient donc pas privilégiées. Il a refusé de pondérer les droits invoqués par la demanderesse pour le motif que, selon lui, la loi ne permettait pas de le faire à l'époque. Le juge en chambre a confirmé la décision et l'ordonnance du protonotaire Bolton, concluant, de façon similaire, quoique pour des motifs différents, que le privilège n'avait pas été revendiqué avec succès. Encore là, aucune autre pondération des droits de la demanderesse à l'égalité ou à la vie privée n'a été effectuée.

En l'espèce, la Cour d'appel a accueilli l'appel en partie, après avoir tenté de soupeser jusqu'à un certain point le droit à la vie privée de la demanderesse et le droit à un procès équitable. Conséquemment, elle a soustrait à la divulgation les notes prises à des fins de diagnostic et a limité la diffusion et la reproduction des dossiers communiqués. Elle n'a cependant pas examiné les documents avant d'en ordonner la production. Selon moi, une telle procédure ne tient pas dûment compte de la pondération qui s'impose à l'égard des valeurs de la *Charte* que met en jeu la communication préalable de documents.

Indeed, in these particular circumstances, and given the nature of the damages claimed and the information sought by the defence, very little meaningful protection has been accorded to these private records. If plaintiffs in such cases know that the entire contents of their discussion with their therapists or any other private records may be revealed to the lawyers and expert witnesses of the defendant, they may very well be deterred from seeking civil remedies. Without anyone reviewing the documents to remove information which is private, irrelevant or of very limited probative value, an order of production constitutes a serious breach of privacy while affording potentially limited benefit to the defence. A hierarchy of *Charter* values has been created, one where the defence is greatly advantaged while the effect on the plaintiff may be highly detrimental. In striking an appropriate balance of *Charter* values, such a hierarchy is impermissible. The Court of Appeal's decision must, therefore, be revisited. While the Court of Appeal's general approach was correct and while it did not have the benefit of our judgments in *O'Connor* and *L.L.A.* at the time its decision was rendered, the process it adopted is infirm.

IV. Conclusion and Disposition

As regards the first issue, that relating to the privileged nature of the communications between the appellant and Dr. Parfitt, I agree with McLachlin J. that a successful claim of privilege has clearly been established for the records which were exempt from disclosure. I also affirm the Court of Appeal's general conclusion that it had a broader discretion to control the process of discovery for the remaining documents to ensure that it not affect one of the parties unjustly.

The exercise of discretion upon which the order was based did not effect an appropriate balance of the *Charter* values of privacy, equality, and fair trial. By failing to screen private records in such cases, the court creates a hierarchy of *Charter*

En fait, dans ces circonstances particulières, compte tenu de la nature du préjudice allégué et de l'information requise par la défense, la protection accordée aux dossiers privés en cause est loin d'être suffisante. Si la partie demanderesse sait qu'en pareilles circonstances tout le contenu de ses échanges avec son thérapeute ou de tout autre dossier privé peut être divulgué aux avocats ou aux témoins experts du défendeur, il se peut fort bien qu'elle soit dissuadée de demander réparation au civil. Si personne n'examine les documents afin d'y supprimer tout renseignement personnel ou non pertinent ou qui a très peu de valeur probante, une ordonnance de production de documents constitue une atteinte grave à la vie privée tout en étant susceptible de ne procurer qu'un avantage limité à la défense. Une hiérarchie des valeurs de la *Charte* est créée, une hiérarchie qui avantage considérablement la défense, alors qu'elle peut avoir un effet très préjudiciable sur la partie demanderesse. La pondération appropriée des valeurs de la *Charte* n'admet pas une telle hiérarchie. L'arrêt de la Cour d'appel doit donc être réexaminé. Quoique l'approche de la Cour d'appel ait généralement été exacte et compte tenu du fait que les arrêts *O'Connor* et *L.L.A.* n'avaient pas encore été rendus au moment où cet arrêt a été prononcé, la procédure qu'elle a adoptée ne saurait, néanmoins, être appropriée.

IV. Conclusion et dispositif

En ce qui concerne la première question en litige, celle du caractère privilégié des communications entre l'appelante et le Dr Parfitt, je suis d'accord avec Madame le juge McLachlin pour dire que l'existence d'un privilège a clairement été établie à l'égard des dossiers soustraits à la divulgation. Je confirme aussi la conclusion générale de la Cour d'appel qu'elle avait un large pouvoir discrétionnaire de contrôler la communication préalable des autres documents afin d'assurer qu'elle ne cause pas d'injustice à l'une des parties.

L'exercice du pouvoir discrétionnaire sur lequel l'ordonnance est fondée n'a pas soupesé adéquatement les valeurs de vie privée, d'égalité et de procès équitable consacrées dans la *Charte*. En omettant d'examiner les dossiers privés en de

values, where interests in privacy and equality may be seriously affected for records or parts thereof which may provide very little if any benefit to the defence or be unnecessary to ensure the fairness of the proceedings. Procedures adapted to the context of discovery in civil proceedings from the principles developed by this Court in *O'Connor* are in order.

108

I would allow the appeal with costs. The decision of the Court of Appeal should be set aside, except as regards the notes which were not disclosed, and the matter remitted back to the Master for determination in a manner consistent with the foregoing reasons.

Appeal dismissed with costs, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Solicitor for the appellant: The British Columbia Public Interest Advocacy Centre, Vancouver.

Solicitors for the respondent Ryan: Harper Grey Easton, Vancouver.

Solicitors for the respondent Parfitt: Alexander, Holburn, Beaudin & Lang, Vancouver.

telles circonstances, la cour établit une hiérarchie des valeurs de la *Charte*, qui fait en sorte que les droits à la vie privée et à l'égalité peuvent faire l'objet d'une grave atteinte en échange de dossiers ou de parties de ceux-ci qui peuvent tout au plus procurer un avantage très minime à la défense, ou être inutiles pour garantir l'équité des procédures. Il convient de recourir à une procédure qui soit adaptée au contexte de l'enquête préalable en matière civile, selon les principes dégagés par notre Cour dans l'arrêt *O'Connor*.

J'accueillerais le pourvoi avec dépens. L'arrêt de la Cour d'appel devrait être infirmé, sauf en ce qui concerne les notes qui n'ont pas été divulguées, et l'affaire devrait être renvoyée devant le protonotaire pour qu'il rende une décision compatible avec les présents motifs.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

Procureur de l'appelante: The British Columbia Public Interest Advocacy Centre, Vancouver.

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

Procureurs de l'intimée Parfitt: Alexander, Holburn, Beaudin & Lang, Vancouver.

John Delaronde *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. DELARONDE

File No.: 25261.

1997: January 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be informed without unreasonable delay of specific offence — Twenty-month interval between issuance of arrest warrant and actual arrest — No proof of prejudice to accused from delay in being informed of offence — Trial judge erred in ordering stay of proceedings.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(a), 24(1).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1996] R.J.Q. 591, allowing the Crown's appeal from a stay of proceedings ordered by Cliche J.C.Q. Appeal dismissed.

Julio Peris, for the appellant.

Henri-Pierre Labrie and *Jacques Pothier*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE — For the reasons of Otis J.A. of the Quebec Court of Appeal, [1996] R.J.Q. 591, the appeal is dismissed.

John Delaronde *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. DELARONDE

N° du greffe: 25261.

1997: 30 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'être informé sans délai anormal de l'infraction précise reprochée — Délai de 20 mois écoulé entre la délivrance du mandat d'arrestation et l'arrestation elle-même — Aucune preuve de préjudice causé à l'accusé en raison du délai écoulé avant qu'il soit informé de l'infraction reprochée — Juge du procès ayant commis une erreur en ordonnant l'arrêt des procédures.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11a), 24(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1996] R.J.Q. 591, qui a accueilli un appel du ministère public contre l'arrêt des procédures ordonné par le juge Cliche de la Cour du Québec. Pourvoi rejeté.

Julio Peris, pour l'appelant.

Henri-Pierre Labrie et *Jacques Pothier*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF — Pour les raisons exposées par le juge Otis de la Cour d'appel du Québec, [1996] R.J.Q. 591, le pourvoi est rejeté.

The following addendum by Lamer C.J. was delivered on February 27, 1997

L'addenda suivant du juge en chef Lamer a été déposé le 27 février 1997

¹ THE CHIEF JUSTICE — The Court's decision in this appeal was rendered at the hearing. I would like to write a short addendum to the brief reasons for the decision on a subject that, while not at issue, was discussed before this Court and might be raised in another case involving the right guaranteed by s. 11(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The purpose of my addendum is to leave open the possibility of finding an infringement of s. 11(a) of the *Charter* for prejudice other than that resulting from a breach of the right to make full answer and defence, thus making certain remedies available under s. 24(1) of the *Charter*.

LE JUGE EN CHEF — La décision de la Cour dans ce pourvoi a été rendue séance tenante. J'aimerais écrire un court *addendum* aux brefs motifs au soutien de la décision sur une question qui n'était pas en litige mais qui a été discutée devant notre Cour et qui pourrait éventuellement être soulevée dans une autre cause concernant le droit garanti par l'al. 11a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'objectif de mon *addendum* est de laisser une porte ouverte quant à la possibilité de conclure à la violation de l'al. 11a) de la *Charte* pour un préjudice autre que celui résultant de l'atteinte à une défense pleine et entière et ce, afin que certaines réparations en vertu du par. 24(1) de la *Charte* puissent être demandées.

² The Court concurred with the Court of Appeal's decision ([1996] R.J.Q. 591) in the present case. While I am in complete agreement with that decision, I wish to add a comment to Otis J.A.'s decision in order to ensure that a person alleging an infringement of his or her right protected by s. 11(a) of the *Charter* on the basis of economic prejudice will not be limited in the choice of remedies under s. 24(1). I point out that Mr. Delaronde's claim for a s. 24(1) remedy was based exclusively on a breach of his right to a fair trial.

La Cour a souscrit à la décision de la Cour d'appel ([1996] R.J.Q. 591) dans la présente cause. Bien que je sois entièrement d'accord avec cette décision, je voudrais ajouter un commentaire à la décision de Madame le juge Otis afin de m'assurer qu'une personne invoquant la violation de son droit protégé par l'al. 11a) de la *Charte* en raison d'un préjudice économique, ne sera pas limitée dans son choix des réparations demandées en vertu du par. 24(1). Je souligne que M. Delaronde a exclusivement fondé sa demande de réparation en vertu du par. 24(1) sur une atteinte à son droit à un procès juste et équitable.

³ Otis J.A. held that the sole purpose of s. 11(a) of the *Charter* is to protect the right of a person charged with an offence to a fair trial. On the basis of her reasoning, persons charged with an offence who fail to show that their ability to prepare a defence has been prejudiced as a result of the length of the delay in informing them of the specific offence will be denied a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. However, I believe that apart from any breach of the right to a fair trial, a person charged with an offence could rely on an infringement of his or her s. 11(a) right where economic prejudice is proven. With respect, I do not think an infringement of s. 11(a) of the *Charter* is limited solely to a breach of the right to a fair trial. Accused persons have the right to be informed rap-

Le juge Otis a conclu que la finalité de l'al. 11a) de la *Charte* consistait uniquement à protéger le droit d'un inculpé à un procès juste et équitable. En poursuivant son raisonnement, si l'inculpé n'a pas démontré qu'il a subi un préjudice à la préparation de sa défense en raison de la longueur du délai pour l'informer de l'infraction précise qu'on lui reproche, sa demande de réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* lui sera refusée. Cependant, je crois qu'un inculpé pourrait, et ce, indépendamment d'une atteinte à son droit à un procès juste et équitable, invoquer la violation de son droit protégé par l'al. 11a) lorsqu'un préjudice économique est prouvé. Avec égards, je ne pense pas que la violation de l'al. 11a) de la *Charte* soit exclusivement reliée à l'atteinte à un procès juste et équi-

idly of the charges against them so that they can make important decisions relating to, among other things, their professional or family life. If such decisions lead to economic prejudice as a direct result of unreasonable delay in informing them of the specific offence with which they are charged, it should be open to them to rely on the infringement of the right protected by s. 11(a) of the *Charter* and to apply to the appropriate court for a remedy under s. 24(1).

I offer two examples to explain how prejudice other than that resulting from a breach of the right to a fair trial might lead to an infringement of the right guaranteed by s. 11(a) of the *Charter*. First, a person who, unaware that an information was laid against him some time ago, decides to invest all his savings to buy a convenience store that he intends to manage with his wife could sustain considerable financial damage if required to be absent to stand trial and even serve a prison sentence. Such a person might argue that had he been informed sooner, within a reasonable time, of the information laid against him, he would never have decided to invest all his money in this small business which could not survive without his active participation. He might also argue that he had not planned for the additional cost of having to hire a temporary employee for the duration of his trial and his time in prison, if any, to do his share of work in running his store. Second, a person who decides not to renew a legal expenses insurance policy, which guaranteed her the services of a lawyer at a lower cost, because she is unaware that charges have been laid against her might very well seek a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. It would be possible to establish a causal link between the prejudice resulting from that decision and the fact that she was not informed within a reasonable time of the specific offence with which she was charged.

table. Un inculpé a le droit d'être informé rapidement d'une dénonciation portée contre lui afin de pouvoir planifier, entre autres, des décisions importantes affectant sa vie professionnelle ou familiale. Si ces décisions ont entraîné un préjudice économique résultant directement du temps excessif mis à l'informer de l'infraction précise qu'on lui reproche, la personne devrait avoir la possibilité d'invoquer la violation du droit protégé par l'al. 11a) de la *Charte* et de recourir au par. 24(1) pour demander réparation devant le tribunal approprié.

Je donnerai deux exemples pour expliciter comment un préjudice autre que celui découlant de l'atteinte à un procès juste et équitable peut entraîner la violation du droit garanti par l'al. 11a) de la *Charte*. Ainsi, une personne qui, n'étant pas au courant qu'une dénonciation pèse contre elle depuis un certain temps, décide d'investir toutes ses économies dans l'achat d'un dépanneur pour le gérer avec son conjoint ou sa conjointe, pourrait encourir des dommages financiers importants si elle devait s'absenter pour subir un procès et même purger une peine d'emprisonnement. Cette personne pourrait soutenir que, si elle avait été informée plus tôt, dans un délai raisonnable, de la dénonciation portée contre elle, elle n'aurait jamais pris la décision d'investir la totalité de son argent dans ce petit commerce qui ne pouvait survivre sans sa participation active. En outre, elle pourrait plaider qu'elle n'avait pas prévu des coûts supplémentaires nécessaires pour engager, pendant la durée de son procès et de son emprisonnement le cas échéant, un employé temporaire pour accomplir la part des tâches qui lui incombait dans l'administration de son dépanneur. Pour mentionner un autre exemple, une personne qui décide de ne pas renouveler une assurance juridique lui garantissant des services d'avocat à moindre coût, car elle ne sait pas que des accusations sont portées contre elle, pourrait fort bien demander réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. En effet, un lien de causalité pourrait être établi entre le préjudice qui découle de cette décision et le fait de ne pas avoir été informé dans un délai raisonnable de l'infraction précise qu'on lui reproche.

5

In writing this addendum, I wished to present my view that the remedies available under s. 24(1) of the *Charter* for an infringement of the right guaranteed by s. 11(a) should not be limited to prejudice resulting from a breach of the right to a fair trial. Having charges pending against one can affect decisions one must make in one's life that are unrelated to the preparation of a defence.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Girouard, Peris, Pappas, Brabant, Sutton & Prihoda, Montreal.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Quebec, Longueuil.

Par cet *addendum*, je voulais mentionner que les réparations réclamées en vertu du par. 24(1) de la *Charte* en raison d'une violation du droit garanti par l'al. 11a), ne devraient pas, à mon avis, être limitées au préjudice résultant de l'atteinte à un procès juste et équitable. Le fait d'avoir une dénonciation pendante contre soi peut affecter des décisions à prendre dans sa vie autres que pour la préparation d'une défense.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Girouard, Peris, Pappas, Brabant, Sutton & Prihoda, Montréal.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Québec, Longueuil.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Public Works and Government Services
Canada—Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Travaux publics et Services gouvernementaux
Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 2, 1997 Vol. 1

2^e cahier, 1997 Vol. 1

Cited as [1997] 1 S.C.R. 217-410

Renvoi [1997] 1 R.C.S. 217-410

Published pursuant to the Supreme Court Act by

ANNE ROLAND, LL.L.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director, Law Reports
ODILE CALDER

Editors
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Canadian Government Publishing Centre, Canada Communication Group, Ottawa, Canada, KIA 0S9, together with the old address.

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1997.

CONTENTS

Benner v. Canada (Secretary of State)..... 358

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Citizenship — Children born abroad before February 15, 1977 of Canadian fathers granted citizenship on application but those of Canadian mothers required to undergo security check and to take citizenship oath — U.S.-born son of a Canadian mother denied citizenship because of criminal charges — Whether applying s. 15(1) of Charter involves illegitimate retroactive or retrospective application — If not, whether the treatment accorded to children born abroad to Canadian mothers before February 15, 1977 by the Citizenship Act offending s. 15(1) — If so, whether saved by s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 3(1), 4(3), 5(1)(b), (2)(b), 12(2), 12(3), 22(1)(b), 22(2)(b) — Citizenship Regulations, C.R.C., c. 400, s. 20(1).

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND, LL.L.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

Arrêtiistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Réviseurs
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Groupe communication Canada, Ottawa, Canada, KIA 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1997.

SOMMAIRE

Benner c. Canada (Secrétaire d'État)..... 358

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Citoyenneté — Citoyenneté attribuée sur demande aux enfants nés à l'étranger avant le 15 février 1977 d'un père canadien, alors que ceux nés d'une mère canadienne sont tenus de se soumettre à une enquête de sécurité et de prêter le serment de citoyenneté — Refus, en raison de l'existence d'accusations criminelles, d'accorder la citoyenneté à un enfant né aux États-Unis d'une mère canadienne — Le fait d'appliquer le par. 15(1) de la Charte entraîne-t-il l'application rétroactive ou rétrospective illégitime de ce texte — Si la réponse est non, le traitement appliqué par la Loi sur la citoyenneté aux enfants nés à l'étranger d'une mère canadienne avant le 15 février 1977 viole-t-il le par. 15(1)? — Dans l'affirmative, peut-il être sauvegardé par l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi sur la citoyenneté, L.R.C.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Eaton v. Brant County Board of Education..... 241

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Physical disability — Child with physical disabilities identified as being an “exceptional pupil” — Child placed in neighbourhood school on trial basis — Child’s best interests later determined to be placement in special education class — Whether placement in special education class and process of doing so absent parental consent infringing child’s s. 15 (equality) Charter rights — If so, whether infringement justifiable under s. 1 — Whether Court of Appeal erred in considering constitutional issues absent notice required by Courts of Justice Act — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15 — Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 109(1) — Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, ss. 1(1), 8(3) — R.R.O. 1990, Reg. 305, s. 6.

Goodswimmer v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)..... 309

Appeals — Appeals to Supreme Court of Canada — Mootness — Court not exercising discretion to hear appeal notwithstanding mootness — Appeal quashed.

R. v. Jacquard..... 314

Criminal law — Trial — Charge to jury — Mental disorder — Murder — Trial judge canvassing accused’s mental disorder evidence at length when discussing insanity defence — Whether trial judge erred in simply referring to this evidence when addressing “planning and deliberation” element of first degree murder — Whether jury properly charged on how accused’s mental disorder evidence applied to issues of “planning and deliberation” and “intent”.

Criminal law — Trial — Charge to jury — Mental disorder — Murder — Trial judge relating accused’s mental disorder evidence to issue of “intention to commit murder” as part of his instructions regarding other offences and not earlier when issue arose — Whether trial judge’s instructions on intent adequate.

Criminal law — Trial — Charge to jury — Consciousness of guilt — Accused charged with first degree murder — Murder weapon found by police hidden under skateboard ramp with no fingerprints on it — Accused admitting actus reus of offence — Whether trial judge properly instructed jury on inferences to be drawn from accused’s concealment of murder weapon — If not, whether curative proviso applicable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Criminal law — Trial — Charge to jury — Approach to be adopted by appellate courts when reviewing charges.

R. v. Jensen 304

Criminal law — Appeals to Supreme Court of Canada — Appeal as of right — Appeal not based on question of law alone — Appeal quashed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

(1985), ch. C-29, art. 3(1), 4(3), 5(1)b), (2)b), 12(2), (3), 22(1)b), (2)b) — Règlement sur la citoyenneté, C.R.C., ch. 400, art. 20(1).

Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant..... 241

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’égalité — Déficience physique — Enfant atteinte de déficiences physiques et identifiée comme étant une «élève en difficulté» — Enfant placée à l’essai dans une école de son voisinage — Décision prise par la suite qu’il serait dans l’intérêt de l’enfant de la placer dans une classe pour élèves en difficulté — Le placement dans une classe pour élèves en difficulté sans le consentement des parents viole-t-il les droits à l’égalité garantis à l’enfant par l’art. 15 de la Charte? — Dans l’affirmative, cette violation peut-elle se justifier selon l’article premier? — La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en examinant des questions constitutionnelles en l’absence de l’avis requis par la Loi sur les tribunaux judiciaires? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15 — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 109(1) — Loi sur l’éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2, art. 1(1), 8(3) — R.R.O. 1990, Règl. 305, art. 6.

Goodswimmer c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)..... 309

Appels — Appels devant la Cour suprême du Canada — Caractère théorique — Cour n’exerçant pas son pouvoir discrétionnaire d’entendre l’appel en dépit de son caractère théorique — Appel annulé.

R. c. Jacquard..... 314

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Troubles mentaux — Meurtre — Juge du procès procédant à une analyse détaillée de la preuve des troubles mentaux de l’accusé en examinant le moyen de défense fondé sur l’aliénation mentale — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en se contentant de mentionner cette preuve en abordant l’élément «préméditation et propos délibéré» du meurtre au premier degré? — Le jury a-t-il reçu des directives appropriées sur la façon dont la preuve des troubles mentaux de l’accusé s’appliquait aux questions d’«intention» et de «préméditation et propos délibéré»?

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Troubles mentaux — Meurtre — Juge du procès établissant un lien entre la preuve des troubles mentaux de l’accusé et la question de l’«intention de commettre un meurtre» dans le cadre de ses directives sur d’autres infractions et non avant lorsque cette question s’est posée — Les directives du juge du procès sur la question de l’intention étaient-elles suffisantes?

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Conscience de culpabilité — Accusé inculpé de meurtre au premier degré — Arme du crime découverte par la police sous une rampe de planche à roulettes et ne portant aucune empreinte digitale — Accusé admettant avoir accompli l’actus reus de l’infraction —

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

R. v. Latimer 217

Constitutional law — Charter of Rights — Detention or imprisonment — Accused detained for questioning by police following death of his severely disabled daughter — Whether accused under de facto arrest — Whether accused's detention arbitrary — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 9.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be informed of reasons for detention — Accused detained for questioning by police following death of his severely disabled daughter — Whether failure to inform accused that he had been "arrested" and could be charged with murder infringed his right to be informed of reasons for detention — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(a).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Accused detained for questioning by police following death of his severely disabled daughter — Whether police adequately informed accused of means to access available duty counsel services — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

Criminal law — Trial — Jury — Accused convicted of second degree murder after confessing to killing his severely disabled daughter — Whether Crown counsel's interference with prospective jurors warrants new trial.

R. v. Leipert..... 281

Criminal law — Evidence — Police-informer privilege — Anonymous informer — Police investigating accused following Crime Stoppers tip that drugs were being grown in his house — Tip mentioned in information to obtain warrant to search accused's house — Search resulting in accused being charged with drug offences — Crown refusing accused's request to produce tip sheet on ground of informer privilege — Whether trial judge erred in ordering production of edited tip sheet.

Criminal law — Evidence — Police-informer privilege — Exception — Whether right to disclosure of documents in Crown's possession and Charter right to make full answer and defence creating new exception to informer privilege rule.

Criminal law — Search and seizure — Validity of search warrant — Police investigating accused following Crime Stoppers tip that drugs were being grown in his house — Tip mentioned in information to obtain warrant to search accused's house — Search resulting in accused being charged with drug offences — Crown refusing accused's request to produce tip sheet on ground of informer privilege — Whether Crown entitled to sustain validity of search warrant without reference to tip in absence of defence consent — Whether accused entitled to disclosure of tip sheet.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives appropriées sur les conclusions qu'il pouvait tirer de la dissimulation de l'arme du crime par l'accusé? — Dans la négative, la disposition réparatrice est-elle applicable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b(iii).

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Méthode devant être adoptée par les cours d'appel pour examiner des exposés au jury.

R. c. Jensen 304

Droit criminel — Appels devant la Cour suprême du Canada — Appel de plein droit — Appel ne reposant pas sur une question de droit seulement — Appel annulé.

R. c. Latimer 217

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention ou emprisonnement — Accusé détenu pour être interrogé par la police à la suite du décès de sa fille gravement handicapée — L'accusé était-il en état d'arrestation de fait? — La détention de l'accusé était-elle arbitraire? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'être informé des motifs de sa détention — Accusé détenu pour être interrogé par la police à la suite du décès de sa fille gravement handicapée — Le défaut d'informer l'accusé qu'il avait été «arrêté» et pouvait être accusé de meurtre violait-il son droit d'être informé des motifs de sa détention? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10a).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Accusé détenu pour être interrogé par la police à la suite du décès de sa fille gravement handicapée — Les policiers ont-ils adéquatement informé l'accusé des moyens de contacter les services d'avocats de garde disponibles? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

Droit criminel — Procès — Jury — Accusé déclaré coupable de meurtre au second degré après avoir avoué avoir tué sa fille gravement handicapée — L'intervention du substitut du procureur général auprès des candidats jurés justifie-t-elle un nouveau procès?

R. c. Leipert..... 281

Droit criminel — Preuve — Privilège relatif aux indicateurs de police — Indicateur anonyme — Accusé faisant l'objet d'une enquête policière à la suite de la communication à Échec au crime d'une information que de la drogue était cultivée dans sa maison — Information mentionnée dans la dénonciation en vue d'obtenir un mandat autorisant à perquisitionner dans la maison de l'accusé — Perquisition à l'origine d'accusations d'infraction en matière de drogue portées contre l'accusé —

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. MacDonnell	305
Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Fair trial — Trial judge correct in finding that accused's right to make full answer and defence breached — Stay of proceedings restored.	
R. v. Naud	312
Criminal law — Charge to jury — Presumption that person living with a prostitute living off the avails of prostitution — Charge explaining terms of the section but not the meaning of "evidence to the contrary" — No error committed — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 212(3).	
R. v. Russell	356
Criminal law — Motor vehicles — Dangerous driving causing death — Trial judge properly applying elements of offence — Conviction affirmed.	
R. v. Thompson	311
Criminal law — Committal for trial — Accused committed to stand trial on charge of possession of marijuana for purposes of trafficking — Sufficient evidence to commit to trial — Certiorari denied.	
R. v. Wicksted	307
Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Violation of accused's right to make full answer and defence — Notwithstanding breach of right to make full answer and defence, adjournment the appropriate remedy rather than a stay of proceedings.	

SOMMAIRE (Suite)

Ministère public invoquant le privilège relatif aux indicateurs de police pour refuser de faire droit à la requête de l'accusé visant à obtenir la production de la fiche de l'information communiquée — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ordonnant la production de la fiche révisée de l'information communiquée par l'indicateur?	
Droit criminel — Preuve — Privilège relatif aux indicateurs de police — Exception — Le droit à la divulgation des documents en la possession du ministère public et le droit à une défense pleine et entière garanti par la Charte créent-ils une nouvelle exception à la règle du privilège relatif aux indicateurs de police?	
Droit criminel — Perquisition et saisie — Validité d'un mandat de perquisition — Accusé faisant l'objet d'une enquête policière à la suite de la communication à l'Échec au crime d'une information que de la drogue était cultivée dans sa maison — Information mentionnée dans la dénonciation en vue d'obtenir un mandat autorisant à perquisitionner dans la maison de l'accusé — Perquisition à l'origine d'accusations d'infraction en matière de drogue portées contre l'accusé — Ministère public invoquant le privilège relatif aux indicateurs de police pour refuser de faire droit à la requête de l'accusé visant à obtenir la production de la fiche de l'information communiquée — En l'absence de consentement de la défense, le ministère public a-t-il le droit de plaider la validité du mandat sans mentionner l'information communiquée par l'indicateur? — L'accusé a-t-il droit à la divulgation de la fiche de l'information communiquée par l'indicateur?	
R. c. MacDonnell	305
Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Procès équitable — Juge du procès ayant raison de conclure à l'existence d'une atteinte au droit de l'accusée à une défense pleine et entière — Arrêt des procédures rétabli.	
R. c. Naud	312
Droit criminel — Exposé au jury — Présomption que la personne qui vit avec un prostitué ou une prostituée vit des produits de la prostitution — Exposé expliquant le texte de l'article mais non le sens de l'expression «preuve contraire» — Absence d'erreur — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 212(3).	
R. c. Russell	356
Droit criminel — Véhicules à moteur — Conduite dangereuse causant la mort — Application correcte des éléments de l'infraction par le juge du procès — Déclaration de culpabilité confirmée.	
R. c. Thompson	311
Droit criminel — Renvoi à procès — Accusé renvoyé à procès relativement à une accusation de possession de marijuana en	

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

vue d'en faire le trafic — Preuve suffisante pour justifier le renvoi à procès — Certiorari refusé.

R. c. Wicksted 307

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Violation du droit de l'accusée de présenter une défense pleine et entière — Malgré la violation de ce droit, la réparation convenable était l'ajournement et non l'arrêt des procédures.

Robert W. Latimer *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LATIMER

File No.: 24818.

1996: November 27; 1997: February 6.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Constitutional law — Charter of Rights — Detention or imprisonment — Accused detained for questioning by police following death of his severely disabled daughter — Whether accused under de facto arrest — Whether accused's detention arbitrary — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 9.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be informed of reasons for detention — Accused detained for questioning by police following death of his severely disabled daughter — Whether failure to inform accused that he had been "arrested" and could be charged with murder infringed his right to be informed of reasons for detention — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(a).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Accused detained for questioning by police following death of his severely disabled daughter — Whether police adequately informed accused of means to access available duty counsel services — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

Criminal law — Trial — Jury — Accused convicted of second degree murder after confessing to killing his severely disabled daughter — Whether Crown counsel's interference with prospective jurors warrants new trial.

The accused was the father of T, a severely disabled child who suffered from extreme cerebral palsy and was quadriplegic. As a result of her physical condition, T was largely immobile and bedridden, and was physically unable to take care of herself. Her family provided her

Robert W. Latimer *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. LATIMER

N° du greffe: 24818.

1996: 27 novembre; 1997: 6 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit constitutionnel — Charte des droits — Déten-tion ou emprisonnement — Accusé détenu pour être interrogé par la police à la suite du décès de sa fille gravement handicapée — L'accusé était-il en état d'arrestation de fait? — La détention de l'accusé était-elle arbitraire? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'être informé des motifs de sa détention — Accusé détenu pour être interrogé par la police à la suite du décès de sa fille gravement handicapée — Le défaut d'informer l'accusé qu'il avait été «arrêté» et pouvait être accusé de meurtre violait-il son droit d'être informé des motifs de sa détention? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10a).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Accusé détenu pour être interrogé par la police à la suite du décès de sa fille gravement handicapée — Les policiers ont-ils adéquatement informé l'accusé des moyens de contacter les services d'avocats de garde disponibles? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

Droit criminel — Procès — Jury — Accusé déclaré coupable de meurtre au second degré après avoir avoué avoir tué sa fille gravement handicapée — L'intervention du substitut du procureur général auprès des candidats jurés justifie-t-elle un nouveau procès?

L'accusé était le père de T, une enfant gravement handicapée qui souffrait d'une infirmité motrice cérébrale très sévère et était quadriplégique. En raison de son état, elle ne pouvait prendre soin d'elle-même physiquement et il lui était pratiquement impossible de se

with constant care. T was in constant pain, and despite the administration of medication, experienced five or six seizures a day. T died while in the care of the accused, who advised the RCMP by telephone that she had passed away in her sleep. An autopsy found signs consistent with poisoning, and tests then indicated that T's blood was saturated with carbon monoxide. The RCMP began to treat the matter as a homicide investigation. Two officers went to the accused's farm, where one of them told the accused that what he was about to say had "very serious consequences". The accused was told that he was being detained for investigation into the death of his daughter. He was informed of his right to retain and instruct counsel without delay, of the availability of Legal Aid duty counsel, and of his right to remain silent. The accused was then taken to the police station, where he was interviewed after being again warned that this was a serious matter and reminded of his right to counsel and to remain silent. There was a phone sitting in front of him, with a telephone number on it for Legal Aid. The accused made a full confession. After receiving a further reminder about the right to counsel and the right to silence, the accused then made a written statement. That afternoon, the accused returned with the officers to his farm, where he pointed out the equipment he claimed to have used to end his daughter's life. The tour of the farm was videotaped. During his trial by jury, the accused alleged that he had not been properly informed of the availability of Legal Aid duty counsel in the manner mandated in this Court's judgment in *Bartle*, which he argued entitled him to be advised of a toll-free number by which free legal advice could be accessed, irrespective of financial need. The trial judge found that the accused was adequately informed of his right to counsel. The accused was convicted of second degree murder and given the mandatory sentence of life imprisonment without eligibility for parole for 10 years. The Court of Appeal dismissed his appeal.

Subsequent to the Court of Appeal's judgment, the parties jointly adduced fresh evidence before this Court which demonstrates that Crown counsel at trial had interfered with the jury. The affidavit indicates that trial counsel for the Crown and an RCMP officer prepared a questionnaire asking prospective jurors for their views on a number of issues. This questionnaire was administered by RCMP officers to 30 of the 198 prospective

mouvoir ou de quitter le lit. Sa famille lui prodiguait des soins constants. T souffrait continuellement et avait cinq ou six épisodes de convulsions par jour, en dépit des médicaments qui lui étaient administrés. T est morte pendant que l'accusé s'en occupait, et ce dernier a informé la GRC par téléphone que T était décédée pendant son sommeil. L'autopsie a mis en évidence des éléments indiquant l'empoisonnement, et des tests ont indiqué que le sang de T était saturé de monoxyde de carbone. La GRC a commencé à traiter cette affaire comme une enquête pour homicide. Deux agents sont allés à la ferme de l'accusé, où l'un d'eux lui a expliqué que ce qu'il allait dire avait de «très graves conséquences». On a dit à l'accusé qu'il était détenu en rapport avec l'enquête sur la mort de sa fille. Il a été informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, de la disponibilité d'avocats de garde de l'aide juridique et de son droit de garder le silence. L'accusé a été conduit au poste de police, où il a été interrogé après avoir encore été averti de la gravité de l'affaire et avisé de nouveau de son droit de consulter un avocat et de garder le silence. En face de lui était posé un téléphone sur lequel était placé le numéro de l'aide juridique. L'accusé a fait une confession complète. Après avoir encore été avisé de son droit de consulter un avocat et de son droit de garder le silence, l'accusé a fait une déclaration écrite. L'après-midi, les agents sont retournés à la ferme avec l'accusé, et celui-ci leur a montré le matériel qu'il prétendait avoir utilisé pour mettre fin aux jours de sa fille. La visite de la ferme a été enregistrée sur bande vidéo. Au cours de son procès devant jury, l'accusé a soutenu qu'il n'avait pas été informé adéquatement de la disponibilité d'avocats de garde de l'aide juridique de la façon prescrite par l'arrêt *Bartle* de notre Cour, qui, selon lui, lui donnait le droit d'être mis au courant du numéro sans frais permettant d'avoir accès aux services juridiques gratuits offerts sans égard à la situation financière. Le juge du procès a estimé que l'accusé avait été correctement informé de son droit à l'assistance d'un avocat. L'accusé a été reconnu coupable de meurtre au second degré et condamné à la peine obligatoire de l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération conditionnelle avant 10 ans. La Cour d'appel a rejeté son appel.

Après le jugement de la Cour d'appel, les parties ont conjointement présenté à notre Cour de nouveaux éléments de preuve démontrant que le substitut du procureur général agissant en première instance avait entravé le processus de formation du jury. Selon l'affidavit, le substitut et un agent de la GRC avaient préparé un questionnaire demandant aux candidats jurés quelle était leur opinion sur un certain nombre de questions. Des agents

jurors and also led to some unrecorded discussions with prospective jurors, which went beyond the exact questions posed in the questionnaire. At no time did Crown counsel at trial disclose the direct contact with prospective jurors to the trial judge, the defence, or the Sheriff. Of the 30 prospective jurors who were administered the questionnaire, five served on the jury which convicted the accused.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

The accused's detention was not arbitrary. Notwithstanding what their intention may have been, the RCMP officers who attended at the farm put the accused under *de facto* arrest. A *de facto* arrest occurred through the use of words that conveyed clearly that the accused was under arrest, the conduct of the officers, and the accused's submission to the officers' authority. Moreover, on the facts of this case, that *de facto* arrest was entirely lawful because it was based on reasonable and probable grounds that the accused had taken his daughter's life. Those grounds included the carbon monoxide in T's blood, strongly suggesting that she had been poisoned; the fact that it was extremely unlikely that T's death had been accidental; the fact that, because of T's physical condition, her death could not have been suicide; and the fact that the accused had both opportunity and motive. A *de facto* arrest which is lawful cannot be an arbitrary detention for the purposes of s. 9.

The failure to inform the accused that he had been "arrested" and that he could be charged with murder does not violate s. 10(a) of the *Charter*. The purpose of the section, which provides the right to be informed promptly of the reasons for one's arrest or detention, is to ensure that a person understands generally the jeopardy in which he or she finds himself or herself. The *Charter* lays down this requirement for two reasons: first, because it would be a gross interference with individual liberty for persons to have to submit to arrest without knowing the reasons for that arrest, and second, because it would be difficult to exercise the right to counsel protected by s. 10(b) in a meaningful way if one were not aware of the extent of one's jeopardy. On the facts of this case, the trial judge was right in finding that the accused understood the basis for his apprehension by the police and hence the extent of his jeopardy. He knew that his daughter had died, and that he was being detained for investigation into that death. The arresting constable prefaced his comments by stating that what he was about to say had very serious consequences. The accused was informed of the right to counsel and the

de la GRC avaient administré ce questionnaire à 30 des 198 candidats jurés. Le questionnaire avait mené à des discussions non enregistrées qui dépassaient le cadre exact des questions qui y étaient posées. Le substitut n'a jamais divulgué au juge du procès, à la défense ou au shérif que de tels contacts avaient eu lieu. Des 30 candidats jurés qui ont répondu au questionnaire, cinq faisaient partie du jury qui a déclaré l'accusé coupable.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

La détention de l'accusé n'était pas arbitraire. Quelle qu'ait pu être leur intention, les agents de la GRC qui se sont présentés à la ferme ont procédé à une arrestation de fait de l'accusé. L'emploi de mots exprimant clairement que l'accusé était en état d'arrestation, la conduite des policiers et la soumission de l'accusé à l'autorité des agents établissent qu'une arrestation de fait a été effectuée. Il ressort en outre des faits que cette arrestation de fait était entièrement légale parce que les agents avaient des motifs raisonnables et probables de croire que l'accusé avait mis fin aux jours de sa fille. Ces motifs comprenaient la présence de monoxyde de carbone dans le sang de T, indiquant fortement qu'elle avait été empoisonnée; le fait que la possibilité d'un décès accidentel était extrêmement faible; le fait que son état excluait la thèse du suicide; et le fait que l'accusé avait un mobile et avait eu la possibilité de commettre le crime. Une arrestation de fait légale ne peut constituer une détention arbitraire aux fins de l'art. 9.

Le défaut d'informer l'accusé qu'il avait été «arrêté» et qu'il pourrait être accusé de meurtre ne constitue pas une violation de l'al. 10a) de la *Charte*. Cette disposition, qui garantit le droit d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de l'arrestation ou de la détention, vise à ce qu'une personne comprenne d'une manière générale le risque qu'elle court. Deux raisons expliquent la présence de cette exigence dans la *Charte*: premièrement, l'obligation de se soumettre à une arrestation sans en connaître les motifs empiéterait gravement sur la liberté individuelle et, deuxièmement, il serait difficile d'exercer valablement le droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) si l'ampleur du risque couru n'était pas connue. Vu les faits de la présente espèce, le juge du procès a eu raison de conclure que l'accusé savait pourquoi il était appréhendé et qu'il saisissait donc l'ampleur du risque qu'il courait. Il savait que sa fille était morte et qu'il était détenu dans le cadre de l'enquête relative à son décès. L'agent qui a procédé à son arrestation a fait précéder ses propos de l'observation que ce qu'il allait dire avait de très graves conséquences. L'accusé a été informé qu'il avait le droit de

right to silence, and was told he could not go into his own house by himself to change his clothes. It is clear that the accused knew that he was in an extremely grave situation as regards his daughter's death, and that s. 10(a) cannot be said to have been violated.

The RCMP officers adequately informed the accused of the means to access available duty counsel services as is required by s. 10(b) of the *Charter*, as interpreted in *Bartle*. *Bartle* stands for the proposition that s. 10(b) encompasses the right to be informed of the means to access those duty counsel services which are available at the time of arrest. According to the evidence before this Court, toll-free access to duty counsel in Saskatchewan was offered only outside normal office hours. Since the accused was arrested during normal office hours, no toll-free service was available to him, and the RCMP therefore did not breach the informational component of s. 10(b) by failing to inform the accused of the existence of a toll-free number. Furthermore, the information that was provided to the accused adequately apprised him of the means to contact the duty counsel service which was available at the local Legal Aid Office. The accused was informed of that duty counsel service on two occasions — when he was arrested at his farm, and before the commencement of his interview at the police station. While on neither occasion did the arresting officers verbally give the accused the phone number for the local Legal Aid Office, s. 10(b) did not require them to take that extra step, in the circumstances of this case. Where an individual is detained during regular business hours, and when legal assistance is available through a local telephone number which can easily be found by the person in question, neither the letter nor the spirit of *Bartle* is breached simply by not providing that individual with the local phone number.

The actions of Crown counsel in interfering with prospective jurors were nothing short of a flagrant abuse of process and interference with the administration of justice. Given the interference with the jury, a new trial must be ordered, as conceded by the Crown.

consulter un avocat et qu'il avait le droit de garder le silence, et on lui a dit qu'il ne pouvait se rendre seul dans sa propre maison pour se changer. Ces faits démontrent clairement que l'accusé savait que sa situation, relativement au décès de sa fille, était extrêmement grave et qu'on ne saurait affirmer que l'al. 10a) a été violé.

Les agents de la GRC ont adéquatement informé l'accusé des moyens de contacter les services d'avocats de garde disponibles, conformément à l'al. 10b) de la *Charte* tel qu'il a été interprété dans l'arrêt *Bartle*. *Bartle* consacre le principe selon lequel l'al. 10b) comprend le droit d'être informé des moyens de contacter les avocats de garde disponibles au moment de l'arrestation. Il ressort de la preuve présentée à la Cour que le numéro sans frais permettant de communiquer avec les avocats de garde n'était accessible, en Saskatchewan, qu'en dehors des heures normales de bureau. Comme l'accusé a été arrêté pendant les heures normales de bureau, les services accessibles grâce au numéro sans frais n'étaient pas offerts, et les policiers de la GRC n'ont donc pas contrevenu au volet information de l'al. 10b) lorsqu'ils n'ont pas informé l'accusé de l'existence d'un numéro sans frais. De plus, les renseignements fournis à l'accusé l'informaient adéquatement des moyens de contacter les services d'avocats de garde offerts par le bureau local de l'aide juridique. On a mentionné à deux reprises à l'accusé les services d'avocats de garde — au moment de son arrestation à la ferme et avant le début de l'interrogatoire au poste de police. Bien que, dans ni l'un ni l'autre des cas, les agents qui ont procédé à l'arrestation ne lui aient donné verbalement le numéro de téléphone du bureau local d'aide juridique, dans les circonstances de la présente affaire, l'al. 10b) n'exigeait pas qu'ils fassent cette démarche supplémentaire. Quand une personne est en détention pendant les heures normales de bureau et quand l'aide juridique peut être contactée à un numéro de téléphone local que cette personne peut trouver facilement, le simple fait de ne pas lui fournir un numéro de téléphone local ne constitue pas une violation de la lettre ou de l'esprit de *Bartle*.

L'intervention du substitut du procureur général auprès des candidats jurés est un abus de procédure flagrant et une entrave à l'administration de la justice. Étant donné qu'il y a eu entrave au processus de formation du jury, il faut ordonner un nouveau procès, comme la poursuite elle-même le reconnaît.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236; *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310; *R. v. Matheson*, [1994] 3 S.C.R. 328; *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343; *R. v. Cobham*, [1994] 3 S.C.R. 360; *R. v. Whitfield*, [1970] S.C.R. 46; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869; *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241; *R. v. Smith*, [1991] 1 S.C.R. 714; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Sussex Justices*, [1924] 1 K.B. 256; *R. v. Caldough* (1961), 36 C.R. 248.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 9, 10(a), (b), 24(2).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 495(1)(a), 645(5).

Authors Cited

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1995), 134 Sask. R. 1, 101 W.A.C. 1, 126 D.L.R. (4th) 203, [1995] 8 W.W.R. 609, 99 C.C.C. (3d) 481, 41 C.R. (4th) 1, dismissing the accused's appeal from his conviction of second degree murder. Appeal allowed.

Mark Brayford, Q.C., for the appellant.

Carol A. Snell, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

Let me begin by saying what the case before the Court at this stage of the proceedings is not about. This case is not about those questions which have dominated public debate about Mr. Latimer's trial. It is not about the legality and morality of mercy killing, nor is it directly about Mr. Latimer's guilt or innocence. What this case is about are two nar-

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310; *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328; *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343; *R. c. Cobham*, [1994] 3 R.C.S. 360; *R. c. Whitfield*, [1970] R.C.S. 46; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869; *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241; *R. c. Smith*, [1991] 1 R.C.S. 714; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Sussex Justices*, [1924] 1 K.B. 256; *R. c. Caldough* (1961), 36 C.R. 248.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 9, 10a), b), 24(2).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 495(1)a), 645(5).

Doctrine

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

POURVOI contre un jugement de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1995), 134 Sask. R. 1, 101 W.A.C. 1, 126 D.L.R. (4th) 203, [1995] 8 W.W.R. 609, 99 C.C.C. (3d) 481, 41 C.R. (4th) 1, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre la déclaration de culpabilité prononcée contre lui pour meurtre au second degré. Pourvoi accueilli.

Mark Brayford, c.r., pour l'appelant.

Carol A. Snell, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF —

I. Introduction

Je commencerai par préciser ce qui ne fait pas l'objet du présent pourvoi à ce stade-ci de l'affaire. Le pourvoi ne porte pas sur les questions qui ont dominé le débat public au sujet du procès de M. Latimer. Il ne porte pas non plus sur la légalité ou la moralité de l'euthanasie, et il ne concerne pas directement la question de la culpabilité ou de l'in-

rower issues: first, the admissibility of certain evidence in light of the circumstances surrounding Mr. Latimer's arrest; and second, the consequences flowing from the unfortunate events that took place prior to the commencement of the trial with respect to potential members of the jury. I mention this to correct any impression that the Court, in its judgment today, has deliberately avoided answering difficult questions which are on the minds of many Canadians.

2

As will become apparent in my reasons, the disposition of this appeal requires the interpretation and application of this Court's judgment in *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173. In *Bartle*, and the companion judgments handed down on the same day (*R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236, *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310, *R. v. Matheson*, [1994] 3 S.C.R. 328, *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343, and *R. v. Cobham*, [1994] 3 S.C.R. 360), this Court held that the informational component of s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* included the right of an accused to be informed not only of the existence and availability of free duty counsel, but also of the means of access to duty counsel, including being informed of a toll-free telephone number to contact duty counsel where duty counsel is accessible at that number 24 hours a day. The question we must answer today is whether and to what extent *Bartle* applies in a province which has established a system of toll-free access to duty counsel which only operates outside normal office hours, while nevertheless offering the same service during business hours, though through the regular Legal Aid offices.

II. The Facts

3

The appellant, Mr. Latimer, was the father of Tracy Latimer, a severely disabled child who died at her family farm on Sunday, October 24, 1993. Tracy suffered from extreme cerebral palsy and was quadriplegic. As a result of her physical condition, she was largely immobile and bedridden,

nocence de l'appelant. Les deux questions dont la Cour est saisie sont plus restreintes: il s'agit, premièrement, de l'admissibilité de certains éléments de preuve, compte tenu des circonstances entourant l'arrestation de M. Latimer, et, deuxièmement, des conséquences d'événements malheureux qui ont précédé l'ouverture du procès concernant des candidats jurés. Ces précisions sont nécessaires pour écarter toute impression que la Cour, en rendant son jugement aujourd'hui, a délibérément cherché à éviter de répondre à de difficiles questions qui préoccupent de nombreux Canadiens.

Pour statuer sur le présent pourvoi, il est nécessaire, comme l'indiquent mes motifs, d'interpréter et d'appliquer l'arrêt de notre Cour, *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173. Dans cet arrêt et dans les décisions connexes rendues à la même date (*R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310, *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328, *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343 et *R. c. Cobham*, [1994] 3 R.C.S. 360), notre Cour a statué que le volet information de l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* comporte le droit, pour un accusé, d'être informé non seulement de l'existence et de la disponibilité de services gratuits d'avocats de garde mais aussi des moyens d'accès à ces services, notamment le numéro de téléphone permettant de contacter gratuitement un avocat de garde là où il est possible d'y avoir recours 24 heures par jour en composant un numéro sans frais. La Cour doit déterminer aujourd'hui si l'arrêt *Bartle* s'applique, et dans quelle mesure il s'applique, dans une province où existent des services d'avocats de garde accessibles au moyen d'un numéro sans frais, mais seulement en dehors des heures normales de bureau, mais où les mêmes services sont offerts pendant les heures d'ouverture normales par l'entremise des bureaux d'aide juridique.

II. Les faits

L'appelant, M. Latimer, était le père de Tracy Latimer, une enfant gravement handicapée qui est morte à la ferme familiale, le dimanche 24 octobre 1993. Tracy souffrait d'une infirmité motrice cérébrale très sévère et elle était quadriplégique. En raison de son état, elle ne pouvait prendre soin

and was physically unable to take care of herself. Her family provided her with constant care. Eating was a difficult task, and Tracy had to be spoon fed. Unfortunately, even with this assistance, she could not consume a sufficient amount of nutrients, and as a result experienced weight loss.

It is undisputed that Tracy was in constant pain. The evidence traces this pain to an operation that Tracy underwent in 1990 to balance the muscles around her pelvis, and another operation in 1992 to reduce the abnormal curvature in her back. Although the latter surgery was successful, it led to the dislocation of her right hip, which caused considerable discomfort. As well, despite the administration of medication, Tracy experienced five to six seizures every day.

Tracy was in the care of Mr. Latimer when she passed away. The appellant had remained home to care for Tracy, while Tracy's mother and siblings were at church to attend a Sunday service. Tracy was found by Mrs. Latimer at approximately 1:30 p.m., when she went to get Tracy for lunch. At 2:00 p.m., Mr. Latimer advised the Wilkie detachment of the RCMP by telephone that Tracy had passed away in her sleep. The RCMP officer who took the call and the local coroner attended at the Latimer farm. While at the farm, the coroner examined Tracy's body in order to determine the cause of death. Finding no evidence to suggest suffocation, the coroner arranged for an autopsy. During the visit to the farm, Mr. Latimer maintained that Tracy had passed away in her sleep. He stated that Tracy had been in pain and put to bed at about 12:30 p.m.

The autopsy found no signs that would explain Tracy's death, but found signs consistent with poisoning. Samples of Tracy's blood were therefore sent to a forensic laboratory for further analysis. Tests indicated that Tracy's blood was saturated with carbon monoxide. Because of the high levels of carbon monoxide in Tracy's blood, the

d'elle-même physiquement et il lui était pratiquement impossible de se mouvoir ou de quitter le lit. Sa famille lui prodiguait des soins constants. Manger était une tâche difficile; elle devait être nourrie à la cuillère. Même avec cette aide, malheureusement, elle ne réussissait pas à absorber suffisamment d'éléments nutritifs et perdait du poids.

Personne ne conteste que Tracy souffrait continuellement. Selon la preuve, la douleur faisait suite à une opération qu'elle avait subie en 1990 pour rééquilibrer la musculature de la ceinture pelvienne et à une autre opération, pratiquée en 1992, pour corriger la courbe anormale de son dos. Cette dernière intervention, malgré son succès, avait entraîné une dislocation de la hanche droite qui l'incommodait considérablement. En outre, Tracy avait cinq ou six épisodes de convulsions par jour, en dépit des médicaments qui lui étaient administrés.

C'est M. Latimer qui s'occupait de Tracy quand elle est morte. L'appelant était resté à la maison pour prendre soin d'elle pendant que la mère de Tracy et ses autres enfants assistaient à l'office du dimanche. Madame Latimer a trouvé Tracy vers 13 h 30 quand elle est allée la chercher pour le dîner. À 14 h, M. Latimer a informé par téléphone le détachement de la GRC de Wilkie que Tracy était décédée pendant son sommeil. L'agent de la GRC qui a répondu à l'appel et le coroner de la région se sont rendus à la ferme des Latimer. Le coroner a examiné le corps de Tracy à la ferme pour déterminer la cause du décès. Comme rien n'indiquait que la mort était attribuable à la suffocation, il a pris des mesures pour qu'une autopsie soit effectuée. Monsieur Latimer a répété, au cours de cette visite à la ferme, que Tracy était morte pendant son sommeil. Il a déclaré qu'elle souffrait et qu'il l'avait mise au lit vers 12 h 30.

L'autopsie n'a rien révélé qui puisse expliquer le décès de Tracy, mais a mis en évidence des éléments indiquant l'empoisonnement. Des échantillons de sang ont donc été envoyés à un laboratoire médico-légal pour des analyses plus poussées. Les tests ont indiqué que le sang de Tracy était saturé de monoxyde de carbone. En raison de la concen-

4

5

6

RCMP began to treat the matter as a homicide investigation.

7 The members of the Wilkie detachment of the RCMP inferred the possibility of motive and opportunity from the facts before them — the appellant was alone with Tracy at the time of her death, and Tracy was bedridden and in constant pain. They then decided to seek the assistance of the General Investigation Section at North Battleford, representatives of which they met with on Wednesday, November 3, 1993. As a result of that meeting, members of the North Battleford detachment decided to attend at the Latimer farm, take Mr. Latimer into custody, interview his wife and execute a search warrant.

8 This plan was put into effect the next day, on Thursday, November 4, 1993. The events are described in the uncontradicted testimony of one of the principal investigators, Corporal Lyons, which is quoted in the trial judgment. Important portions of that testimony, which are central to the disposition of this appeal, are underlined for emphasis:

At 8:28 that morning, Sergeant Conlon and I went to the residence.

. . .

We went to the door, we rapped on it, waited a couple of minutes. Robert Latimer came to the door. He was — appeared to have just been in the process of getting up, he was in a housecoat, hair messed a little bit. Sergeant Conlon introduced ourselves to him, identified us, of course. We shook hands. Sergeant Conlon told him that we were from North Battleford and were assisting Wilkie in the investigation of Tracy's death, being his daughter, and told Mr. Latimer that we'd like to speak to him. He went into a bedroom and got dressed, came out a couple of minutes later. We were waiting in the kitchen. Sergeant Conlon said that we'd like to speak to him outside. There was no response. He put on his — put on his rubber boots and a jacket and went outside to the car with us. We had an unmarked police vehicle . . .

tration élevée du gaz présent dans le sang de Tracy, la GRC a commencé à traiter cette affaire comme une enquête pour homicide.

Les membres du détachement de Wilkie ont déduit des faits dont ils disposaient qu'il pouvait y avoir eu mobile et possibilité de commettre un crime: l'appelant était seul avec Tracy au moment de sa mort, et Tracy était confinée au lit et souffrait continuellement. Ils ont alors décidé de faire appel à la Section des enquêtes générales de North Battleford, dont ils ont rencontré des représentants le mercredi 3 novembre 1993. Par suite de cette rencontre, des membres du détachement de North Battleford ont décidé de se rendre à la ferme des Latimer, de placer M. Latimer sous garde, d'interroger M^{me} Latimer et d'exécuter un mandat de perquisition.

Ils ont mis ce plan à exécution le lendemain, le jeudi 4 novembre 1993. L'un des enquêteurs principaux, le caporal Lyons, a relaté ce qui s'est passé dans un témoignage non contesté que le juge du procès a cité dans ses motifs. J'ai souligné les passages qui sont déterminants pour l'issue du présent pourvoi.

[TRADUCTION] À 8 h 28 ce matin-là, le sergent Conlon et moi sommes allés au domicile.

. . .

Nous sommes allés jusqu'à la porte; nous avons frappé et attendu quelques minutes. Robert Latimer est venu répondre. Il était — il semblait sortir du lit; il portait un peignoir, il était un peu échevelé. Le sergent Conlon nous a présentés, nous a identifiés, bien sûr. Nous lui avons serré la main. Le sergent Conlon lui a expliqué que nous venions de North Battleford, que nous assistions le détachement de Wilkie dans l'enquête relative au décès de sa fille Tracy et que nous voulions lui parler. Il est allé à la chambre à coucher, s'est habillé et est revenu quelques minutes plus tard. Nous attendions dans la cuisine. Le sergent Conlon lui a dit que nous souhaitions lui parler dehors. Il n'a pas répondu. Il a mis — il a mis ses bottes de caoutchouc et une veste et il est venu avec nous jusqu'à l'automobile. Nous avons une

I went into the driver's seat, Sergeant Conlon the passenger side, and Mr. Latimer in the back seat behind me.

At 8: 32 [a.m.] I turned in the bucket seats [*sic*] of the car and looked directly at him. I said, as Sergeant Conlon explained, we are assisting Wilkie detachment in the investigation of his daughter's death. I said I realize that this is a very trying time for him and his family and I said what I am about to say has very serious consequences and he should listen very closely. He nodded to me. I said, "You are being detained for investigation into the death of your daughter Tracy". I then said, "You have the right to retain and instruct counsel without delay. You may call any lawyer you wish. Legal Aid duty counsel is available to provide legal advice to you without any charge and can explain the Legal Aid plan to you". I asked, "Do you understand?" He replied, "Yes". I asked, "Do you wish to call a lawyer now?" He replied, "Not really, no". I then warned him the standard police warning, "You need not say anything. You have nothing to hope from any promise of favour, nothing to fear from any threat, whether or not you say anything. Anything you do say may be used as evidence". I asked, "Do you understand?" And he replied, "Yes". At that point, Sergeant Conlon told him that we would be going to North Battleford for the purpose of speaking to him. Mr. Latimer raised no objection.

Mr. Latimer asked if he could change his clothes. The RCMP officers informed him that he could, but that they would have to accompany him into the house because he was now in custody. After Mr. Latimer had changed his clothes, the RCMP officers drove him to the North Battleford detachment, where they interviewed him commencing at 9:22 a.m. At the commencement of this interview, Corporal Lyons again warned Mr. Latimer that this was a serious matter. He then repeated the statements regarding the right to counsel and the right to silence that he had made in the car. There was a phone sitting in front of Mr. Latimer, with a telephone number on it for Legal Aid. Corporal Lyons then asked Mr. Latimer if he had any questions, to which the Mr. Latimer replied "No". As well, Corporal Lyons asked

voiture banalisée [...] J'ai pris place sur le siège du conducteur, le sergent Conlon sur le siège du passager à l'avant et M. Latimer à l'arrière, derrière moi.

À 8 h 32, je me suis tourné sur mon siège et je l'ai regardé directement. Je lui ai dit, comme le sergent Conlon l'a expliqué, que nous assistions le détachement de Wilkie dans l'enquête relative au décès de sa fille. J'ai ajouté que je comprenais que lui et sa famille traversaient une période très douloureuse, et je lui ai dit que ce que j'allais dire avait de très graves conséquences, et qu'il devrait écouter très attentivement. Il a acquiescé de la tête. J'ai continué: «Vous êtes détenu en rapport avec l'enquête sur la mort de votre fille Tracy». Je lui ai alors dit: «Vous avez le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Vous pouvez appeler l'avocat de votre choix. Il existe des services d'avocats de garde offerts par l'aide juridique; l'avocat peut vous conseiller gratuitement et vous expliquer le régime d'aide juridique». Je lui ai demandé: «Comprenez-vous?» Il a répondu: «Oui». J'ai demandé: «Voulez-vous appeler un avocat maintenant?» Il a répondu: «Pas vraiment, non». J'ai alors procédé à la mise en garde habituelle: «Vous n'avez pas besoin de dire quoi que ce soit. Que vous parliez ou non, vous n'avez rien à espérer d'aucune promesse de faveur, ni rien à craindre d'aucune menace. Tout ce que vous direz pourra servir de preuve». Je lui ai demandé: «Est-ce que vous comprenez?» Il a répondu: «Oui». À ce moment, le sergent Conlon lui a dit que nous allions à North Battleford pour nous entretenir avec lui. Monsieur Latimer n'a soulevé aucune objection.

Monsieur Latimer a demandé s'il pouvait se changer. Les agents de la GRC l'on informé qu'il pouvait, mais qu'ils devraient l'accompagner dans la maison parce qu'il était maintenant sous garde. Monsieur Latimer s'est changé, et les agents de la GRC l'ont conduit au détachement de North Battleford où ils ont commencé à l'interroger à 9 h 22. Au début de l'interrogatoire, le caporal Lyons a encore averti M. Latimer de la gravité de l'affaire, puis il a répété les mises en garde relatives au droit de consulter un avocat et au droit de garder le silence qu'il avait faites dans l'automobile. En face de M. Latimer, était posé un appareil de téléphone sur lequel était placé le numéro de l'aide juridique. Le caporal Lyons a alors demandé à M. Latimer s'il avait des questions et ce dernier a répondu: «Non». Le caporal lui a également

Mr. Latimer if he wanted a lawyer; Mr. Latimer replied "No".

10 Corporal Lyons then proceeded to inform Mr. Latimer that he had "no doubt" that Mr. Latimer had caused the death of Tracy Latimer. Mr. Latimer went on to make a full confession. After receiving a further reminder about the right to counsel and the right to silence, Mr. Latimer then made a written statement. Before Mr. Latimer confessed to killing his daughter in this statement, Sergeant Conlon interjected, and asked Mr. Latimer if he understood that he could be charged with murder. He replied "Yes". After Mr. Latimer completed his written statement, he was informed that he was being held for murder.

11 That afternoon, Mr. Latimer returned with officers Lyons and Conlon to the Latimer farm, where he pointed out the equipment he claimed to have used to end Tracy's life. The tour of the farm was videotaped.

12 On November 16, 1994, following trial by jury, Mr. Latimer was convicted of second degree murder. The presiding judge imposed the mandatory sentence of life imprisonment without eligibility for parole for 10 years. An appeal was dismissed by the Saskatchewan Court of Appeal on July 18, 1995: (1995), 134 Sask. R. 1, 126 D.L.R. (4th) 203, [1995] 8 W.W.R. 609, 99 C.C.C. (3d) 481, 41 C.R. (4th) 1.

Fresh Evidence

13 Subsequent to the judgment of the Saskatchewan Court of Appeal, the parties jointly adduced in affidavit form fresh evidence before this Court which demonstrates that Crown counsel at trial (who was not counsel on appeal) had interfered with the jury. The affidavit indicates that trial counsel for the Crown and an RCMP officer from the Wilkie detachment prepared a questionnaire asking prospective jurors for their views on a number of issues, including religion, abortion, and euthanasia. This questionnaire was administered by RCMP officers to 30 of the 198 prospective jurors, either on the telephone or at various RCMP detachments. The evidence also discloses that the

demandé s'il voulait un avocat, et M. Latimer a répondu: «Non».

Le caporal Lyons a ensuite informé M. Latimer qu'il n'avait «aucun doute» qu'il avait causé la mort de Tracy Latimer. Monsieur Latimer a alors fait une confession complète. Après avoir encore été avisé de son droit de consulter un avocat et de son droit de garder le silence, M. Latimer a fait une déclaration écrite. Avant que M. Latimer avoue, dans sa déclaration, avoir tué sa fille, le sergent Conlon est intervenu et lui a demandé s'il comprenait qu'il pouvait être accusé de meurtre. Monsieur Latimer a répondu: «Oui». Une fois la déclaration écrite terminée, M. Latimer a été informé qu'il était détenu pour meurtre.

L'après-midi, les agents Lyons et Conlon sont retournés à la ferme avec M. Latimer, et celui-ci a montré aux policiers le matériel qu'il prétendait avoir utilisé pour mettre fin aux jours de Tracy. La visite de la ferme a été enregistrée sur bande vidéo.

Le 16 novembre 1994, M. Latimer a été reconnu coupable de meurtre au second degré, à l'issue d'un procès par jury. Le juge du procès a imposé la peine obligatoire de l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération conditionnelle avant 10 ans. La Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté son appel le 18 juillet 1995: (1995), 134 Sask. R. 1, 126 D.L.R. (4th) 203, [1995] 8 W.W.R. 609, 99 C.C.C. (3d) 481, 41 C.R. (4th) 1.

Nouveaux éléments de preuve

Après le jugement de la Cour d'appel de la Saskatchewan, les parties ont conjointement présenté à notre Cour de nouveaux éléments de preuve sous forme d'affidavit, démontrant que le substitut du procureur général agissant en première instance (qui n'avait pas agi en appel) avait entravé le processus de formation du jury. Selon l'affidavit, le substitut et un agent de la GRC du détachement de Wilkie avaient préparé un questionnaire demandant aux candidats jurés quelle était leur opinion sur un certain nombre de questions, dont la religion, l'avortement et l'euthanasie. Des agents de la GRC avaient administré ce questionnaire à 30 des 198 candidats jurés, par téléphone ou dans les

questionnaire led to some unrecorded discussions with prospective jurors, which went beyond the exact questions posed in the questionnaire. One prospective juror, for example, was asked by an RCMP officer how well the prospective juror knew the appellant.

It appears that it had been the intention of Crown counsel at trial and the RCMP officer who had prepared the questionnaire that there be no direct contact with prospective jurors. However, that intention was not initially communicated to the RCMP detachments involved. By the time that information was conveyed to the RCMP, some direct contact had already occurred. Nevertheless, at no time did Crown counsel at trial disclose the direct contact with prospective jurors to the trial judge, the defence, or the Sheriff. Of the 30 prospective jurors who were administered the questionnaire, five served on the jury which convicted Mr. Latimer.

III. Judgments Below

The proceedings below addressed many issues which were not placed before this Court by the parties. The summaries of the judgments below will therefore focus on those questions which were pursued on this appeal.

Saskatchewan Court of Queen's Bench, Voir Dire of September 27, 1994

Before the selection of the jury, and some weeks before the commencement of the trial, defence counsel moved pursuant to s. 645(5) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, for a ruling on the admissibility of Mr. Latimer's incriminating statements and the real evidence uncovered as a result of those statements. Relying on the *Charter*, defence counsel argued, *inter alia*, that Mr. Latimer had been arbitrarily detained in contravention of s. 9, and that Mr. Latimer had not been informed promptly of the reasons for his arrest or detention in contravention of s. 10(a). On the basis of these alleged *Charter* violations, the defence

locaux de divers détachements de la GRC. La preuve établit également que le questionnaire avait mené à des discussions non enregistrées qui dépassaient le cadre exact des questions posées dans le questionnaire. Par exemple, un agent de la GRC a demandé à l'un des candidats jurés de préciser jusqu'à quel point il connaissait l'appelant.

Il appert que le substitut du procureur général et l'agent de la GRC qui avaient préparé le questionnaire ne voulaient pas de contacts directs avec les candidats jurés. Toutefois ce point n'a pas été communiqué initialement aux détachements de la GRC concernés. Quand l'information a été transmise aux détachements, des contacts directs avaient déjà été effectués. Le substitut n'a cependant jamais divulgué au juge du procès, à la défense ou au shérif que de tels contacts avaient eu lieu. Des 30 candidats jurés qui ont répondu au questionnaire, cinq faisaient partie du jury qui a déclaré M. Latimer coupable.

III. Les décisions des juridictions inférieures

Les juridictions inférieures ont examiné de nombreuses questions que les parties n'ont pas soumises à notre Cour. C'est pour cela que je vais résumer leurs jugements en mettant l'accent sur les questions soulevées dans le cadre du présent pourvoi.

Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, voir-dire du 27 septembre 1994

Quelques semaines avant le début du procès et avant que le jury soit constitué, l'avocat de la défense a demandé, en application du par. 645(5) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qu'il soit statué sur l'admissibilité des déclarations incriminantes faites par M. Latimer et des éléments de preuve matérielle découverts par suite de ces déclarations. L'avocat de la défense a invoqué la *Charte* pour soutenir, notamment, que M. Latimer avait été arbitrairement détenu en contravention de l'art. 9 et qu'il n'avait pas été informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention, contrairement à l'al. 10a). Invo-

14

15

16

submitted that Mr. Latimer's statements should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

quant ces violations de la *Charte*, il a plaidé qu'il convenait d'écartier les déclarations de M. Latimer conformément au par. 24(2) de la *Charte*.

17 The trial judge, Wimmer J., found that Mr. Latimer's *Charter* rights had not been violated, and thus did not consider s. 24(2). Although he accepted without question the proposition that Mr. Latimer's s. 9 rights would have been violated if he had been detained for questioning, he held that in fact there had been a *de facto* arrest, and that this arrest had been lawful because it was based on reasonable and probable grounds. Furthermore, he held that Mr. Latimer's s. 10(a) rights had not been violated, because although he was not informed of the specific charge against him, his appreciation of his jeopardy was adequate to make an informed decision about whether to exercise his right to counsel.

Le juge du procès, le juge Wimmer, a conclu qu'il n'y avait pas eu atteinte aux droits garantis à M. Latimer par la *Charte*, et il n'a donc pas examiné s'il convenait d'appliquer le par. 24(2). Bien qu'il ait accepté l'argument selon lequel les droits garantis à M. Latimer par l'art. 9 auraient indiscutablement été violés s'il avait été détenu pour interrogatoire, il a jugé qu'il y avait eu arrestation de fait et que cette arrestation était légale parce qu'elle reposait sur des motifs raisonnables et probables. Il a statué en outre que les droits garantis par l'al. 10a) n'avaient pas été enfreints car, même si M. Latimer n'avait pas été informé des accusations précises qui pesaient contre lui, il avait une compréhension suffisante du risque qu'il courait pour prendre une décision éclairée quant à l'exercice de son droit de retenir les services d'un avocat.

Saskatchewan Court of Queen's Bench, Reconsideration of Ruling on the Voir Dire, November 7, 1994

Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, réexamen de la décision au sujet du voir-dire, 7 novembre 1994

18 During the trial, Wimmer J. was asked to reconsider his decision to admit the incriminating statements of Mr. Latimer, on the basis of the set of judgments delivered by this Court on the scope of s. 10(b): *Bartle, Prosper, Pozniak, Matheson, Harper and Cobham*. Mr. Latimer alleged that he had not been properly informed of the availability of Legal Aid duty counsel in the manner mandated by those judgments. Wimmer J. dismissed the motion. In his opinion, Mr. Latimer was adequately informed of his right to counsel, because he had been told about the availability of Legal Aid duty counsel. As well, Wimmer J. held that even if there had been a violation of s. 10(b), the incriminating statements should not be excluded under s. 24(2), because there was no evidence that, had Mr. Latimer been differently informed, he would have contacted duty counsel.

Au cours du procès, le juge Wimmer a été invité à reconsidérer sa décision de recevoir en preuve les déclarations incriminantes faites par M. Latimer, en tenant compte de la série d'arrêts rendus par notre Cour sur la portée de l'al. 10b): *Bartle, Prosper, Pozniak, Matheson, Harper et Cobham*, précités. Monsieur Latimer prétendait qu'il n'avait pas été informé de l'existence du service d'avocats de garde de l'aide juridique conformément aux prescriptions formulées dans ces arrêts. Le juge Wimmer a rejeté la requête, estimant que M. Latimer avait été correctement informé de son droit à l'assistance d'un avocat, parce qu'il avait été mis au courant de l'existence du service d'avocats de garde de l'aide juridique. Il a jugé également que, même s'il y avait eu violation de l'al. 10b), les déclarations incriminantes ne devraient pas être écartées sous le régime du par. 24(2), parce que rien dans la preuve n'indiquait que M. Latimer aurait communiqué avec un avocat de garde si l'information lui avait été donnée de façon différente.

Saskatchewan Court of Appeal, July 18, 1995

An appeal on the issues before this Court (except for the interference with the jury) was unanimously dismissed by the Saskatchewan Court of Appeal, *per* Tallis J.A. Bayda C.J.S. dissented on the sentence imposed by the trial judge, but that issue is not before us. The Court of Appeal agreed with the trial judge, and held that there had been no violation of s. 9 of the *Charter*. Since Mr. Latimer had been lawfully arrested, he had therefore not been arbitrarily detained. The court also seems to have approved of the trial judge's holding on s. 10(a), although this point is unclear.

The Court of Appeal devoted most of its attention to the alleged violation of Mr. Latimer's right to counsel. Mr. Latimer had argued that *Bartle* entitled him to be advised of a toll-free number by which free legal advice could be accessed, irrespective of financial need. The court rejected this argument, arguing that *Bartle* had been complied with. The court relied on two factors which were present in this case but absent in *Bartle*. The officers advised Mr. Latimer of the existence and availability of duty counsel, and of his immediate right to consult duty counsel, whereas in *Bartle* the accused was not so advised. Furthermore, Mr. Latimer was informed of his right to counsel with a phone in front of him, which had the telephone number for Legal Aid. In the circumstances of the case, the court held that the failure to specifically mention a toll-free number was not fatal.

IV. Issues on Appeal

The following issues must be addressed in this appeal:

1. Was Mr. Latimer arbitrarily detained in contravention of s. 9 of the *Charter*?

Cour d'appel de la Saskatchewan, 18 juillet 1995

La Cour d'appel de la Saskatchewan, par les motifs du juge Tallis, a rejeté à l'unanimité un appel portant sur les questions soumises à notre Cour (exception faite de l'entrave au processus de formation du jury). Le juge en chef Bayda a formulé une opinion dissidente quant à la peine imposée par le juge du procès, mais cette question n'a pas été soulevée devant notre Cour. La Cour d'appel, comme le juge du procès, a conclu qu'il n'y avait pas eu violation de l'art. 9 de la *Charte*. Puisque son arrestation était légale, M. Latimer n'avait pas été arbitrairement détenu. La cour semble également avoir approuvé la décision du juge du procès au sujet de l'al. 10a), bien que ce point ne soit pas clair.

La Cour d'appel a fait porter la plus grande partie de son examen sur la question de la violation du droit de M. Latimer à un avocat. Monsieur Latimer soutenait que, suivant l'arrêt *Bartle*, il devait être mis au courant du numéro sans frais permettant d'avoir accès aux services juridiques gratuits offerts sans égard à la situation financière. La cour a rejeté cet argument, déclarant que les prescriptions de l'arrêt *Bartle* avaient été respectées. Elle s'est fondée sur deux facteurs qui sont présents en l'espèce mais qui n'existaient pas dans l'affaire *Bartle*. Les policiers avaient avisé M. Latimer de l'existence et de la disponibilité d'un service d'avocats de garde ainsi que de son droit de consulter sans délai l'avocat de garde, alors que M. Bartle n'avait pas reçu cette information. De plus, on avait informé M. Latimer de son droit à l'assistance d'un avocat et il avait devant lui un appareil de téléphone sur lequel figurait le numéro de l'aide juridique. Compte tenu de ces circonstances, la cour a jugé que l'omission de mentionner expressément le numéro sans frais n'était pas fatale.

IV. Les questions en litige

Le pourvoi soulève les questions suivantes:

1. Monsieur Latimer a-t-il été détenu de façon arbitraire en contravention de l'art. 9 de la *Charte*?

19

20

21

- | | |
|--|--|
| <ol style="list-style-type: none"> 2. Did the failure to inform the appellant that he had been “arrested” and that he could be charged with murder violate s. 10(a) of the <i>Charter</i>? 3. Did the RCMP officers adequately inform Mr. Latimer of the means to access available duty counsel services, as is required by s. 10(b) of the <i>Charter</i> as interpreted by <i>Bartle</i>? 4. Does the transitional period imposed by this Court in <i>Cobham</i> operate in Saskatchewan so as to preclude Mr. Latimer from relying on <i>Bartle</i>? 5. If there has been a violation of the <i>Charter</i>, should the statements of Mr. Latimer be excluded pursuant to s. 24(2)? 6. If the statements are excluded, should Mr. Latimer be acquitted? 7. Does the interference with prospective jurors warrant a new trial? | <ol style="list-style-type: none"> 2. Le défaut d’informer l’appelant qu’il avait été «arrêté» et qu’il pourrait être accusé de meurtre constitue-t-il une violation de l’al. 10a) de la <i>Charte</i>? 3. Les agents de la GRC ont-ils adéquatement informé M. Latimer des moyens de contacter les services d’avocat de garde disponibles, conformément à l’al. 10b) de la <i>Charte</i> tel qu’il a été interprété dans l’arrêt <i>Bartle</i>? 4. La période de transition imposée par notre Cour dans l’arrêt <i>Cobham</i> s’applique-t-elle en Saskatchewan et a-t-elle pour effet d’empêcher M. Latimer d’invoquer l’arrêt <i>Bartle</i>? 5. S’il y a eu violation de la <i>Charte</i>, les déclarations de M. Latimer devraient-elles être écartées en application du par. 24(2)? 6. Si les déclarations sont écartées, M. Latimer devrait-il être acquitté? 7. L’intervention auprès des candidats jurés justifie-t-elle la tenue d’un nouveau procès? |
|--|--|

V. Analysis

1. Was the appellant arbitrarily detained in contravention of s. 9 of the *Charter*?

22

The appellant alleges that his right under s. 9 against arbitrary detention was violated when he was detained at his farm on the morning of November 4, 1993. There is no doubt in my mind that the appellant was detained, and the parties agree on this point. However, I am equally certain that Mr. Latimer’s detention was not arbitrary. The RCMP officers who attended at the Latimer farm put Mr. Latimer under *de facto* arrest. Moreover, on the facts of this case, that *de facto* arrest was entirely lawful because it was based on reasonable and probable grounds that Mr. Latimer had taken his daughter’s life. A *de facto* arrest which is lawful, in my opinion, cannot be an arbitrary detention for the purposes of s. 9.

V. Analyse

1. L’appelant a-t-il été détenu de façon arbitraire en contravention de l’art. 9 de la *Charte*?

L’appelant soutient que, lorsque les policiers l’ont détenu à sa ferme dans la matinée du 4 novembre 1993, ils ont porté atteinte à la garantie contre la détention arbitraire énoncée à l’art. 9. Il ne fait aucun doute pour moi que l’appelant a été détenu, et les parties sont d’accord sur ce point. Je suis tout aussi certain, par ailleurs, que cette détention n’était pas arbitraire. Les agents de la GRC qui se sont présentés à la ferme des Latimer ont procédé à une arrestation de fait de M. Latimer. Il ressort en outre des faits de la présente espèce que cette arrestation de fait était entièrement légale parce que les agents avaient des motifs raisonnables et probables de croire que M. Latimer avait mis fin aux jours de sa fille. J’estime qu’une arrestation de fait légale ne peut constituer une détention arbitraire aux fins de l’art. 9.

The appellant's strongest argument is that no arrest occurred because the officers deliberately chose not to arrest Mr. Latimer. He points to testimony by officers Lyon and Conlon at trial, in which they indicated that they decided prior to appearing at the farm they did not wish to arrest Mr. Latimer. As well, he also points to the use of the word "detention", instead of the word "arrest", as proof of that intention.

However, notwithstanding what the intention of the officers may have been, their conduct had the effect of putting Mr. Latimer under arrest. To understand why, we need only turn to the definition of arrest offered by this Court in *R. v. Whitfield*, [1970] S.C.R. 46. Judson J., speaking for the majority of the Court, held that an arrest consists either of (i) the actual seizure or touching of a person's body with a view to his detention, or (ii) the pronouncing of "words of arrest" to a person who submits to the arresting officer. The term "words of arrest" was not defined in that judgment. However, in my mind we should decline the invitation to adopt the narrow view of that term proposed by the appellant, i.e. that only the word "arrest" will suffice. As this Court has held with respect to s. 10(a) of the *Charter* (*R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869, at p. 888), what counts is

the substance of what the accused can reasonably be supposed to have understood, rather than the formalism of the precise words used. . . . The question is . . . what the accused was told, viewed reasonably in all the circumstances of the case. . . .

On the facts of this case, a *de facto* arrest occurred through the use of words that conveyed clearly that Latimer was under arrest, the conduct of the officers, and Mr. Latimer's submission to the authority of officers Conlon and Lyons. Mr. Latimer was told that he was being detained, and that he would be taken back to North Battleford to be interviewed. The police officers informed him of his right to silence and his right to counsel. They accompanied him back into his house while he changed his clothes, telling him that they were doing so because he was now in

L'argument le plus puissant présenté par l'appellant est qu'il n'y a pas eu d'arrestation parce que les policiers ont délibérément choisi de ne pas l'arrêter. Il invoque les témoignages des agents Lyons et Conlon au procès, dans lesquels ceux-ci ont déclaré qu'avant de se présenter à la ferme, ils avaient convenu qu'ils ne souhaitaient pas l'arrêter. Il soutient également que l'emploi du terme «détention» au lieu du mot «arrestation» prouve cette intention.

Quelle qu'ait pu être l'intention des agents, toutefois, leur conduite a eu pour effet de placer M. Latimer en état d'arrestation. Il suffit de consulter la définition d'arrestation que notre Cour a élaborée dans l'arrêt *R. c. Whitfield*, [1970] R.C.S. 46, pour le comprendre. Le juge Judson, au nom des juges majoritaires, a statué qu'une arrestation consiste à (i) appréhender au corps ou toucher une personne dans le but de la détenir, ou (ii) à prononcer des mots indiquant l'arrestation à une personne qui se soumet à l'agent qui procède à l'arrestation. Le juge n'a pas précisé les mots qu'il fallait prononcer, mais je pense que nous devons refuser la vision étroite proposée par l'appellant, savoir que seul le mot «arrestation» convient. Comme notre Cour l'a affirmé relativement à l'al. 10a) de la *Charte*, dans l'arrêt *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869, à la p. 888, ce qui importe

. . . c'est la substance de ce qu'on peut raisonnablement supposer que l'appellant a compris qui est déterminante plutôt que le formalisme des mots exacts utilisés. Il s'agit donc de savoir si ce qui a été dit à l'accusé, considéré raisonnablement en fonction de toutes les circonstances de l'affaire. . . .

Les faits en l'espèce, c'est-à-dire l'emploi de mots exprimant clairement que M. Latimer était en état d'arrestation, la conduite des policiers et la soumission de M. Latimer à l'autorité des agents Conlon et Lyons, établissant qu'une arrestation de fait a été effectuée. Les policiers ont dit à M. Latimer qu'il était en détention et qu'il serait amené à North Battleford pour interrogatoire. Ils l'ont informé de son droit de garder le silence et de son droit de consulter un avocat. Ils l'ont accompagné quand il a regagné la maison pour se changer, en lui expliquant qu'ils devaient procéder ainsi parce

23

24

25

their custody. Finally, at no point did Mr. Latimer protest or resist the police — he submitted to the authority of the arresting officers.

26

The fact that a *de facto* arrest occurred, however, is not sufficient to dispose of the matter, because of the potential that his arrest was unlawful. Unlawful arrests may be inherently arbitrary: see P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), at p. 1073. However, it is not necessary to address that question, because Mr. Latimer's arrest was entirely lawful, and failing an attack against the legislative provision which authorized the arrest, I do not see how a lawful arrest can contravene s. 9 of the *Charter* for being arbitrary. The arresting power of police officers is set down by s. 495 of the *Criminal Code*. Section 495(1)(a) authorizes peace officers to arrest without a warrant

a person who has committed an indictable offence or who, on reasonable grounds, he believes has committed or is about to commit an indictable offence.

What counts as reasonable grounds was laid down by Cory J. in *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241, at pp. 250-51. Reasonable grounds have both a subjective and an objective aspect. The arresting officers must subjectively have reasonable and probable grounds on which to base an arrest. Moreover, those grounds must be justifiable from an objective point of view, such that a reasonable person placed in the position of the arresting officer can conclude that there were reasonable and probable grounds for the arrest.

27

The trial judge made a specific finding that reasonable grounds for the arrest of Mr. Latimer existed, and I see no reason to disturb that finding. Subjectively, despite the fact that the officers decided not to arrest Mr. Latimer, it is clear that they believed that they had reasonable grounds to arrest him. They chose not to because at the time of the arrest, they believed that they did not have enough evidence to obtain a conviction. This is most evident from the testimony of Constable Lyons, who stated that “certainly the grounds to

qu'il était maintenant sous garde. Finalement, M. Latimer n'a jamais élevé de protestation ou résisté à la police; il s'est soumis à l'autorité des policiers effectuant l'arrestation.

Cependant, conclure à l'existence d'une arrestation de fait ne vide pas la question, à cause de l'illegalité possible de cette arrestation. Les arrestations illégales peuvent être intrinsèquement arbitraires: P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, (3^e éd. 1992), à la p. 1073. Il n'est pas nécessaire d'aborder ce sujet, puisque l'arrestation de M. Latimer était entièrement légale et que, à moins de contester la disposition législative l'autorisant, je ne vois pas comment une arrestation légale contreviendrait à l'art. 9 de la *Charte* en raison de son caractère arbitraire. C'est l'article 495 du *Code criminel* qui fonde le pouvoir d'arrestation dévolu aux agents de police. L'alinéa 495(1)a autorise un agent de la paix à arrêter sans mandat

une personne qui a commis un acte criminel ou qui, d'après ce qu'il croit pour des motifs raisonnables, a commis ou est sur le point de commettre un acte criminel.

Dans l'arrêt *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241, aux pp. 250 et 251, le juge Cory a défini ce qui constitue des motifs raisonnables. Cette notion comporte un élément subjectif et un élément objectif. L'agent de police qui effectue une arrestation doit subjectivement avoir des motifs raisonnables et probables d'y procéder. Il faut en outre que ces motifs soient objectivement justifiables, c'est-à-dire qu'une personne raisonnable se trouvant à la place de l'agent de police doit pouvoir conclure qu'il y avait des motifs raisonnables et probables de procéder à l'arrestation.

Le juge du procès a conclu expressément qu'il existait des motifs raisonnables d'arrêter M. Latimer, et je ne vois aucune raison d'altérer cette conclusion. Il est manifeste que les policiers, en dépit du fait qu'ils avaient décidé de ne pas procéder à l'arrestation de M. Latimer, croyaient subjectivement qu'ils avaient des motifs raisonnables de l'arrêter. Ils avaient décidé de ne pas le faire parce qu'ils pensaient, au moment de l'arrestation, qu'ils ne disposaient pas d'assez de preuves pour obtenir un verdict de culpabilité. Cela ressort très claire-

arrest were present” and “[c]ertainly there were reasonable and probable grounds to arrest him”. Objectively, the reasonable person in the position of the arresting officer would have concluded there were reasonable grounds for arrest. Those grounds included: the carbon monoxide in Tracy’s blood, strongly suggesting that she had been poisoned; the fact that it was extremely unlikely that Tracy’s death had been accidental; the fact that, because of Tracy’s physical condition, her death could not have been suicide; and finally, the fact that the accused had both opportunity and motive. I therefore conclude that the trial judge was correct in deciding that there were reasonable and probable grounds for an arrest.

2. Did the failure to inform the appellant that he had been “arrested” and that he could be charged with murder violate s. 10(a) of the *Charter*?

Section 10(a) of the *Charter* provides the right to be informed promptly of the reasons for one’s arrest or detention. The purpose of this provision is to ensure that a person “understand generally the jeopardy” in which he or she finds himself or herself: *R. v. Smith*, [1991] 1 S.C.R. 714, at p. 728. There are two reasons why the *Charter* lays down this requirement: first, because it would be a gross interference with individual liberty for persons to have to submit to arrest without knowing the reasons for that arrest, and second, because it would be difficult to exercise the right to counsel protected by s. 10(b) in a meaningful way if one were not aware of the extent of one’s jeopardy: *R. v. Evans*, *supra*, at pp. 886-87.

Mr. Latimer makes two distinct submissions in which he challenges the adequacy of the information he was provided on arrest. His first submission is that anything short of the word “arrest” was insufficient to convey to him the jeopardy that he was in. His second submission explicitly invokes the interrelationship between the need to understand one’s jeopardy and the right to counsel; he alleges that had he known that he was under arrest

ment du témoignage de l’agent Lyons qui a déclaré que [TRADUCTION] «certainement, il existait des motifs de l’arrêter» et que «[c]ertainement, il y avait des motifs raisonnables et probables de l’arrêter». Objectivement, une personne raisonnable se trouvant à la place des agents ayant procédé à l’arrestation aurait conclu à l’existence de motifs raisonnables. Ces motifs comprenaient: la présence de monoxyde de carbone dans le sang de Tracy, indiquant fortement qu’elle avait été empoisonnée; le fait que la possibilité d’un décès accidentel était extrêmement faible; le fait que son état excluait la thèse du suicide; et finalement le fait que l’accusé avait un mobile et avait eu la possibilité de commettre le crime. J’estime, par conséquent, que le juge du procès a eu raison de conclure qu’il existait des motifs raisonnables et probables de procéder à une arrestation.

2. Le défaut d’informer l’appelant qu’il avait été «arrêté» et qu’il pourrait être accusé de meurtre constitue-t-il une violation de l’al. 10a) de la *Charte*?

L’alinéa 10a) de la *Charte* garantit le droit d’être informé dans les plus brefs délais des motifs de l’arrestation ou de la détention. Cette disposition vise à ce qu’une personne «comprenne d’une manière générale le risque» qu’elle court: *R. c. Smith*, [1991] 1 R.C.S. 714, à la p. 728. Deux raisons expliquent la présence de cette exigence dans la *Charte*: premièrement, l’obligation de se soumettre à une arrestation sans en connaître les motifs empiéterait gravement sur la liberté individuelle et, deuxièmement, il serait difficile d’exercer valablement le droit à l’assistance d’un avocat garanti par l’al. 10b) si l’ampleur du risque couru n’était pas connue: *R. c. Evans*, précité, aux pp. 886 et 887.

Monsieur Latimer présente deux arguments distincts quant au caractère inadéquat des renseignements qui lui ont été donnés à son arrestation. Il soutient en premier que, sans le mot «arrestation», ce qu’on lui a dit n’était pas suffisant pour lui faire comprendre le risque auquel il était exposé. En deuxième lieu, il invoque expressément le rapport entre le besoin de comprendre le risque encouru et le droit à l’assistance d’un avocat. Il soutient en

for killing or murdering his daughter, he would not have waived his right to counsel. As a variation on his second submission, Mr. Latimer links his concern regarding the right to counsel and s. 10(a) with the right to silence — that had he been aware of the true circumstances surrounding his arrest, he would not have given up his right to silence without first consulting a lawyer. I note that Mr. Latimer's second submission was based on s. 10(b). However, I think that it is more appropriately dealt with under s. 10(a).

effet que s'il avait su qu'il était en état d'arrestation pour le meurtre de sa fille, il n'aurait pas renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat. Dans une formulation voisine de ce deuxième argument, M. Latimer fait un rapport entre sa préoccupation concernant le droit à l'assistance d'un avocat et l'al. 10a) avec le droit de garder le silence: s'il avait compris les circonstances véritables de son arrestation, il n'aurait pas renoncé à son droit de garder le silence sans consulter d'abord un avocat. Je note que le deuxième argument de M. Latimer était fondé sur l'al. 10b), mais je pense qu'il est préférable de l'examiner en fonction de l'al. 10a).

30 There is no doubt that Mr. Latimer was not told that he was under "arrest"; he was told that he was being "detained". Nor was he explicitly told that he could be charged with murder. However, as with determining whether there has been a *de facto* arrest, when considering whether there has been a violation of s. 10(a), one must look beyond the exact words used. As the Court held in *Evans*, *supra*, at p. 888:

Il est incontestable qu'on n'a pas dit à M. Latimer qu'il était en état d'«arrestation». On lui a dit qu'il était «détenu». On ne lui a pas dit expressément non plus qu'il pourrait être inculpé pour meurtre. Toutefois, comme c'est le cas pour déterminer s'il y a eu arrestation de fait, il faut, lorsqu'on cherche à établir s'il y a eu violation de l'al. 10a), aller au-delà des mots précis utilisés. Ainsi que notre Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Evans*, précité, à la p. 888:

When considering whether there has been a breach of s. 10(a) of the *Charter*, it is the substance of what the accused can reasonably be supposed to have understood, rather than the formalism of the precise words used, which must govern. The question is whether what the accused was told, viewed reasonably in all the circumstances of the case, was sufficient to permit him to make a reasonable decision to decline to submit to arrest, or alternatively, to undermine his right to counsel under s. 10(b).

Au moment de déterminer s'il y a eu violation de l'al. 10a) de la *Charte*, c'est la substance de ce qu'on peut raisonnablement supposer que l'appelant a compris qui est déterminante plutôt que le formalisme des mots exacts utilisés. Il s'agit donc de savoir si ce qui a été dit à l'accusé, considéré raisonnablement en fonction de toutes les circonstances de l'affaire, était suffisant pour lui permettre de prendre une décision raisonnée de refuser de se soumettre à l'arrestation ou, subsidiairement, pour porter atteinte à son droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b).

31 Although the two submissions were presented separately, it is convenient to deal with them together. On the facts of this case, I have no doubt that the trial judge was right in finding that Mr. Latimer understood the basis for his apprehension by the police and hence the extent of his jeopardy. He knew that his daughter had died, and that he was being detained for investigation into that death. Constable Lyons prefaced his comments in the car by saying "what I am about to say has very serious consequences". Mr. Latimer was then informed of his right to counsel and his right to

Bien que les deux arguments aient été présentés séparément, il vaut mieux les examiner ensemble. Vu les faits de la présente espèce, je ne doute pas que le juge du procès a eu raison de conclure que M. Latimer savait pourquoi il était appréhendé et qu'il saisissait donc l'ampleur du risque qu'il courait. Il savait que sa fille était morte et qu'il était détenu dans le cadre de l'enquête relative à son décès. L'agent Lyons a fait précéder ses propos, dans l'automobile, de l'observation que ce qu'il allait dire «avait de très graves conséquences». Monsieur Latimer a ensuite été informé qu'il avait

silence, which clearly conveyed that he was being placed under arrest. Finally, he was told that he could not go into his own house by himself to change his clothes. It is clear on these facts that Mr. Latimer knew that he was in an extremely grave situation as regards his daughter's death, and that s. 10(a) cannot be said to have been violated.

3. Did the RCMP officers adequately inform the appellant of the means to access available duty counsel services, as is required by s. 10(b) of the *Charter* as interpreted by *Bartle*?

When Mr. Latimer was arrested by the police, he was not specifically informed of the existence of a toll-free telephone number by which he could access immediate free legal advice by Legal Aid duty counsel. Relying on this Court's judgment in *Bartle*, the appellant argues that this omission was unconstitutional, because it did not meet the standard for the informational component of s. 10(b). However, I reject this submission, because *Bartle* stands for quite a different proposition — that s. 10(b) encompasses the right to be informed of the means to access those duty counsel services which are available at the time of arrest. As we shall see, at the time of day when Mr. Latimer was arrested, the toll-free number in Saskatchewan was not in operation, and so it was unnecessary to inform him of that number. Moreover, he was made aware of the duty counsel service that was offered by the local Legal Aid Office, which could be reached by a local phone call at no cost to him. Mr. Latimer's s. 10(b) rights were therefore not violated.

The informational component of s. 10(b) is of critical importance because its purpose is to enable a detainee to make an informed decision about whether to exercise the right to counsel, and to exercise other rights protected by the *Charter*, such as the right to silence. In *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, this Court grafted two requirements upon the informational component: first, information about access to counsel free of charge pro-

le droit de consulter un avocat et qu'il avait le droit de garder le silence, ce qui indiquait clairement qu'il était en état d'arrestation. Finalement, on lui a dit qu'il ne pouvait se rendre seul dans sa propre maison pour se changer. Ces faits démontrent clairement que M. Latimer savait que sa situation, relativement au décès de sa fille, était extrêmement grave. On ne saurait affirmer que l'al. 10a) a été violé.

3. Les agents de la GRC ont-ils adéquatement informé l'appelant des moyens de contacter les services d'avocats de garde disponibles, conformément à l'al. 10b) de la *Charte* tel qu'il a été interprété dans l'arrêt *Bartle*?

Au moment de son arrestation, M. Latimer n'a pas été expressément mis au courant de l'existence d'un numéro sans frais permettant d'avoir immédiatement accès à des services juridiques gratuits offerts par les avocats de garde de l'aide juridique. L'appelant prétend, en invoquant l'arrêt *Bartle* de notre Cour, que cette omission est inconstitutionnelle parce qu'elle déroge aux normes applicables au volet information de l'al. 10b). Je ne puis accepter cet argument. En effet, l'arrêt *Bartle* consacre un principe substantiellement différent, savoir que l'al. 10b) comprend le droit d'être informé des moyens de contacter les avocats de garde disponibles au moment de l'arrestation. Comme nous le verrons, le numéro sans frais utilisé en Saskatchewan n'était pas en service à l'heure où M. Latimer a été arrêté et il était donc inutile de lui communiquer ce numéro. De plus, il a été informé des services d'avocats de garde qui étaient offerts par le bureau local d'aide juridique et qui pouvaient être contactés par appel téléphonique local, sans frais. Il n'y a donc pas eu atteinte aux droits garantis par l'al. 10b) à M. Latimer.

Le volet information de l'al. 10b) revêt une importance capitale parce qu'il a pour objet de permettre à une personne détenue de prendre une décision éclairée sur l'exercice de son droit à l'assistance d'un avocat et des autres droits protégés par la *Charte*, comme le droit de garder le silence. Dans *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, notre Cour a greffé deux exigences au volet information: premièrement, l'obligation de renseigner sur la

vided by provincial Legal Aid where an accused meets financial criteria with respect to need, and second, information about access to duty counsel, who provide immediate and temporary legal advice to all accused, irrespective of financial need.

34 However, *Brydges* only required that information be provided about the existence and availability of duty counsel; there is no doubt that the appellant was told about duty counsel here, and so *Brydges* is satisfied. *Bartle* imposed the additional requirement that persons be informed of the means necessary to access such services. However, whether the police have met this burden in a particular case must always be determined with regard to all the circumstances of that case, including the duty counsel services available at the time of arrest or detention.

35 For example, in *Bartle*, this Court held that s. 10(b) required that persons be informed of toll-free telephone numbers to access duty counsel. But it only imposed that requirement where such numbers were in operation. As I said in *Bartle*, *supra*, at p. 195:

... the specific nature of the information provided to detainees would necessarily be contingent on the existence and availability of Legal Aid and duty counsel in the jurisdiction. . . .

Thus, in *Bartle*, as well as in *Pozniak*, *Harper* and *Cobham*, s. 10(b) was violated because the accused persons in those cases were not informed on arrest about the existence of 24-hour duty counsel, accessible by a toll-free telephone number, available free of charge to all detainees. By contrast, in *Prosper* and *Matheson*, there was no violation of s. 10(b), because there was no toll-free, 24-hour duty counsel service. There was nothing useful to tell the accused. Thus, the proposition which emerges from these cases is that the nature of the information provided pursuant to s. 10(b) depends

possibilité de consulter gratuitement un avocat, offerte par le régime d'aide juridique de la province lorsque l'accusé satisfait aux critères financiers relatifs à la nécessité et, deuxièmement, l'obligation de renseigner sur l'existence de services d'avocats de garde prodiguant immédiatement des conseils juridiques temporaires à tous les accusés, sans égard à leur situation financière.

L'arrêt *Brydges*, toutefois, n'exigeait de fournir de renseignements que sur l'existence de services d'avocats de garde et la possibilité d'y recourir. En l'espèce, l'appelant a indéniablement été informé de l'existence des services d'avocats de garde; l'exigence de l'arrêt *Brydges* a donc été respectée. L'arrêt *Bartle* imposait l'exigence supplémentaire d'informer des moyens d'accéder à ces services. Cependant, pour déterminer si la police s'est acquittée de cette obligation dans un cas donné, il faut toujours tenir compte de toutes les circonstances de l'affaire, et notamment des services d'avocats de garde offerts au moment de l'arrestation ou de la détention.

Dans l'arrêt *Bartle*, par exemple, notre Cour a jugé que l'al. 10b) exigeait que ces personnes soient informées du numéro d'appel sans frais permettant de contacter un avocat de garde. Cette exigence ne s'appliquait que là où existaient de tels numéros. Comme je le disais dans *Bartle*, à la p. 195:

... la nature exacte des renseignements à donner aux personnes détenues dépendrait nécessairement de l'existence et de l'accessibilité de l'aide juridique et d'avocats de garde dans la province ou le territoire . . .

Ainsi, dans l'affaire *Bartle* et dans les affaires *Pozniak*, *Harper* et *Cobham*, l'al. 10b) avait été enfreint parce que les accusés n'avaient pas été informés, au moment de leur arrestation, de l'existence de services d'avocats de garde offerts 24 heures par jour, accessibles en composant un numéro de téléphone sans frais et gratuits pour tous les détenus. Dans les affaires *Prosper* et *Matheson*, par contre, il n'y avait pas eu contravention à l'al. 10b), parce qu'aucun service d'avocats de garde opérant 24 heures par jour n'était offert et qu'il n'y avait, par conséquent, aucun

on the actual services available in a jurisdiction. As I said in *Prosper, supra*, at p. 259:

if there is in existence a 24-hour duty counsel service which can be accessed by dialling a toll-free number . . . this must be communicated to all detainees as part of the standard s. 10(b) caution delivered by police. Obviously, it would make no sense to inform detainees of a service which does not in fact exist and which is, therefore, unavailable to them. The point of the information component under s. 10(b) is to enable detainees to make informed decisions about services which actually exist. [Emphasis added.]

According to the evidence before this Court, toll-free access to duty counsel in Saskatchewan was only offered outside normal office hours. Thus, the position in Saskatchewan is in between those provinces where there is a 24-hour service, and those provinces where there is no service at all. The service in Saskatchewan was commenced in July 1990, and is operated out of Saskatoon. Normal office hours, according to the Saskatchewan Legal Aid Commission, are 8:30 a.m. to 5:00 p.m. Mr. Latimer, however, was arrested at 8:32 a.m. by the RCMP, and hence during normal office hours. At the time of his arrest, no toll-free service was available to him. I therefore find that the RCMP did not breach the informational component of s. 10(b) by failing to inform Mr. Latimer of the existence of a toll-free number.

I also have no doubt that the information that was provided to Mr. Latimer adequately apprised him of the means to contact the duty counsel service which was available at the local Legal Aid Office. Mr. Latimer was informed of that duty counsel service on two occasions — when he was arrested at his farm, and before the commencement of his interview at the police station. Admittedly,

renseignement utile à donner à l'accusé. Il se dégage donc de ces arrêts que la nature de l'information communiquée conformément à l'al. 10b) dépend des services réellement offerts dans la province ou le territoire. Comme je l'ai écrit dans l'arrêt *Prosper*, précité, à la p. 259:

si il existe des services d'avocats de garde fonctionnant 24 heures par jour et auxquels il est possible d'avoir accès en composant un numéro sans frais [. . .] les policiers doivent en faire part à toutes les personnes placées en détention dans la mise en garde qu'ils doivent normalement leur donner en vertu de l'al. 10b). Il va sans dire qu'il serait illogique d'informer les personnes détenues d'un service qui n'existe pas et auquel elles ne peuvent en conséquence avoir recours. Le volet information de l'al. 10b) a pour but de permettre aux personnes détenues de prendre des décisions éclairées au sujet des services qui existent. [Je souligne.]

Il ressort de la preuve présentée à la Cour que le numéro sans frais permettant de communiquer avec les avocats de garde n'était accessible, en Saskatchewan, qu'en dehors des heures normales de bureau. La Saskatchewan se situe donc à mi-chemin des provinces où des services de garde sont offerts 24 heures par jour et des provinces où il n'existe pas de tels services. En Saskatchewan, ces services, qui sont offerts à partir de Saskatoon, ont été introduits au mois de juillet 1990. Selon la Saskatchewan Legal Aid Commission, les heures normales de bureau vont de 8 h 30 à 17 h. Or les agents de la GRC ont arrêté M. Latimer à 8 h 32, donc pendant les heures normales de bureau. Au moment de son arrestation, les services d'avocats de garde accessibles grâce au numéro sans frais n'étaient pas offerts. J'estime donc que les policiers de la GRC n'ont pas contrevenu au volet information de l'al. 10b) lorsqu'ils n'ont pas informé M. Latimer de l'existence d'un numéro sans frais.

Je n'ai aucun doute non plus que les renseignements fournis à M. Latimer l'informaient adéquatement des moyens de contacter les services d'avocats de garde qui étaient offerts par le bureau local de l'aide juridique. On a mentionné à deux reprises à M. Latimer les services d'avocats de garde — au moment de son arrestation à la ferme et avant le début de l'interrogatoire au poste de police. Il est

36

37

on neither occasion did the arresting officers verbally give Mr. Latimer the phone number for the local Legal Aid Office. However, s. 10(b) did not require the arresting officers to take that extra step, under the circumstances of this case. Where an individual is detained during regular business hours, and when legal assistance is available through a local telephone number which can easily be found by the person in question, neither the letter nor the spirit of *Bartle* is breached simply by not providing that individual with the local phone number. Mr. Latimer was perfectly capable of obtaining the number. He could have consulted a telephone book either at his farm, or at the police station if he had asked for one. Moreover, at either location, he could have obtained the number from Directory Assistance. There is nothing to suggest that had he asked the police for it, they would not have provided it. Finally, at the police station, there was a telephone sitting in front of Mr. Latimer, with a telephone number on it for Legal Aid. I also note that at both locations, Mr. Latimer was asked if he understood or had any questions about what he had been told. He replied in the negative on both occasions.

vrai que dans ni l'un ni l'autre des cas les agents qui ont procédé à l'arrestation ne lui ont donné verbalement le numéro de téléphone du bureau local d'aide juridique. Toutefois, dans les circonstances de la présente affaire, l'al. 10b) n'exigeait pas que les agents fassent cette démarche supplémentaire. Quand une personne est en détention pendant les heures normales de travail et quand l'aide juridique peut être contactée à un numéro de téléphone local que cette personne peut trouver facilement, le simple fait de ne pas lui fournir ce numéro ne constitue pas une violation de la lettre ou de l'esprit de *Bartle*. Monsieur Latimer était parfaitement capable de trouver le numéro. Il aurait pu consulter un annuaire à la ferme ou au poste de police s'il en avait demandé un, et dans les deux cas il avait en outre accès au service d'assistance-annuaire. Rien ne permet de penser que s'il l'avait demandé aux agents de police, ils ne le lui auraient pas fourni. Enfin, au poste de police, M. Latimer avait devant lui un téléphone sur lequel était indiqué le numéro de téléphone de l'aide juridique. Je note de plus qu'aux deux endroits on a demandé à M. Latimer s'il comprenait et s'il avait des questions à poser sur ce qu'on lui avait dit. Dans les deux cas, il a répondu par la négative.

38

I hasten to add that there will be cases in which it will be necessary to provide more information to an accused or detained person than was provided to Mr. Latimer about the means to access duty counsel. For example, a young person, or even more obviously an individual who is visually impaired, may require more assistance from the police than Mr. Latimer. As well, someone whose facility in the language of the jurisdiction is not sufficient to understand the information provided about duty counsel may require more explicit information than was provided to Mr. Latimer. This list of examples should not be taken to be exhaustive.

Je me hâte d'ajouter qu'il y aura des cas où il sera nécessaire de fournir à une personne accusée ou détenue plus de renseignements sur les moyens d'obtenir les services d'un avocat de garde qu'il n'en a été donné à M. Latimer. Par exemple, une jeune personne, ou même de façon plus évidente encore une personne ayant une déficience visuelle, pourra avoir plus besoin d'aide de la part de la police que M. Latimer. De même, une personne dont la connaissance de la langue du ressort est insuffisante pour comprendre les renseignements donnés sur les avocats de garde pourra avoir besoin de renseignements plus explicites que ceux donnés à M. Latimer. Cette liste d'exemples n'est pas exhaustive.

39

Finally, I add another point. The principle that an accused or detained person must be provided with the information which is necessary to ensure access to counsel means that if an accused were arrested during normal office hours in a jurisdic-

Enfin, je voudrais ajouter ceci: le principe selon lequel une personne qui est accusée ou détenue doit recevoir les renseignements nécessaires pour obtenir accès à l'assistance d'un avocat signifie que l'accusé arrêté pendant les heures de travail

tion where duty counsel was accessible by a 24-hour toll-free service and was also available by a local call during the day, s. 10(b) would not require that the toll-free number be given, because that number is not necessary to ensure access to counsel.

4. Does the transitional period imposed by this Court in *Cobham* operate in Saskatchewan so as to preclude the appellant from relying on *Bartle*?

In addition to receiving submissions on whether s. 10(b), as interpreted by this Court in *Bartle*, was violated in the circumstances of this case, we also heard argument on whether Mr. Latimer was legally precluded from relying on *Bartle* at all, as a result of the order granted by this Court after its judgment in *Cobham*. That order, dated October 20, 1994, reads in full:

The application for a re-hearing is granted on the issue of whether there should be a transition period, and the operation of the judgment herein [i.e. *Cobham*] is stayed for a period of 21 days from the date such judgment was issued, namely September 29, 1994.

However, given that I have found there to be no violation of s. 10(b), it is unnecessary for me to examine the remedial effect of this order.

5. If there has been a violation of the *Charter*, should the statements of the appellant be excluded pursuant to s. 24(2)?

Since I have found that there were no violations of the appellant's *Charter* rights, there is no need to consider whether his incriminating statements should be excluded under s. 24(2).

6. If the statements are excluded, should the appellant be acquitted?

normales dans un ressort où l'accès à un avocat de garde est offert 24 heures par jour par téléphone sans frais et offert également pendant la journée à un numéro de téléphone local, l'al. 10b) n'exigerait pas de donner le numéro d'appel sans frais, puisque ce numéro n'est pas nécessaire pour assurer l'accès à un avocat.

4. La période de transition imposée par notre Cour dans l'arrêt *Cobham* s'applique-t-elle en Saskatchewan et a-t-elle pour effet d'empêcher l'appellant d'invoquer l'arrêt *Bartle*?

En plus des débats sur la question de savoir si l'al. 10b), tel que notre Cour l'a interprété dans l'arrêt *Bartle*, a été enfreint dans les circonstances de la présente espèce, nous avons entendu l'argumentation sur la question de savoir si M. Latimer était juridiquement dans l'impossibilité d'invoquer l'arrêt *Bartle* en raison de l'ordonnance que notre Cour a prononcée après avoir rendu jugement dans le pourvoi *Cobham*. Je reproduis ici en entier cette ordonnance, datée du 20 octobre 1994:

La demande de nouvelle audition est accordée sur la question de savoir s'il devrait y avoir une période de transition, et l'exécution du jugement en question [c.-à-d. *Cobham*] est suspendue pour une période de 21 jours à compter de la date à laquelle il a été rendu, soit le 29 septembre 1994.

Toutefois, étant donné que je conclus qu'il n'y a pas eu violation de l'al. 10b), il est inutile d'examiner l'effet correctif de cette ordonnance.

5. S'il y a eu violation de la *Charte*, les déclarations de l'appellant devraient-elles être écartées en application du par. 24(2)?

Puisque j'ai conclu qu'il n'y avait pas eu atteinte aux droits de l'accusé garantis par la *Charte*, il n'est pas nécessaire d'examiner s'il convient d'écartier en vertu du par. 24(2) les déclarations incriminantes qu'il a faites.

6. Si les déclarations sont écartées, l'appellant devrait-il être acquitté?

Similarly, because the statements of the appellant were not inadmissible, it is not necessary to answer whether the appellant should have been acquitted.

7. Does the interference with prospective jurors warrant a new trial?

43

I need only address this issue very briefly. The actions of Crown counsel at trial, which were fully acknowledged by Crown counsel on appeal, were nothing short of a flagrant abuse of process and interference with the administration of justice. The question of whether the interference actually influenced the deliberations of the jury is quite beside the point. The interference contravened a fundamental tenet of the criminal justice system, which Lord Hewart C.J. put felicitously as "justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done": *R. v. Sussex Justices*, [1924] 1 K.B. 256, at p. 259; also see *R. v. Caldough* (1961), 36 C.R. 248 (B.C.S.C.).

VI. Disposition

44

Given the interference with the jury, a new trial cannot be avoided, as the Crown itself concedes. The admissibility of Mr. Latimer's incriminating statements at that trial will be a matter for the trial judge, who will be governed by these reasons, on matters of law, but who will, of course, decide the question on the facts of the case as they are presented to him or her at that time.

45

The appeal is therefore allowed. The order of the Court of Appeal dismissing the appeal and the conviction entered by the trial judge are set aside, and a new trial is ordered.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Brayford-Shapiro, Saskatoon.

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

De la même façon, les déclarations de l'appellant n'étant pas inadmissibles, il n'y a pas lieu de déterminer s'il aurait dû être acquitté.

42

7. L'intervention auprès des candidats jurés justifie-t-elle la tenue d'un nouveau procès?

Cette question ne nécessitera pas une longue analyse. Les actes du substitut du procureur général agissant en première instance, qui ont été pleinement reconnus par le substitut agissant en appel, constituent un abus de procédure flagrant et une entrave à l'administration de la justice. La question de savoir si l'entrave a effectivement influé sur les délibérations du jury ne se pose même pas. L'entrave en question contrevenait à un principe fondamental du système de justice pénale que le juge en chef Hewart a habilement décrit en disant qu'il faut: [TRADUCTION] «que non seulement justice soit rendue, mais que justice paraisse manifestement et indubitablement être rendue» (voir *R. c. Sussex Justices*, [1924] 1 K.B. 256, à la p. 259, et *R. c. Caldough* (1961), 36 C.R. 248 (C.S.C.-B.)).

VI. Dispositif

Étant donné qu'il y a eu entrave au processus de formation du jury, il est impossible de ne pas ordonner la tenue d'un nouveau procès, comme la poursuite elle-même le reconnaît. Il appartiendra au juge du procès de statuer sur l'admissibilité des déclarations incriminantes de M. Latimer, en se fondant sur les présents motifs, quant au droit, et en tenant compte des faits qui lui seront présentés.

Le pourvoi est donc accueilli. L'ordonnance de la Cour d'appel rejetant l'appel et la déclaration de culpabilité prononcée par le juge du procès sont annulées, et un nouveau procès est ordonné.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appellant: Brayford-Shapiro, Saskatoon.

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

The Brant County Board of Education and the Attorney General for Ontario *Appellants*

v.

Carol Eaton and Clayton Eaton *Respondents*

and

The Attorney General of Quebec, the Attorney General of British Columbia, the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, the Learning Disabilities Association of Ontario, the Ontario Public School Boards' Association, the Down Syndrome Association of Ontario, the Council of Canadians with Disabilities, the Confédération des organismes de personnes handicapées du Québec, the Canadian Association for Community Living, People First of Canada, the Easter Seal Society, and the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse *Intervenors*

INDEXED AS: EATON v. BRANT COUNTY BOARD OF EDUCATION

File No.: 24668.

1996: October 8; 1996: October 9.

Reasons delivered: February 6, 1997.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Physical disability — Child with physical disabilities identified as being an "exceptional pupil" — Child placed in neighbourhood school on trial basis — Child's best interests later determined to be placement in special education class — Whether placement in special education class and process of doing so absent

Le Conseil scolaire du comté de Brant et le procureur général de l'Ontario *Appellants*

c.

Carol Eaton et Clayton Eaton *Intimés*

et

Le procureur général du Québec, le procureur général de la Colombie-Britannique, la Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, la Learning Disabilities Association of Ontario, l'Association des conseils scolaires publics de l'Ontario, l'Association Syndrome Down de l'Ontario, le Conseil des Canadiens avec déficiences, la Confédération des organismes de personnes handicapées du Québec, l'Association canadienne pour l'intégration communautaire, Les personnes d'abord du Canada, la Société du timbre de Pâques et la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: EATON c. CONSEIL SCOLAIRE DU COMTÉ DE BRANT

Nº du greffe: 24668.

1996: 8 octobre; 1996: 9 octobre.

Motifs déposés: 6 février 1997.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Déficience physique — Enfant atteinte de déficiences physiques et identifiée comme étant une «élève en difficulté» — Enfant placée à l'essai dans une école de son voisinage — Décision prise par la suite qu'il serait dans l'intérêt de l'enfant de la placer dans une classe pour élèves en difficulté — Le placement

parental consent infringing child's s. 15 (equality) Charter rights — If so, whether infringement justifiable under s. 1 — Whether Court of Appeal erred in considering constitutional issues absent notice required by Courts of Justice Act — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15 — Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 109(1) — Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, ss. 1(1), 8(3) — R.R.O. 1990, Reg. 305, s. 6.

The respondents are the parents of a 12-year-old girl with cerebral palsy who is unable to communicate through speech, sign language or other alternative communication system, who has some visual impairment and who is mobility impaired and mainly uses a wheelchair. Although identified as an "exceptional pupil" by an Identification, Placement and Review Committee (IPRC), the child, at her parents' request, was placed on a trial basis in her neighbourhood school. A full-time assistant, whose principal function was to attend to the child's needs, was assigned to the classroom. After three years, the teachers and assistants concluded that the placement was not in the child's best interests and indeed that it might well harm her. When the IPRC determined that the child should be placed in a special education class, the decision was appealed by the child's parents to a Special Education Appeal Board which unanimously confirmed the IPRC decision. The parents appealed again to the Ontario Special Education Tribunal (the "Tribunal"), which also unanimously confirmed the decision. The parents then applied for judicial review to the Divisional Court, Ontario Court of Justice (General Division), which dismissed the application. The Court of Appeal allowed the subsequent appeal and set aside the Tribunal's order. At issue here are whether the Court of Appeal erred (1) in proceeding, *proprio motu* and in the absence of the required notice under s. 109 of the *Courts of Justice Act*, to review the constitutional validity of the *Education Act*, and (2) in finding that the decision of the Tribunal contravened s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Held: The appeal should be allowed.

Per: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The purpose of s. 109 of the *Courts of Justice Act* is obvious. In our

dans une classe pour élèves en difficulté sans le consentement des parents viole-t-il les droits à l'égalité garantis à l'enfant par l'art. 15 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation peut-elle se justifier selon l'article premier? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en examinant des questions constitutionnelles en l'absence de l'avis requis par la Loi sur les tribunaux judiciaires? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15 — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 109(1) — Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2, art. 1(1), 8(3) — R.R.O. 1990, Règl. 305, art. 6.

Les intimés sont les parents d'une petite fille de 12 ans atteinte de paralysie cérébrale qui est incapable de communiquer par la parole, par le langage gestuel ou par tout autre moyen de communication, qui présente une certaine déficience visuelle et une mobilité réduite et qui utilise la plupart du temps un fauteuil roulant. Bien qu'elle ait été identifiée comme une «élève en difficulté» par un Comité d'identification, de placement et de révision («CIPR»), l'enfant a, à la demande de ses parents, été placée à l'essai à l'école de son voisinage. Une éducatrice adjointe à temps plein, dont la fonction principale était de s'occuper des besoins de l'enfant, a été assignée à sa salle de classe. Après trois ans, les enseignantes et les adjointes ont conclu que ce placement n'était pas dans l'intérêt de l'enfant et qu'en fait il pourrait même lui causer un préjudice. Lorsque le CIPR a décidé que l'enfant devait être placée dans une classe pour élèves en difficulté, ses parents ont interjeté appel de cette décision auprès d'une commission d'appel en matière d'éducation de l'enfant en difficulté, qui a confirmé la décision du CIPR à l'unanimité. Les parents ont interjeté appel de nouveau auprès du Tribunal de l'enfance en difficulté de l'Ontario (le «Tribunal»), qui a également confirmé la décision à l'unanimité. Ils ont ensuite présenté une demande de contrôle judiciaire à la Cour divisionnaire de la Cour de l'Ontario (Division générale), qui a rejeté la demande. La Cour d'appel a accueilli l'appel subséquent et a annulé l'ordonnance du Tribunal. Il s'agit en l'espèce de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur (1) en procédant de son propre chef et en l'absence de l'avis requis à l'art. 109 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* à l'examen de la constitutionnalité de la *Loi sur l'éducation* et (2) en concluant que la décision du Tribunal contrevenait à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: L'objectif de l'art. 109 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*

constitutional democracy, it is the elected representatives of the people who enact legislation. While the courts have been given the power to declare invalid laws that contravene the *Charter* and are not saved under s. 1, this is a power not to be exercised except after the fullest opportunity has been accorded to the government to support its validity. To strike down by default a law passed by and pursuant to act of Parliament or the legislature would work a serious injustice not only to the elected representatives who enacted it but also to the people. Moreover, this Court has the ultimate responsibility of determining whether an impugned law is constitutionally infirm and it is important that the Court, in making that decision, have the benefit of a record that is the result of thorough examination of the constitutional issues in the courts or tribunal from which the appeals arise.

Two conflicting strands of authority dealing with the issue of the legal effect of the absence of notice exist. One favours the view that in the absence of notice the decision is *ipso facto* invalid, while the other holds that a decision in the absence of notice is voidable upon a showing of prejudice. It is not necessary to express a final opinion as to which approach should prevail (although the former was preferred) because the decision of the Court of Appeal is invalid under either strand. No notice or any equivalent was given in this case and in fact the Attorney General and the courts had no reason to believe that the Act was under attack. Clearly, s. 109 was not complied with and the Attorney General was seriously prejudiced by the absence of notice.

While there has not been unanimity in the judgments of the Court with respect to all the principles relating to the application of s. 15 of the *Charter*, the s. 15 *Charter* issue can be resolved on the basis of principles in respect of which there is no disagreement. Before a violation of s. 15 can be found, the claimant must establish that the impugned provision creates a distinction on a prohibited or analogous ground which withholds an advantage or benefit from, or imposes a disadvantage or burden on, the claimant. The principles that not every distinction on a prohibited ground will constitute discrimination and that, in general, distinctions based on presumed rather than actual characteristics are the hallmarks of discrimination have particular significance when applied to physical and mental disability.

est évident. Dans notre démocratie constitutionnelle, ce sont les représentants élus du peuple qui adoptent les lois. Bien que les tribunaux aient reçu le pouvoir de déclarer invalides les lois qui contreviennent à la *Charte* et qui ne sont pas sauvegardées en vertu de l'article premier, c'est un pouvoir qui ne doit être exercé qu'après que le gouvernement a vraiment eu l'occasion d'en soutenir la validité. Annuler par défaut une disposition législative adoptée par le Parlement ou une législature causerait une injustice grave non seulement aux représentants élus qui l'ont adoptée mais également au peuple. En outre, notre Cour a la responsabilité ultime de déterminer si une loi contestée est inconstitutionnelle, et il est important que, pour rendre cette décision, la Cour dispose d'un dossier qui résulte d'un examen en profondeur des questions constitutionnelles soulevées devant les cours ou le tribunal dont les jugements sont portés en appel.

Il existe deux tendances jurisprudentielles contradictoires en ce qui concerne la question de l'effet juridique de l'absence d'avis. Une première tendance favorise l'opinion selon laquelle, en l'absence d'avis, la décision est *ipso facto* invalide, tandis qu'une autre tendance soutient qu'en l'absence d'avis, une décision est annulable sur preuve de l'existence d'un préjudice. Il n'est pas nécessaire d'exprimer une opinion définitive sur l'approche qui devrait prévaloir (bien que les tribunaux aient opté pour la première) parce que la décision de la Cour d'appel n'est pas valide selon l'une ou l'autre tendance. Aucun avis ou quelque équivalent n'a été donné en l'espèce et, en fait, le procureur général et les tribunaux n'avaient aucune raison de croire que la Loi était contestée. Manifestement, l'art. 109 n'a pas été respecté et le procureur général a subi un préjudice grave en raison de l'absence d'avis.

Bien qu'il n'y ait pas eu unanimité dans les arrêts rendus par la Cour en ce qui concerne tous les principes relatifs à l'application de l'art. 15 de la *Charte*, il est possible de trancher la question relative à cet article en se fondant sur les principes au sujet desquels il n'y a pas de désaccord. Avant de pouvoir déterminer qu'il y a eu violation de l'art. 15, le demandeur doit démontrer que la disposition contestée établit une distinction pour un motif illicite ou un motif analogue qui lui refuse un avantage ou un bénéfice ou lui impose un désavantage ou un fardeau. Les principes voulant que toute distinction fondée sur un motif illicite ne constitue pas une discrimination et que les distinctions fondées sur des caractéristiques plutôt présumées que réelles soient en général les signes révélateurs de la discrimination ont une importance particulière lorsqu'ils sont appliqués à une déficience physique ou à une déficience mentale.

The principal object of certain of the prohibited grounds is the elimination of discrimination resulting from the attribution of untrue characteristics based on stereotypical attitudes relating to immutable conditions such as race or sex. In the case of disability, this is one of the objectives. The other equally important objective seeks to take into account the true characteristics of this group which act as headwinds to the enjoyment of society's benefits and to accommodate them. Exclusion from the mainstream of society results from the construction of a society based solely on "mainstream" attributes to which the disabled will never be able to gain access. It is the failure to make reasonable accommodation, to fine-tune society so that its structures and assumptions do not prevent the disabled from participation, which results in discrimination against the disabled. The discrimination inquiry which uses "the attribution of stereotypical characteristics" reasoning is simply inappropriate here. It is recognition of the actual characteristics and reasonable accommodation of these characteristics which is the central purpose of s. 15(1) in relation to disability.

Disability, as a prohibited ground, differs from other enumerated grounds such as race or sex because there is no individual variation with respect to these grounds. Disability means vastly different things, however, depending upon the individual and the context. This produces, among other things, the "difference dilemma" whereby segregation can be both protective of equality and violative of equality depending upon the person and the state of disability.

The Tribunal set out to decide which placement was superior, balanced the child's various educational interests taking into account her special needs, and concluded that the best possible placement was in the special class. It also alluded to the requirement of ongoing assessment of the child's best interests so that any changes in her needs could be reflected in the placement. A decision reached after such an approach could not be considered a burden or a disadvantage imposed on a child.

For a child who is young or unable to communicate his or her needs or wishes, equality rights are being exercised on that child's behalf, usually by his or her parents. Moreover, the requirements for respecting these rights in this setting are decided by adults who have authority over this child. The decision-making body, therefore, must further ensure that its determination of

Certains des motifs illicites visent principalement à éliminer la discrimination par l'attribution de caractéristiques fausses fondées sur des attitudes stéréotypées se rapportant à des conditions immuables comme la race ou le sexe. Dans le cas d'une déficience, c'est l'un des objectifs. L'autre objectif, tout aussi important, vise à tenir compte des véritables caractéristiques de ce groupe qui l'empêchent de jouir des avantages de la société, et à s'adapter en conséquence. L'exclusion de l'ensemble de la société découle d'une interprétation de la société fondée seulement sur les attributs «de l'ensemble» auxquels les personnes handicapées ne pourront jamais avoir accès. C'est l'omission de fournir des moyens raisonnables et d'apporter à la société les modifications qui feront en sorte que ses structures et les actions prises n'entraînent pas la non-participation des personnes handicapées qui engendre une discrimination à leur égard. L'enquête sur la discrimination qui recourt au raisonnement fondé sur «l'attribution de caractéristiques stéréotypées» est tout simplement inappropriée dans le cas présent. C'est la reconnaissance des caractéristiques réelles et l'adaptation raisonnable à celles-ci qui constituent l'objectif principal du par. 15(1) en ce qui a trait à la déficience.

La déficience, en tant que motif illicite, diffère des autres motifs énumérés tels que la race ou le sexe parce que ces motifs ne comportent aucune différence sur le plan individuel. Cependant, la déficience entraîne des différences énormes selon l'individu et le contexte. Cela engendre, entre autres, le «dilemme de la différence» selon lequel la ségrégation peut à la fois protéger l'égalité et y porter atteinte selon la personne concernée et le degré de sa déficience.

Le Tribunal a entrepris de déterminer quel genre de placement était supérieur, a mesuré les différents intérêts de l'enfant sur le plan éducationnel en tenant compte de ses besoins spéciaux et a conclu que le meilleur placement possible était dans la classe spéciale. Il a également fait allusion à la nécessité d'évaluer de façon continue l'intérêt de l'enfant, de sorte que tout changement dans ses besoins puisse se refléter dans le placement. Une décision découlant d'une telle démarche ne pourrait pas être considérée comme un fardeau ou un désavantage imposé à un enfant.

Dans le cas d'un enfant qui est jeune ou incapable de communiquer ses besoins ou ses désirs, les droits à l'égalité sont exercés au nom de cet enfant, habituellement par ses parents. De plus, les conditions requises pour le respect de ces droits dans ce cadre sont établies par des adultes qui exercent une autorité sur cet enfant. L'instance décisionnelle doit donc en outre s'assurer

the appropriate accommodation for an exceptional child be from a subjective, child-centred perspective — one which attempts to make equality meaningful from the child's point of view as opposed to that of the adults in his or her life. As a means of achieving this aim, it must also determine that the form of accommodation chosen is in the child's best interests. A decision-making body must determine whether the integrated setting can be adapted to meet the special needs of an exceptional child. Where this is not possible, that is where aspects of the integrated setting which cannot reasonably be changed interfere with meeting the child's special needs, the principle of accommodation will require a special education placement outside of this setting. For older children and those who are able to communicate their wishes and needs, their own views will play an important role in the determination of best interests. For younger children and for persons who are either incapable of making a choice or have a very limited means of communicating their wishes, the decision-maker must make this determination on the basis of the other evidence before it.

The application of a test designed to secure what is in the best interests of the child will best achieve that objective if the test is unencumbered by a *Charter*-mandated presumption favouring integration which could be displaced if the parents consented to a segregated placement. The operation of a presumption tends to render proceedings more technical and adversarial. Moreover, there is a risk that in some circumstances, the decision may be made by default rather than on the merits as to what is in the best interests of the child. That a presumption as to the best interests of a child is a constitutional imperative must be questioned given that it could be automatically displaced by the decision of the child's parents. This Court has held that the parents' view of their child's best interests is not dispositive of the question.

The child's placement which was confirmed by the Tribunal did not constitute the imposition of a burden or disadvantage nor did it constitute the withholding of a benefit or advantage. Neither the Tribunal's order nor its reasoning can be construed as a violation of s. 15. The approach that the Tribunal took is one that is authorized by the general language of s. 8(3) of the Act. In the circumstances, it is unnecessary and undesirable to consider whether the general language of s. 8(3) or the Regulations would authorize some other approach which might violate s. 15(1).

que sa décision au sujet de l'arrangement approprié dans le cas d'un enfant en difficulté soit prise dans une optique subjective et orientée vers l'enfant, qui tente de rendre l'égalité significative du point de vue de l'enfant par opposition à celui des adultes qui l'entourent. Pour atteindre ce but, elle doit également s'assurer que le genre d'arrangement choisi est dans l'intérêt de l'enfant. Une instance décisionnelle doit déterminer si le cadre intégré peut être adapté pour répondre aux besoins spéciaux d'un enfant en difficulté. Lorsque ce n'est pas possible, c'est-à-dire lorsque des aspects du cadre intégré qui ne peuvent pas raisonnablement être modifiés empêchent de répondre aux besoins spéciaux de l'enfant, le principe de l'arrangement exigera un placement spécial à l'extérieur de ce cadre. Dans le cas des enfants plus âgés et de ceux qui peuvent communiquer leurs désirs et leurs besoins, leur opinion jouera un rôle important dans la détermination de leur intérêt. Dans le cas des enfants plus jeunes et de ceux qui sont incapables de faire un choix ou ont des moyens très limités de communiquer leurs désirs, l'instance décisionnelle doit prendre cette décision en tenant compte des autres éléments de preuve portés à sa connaissance.

L'application d'un critère conçu afin de s'assurer de ce qui est dans l'intérêt de l'enfant atteindra mieux cet objectif si le critère est libre d'une présomption imposée par la *Charte* en faveur de l'intégration qui pourrait être écartée si les parents donnent leur consentement à un placement dans un milieu à part. L'application d'une présomption tend à rendre la procédure plus technique et plus accusatoire. En outre, il y a un risque que, dans certains cas, la décision soit prise par défaut plutôt qu'au fond quant à ce qui est dans l'intérêt de l'enfant. Il faut également mettre en doute l'opinion selon laquelle une présomption relative à l'intérêt d'un enfant s'impose sur le plan constitutionnel, étant donné que la présomption pourrait être automatiquement écartée par la décision des parents de l'enfant. Notre Cour a conclu que ce n'est pas l'opinion des parents quant à l'intérêt de leur enfant qui tranche la question.

Le placement de l'enfant qui a été confirmé par le Tribunal ne constituait pas l'imposition d'un fardeau ou d'un désavantage ni par ailleurs le refus d'un avantage ou bénéfique. Ni l'ordonnance du Tribunal ni le raisonnement qu'il a suivi ne peuvent s'interpréter comme une violation de l'art. 15. La démarche retenue par le Tribunal est autorisée par le libellé général du par. 8(3) de la Loi. Dans les circonstances, il n'est ni nécessaire ni souhaitable de se demander si le libellé général du par. 8(3) ou du Règlement autoriserait une autre démarche, qui pourrait violer le par. 15(1).

Per. Lamer C.J. and Gonthier J.: Sopinka J.'s analysis of the arguments made under s. 15(1) of the *Charter* and his conclusion that the child's equality rights were not violated were agreed with.

Slaight Communications Inc. v. Davidson was incorrectly applied below in that the Court of Appeal found the constitutional imperfection of the *Education Act* to reside in what the Act does not say — the statute must authorize what it does not explicitly prohibit, including unconstitutional conduct. *Slaight Communications*, however, held exactly the opposite — that statutory silences should be read down to not authorize breaches of the *Charter*, unless this cannot be done because such an authorization arises by necessary implication. Whatever section of the Act or of Regulation 305 grants the authority to the Tribunal to place exceptional students, *Slaight Communications* would require that any open-ended language in that provision (if there were any) be interpreted so as to not authorize breaches of the *Charter*.

Cases Cited

By Sopinka J.

Considered: *D.N. v. New Brunswick (Minister of Health & Community Services)* (1992), 127 N.B.R. (2d) 383; *Ontario (Workers' Compensation Board) v. Mandelbaum, Spergel Inc.* (1993), 12 O.R. (3d) 385; *R. v. Beare*; *R. v. Higgins* (1987), 31 C.R.R. 118; *Citation Industries Ltd. v. C.J.A., Loc. 1928* (1988), 53 D.L.R. (4th) 360; **referred to:** *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Roberts v. Sudbury (City)*, Ont. H.C., June 22, 1987, unreported; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315.

By Lamer C.J.

Considered: *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1), (2).

Le juge en chef Lamer et le juge Gonthier: L'analyse du juge Sopinka sur les arguments présentés relativement au par. 15(1) de la *Charte* et sa conclusion selon laquelle il n'y a pas eu atteinte aux droits à l'égalité de l'enfant sont acceptées.

L'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson* a été appliqué de façon erronée par la juridiction inférieure en ce sens que la Cour d'appel a conclu que la faiblesse de la *Loi sur l'éducation* sur le plan constitutionnel réside dans ce qu'elle ne dit pas — la loi autorise ce qu'elle n'interdit pas expressément, y compris un comportement inconstitutionnel. Toutefois, l'arrêt *Slaight Communications* soutient exactement le contraire — c'est-à-dire qu'il faut donner aux silences des textes de loi l'interprétation atténuée selon laquelle ces textes n'autorisent pas les atteintes à la *Charte*, à moins que cela ne soit pas possible parce qu'une telle autorisation s'impose par implication nécessaire. Quel que soit l'article de la Loi ou du Règlement 305 qui confère au Tribunal le pouvoir de placer des élèves en difficulté, l'arrêt *Slaight Communications* exigerait que tout libellé non limitatif utilisé dans cette disposition (le cas échéant) soit interprété comme n'autorisant pas des atteintes à la *Charte*.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts examinés: *D.N. c. New Brunswick (Minister of Health & Community Services)* (1992), 127 R.N.-B. (2^e) 383; *Ontario (Workers' Compensation Board) c. Mandelbaum, Spergel Inc.* (1993), 12 O.R. (3d) 385; *R. c. Beare*; *R. c. Higgins* (1987), 31 C.R.R. 118; *Citation Industries Ltd. c. C.J.A., Loc. 1928* (1988), 53 D.L.R. (4th) 360; **arrêts mentionnés:** *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Roberts c. Sudbury (City)*, H.C. Ont., 22 juin 1987, inédit; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *E. (M^{me}) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315.

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt examiné: *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1), (2).

Constitutional Question Act, R.S.B.C. 1979, c. 63.
Constitutional Questions Act, R.S.S. 1978, c. C-29.
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 109(1).
Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, ss. 1(1), 8(3).
Education Act, 1974, S.O. 1974, c. 109, s. 34(1).
Education Amendment Act, 1980, S.O. 1980, c. 61.
Family Services Act, S.N.B. 1980, c. F-2.2.
Identification of Criminals Act, R.S.C. 1970, c. I-1.
Judicature Act, R.S.N.B. 1973, c. J-2, s. 22.
Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19.
 R.R.O. 1990, Reg. 305, s. 6(1), (2).
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 45.

Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, ch. H.19.
Constitutional Question Act, R.S.B.C. 1979, ch. 63.
Constitutional Questions Act, R.S.S. 1978, ch. C-29.
Education Act, 1974, S.O. 1974, ch. 109, art. 34(1).
Education Amendment Act, 1980, S.O. 1980, ch. 61.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 45.
Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2, art. 1(1), 8(3).
Loi sur les services à la famille, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2.
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 109(1).
Loi sur l'identification des criminels, S.R.C. 1970, ch. I-1.
Loi sur l'organisation judiciaire, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2, art. 22.
 R.R.O. 1990, Règl. 305, art. 6(1), (2).

Authors Cited

Ontario. Department of Health. *A Report to the Minister of Health on Present Arrangements for the Care and Supervision of Mentally Retarded Persons in Ontario*. By Walter B. Williston. Toronto: 1971.
 Ontario. Ministry of Education. *Special Education Information Handbook*. Toronto: 1984.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1995), 22 O.R. (3d) 1, 123 D.L.R. (4th) 43, 77 O.A.C. 368, 27 C.R.R. (2d) 53, [1995] O.J. No. 315 (QL), allowing an appeal from a judgment of the Divisional Court (1994), 71 O.A.C. 69, [1994] O.J. No. 203 (QL), dismissing an application for judicial review of a decision of the Ontario Special Education Tribunal. Appeal allowed.

Christopher G. Riggs, Q.C., Andrea F. Raso and Brenda J. Bowlby, for the appellant the Brant County Board of Education.

Dennis W. Brown, Robert E. Charney and John Zarudny, for the appellant the Attorney General for Ontario.

Stephen Goudge, Q.C., and Janet L. Budgell, for the respondents.

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

Doctrine citée

Ontario. Department of Health. *A Report to the Minister of Health on Present Arrangements for the Care and Supervision of Mentally Retarded Persons in Ontario*. By Walter B. Williston. Toronto: 1971.
 Ontario. Ministère de l'Éducation. *Éducation de l'enfance en difficulté: manuel d'information*. Toronto: 1984.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1995), 22 O.R. (3d) 1, 123 D.L.R. (4th) 43, 77 O.A.C. 368, 27 C.R.R. (2d) 53, [1995] O.J. No. 315 (QL), qui a accueilli un appel contre un jugement de la Cour divisionnaire (1994), 71 O.A.C. 69, [1994] O.J. No. 203 (QL), qui avait rejeté une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par le Tribunal de l'enfance en difficulté de l'Ontario. Pourvoi accueilli.

Christopher G. Riggs, c.r., Andrea F. Raso et Brenda J. Bowlby, pour l'appelant le Conseil scolaire du comté de Brant.

Dennis W. Brown, Robert E. Charney et John Zarudny, pour l'appelant le procureur général de l'Ontario.

Stephen Goudge, c.r., et Janet L. Budgell, pour les intimés.

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

Written submissions only by *Lisa Mrozinski* for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *Cheryl Milne* for the interveners the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law and the Learning Disabilities Association of Ontario.

Brenda J. Bowlby, for the intervener the Ontario Public School Boards' Association.

W. I. C. Binnie, Q.C., and *Robert Fenton*, for the intervener the Down Syndrome Association of Ontario.

David W. Kent, Melanie A. Yach and *Geri Sanson*, for the interveners the Council of Canadians with Disabilities, the Confédération des organismes de personnes handicapées du Québec, the Canadian Association for Community Living and People First of Canada.

Mary Eberts and *Lucy K. McSweeney*, for the intervener the Easter Seal Society.

Philippe Robert de Massy, for the intervener the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

The reasons of Lamer C.J. and Gonthier J. were delivered by

Argumentation écrite seulement par *Lisa Mrozinski* pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Cheryl Milne* pour les intervenantes la Canadian Foundation for Children, Youth and the Law et la Learning Disabilities Association of Ontario.

Brenda J. Bowlby, pour l'intervenante l'Association des conseils scolaires publics de l'Ontario.

W. I. C. Binnie, c.r., et *Robert Fenton*, pour l'intervenante l'Association Syndrome Down de l'Ontario.

David W. Kent, Melanie A. Yach et *Geri Sanson*, pour les intervenants le Conseil des Canadiens avec déficiences, la Confédération des organismes de personnes handicapées du Québec, l'Association canadienne pour l'intégration communautaire et Les personnes d'abord du Canada.

Mary Eberts et *Lucy K. McSweeney*, pour l'intervenante la Société du timbre de Pâques.

Philippe Robert de Massy, pour l'intervenante la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et du juge Gonthier rendus par

LE JUGE EN CHEF — Je suis d'accord avec l'analyse du juge Sopinka sur les arguments présentés relativement au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et avec sa conclusion selon laquelle il n'y a pas eu atteinte aux droits à l'égalité d'Emily Eaton. Je désire toutefois aborder brièvement une question qu'il a choisi de ne pas examiner, compte tenu de sa conclusion sur le par. 15(1) — la façon erronée dont la juridiction inférieure a appliqué le jugement que j'ai rendu dans l'affaire *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, pour en arriver à la décision que la source de la discrimination alléguée envers Emily Eaton était la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2. Bien qu'il ne soit pas nécessaire, à strictement parler, de traiter de cette question,

1

THE CHIEF JUSTICE — I concur with Justice Sopinka's analysis of the arguments made under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and his conclusion that there was no violation of Emily Eaton's equality rights. However, I wish to address briefly an issue which he has chosen not to explore in light of his conclusion on s. 15(1) — the incorrect manner in which the court below applied my judgment in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, to find that the source of the alleged discrimination against Emily Eaton was the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2. Although it is, strictly speaking, unnecessary to address this question, because the *Charter* was not violated, I think it important that I address it because I do not want to leave the

impression that I believe this portion of the Court of Appeal's judgment was correct.

To understand how the Court of Appeal (1995), 22 O.R. (3d) 1, erred in its application of *Slaight Communications*, it is necessary to recapitulate briefly an aspect of the proceedings in that court. After having found that the separate placement of Emily Eaton violated s. 15(1) of the *Charter*, Arbour J.A. went on to consider the source of the discrimination. This issue arose because the order to place Emily Eaton in a special classroom was taken pursuant to the regime for special education which is centred on the *Education Act*, but was made by an administrative tribunal, the Ontario Special Education Tribunal. However, Arbour J.A. characterized the respondents' argument as an attack neither on the Act, nor on the order of the Tribunal, but on the reasoning of the Tribunal. Then, citing *Slaight Communications*, she went on to hold at p. 19 that the "legislative scheme provides no impediment to the method and reasoning employed by the IPRC, Appeal Board and Tribunal", and for that reason was unconstitutional.

Arbour J.A.'s judgment can be summarized as follows — the constitutional imperfection of the *Education Act* resides in what it does not say; what it does not prohibit explicitly, the statute must authorize, including unconstitutional conduct. However, in *Slaight Communications*, where I dissented in the result but spoke for the majority on this very issue, I held exactly the opposite — that statutory silences should be read down to not authorize breaches of the *Charter*, unless this cannot be done because such an authorization arises by necessary implication. I developed this principle in the context of administrative tribunals which operate pursuant to broad grants of statutory powers, and which can potentially violate *Charter* rights. Whatever section of the Act or of Regulation 305, R.R.O. 1990, grants the authority to the Tribunal to place students like Emily Eaton — a

parce qu'il n'y a pas eu violation de la *Charte*, je crois qu'il est important que je le fasse car je ne veux pas laisser l'impression que j'estime correcte cette partie du jugement de la Cour d'appel.

Pour comprendre comment la Cour d'appel (1995), 22 O.R. (3d) 1, a commis une erreur en appliquant l'arrêt *Slaight Communications*, il faut résumer brièvement l'un des aspects de la procédure qui s'est déroulée devant cette cour. Après avoir conclu que le placement d'Emily Eaton dans un milieu à part violait le par. 15(1) de la *Charte*, le juge Arbour a examiné la source de la discrimination. Cette question s'est posée parce que l'ordonnance prévoyant le placement d'Emily Eaton dans une classe spéciale a été prise conformément au régime d'éducation de l'enfance en difficulté qui est centré sur la *Loi sur l'éducation*, mais qu'elle a été rendue par un tribunal administratif, soit le Tribunal de l'enfance en difficulté de l'Ontario. Cependant, le juge Arbour a considéré que les intimés ne contestaient ni la Loi ni l'ordonnance du Tribunal, mais le raisonnement suivi par le Tribunal. Alors, citant l'arrêt *Slaight Communications*, elle a statué, à la p. 19, que [TRADUCTION] «le système législatif ne prévoit aucun obstacle à la méthode et au raisonnement suivis par le CIPR, la commission d'appel et le Tribunal» et que, pour ce motif, il était inconstitutionnel.

Le jugement rendu par le juge Arbour peut se résumer ainsi — la faiblesse de la *Loi sur l'éducation* sur le plan constitutionnel réside dans ce qu'elle ne dit pas; ce qu'elle n'interdit pas expressément, la loi l'autorise, y compris un comportement inconstitutionnel. Toutefois, dans l'arrêt *Slaight Communications*, où j'étais dissident quant au résultat mais où j'ai exprimé l'opinion de la majorité sur cette question, j'ai soutenu exactement le contraire — c'est-à-dire qu'il faut donner aux silences des textes de loi l'interprétation atténuée selon laquelle ces textes n'autorisent pas les atteintes à la *Charte*, à moins que cela ne soit pas possible parce qu'une telle autorisation s'impose par implication nécessaire. J'ai élaboré ce principe dans le contexte des tribunaux administratifs qui fonctionnent conformément aux vastes pouvoirs qui leur sont conférés par la loi et qui peuvent

2

3

question which I need not address — *Slaight Communications* would require that any open-ended language in that provision (if there were any) be interpreted so as to not authorize breaches of the *Charter*.

4 For the reasons stated above, I agree with Sopinka J. in his disposition of this appeal.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

5 SOPINKA J. — The issue in this case is whether a decision of the Ontario Special Education Tribunal (the “Tribunal”) confirming the placement of a disabled child in a special education class contrary to the wishes of her parents contravenes the equality provisions of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Court of Appeal held that it did. I have concluded that the decision of the Tribunal was based on what was in the best interests of the child and that in the circumstances no violation of s. 15(1) of the *Charter* occurred. The Court of Appeal went on to consider the validity of s. 8 of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2 (the “Act”), and found it to be constitutionally deficient in authorizing the Tribunal to proceed as it did. No notice of a constitutional question had been given in accordance with s. 109 of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43. I conclude that the constitutional issue was not open to the Court of Appeal but, in any event, in view of the fact that the decision of the Tribunal complied with s. 15(1) of the *Charter*, it was not necessary to consider whether s. 8 was constitutionally valid.

Facts

6 The respondents, Carol and Clayton Eaton, are the parents of Emily Eaton, a 12-year-old girl with cerebral palsy. Emily is unable to speak, or to use

éventuellement violer des droits garantis par la *Charte*. Quel que soit l'article de la Loi ou du Règlement 305, R.R.O. 1990, qui confère au Tribunal le pouvoir de placer des élèves comme Emily Eaton — question dont je n'ai pas à traiter —, l'arrêt *Slaight Communications* exigerait que tout libellé non limitatif utilisé dans cette disposition (le cas échéant) soit interprété comme n'autorisant pas les atteintes à la *Charte*.

Pour les motifs mentionnés ci-dessus, je suis d'accord avec le juge Sopinka quant au dispositif du présent pourvoi.

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE SOPINKA — Il s'agit en l'espèce de savoir si une décision du Tribunal de l'enfance en difficulté de l'Ontario (le «Tribunal»), qui a confirmé le placement d'une enfant handicapée dans une classe pour élèves en difficulté contre le gré de ses parents contrevient aux dispositions relatives à l'égalité du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel a jugé qu'il y contrevenait. J'ai conclu que la décision du Tribunal était fondée sur le meilleur intérêt de l'enfant et que, dans les circonstances, il n'y avait pas eu violation du par. 15(1) de la *Charte*. La Cour d'appel a ensuite examiné la validité de l'art. 8 de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2 (la «Loi»), et a considéré qu'il présente une lacune sur le plan constitutionnel en ce qu'il autorise le Tribunal à agir comme il l'a fait. Aucun avis de question constitutionnelle n'avait été signifié comme l'exige l'art. 109 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43. À mon avis, la Cour d'appel ne pouvait pas se prononcer sur la question constitutionnelle, mais, de toute façon, comme la décision du Tribunal était conforme au par. 15(1) de la *Charte*, il n'était pas nécessaire d'examiner si l'art. 8 est constitutionnel.

Les faits

Les intimés, Carol et Clayton Eaton, sont les parents d'Emily Eaton, une petite fille de 12 ans atteinte de paralysie cérébrale. Emily est incapable

sign language meaningfully. She has no established alternative communication system. She has some visual impairment. Although she can bear her own weight and can walk a short distance with the aid of a walker, she mostly uses a wheelchair.

When she began kindergarten, Emily attended Maple Avenue School, which is her local public school. The Identification, Placement and Review Committee ("IPRC") of the Brant County Board of Education (the "appellant") identified Emily as an "exceptional pupil" and, at the request of her parents, determined that she should be placed on a trial basis in her neighbourhood school. A full-time educational assistant, whose principal function was to attend to Emily's special needs, was assigned to her classroom. At the end of the school year, the IPRC determined that Emily would continue in kindergarten for the following year. This arrangement was continued into Grade 1. A number of concerns arose as to the appropriateness of her continued placement in a regular classroom. The teachers and assistants concluded, after three years of experience, that the placement was not in Emily's best interests and might well harm her.

The IPRC determined that Emily should be placed in a special education class. Emily's parents appealed this decision to a Special Education Appeal Board, which unanimously confirmed the IPRC decision. The parents appealed again to the Tribunal, which also unanimously confirmed the decision. The Tribunal heard from a large group of witnesses and made numerous findings of fact which are described below. The parents then applied for judicial review to the Divisional Court, Ontario Court of Justice (General Division), which dismissed the application. However, the Court of Appeal allowed the subsequent appeal and set aside the Tribunal's order. The court held that s. 8 of the Act should be read to include a direction that, unless the parents of a disabled child consent to the placement of that child in a segregated environment, the appellant must provide a placement

de parler ou d'utiliser le langage gestuel de façon à se faire comprendre. Elle ne dispose d'aucun autre moyen de communication établi. Elle présente également une certaine déficience visuelle. Bien qu'elle puisse se supporter et parcourir une courte distance à l'aide d'une marchette, elle utilise la plupart du temps un fauteuil roulant.

Lorsqu'elle est entrée à la maternelle, Emily fréquentait l'école Maple Avenue, qui est son école publique locale. Le Comité d'identification, de placement et de révision en éducation de l'enfance en difficulté («CIPR») du Conseil scolaire du comté de Brant («l'appellant») a considéré Emily comme une «élève en difficulté» et, à la demande de ses parents, il a décidé qu'elle devait être placée à l'essai à l'école de son voisinage. Une éducatrice adjointe à temps plein, dont la fonction principale était de s'occuper des besoins spéciaux d'Emily, a été assignée à sa salle de classe. À la fin de l'année scolaire, le CIPR a décidé qu'Emily continuerait à la maternelle l'année suivante. Cet arrangement a été reconduit en première année. Des doutes ont été soulevés quant à l'à-propos de continuer à la placer dans une salle de classe ordinaire. Les enseignantes et les adjointes ont conclu, après un essai de trois ans, que ce placement n'était pas dans l'intérêt d'Emily et pourrait même lui causer un préjudice.

Le CIPR a décidé qu'Emily devait être placée dans une classe pour élèves en difficulté. Ses parents ont interjeté appel de cette décision auprès d'une commission d'appel en matière d'éducation de l'enfance en difficulté, qui a confirmé la décision du CIPR à l'unanimité. Les parents ont interjeté appel de nouveau auprès du Tribunal, qui a également confirmé la décision à l'unanimité. Le Tribunal a entendu les dépositions de nombreux témoins et est arrivé à diverses conclusions de fait qui sont exposées ci-après. Les parents ont ensuite présenté une demande de contrôle judiciaire à la Cour divisionnaire de la Cour de l'Ontario (Division générale), qui a rejeté la demande. Cependant, la Cour d'appel a accueilli l'appel subséquent et a annulé l'ordonnance du Tribunal. La cour a jugé que l'art. 8 de la Loi devrait s'interpréter de façon à comprendre une directive selon laquelle, à moins

that is the least exclusionary from the mainstream and still reasonably capable of meeting the child's special needs. The court also ordered that the matter be remitted to a differently constituted Tribunal for rehearing. With leave of this Court, the appellant appealed from that decision. Shortly after the conclusion of argument, the Court gave judgment allowing the appeal with costs and with reasons to follow.

II. Relevant Statutory Provisions

⁹ In the *Education Act*, exceptional pupils are defined as follows:

1. — (1) . . .
 “exceptional pupil” means a pupil whose behavioural, communicational, intellectual, physical or multiple exceptionalities are such that he or she is considered to need placement in a special education program by a committee . . . of the board. . . .

¹⁰ Section 8(3) sets out the Minister of Education's responsibility for the provision of special education in Ontario:

8. . . .

(3) The Minister shall ensure that all exceptional children in Ontario have available to them, in accordance with this Act and the regulations, appropriate special education programs and special education services without payment of fees by parents or guardians resident in Ontario, and shall provide for the parents or guardians to appeal the appropriateness of the special education placement, and for these purposes the Minister shall,

(a) require school boards to implement procedures for early and ongoing identification of the learning abilities and needs of pupils, and shall prescribe standards in accordance with which such procedures be implemented; and

(b) in respect of special education programs and services, define exceptionalities of pupils, and prescribe classes, groups or categories of exceptional pupils, and

que les parents d'un enfant handicapé ne consentent au placement de cet enfant dans un milieu à part, l'appelant doit prévoir un placement qui exclut l'enfant le moins possible de l'enseignement ordinaire tout en répondant raisonnablement à ses besoins spéciaux. La cour a également ordonné que l'affaire soit renvoyée pour une nouvelle audition à un tribunal constitué différemment. Avec l'autorisation de notre Cour, l'appelant s'est vu pourvu de cette décision. Peu après la fin des plaidoiries, la Cour a rendu jugement, accueilli le pourvoi avec dépens et indiqué que les motifs suivraient.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Dans la *Loi sur l'éducation*, les élèves en difficulté sont définis de la façon suivante:

1 (1) . . .
 «élève en difficulté» Élève atteint d'anomalies de comportement ou de communication, d'anomalies d'ordre intellectuel ou physique, ou d'anomalies multiples qui appellent un placement approprié de la part du comité [. . .] dans un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté offert par le conseil . . .

Le paragraphe 8(3) établit la responsabilité du ministre de l'Éducation en ce qui concerne l'enfance en difficulté en Ontario:

8 . . .

(3) Le ministre veille à ce que les enfants en difficulté de l'Ontario puissent bénéficier, conformément à la présente loi et aux règlements, de programmes d'enseignement et de services destinés à l'enfance en difficulté qui soient appropriés et pour lesquels les parents ou tuteurs résidents de l'Ontario ne soient pas obligés d'acquiescer de droits. Il prévoit la possibilité, pour les parents et les tuteurs, d'en appeler de l'à-propos du placement d'un élève dans un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté et, à ces fins, le ministre:

a) exige que les conseils scolaires mettent en œuvre des méthodes d'identification précoce et continue de l'aptitude à apprendre et des besoins des élèves, et il fixe des normes régissant la mise en œuvre de ces méthodes;

b) définit les anomalies des élèves en ce qui concerne les programmes d'enseignement et les services destinés à l'enfance en difficulté, établit des classes, groupes ou

require boards to employ such definitions or use such prescriptions as established under this clause.

Regulation 305 (Special Education Identification Placement and Review Committees and Appeals), R.R.O. 1990, under the *Education Act*, requires that every board of education set up an IPRC and establishes the process by which exceptional students are identified and placed, and the process by which parents may appeal the IPRC's decision.

6. — (1) An exceptional pupil shall not be placed in a special education program without the written consent of a parent of the pupil.

(2) Where a parent of an exceptional pupil,

(a) refuses or fails to consent to the placement recommended by a committee and to give notice of appeal under section 4; and

(b) has not instituted proceedings in respect of the determinations of the committee within thirty days of the date of the written statement prepared by the committee,

the board may direct the appropriate principal to place the exceptional pupil as recommended by the committee and to notify a parent of the pupil of the action that has been taken.

The *Courts of Justice Act*, s. 109(1), states that:

109. — (1) Where the constitutional validity or constitutional applicability of an Act of the Parliament of Canada or the Legislature or of a regulation or by-law made thereunder is in question, the Act, regulation or by-law shall not be adjudged to be invalid or inapplicable unless notice has been served on the Attorney General of Canada and the Attorney General of Ontario in accordance with subsection (2).

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15, states that:

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

catégories d'élèves en difficulté, et exige que les conseils utilisent les définitions ou les classements établis aux termes du présent alinéa.

Le Règlement 305 (Special Education Identification Placement and Review Committees and Appeals), R.R.O. 1990, pris sous le régime de la *Loi sur l'éducation*, exige que chaque conseil scolaire constitue un CIPR et élabore le processus selon lequel les élèves en difficulté seront identifiés et placés ainsi que celui selon lequel les parents peuvent interjeter appel de la décision du CIPR.

[TRADUCTION]

6 (1) L'élève en difficulté n'est placé dans un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté qu'avec le consentement écrit de l'un de ses parents.

(2) Lorsque l'un des parents de l'élève en difficulté

a) refuse ou omet de donner son consentement au placement recommandé par un comité et de donner un avis d'appel conformément à l'article 4; et

b) n'a pas intenté de procédures relativement aux décisions du comité dans les trente jours suivant la date de la déclaration écrite rédigée par le comité,

le conseil peut ordonner au directeur d'école approprié de placer l'élève en difficulté selon la recommandation du comité et de notifier l'un des parents de l'élève de la mesure qui a été prise.

Le paragraphe 109(1) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* dispose:

109 (1) Une loi du Parlement du Canada ou de la Législature, ou un règlement ou règlement municipal pris sous leur régime, dont la constitutionnalité ou l'applicabilité constitutionnelle est en cause, ne peuvent être déclarés invalides ou inapplicables, à moins qu'un avis n'ait été signifié au procureur général du Canada et au procureur général de l'Ontario conformément au paragraphe (2).

L'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit:

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

ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

III. Judgments in Appeal

Tribunal

14 The respondents requested that the Tribunal set aside the placement decision of the IPRC, and asked that the Tribunal direct that Emily be placed full time, in a regular, age-appropriate class, with full accommodation of her special needs. The Tribunal heard from the respondents, speech, occupational and physical therapists familiar with Emily, parents of some of Emily's classmates, a witness who, himself, had received a segregated education before high school, Emily's teachers, special assistants and principal at Maple Avenue School, the Board Superintendent, and a special education teacher with the Board.

15 The Tribunal stated the principal question as "whether Emily Eaton's special needs can be met best in a regular class or in a special class". The Tribunal considered the wishes of Emily's parents; the empirical evidence available from Emily's three school years in a regular classroom setting; the evidence from the literature on placement; the testimony of experts in the matter of classroom placement; the Ontario Ministry of Education and Training's proposed directions regarding the integration of exceptional pupils; and the *Charter* and Ontario *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19,

fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

III. Les jugements portés en appel

Le Tribunal

Les intimés ont demandé au Tribunal d'annuler la décision du CIPR relative au placement et d'ordonner qu'Emily soit placée à temps plein dans une classe ordinaire appropriée à son âge, où l'on puisse répondre tout à fait à ses besoins spéciaux. Le Tribunal a entendu les dépositions des intimés, d'orthophonistes, d'ergothérapeutes et de physiothérapeutes qui connaissaient Emily, des parents de certains camarades de classe d'Emily, d'un témoin qui avait lui-même reçu son instruction dans un milieu à part avant de fréquenter l'école secondaire, d'enseignantes d'Emily, d'adjointes spéciales et du directeur de l'école Maple Avenue, du président du conseil scolaire et d'un professeur pour l'enfance en difficulté travaillant pour le conseil.

Le Tribunal a déclaré que la question principale était de [TRADUCTION] «savoir s'il est possible de mieux répondre aux besoins spéciaux d'Emily Eaton dans une classe ordinaire ou dans une classe spéciale». Le Tribunal a pris en considération les désirs des parents d'Emily, les éléments de preuve empiriques fournis par les trois années scolaires pendant lesquelles Emily a évolué dans le cadre d'une classe ordinaire, la preuve tirée de la documentation sur les placements, les témoignages d'experts en matière de placement dans les classes, les directives proposées par le ministre de l'Éducation et de la Formation de l'Ontario au sujet de l'intégration des élèves en difficulté, ainsi que la *Charte* et le *Code des droits de la personne* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. H.19, pour arriver à la

in reaching its conclusion that the IPRC placement decision was the best placement for Emily.

The Tribunal observed at the outset that it is the extent of Emily's special needs which provokes consideration of a special placement, and not the fact that her needs are different from the mainstream. The Tribunal then reviewed Emily's needs under a number of headings and made numerous findings of fact upon which it based its decision.

Intellectual and Academic Needs: Despite the difficulty in assessing Emily's intellectual abilities owing to her inability to communicate, the Tribunal nevertheless found that there was considerable evidence that Emily had a profound learning deficit, and that there was a wide and significant intellectual and academic gap between her and her peers. The Tribunal considered the testimony presented on the subject of the "parallel curriculum" approach in which an adapted curriculum is delivered in the regular classroom setting. However, the Tribunal concluded that "[e]xperience demonstrates that in practice, 'parallel curriculum' benefits the receiver when it is realistically parallel. But when a curriculum is so adapted and modified for an individual that the similarity — the parallelism — is objectively unidentifiable, the adaptation becomes mere artifice and serves only to isolate the student". The Tribunal concluded that it was clear from the evidence that "a 'parallel' learning program specifically designed to meet [Emily's] intellectual needs, isolates her in a dis-serving and potentially insidious way".

Communication Needs: Emily has very limited abilities to communicate. Carol Eaton and Emily's educational assistants testified "that to learn sign, Emily needs repetitive, hand-over-hand instruction". The evidence suggested that despite this approach, Emily cannot yet communicate using sign. The importance of communication was emphasized by the Eatons' witness, Robert Wil-

conclusion que le placement imposé dans la décision du CIPR était le meilleur placement pour Emily.

Le Tribunal a fait remarquer dès le départ que c'est l'ampleur des besoins spéciaux d'Emily qui force à envisager un placement spécial et non pas le fait que ses besoins diffèrent de ceux de la majorité des élèves. Il a ensuite examiné les besoins d'Emily sous de nombreux aspects et est arrivé à diverses conclusions de fait sur lesquelles il a fondé sa décision.

Les besoins sur les plans intellectuel et scolaire: Malgré qu'il soit difficile d'évaluer les aptitudes intellectuelles d'Emily en raison de son incapacité de communiquer, le Tribunal a jugé que de très nombreux éléments de preuve indiquaient qu'elle a un grave problème d'apprentissage et qu'il existe un énorme fossé sur les plans intellectuel et scolaire entre elle et ses pairs. Le Tribunal a tenu compte du témoignage présenté au sujet de la méthode du [TRADUCTION] «programme d'études parallèle» dans le cadre duquel un programme d'études adapté est donné dans une classe ordinaire. Toutefois, le Tribunal a jugé que [TRADUCTION] «[l]'expérience montre que, en pratique, le «programme d'études parallèle» profite au bénéficiaire lorsque le parallélisme est réaliste. Cependant, lorsqu'un programme d'études est tellement adapté et modifié pour une personne que la similarité — le parallélisme — ne peut pas être identifié objectivement, l'adaptation devient un simple artifice et ne sert qu'à isoler l'élève». Le Tribunal a conclu qu'il ressortait clairement de la preuve [TRADUCTION] «qu'un programme d'études "parallèle" conçu spécialement pour répondre [aux] besoins intellectuels [d'Emily] l'isole à son détriment, et ce, d'une manière qui peut être insidieuse».

Les besoins sur le plan de la communication: Emily a des aptitudes à communiquer qui sont très limitées. Carol Eaton et les éducatrices adjointes d'Emily ont témoigné [TRADUCTION] «que, pour apprendre le langage des signes, Emily a besoin d'un enseignement par répétition et guidage de la main». La preuve portait à croire que, malgré le recours à cette méthode, Emily ne peut pas encore

16

17

18

liams, an adult with cerebral palsy who communicates by means of assistive technology. The Tribunal concluded that “Emily’s need to communicate is going to be met only with very individualized, highly specialized, extremely intense, one-on-one instruction. Because this need is of such overriding importance for Emily, it makes sense to address it, at least initially, and until she demonstrates some minimal competence, in a setting where there will be maximum opportunity for such instruction”.

communiquer par signes. L’importance de la communication a été soulignée par le témoin des Eaton, Robert Williams, un adulte atteint de paralysie cérébrale qui communique au moyen d’un dispositif technique. Selon le Tribunal, [TRADUCTION] «c’est seulement en recourant à un enseignement très individualisé, grandement spécialisé, extrêmement intensif et très personnalisé qu’on pourra répondre au besoin de communiquer d’Emily. Comme ce besoin est d’une importance tellement primordiale pour Emily, il est logique d’en tenir compte, du moins au début, et jusqu’à ce qu’elle montre une capacité minimale, dans un cadre où elle aura le plus de chances de recevoir un tel enseignement».

19 Emotional and Social Needs: The Tribunal relied on the testimony of Emily’s parents, teachers and educational assistants in assessing these needs. The teachers and educational assistants testified that Emily’s classmates tend not to involve themselves with Emily in class or at play. The Tribunal concluded that “although the empirical evidence is that there is limited, if any, interaction between Emily and her classmates, it may be possible that some of her social and emotional needs are nevertheless being met. Because she does not communicate effectively, it is conceivable that she is enjoying the experience and cannot tell us. However, her classroom behaviours — the increasing incidents of crying, sleeping and vocalization — suggest that this is not the case. There appears to be little if any, social interaction between Emily and her peers in the regular class”.

Les besoins sur les plans émotif et social: Le Tribunal s’est fondé sur les témoignages des parents, des enseignantes et des éducatrices adjointes d’Emily pour évaluer ces besoins. Les enseignantes et les éducatrices adjointes ont témoigné que les camarades de classe d’Emily ont tendance à ne pas s’occuper d’elle en classe ou dans leurs jeux. Le Tribunal s’est dit d’avis que [TRADUCTION] «bien que les éléments de preuve empiriques indiquent que l’interaction, s’il y en a, entre Emily et ses camarades de classe, soit limitée, il se peut que certains de ses besoins sur les plans social et émotif soient néanmoins comblés. Comme elle ne communique pas de façon efficace, il se peut qu’elle aime l’expérience et qu’elle ne puisse pas nous le dire. Cependant, son comportement en classe — ses pleurs, ses périodes de sommeil et de cris de plus en plus fréquents — porte à croire que ce n’est pas le cas. Il semble y avoir peu d’interactions sur le plan social, sinon aucune, entre Emily et ses pairs dans la classe ordinaire».

20 Physical and Personal Safety Needs: The Tribunal found that Emily’s physical disabilities by themselves ought not to be a deciding factor in evaluating whether her needs can be met best in a regular or special class since it is reasonable to expect that the adaptations necessary would be made in order to accommodate Emily in the regular classroom even if a special classroom may be better designed to address her special physical needs. However, the Tribunal was concerned with

Les besoins sur le plan de la sécurité physique et personnelle: Le Tribunal a jugé que les déficiences physiques d’Emily ne devraient pas être en soi un facteur déterminant pour évaluer s’il est plus facile de répondre à ses besoins dans une classe ordinaire ou une classe spéciale, puisqu’il est raisonnable de s’attendre que les adaptations nécessaires seraient effectuées pour recevoir Emily dans la classe ordinaire même si une salle de classe spéciale peut être mieux conçue pour répondre à ses besoins spé-

Emily's tendency to place objects in her mouth. Emily's parents asserted that they were not concerned, and were confident that Emily would not swallow harmful objects. The Tribunal found that "a home setting that is adjusted to a child with pervasive muscular dysfunction, and idiosyncratic communication abilities, and who regularly mouths objects, is significantly different from a regular classroom setting". The Tribunal found that it was not reasonably possible to cleanse the classroom of mouthable materials or to establish the level of adult supervision necessary in the regular, integrated classroom.

The Tribunal then considered Emily's three years of experience in the integrated classroom. The Tribunal found "that the desired outcome of integration for an exceptional child, namely, fulfilment of intellectual and especially social and emotional needs through regular and natural interaction, has not been realized in Emily's case". It observed that the frequency and intensity of Emily's expressions of discontent — crying, sleeping, vocalizing — had been increasing over the three-year period.

The Tribunal agreed that integration confers great psychological benefit on disabled children, but that in Emily's case, the three years of experience in the regular classroom with the adult intervention necessary to meet her profound needs even minimally "has the counter-productive effect of isolating her, of segregating her in the theoretically integrated setting". The Tribunal found that "this is a far more insidious outcome than would obtain in a special class".

Accordingly, the Tribunal concluded that "[i]t is our opinion that where a school board recommends placement of a child with special needs in a special class, contrary to the wishes of the parents, and where the school board has already made extensive and significant effort to accommodate the parents'

ciaux sur le plan physique. Toutefois, le Tribunal s'est inquiété de la tendance d'Emily à mettre des objets dans sa bouche. Ses parents ont prétendu qu'ils n'étaient pas inquiets et qu'ils étaient plutôt confiants qu'elle n'avalerait pas d'objets dangereux. Le Tribunal a estimé qu'un [TRADUCTION] «cadre familial adapté à une enfant qui souffre d'un dysfonctionnement profond des muscles, qui a un mode de communication qui lui est propre et qui porte régulièrement des objets à sa bouche est très différent d'une classe ordinaire». Le Tribunal a considéré qu'il n'était pas raisonnablement possible de nettoyer la salle de classe de tout ce qui peut être mis dans la bouche ou d'établir le niveau de surveillance nécessaire de la part d'un adulte dans la classe ordinaire intégrée.

Le Tribunal a ensuite examiné les trois années qu'Emily a passées dans une classe intégrée. Il a conclu [TRADUCTION] «que, dans le cas d'Emily, on n'a pas obtenu les résultats souhaités quant à l'intégration d'un enfant en difficulté, c'est-à-dire répondre à ses besoins sur les plans intellectuel et, tout spécialement, social et émotif grâce à une interaction régulière et naturelle». Il a fait remarquer que la fréquence et l'intensité des manifestations de mécontentement de la part d'Emily — pleurs, périodes de sommeil et de cris — s'étaient accrues au cours de ces trois années.

Le Tribunal était d'accord que l'intégration procure aux enfants handicapés un grand avantage sur le plan psychologique, mais que, dans le cas d'Emily, les trois années qu'elle a passées dans une classe ordinaire avec le niveau d'intervention adulte nécessaire pour répondre, même de façon minimale, à ses très grands besoins [TRADUCTION] «ont eu l'effet contraire de l'isoler, de la mettre à part dans le cadre en principe intégré». Il a estimé que [TRADUCTION] «c'est un résultat beaucoup plus insidieux que celui que l'on obtiendrait dans une classe spéciale».

Le Tribunal a donc conclu: [TRADUCTION] «Nous sommes d'avis que, lorsqu'un conseil scolaire recommande, contre le gré des parents, le placement d'un enfant ayant des besoins spéciaux dans une classe spéciale après avoir fait des efforts considérables pour tenir compte des désirs des

21

22

23

wishes by attempting to meet that child's needs in a regular class with appropriate modifications and supports, and where empirical, objective evidence demonstrates that the child's needs are not being met in the regular class, that school board is not in violation of the *Charter* or the OHRC [Ontario *Human Rights Code*]".

Ontario Divisional Court (Adams J. for the court) (1994), 71 O.A.C. 69

24

The respondents applied for judicial review of the Tribunal's decision and sought to quash it on several grounds. First, they argued that the Tribunal was not expert since it was protected by a privative clause of the "final and binding" style only. Second, the Tribunal committed the following errors: it conducted its own literature search after the hearing, and it failed to place a legal burden (arising from the *Charter* and Ontario *Human Rights Code*) on the Board to establish that a special education class was clearly better than a regular class for Emily.

25

The court found that the specialized Tribunal had dealt comprehensively and thoughtfully with all the issues raised before it and with the central focus being what was best for Emily. Adams J. stated that the Tribunal had accepted that a regular class was to be preferred where consistent with the child's best interests and had been conscious of the *Charter* and Ontario *Human Rights Code*.

26

The court held that the Tribunal was worthy of curial deference given the structure of the legislation, the subject matter, and the composition of the Tribunal, but in any event there was no error of law. The court held that the Tribunal's post-hearing review of "the literature" to which the experts generally referred did nothing more than confirm its assessment of the evidence before it and the various admissions of the applicants' experts with

parents en essayant de répondre aux besoins de cet enfant dans une classe ordinaire avec les modifications et les soutiens appropriés, et lorsque des éléments de preuve empiriques et objectifs montrent qu'on ne répond pas aux besoins de l'enfant dans la classe ordinaire, ce conseil scolaire ne contrevient ni à la *Charte* ni au CDPO [*Code des droits de la personne* de l'Ontario]».

La Cour divisionnaire de l'Ontario (le juge Adams au nom de la cour) (1994), 71 O.A.C. 69

Les intimés ont présenté une demande de contrôle judiciaire relativement à la décision du Tribunal en vue d'en obtenir l'annulation pour plusieurs motifs. Premièrement, ils ont soutenu que le Tribunal n'était pas un expert puisqu'il était protégé par une disposition privative de type [TRADUCTION] «définitive et exécutoire» seulement. Deuxièmement, le Tribunal a commis les erreurs suivantes: il a mené ses propres recherches documentaires après l'audition et il n'a pas imposé au conseil le fardeau ultime (découlant de la *Charte* et du *Code des droits de la personne* de l'Ontario) de prouver qu'une classe destinée aux élèves en difficulté était nettement mieux pour Emily qu'une classe ordinaire.

La cour a jugé que le tribunal spécialisé avait traité de façon globale et réfléchie toutes les questions soulevées devant lui ainsi que le point central qui était de savoir ce qui était le mieux pour Emily. Le juge Adams a déclaré que le Tribunal avait accepté le fait qu'il fallait opter pour une classe ordinaire lorsque cela était conforme à l'intérêt de l'enfant et qu'il avait tenu compte de la *Charte* et du *Code des droits de la personne* de l'Ontario.

La cour a statué qu'il y avait lieu de faire preuve de retenue judiciaire à l'égard du Tribunal étant donné la structure de la loi, son objet et la composition du Tribunal même, mais que, de toute façon, il n'y avait pas eu d'erreur de droit. De l'avis de la cour, l'examen que le Tribunal a effectué, après l'audition, de [TRADUCTION] «la documentation» à laquelle les experts s'étaient reportés en général ne faisait que confirmer son évaluation de la preuve présentée devant lui et les divers arguments des experts des requérants en ce qui concernait ces

regard to that research. Accordingly there was no denial of natural justice.

The court rejected the idea that the *Charter* creates a presumption in favour of one pedagogical theory over another. The issue of burden was academic in this case because the Tribunal found that the evidence clearly established that Emily's best interests would be better served in the special class.

The court echoed the Tribunal's reminder to the School Board that this placement did not relieve the Board and the parents of the obligation to collaborate creatively in a continuing effort to meet Emily's present and future needs.

Court of Appeal (Arbour J.A. for the court) (1995), 22 O.R. (3d) 1

The respondents raised several issues on appeal before the Ontario Court of Appeal. First, they contended that the Divisional Court erred in its application of the *Charter* to the process of placing disabled students in appropriate educational settings. Second, they raised a number of legal errors committed by the Tribunal which, they submitted, ought to have been reviewed by the Divisional Court.

Arbour J.A. discussed the scope of judicial review appropriate in this case. Owing to the private clause, the subject matter of the legislation, and the composition of the Tribunal, she held that the Tribunal was worthy of curial deference. However, in constitutional matters, she held that the standard of review was one of correctness.

Arbour J.A. dealt with the alleged errors of law first and concluded at p. 8 that although the Tribunal erred in conducting its own review of the literature after the hearing, this error of law "does not come within the ambit of reviewable error within the standard set out above since the analysis conducted by the Tribunal does little more than confirm that there is an ongoing pedagogical debate about the various models for the placement of dis-

recherches. Il n'y a donc pas eu déni de justice naturelle.

La cour a rejeté l'idée que la *Charte* crée une présomption en faveur d'une théorie pédagogique par rapport à une autre. La question du fardeau de la preuve était purement théorique en l'espèce parce que le Tribunal a estimé qu'il ressortait clairement de la preuve que l'intérêt d'Emily serait mieux servi dans la classe spéciale.

La cour a rappelé, comme le Tribunal l'avait fait, que ce placement ne dégageait pas le conseil scolaire et les parents de l'obligation de collaborer de façon créative et continue afin de répondre aux besoins actuels et futurs d'Emily.

La Cour d'appel (le juge Arbour au nom de la cour) (1995), 22 O.R. (3d) 1

Les intimés ont soulevé plusieurs questions en appel devant la Cour d'appel de l'Ontario. Premièrement, ils ont prétendu que la Cour divisionnaire avait commis une erreur dans son application de la *Charte* au processus de placement d'enfants handicapés dans des milieux d'enseignement appropriés. Deuxièmement, ils ont signalé un certain nombre d'erreurs de droit commises par le Tribunal qui, ont-ils soutenu, auraient dû faire l'objet d'un contrôle judiciaire de la part de la Cour divisionnaire.

Le juge Arbour a étudié la portée du contrôle judiciaire qui convenait en l'espèce. En raison de la disposition privative, de la matière dont traite la loi et de la composition du Tribunal, elle a conclu qu'il y avait lieu de faire preuve de retenue judiciaire à l'égard du Tribunal. Toutefois, elle a estimé que, en matière constitutionnelle, la norme de contrôle était celle de la décision correcte.

Le juge Arbour a d'abord examiné les erreurs de droit alléguées et a statué que, bien que le Tribunal ait commis une erreur en procédant à son propre examen de la documentation après l'audition, cette erreur de droit [TRADUCTION] «n'entre pas dans la catégorie de l'erreur susceptible de contrôle judiciaire selon la norme énoncée ci-dessus, puisque l'analyse effectuée par le Tribunal ne fait guère que confirmer qu'un débat se poursuit dans le

27

28

29

30

31

abled students, and that, solely from the pedagogical point of view, integration has not yet been proven superior". Consequently, even if the error was reviewable it would not result in the invalidation of the decision.

32 Arbour J.A. then turned to the constitutional issue. She noted that the respondents submitted that the *Charter* and the *Ontario Human Rights Code* both require a presumption in favour of the integration of disabled students, and that, therefore, the Board had to establish why Emily's needs would be better met in a segregated classroom. Arbour J.A. found at p. 9 that the Tribunal asked itself "whether Emily Eaton's special needs can be met best in a regular class or in a special class".

33 Arbour J.A. held that the Tribunal clearly rejected any notion of a presumption in favour of inclusion, and that the Tribunal simply found that the integrated classroom had not been successful. The Tribunal never answered the question as it framed it, namely, whether Emily's needs could be met best in a regular class or a special class.

34 The respondents contended that the "best interests of the child" test is not satisfactory in determining the appropriate placement for a disabled child because this test could prove insensitive to the equality rights of the child. They stated that there ought to be a presumption in favour of integration. Accordingly, Arbour J.A. looked at whether Emily's placement in a special classroom amounted to discrimination within the meaning of s. 15 of the *Charter*. She found that Emily was prevented from attending the regular class because of her disability. Thus, a distinction had clearly been made on a prohibited ground. Arbour J.A. then turned to the question of whether the distinction resulted in the imposition of a burden or disadvantage. She held at p. 13 that "[a]lthough one should not ignore the intended recipient's perception of whether the measure designed to enhance her equality is in fact a burden rather than a benefit,

domaine pédagogique au sujet des divers modèles de placement des élèves handicapés et que, du seul point de vue pédagogique, la supériorité de l'intégration n'a pas encore été prouvée». Par conséquent, même si l'erreur était susceptible de contrôle judiciaire, la décision ne serait pas invalidée.

Le juge Arbour est ensuite passée à la question constitutionnelle. Elle a fait remarquer que les intimés ont soutenu que la *Charte* et le *Code des droits de la personne* de l'Ontario imposent tous les deux une présomption en faveur de l'intégration des élèves handicapés et que le conseil devait donc établir pourquoi il serait possible de mieux répondre aux besoins d'Emily dans une classe à part. Elle a affirmé, à la p. 9, que le Tribunal s'est demandé [TRADUCTION] «s'il est possible de mieux répondre aux besoins spéciaux d'Emily Eaton dans une classe ordinaire ou dans une classe spéciale».

Le juge Arbour a estimé que le Tribunal a clairement rejeté toute notion de présomption en faveur de l'inclusion et qu'il a simplement estimé que l'intégration dans une classe ordinaire n'avait pas été couronnée de succès. Le Tribunal n'a jamais répondu à la question qu'il s'était posée, à savoir s'il serait possible de mieux répondre aux besoins d'Emily dans une classe ordinaire ou dans une classe spéciale.

Les intimés ont prétendu que le critère de l'«intérêt de l'enfant» n'est pas satisfaisant pour déterminer quel est le placement approprié dans le cas d'un enfant handicapé, parce qu'il pourrait ne pas tenir compte des droits à l'égalité de l'enfant. Ils ont déclaré qu'il devrait y avoir une présomption en faveur de l'intégration. Par conséquent, le juge Arbour s'est demandé si le fait de placer Emily dans une salle de classe spéciale équivalait à de la discrimination au sens de l'art. 15 de la *Charte*. Elle a déclaré que l'on avait empêché Emily de fréquenter la classe ordinaire en raison de sa déficience. Ainsi, on avait manifestement établi une distinction pour un motif illicite. Le juge Arbour est ensuite passée à la question de savoir si la distinction entraînait l'imposition d'un fardeau ou d'un désavantage. Elle a estimé, à la p. 13, que, [TRADUCTION] «[b]ien qu'on ne doive pas faire abstraction de la perception de la future bénéfici-

that subjective perception is not in itself determinative of the issue". Arbour J.A. applied *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, in which scrutiny of the larger social, historical and political context was mandated, and found that the history of disabled persons, which the *Charter* seeks to redress and prevent, is a history of exclusion from the mainstream of society. In fact, "[i]n all areas of communal life, the goal pursued by and on behalf of disabled persons in the last few decades has been integration and inclusion" (p. 15). Arbour J.A. concluded that, when analysed in its larger context, a segregated educational placement is a burden or disadvantage, and is therefore discriminatory within the meaning of s. 15.

Arbour J.A. stated at pp. 15-16:

Inclusion into the main school population is a benefit to Emily because without it, she would have fewer opportunities to learn how other children work and how they live.

When a measure is offered to a disabled person, allegedly in order to provide that person with her true equality entitlement, and that measure is one of exclusion, segregation, and isolation from the mainstream, that measure, in its broad social and historical context, is properly labelled a burden or a disadvantage.

The School Board suggested that distinctions based on disability are not like those based on race or sex in the context of access to education because equality in education requires that the students be treated according to their actual abilities or disabilities. Arbour J.A. criticized this argument saying that although it may be easier to justify differences in access to educational facilities on the basis of disability than it would be if differences were based on race, this analysis must belong to s. 1. There is no reason to create a hierarchy of prohibited grounds within s. 15 which would elevate distinctions based on some to a more suspect cate-

ciaire quant à savoir si la mesure destinée à accroître son égalité constitue en fait un fardeau plutôt qu'un avantage, cette perception subjective n'est pas en soi déterminante en ce qui a trait à la question». Elle a appliqué l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, dans lequel il y avait lieu d'examiner le contexte social, historique et politique plus large, et elle s'est dite d'avis que l'histoire des personnes handicapées, auxquelles la *Charte* cherche à donner des recours et à éviter des désavantages, est une histoire d'exclusion de l'ensemble de la société. En fait, [TRADUCTION] «[d]ans tous les domaines de la vie communautaire, le but poursuivi par les personnes handicapées et en leur nom au cours des dernières décennies a été l'intégration et l'inclusion» (p. 15). Le juge Arbour a conclu que, si on l'analyse dans son contexte plus large, le placement dans un cadre scolaire à part est un fardeau ou un désavantage et est donc discriminatoire au sens de l'art. 15.

Elle a ajouté, aux pp. 15 et 16:

[TRADUCTION] L'inclusion dans la population scolaire générale constitue un avantage pour Emily parce que, sans cela, elle aurait moins d'occasions d'apprendre comment travaillent et vivent les autres enfants.

Lorsqu'on prévoit une mesure à l'intention d'une personne handicapée, prétendument pour fournir à cette personne un véritable droit à l'égalité et qu'il s'agit d'une mesure d'exclusion, de ségrégation et d'isolement de l'ensemble de la société, cette mesure, dans son contexte social et historique global, est qualifiée à juste titre de fardeau ou de désavantage.

Selon le conseil scolaire, les distinctions fondées sur une déficience ne sont pas analogues à celles fondées sur la race ou le sexe aux fins de l'accès à l'éducation car, pour que l'éducation soit égale pour tous, chaque élève doit être traité selon ses capacités ou déficiences réelles. Le juge Arbour a critiqué cet argument en disant que, bien qu'il puisse être plus facile de justifier des différences dans l'accès aux installations scolaires en raison d'une déficience qu'il ne le serait si les différences étaient fondées sur la race, cette analyse doit relever de l'article premier. Il n'y a aucune raison d'établir entre les motifs illicites prévus à l'art. 15

gory than others. Arbour J.A. stated at p. 17 that “[i]f anything, one should be wary of accepting as inevitable and innocuous a classification on the basis of . . . disability, without the rigorous analysis required by s. 15”.

37 The Eatons stated that they were not attacking the *Education Act*, because, in the appropriate case and using the appropriate test, a Tribunal could order that a child like Emily be put in a special segregated class. They were attacking only the reasoning of the Tribunal. Not only did the respondents not attack the *Education Act*, but they also expressly disavowed any intention of doing so. No motion pursuant to s. 109 of the *Courts of Justice Act* had been given.

38 Arbour J.A. expressed considerable difficulty with this argument. She held that if it is true that the *Charter* mandates a presumption in favour of integration, then the deficiency must be in the failure of the *Education Act* to so provide. She stated at p. 19 that the Act infringed s. 15(1) because it “provides no impediment to the method and reasoning employed by the . . . Tribunal in the present case”.

39 Arbour J.A. went on to consider s. 1 of the *Charter* and concluded that, “[s]ince it [the *Education Act*] permits a *Charter* infringement, without further guidance, I cannot say that the Act infringes the equality rights of disabled students as little as possible” (p. 20).

40 Arbour J.A. found that the appropriate remedy was to declare that s. 8 of the Act should be read to include a direction that, unless the parents of a disabled child consent to the placement of that child in a segregated environment, the school board must provide a placement that is the least exclusionary from the mainstream and still reasonably capable of meeting the child’s special needs.

une hiérarchie qui élèverait des distinctions fondées sur certains d’entre eux à une catégorie plus suspecte que si elles étaient fondées sur d’autres. Le juge Arbour a déclaré, à la p. 17, qu’ [TRADUCTION] «[o]n devrait plutôt hésiter à accepter comme inévitable et anodine une classification en raison d’une déficience [. . .], sans l’analyse rigoureuse requise par l’art. 15».

Les Eaton ont dit qu’ils ne contestaient pas la *Loi sur l’éducation*, parce que, dans le cas approprié et en utilisant le critère approprié, le Tribunal pourrait ordonner qu’un enfant comme Emily soit placé dans une classe spéciale à part. Ils contestaient seulement le raisonnement suivi par le Tribunal. Non seulement les intimés n’ont pas contesté la *Loi sur l’éducation*, mais ils ont expressément nié toute intention de le faire. Aucune requête n’a été présentée en vertu de l’art. 109 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*.

Selon le juge Arbour, cet argument posait bien des difficultés. Elle a estimé que, s’il est vrai que la *Charte* comporte une présomption en faveur de l’intégration, alors le défaut doit consister dans le fait que la *Loi sur l’éducation* ne la prévoit pas. Elle a déclaré, à la p. 19, que la Loi contrevenait au par. 15(1) parce qu’elle [TRADUCTION] «ne prévoit aucun obstacle à la méthode et au raisonnement suivis par le [. . .] Tribunal en l’espèce».

Le juge Arbour a ensuite examiné l’article premier de la *Charte* et a statué que, [TRADUCTION] «[c]omme elle [la *Loi sur l’éducation*] permet une violation de la *Charte*, sans autre indication, je ne puis dire que la Loi viole aussi peu que possible les droits à l’égalité des élèves handicapés» (p. 20).

Le juge Arbour a statué que la réparation convenable consistait à déclarer que l’art. 8 de la Loi devrait s’interpréter de façon à comprendre une indication selon laquelle, à moins que les parents d’un enfant handicapé ne consentent au placement de cet enfant dans un milieu à part, le conseil scolaire doit prévoir un placement qui exclut l’enfant le moins possible et peut encore raisonnablement répondre à ses besoins spéciaux.

Arbour J.A. held that the Tribunal would not have inevitably arrived at the same conclusion had it appreciated that the *Charter* required that segregated placement be used only as a last resort. Therefore Arbour J.A. directed that the matter be remitted to a differently constituted tribunal for re-hearing in accordance with the constitutional principles set out in her reasons.

IV. Issues

This appeal raises the following issues:

1. Did the Court of Appeal err in proceeding *proprio motu* and in the absence of the required notice under s. 109 of the *Courts of Justice Act* to review the constitutional validity of the *Education Act*?

2. Did the Court of Appeal err in finding that the decision of the Tribunal contravened s. 15 of the *Charter*?

The other issues raised below were not pursued in this Court.

V. Analysis

The Constitutionality of the Education Act and Regulations

Section 109(1) of the *Courts of Justice Act* provides that:

109.—(1) Where the constitutional validity or constitutional applicability of an Act of the Parliament of Canada or the Legislature or of a regulation or by-law made thereunder is in question, the Act, regulation or by-law shall not be adjudged to be invalid or inapplicable unless notice has been served on the Attorney General of Canada and the Attorney General of Ontario in accordance with subsection (2).

No notice in compliance with this section was given either in the Divisional Court or in the Court of Appeal and no issue was raised with respect to the constitutionality of the Act. Moreover, in the

Le juge Arbour a estimé que le Tribunal ne serait pas inévitablement arrivé à la même conclusion s'il s'était rendu compte que la *Charte* exige que le recours au placement dans un milieu à part ne se fasse qu'en dernier ressort. Elle a donc ordonné que l'affaire soit renvoyée pour nouvelle audition à un tribunal constitué différemment, où elle serait examinée conformément aux principes constitutionnels exposés dans ses motifs de jugement.

IV. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève les questions suivantes:

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en procédant *proprio motu* et en l'absence de l'avis requis en vertu de l'art. 109 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* à l'examen de la constitutionnalité de la *Loi sur l'éducation*?

2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que la décision du Tribunal contrevenait à l'art. 15 de la *Charte*?

Les autres questions soulevées devant les juridictions inférieures n'ont pas été débattues devant notre Cour.

V. Analyse

La constitutionnalité de la Loi sur l'éducation et du Règlement y afférent

Le paragraphe 109(1) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* prévoit:

109 (1) Une loi du Parlement du Canada ou de la Législature, ou un règlement ou règlement municipal pris sous leur régime, dont la constitutionnalité ou l'applicabilité constitutionnelle est en cause, ne peuvent être déclarés invalides ou inapplicables, à moins qu'un avis n'ait été signifié au procureur général du Canada et au procureur général de l'Ontario conformément au paragraphe (2).

L'avis prévu à cet article n'a pas été donné en Cour divisionnaire ou en Cour d'appel et aucune question n'a été soulevée relativement à la constitutionnalité de la Loi. De plus, devant la Cour

41

42

43

44

45

Court of Appeal the respondents expressly disavowed any intention of attacking the Act or the Regulations. The Attorney General for Ontario relied on the respondents' position in the courts below and made no submissions on the constitutionality of the Act and had no opportunity to adduce evidence or make submissions to support the Act under s. 1 of the *Charter*. I am satisfied that the Attorney General for Ontario was prejudiced by the absence of notice.

46 In the order of the Chief Justice of this Court dated February 13, 1996, he stated:

The Court of Appeal *proprio motu* found that s. 8 of the Act was a restriction to s. 15 of the *Charter* and proceeded to salvage the section by reading certain words into it. This initiative as regards s. 15 was not taken as regards s. 7.

As the law as it now stands has been amended through reading in, in order to salvage the restriction to s. 15, it is for this reason and this reason only that I will state the following constitutional questions:

1. Do s. 8(3) of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, as amended, and s. 6 of *Regulation 305* of the *Education Act*, infringe Emily Eaton's equality rights under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is in the affirmative, are s. 8(3) of the *Education Act*, and s. 6 of *Regulation 305* of the *Education Act*, justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

47 The order stating constitutional questions did not purport to resolve the question as to whether the decision of the Court of Appeal to raise them was valid in the absence of notice or whether this Court would entertain them. The fact that constitutional questions are stated does not oblige the Court to deal with them.

48 The purpose of s. 109 is obvious. In our constitutional democracy, it is the elected representatives of the people who enact legislation. While the courts have been given the power to declare invalid laws that contravene the *Charter* and are not

d'appel, les intimés ont expressément nié toute intention de contester la Loi ou le Règlement. Le procureur général de l'Ontario s'est fié à la position adoptée par les intimés devant les juridictions inférieures et n'a donc présenté aucune observation sur la constitutionnalité de la Loi ni n'a eu l'occasion de produire des éléments de preuve ou de présenter des observations à l'appui de la Loi en vertu de l'article premier de la *Charte*. Je suis convaincu que l'absence d'avis a causé un préjudice au procureur général de l'Ontario.

Dans l'ordonnance rendue par le Juge en chef de notre Cour le 13 février 1996, il est déclaré:

La Cour d'appel, agissant de sa propre initiative, a conclu que l'art. 8 de la Loi apportait une restriction à l'art. 15 de la *Charte* et a entrepris de le sauver en considérant qu'il incluait des mots qui n'y figuraient pas. Cette démarche relative à l'art. 15 n'a pas été faite concernant l'art. 7.

C'est seulement parce que la Loi, dans son état actuel, a été modifiée au moyen d'une interprétation large visant à sauver la restriction apportée à l'art. 15 que je vais formuler les questions constitutionnelles suivantes:

1. Le paragraphe 8(3) de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, et ses modifications, et l'art. 6 du *Règlement 305* de la *Loi sur l'éducation* portent-ils atteinte aux droits à l'égalité que le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à Emily Eaton?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 8(3) de la *Loi sur l'éducation* et l'art. 6 du *Règlement 305* de la *Loi sur l'éducation* sont-ils justifiés en tant que limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*?

L'ordonnance formulant les questions constitutionnelles ne visait pas à déterminer si la décision de la Cour d'appel de les soulever était valide en l'absence d'avis ou si notre Cour les examinerait. Le fait que des questions constitutionnelles soient formulées n'oblige pas la Cour à les examiner.

L'objectif de l'art. 109 est évident. Dans notre démocratie constitutionnelle, ce sont les représentants élus du peuple qui adoptent les lois. Bien que les tribunaux aient reçu le pouvoir de déclarer invalides les lois qui contreviennent à la *Charte* et

saved under s. 1, this is a power not to be exercised except after the fullest opportunity has been accorded to the government to support its validity. To strike down by default a law passed by and pursuant to the act of Parliament or the legislature would work a serious injustice not only to the elected representatives who enacted it but to the people. Moreover, in this Court, which has the ultimate responsibility of determining whether an impugned law is constitutionally infirm, it is important that in making that decision, we have the benefit of a record that is the result of thorough examination of the constitutional issues in the courts or tribunal from which the appeals arise.

While this Court has not yet addressed the issue of the legal effect of the absence of notice, it has been addressed by other courts. The results are conflicting. One strand of decision favours the view that in the absence of notice the decision is *ipso facto* invalid, while the other strand holds that a decision in the absence of notice is voidable upon a showing of prejudice.

In *D.N. v. New Brunswick (Minister of Health & Community Services)* (1992), 127 N.B.R. (2d) 383, the Court of Appeal considered a situation in which the trial judge, on his own motion, set aside provisions of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, as contrary to the *Charter*. There had been no notice under s. 22 of the *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2, as required. The Court of Appeal held, at p. 388, that “the wording of s. 22(3) leaves no doubt that notice is mandatory. For this reason, the trial judge ought not to have decided the case on a *Charter* issue raised on his own initiative without notice to the Attorneys General”.

However, in *Ontario (Workers' Compensation Board) v. Mandelbaum, Spergel Inc.* (1993), 12 O.R. (3d) 385, a majority of the Ontario Court of Appeal came to a different conclusion, Arbour J.A. dissenting. Grange J.A. considered an argument that, pursuant to *D.N. v. New Brunswick (Minister*

qui ne sont pas sauvegardées en vertu de l'article premier, c'est un pouvoir qui ne doit être exercé qu'après que le gouvernement a vraiment eu l'occasion d'en soutenir la validité. Annuler par défaut une disposition législative adoptée par le Parlement ou une législature causerait une injustice grave non seulement aux représentants élus qui l'ont adoptée mais également au peuple. En outre, devant notre Cour, qui a la responsabilité ultime de déterminer si une loi contestée est inconstitutionnelle, il est important que, pour rendre cette décision, nous disposions d'un dossier qui résulte d'un examen en profondeur des questions constitutionnelles soulevées devant les cours ou le tribunal dont les jugements sont portés en appel.

Bien que notre Cour n'ait pas encore abordé la question de l'effet juridique de l'absence d'avis, d'autres tribunaux l'ont fait. Les résultats sont contradictoires. Une première tendance favorise l'opinion selon laquelle, en l'absence d'avis, la décision est *ipso facto* invalide, tandis qu'une autre tendance soutient qu'en l'absence d'avis, une décision est annulable sur preuve de l'existence d'un préjudice.

Dans l'arrêt *D.N. c. New Brunswick (Minister of Health & Community Services)* (1992), 127 R.N.-B. (2e) 383, la Cour d'appel a examiné un cas où le juge de première instance a, de sa propre initiative, annulé les dispositions de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, parce qu'elles contrevenaient à la *Charte*. L'avis prévu à l'art. 22 de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2, n'avait pas été donné. La Cour d'appel a jugé, à la p. 388, que, [TRADUCTION] «vu le libellé du par. 22(3), il ne fait aucun doute que la signification des avis est obligatoire. Pour ce motif, le juge de première instance n'aurait pas dû invoquer la *Charte* de sa propre initiative pour rendre sa décision, sans d'abord donner un avis aux procureurs généraux».

Toutefois, dans l'arrêt *Ontario (Workers' Compensation Board) c. Mandelbaum, Spergel Inc.* (1993), 12 O.R. (3d) 385, la Cour d'appel de l'Ontario, à la majorité, a abouti à une conclusion différente, le juge Arbour ayant inscrit sa dissidence. Le juge Grange a examiné un argument selon lequel,

49

50

51

of Health & Community Services), *supra*, s. 109 notice was mandatory so that failure to give notice rendered a decision a nullity. He found further support for this position in the short judgment of Callaghan A.C.J.H.C. in *Roberts v. Sudbury (City)*, Ont. H.C., June 22, 1987, unreported, where Callaghan A.C.J.H.C. allowed an appeal from a decision made without notice and sent the matter back to the District Court for a rehearing. Grange J.A. also reviewed two Saskatchewan cases, *R. v. Beare* and *R. v. Higgins* heard together and both reported at (1987), 31 C.R.R. 118 (C.A.). In one case notice had been served, while in the other it had not. The cases concerned the validity of the *Identification of Criminals Act*, R.S.C. 1970, c. I-1. In both cases the trial court upheld the validity of the Act. The Court of Appeal found that there was no prejudice because the Attorney General was able to present an argument in the *Higgins* case that would have applied to the *Beare* case as well. Therefore, there was no actual prejudice in the *Beare* case resulting from the failure to file notice under *The Constitutional Questions Act*, R.S.S. 1978, c. C-29. Grange J.A. also referred to *Citation Industries Ltd. v. C.J.A., Loc. 1928* (1988), 53 D.L.R. (4th) 360 (B.C.C.A.), in which the Court of Appeal dealt with a similar section under the *Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1979, c. 63. In that case, all counsel asked that the matter be heard on the merits even though notice had not been given to the provincial Attorney General. Seaton J.A. agreed to hear the merits because (at p. 363) “[a]t this stage nothing turns on the absence of earlier notice”. Grange J.A. observed (at pp. 390-91) that:

Neither of the courts in Saskatchewan or British Columbia specifically dealt with the argument that the judgments under appeal were nullities. Nevertheless, both relied heavily on a lack of prejudice to the Attorney General in his argument on appeal. In the case at bar, counsel for the Attorney General was invited to show prejudice and was unable to do so. In my view, that should be the controlling factor. The failure to give

conformément à l’arrêt *D.N. c. New Brunswick (Minister of Health & Community Services)*, précité, l’avis prévu à l’art. 109 était obligatoire, de sorte que l’omission de donner avis rendait une décision nulle. Il a de plus étayé cette position sur le bref jugement que le juge en chef adjoint Callaghan de la Haute Cour de l’Ontario a rendu dans l’affaire *Roberts c. Sudbury (City)*, 22 juin 1987, inédit, où il a accueilli un appel formé contre une décision rendue en l’absence d’avis et a renvoyé l’affaire pour nouvelle audition à la Cour de district. Le juge Grange a également examiné deux arrêts de la Saskatchewan, *R. c. Beare* et *R. c. Higgins* entendus en même temps et tous deux publiés à (1987), 31 C.R.R. 118 (C.A.). Dans un cas, l’avis avait été signifié, mais pas dans l’autre. Ces affaires portaient sur la validité de la *Loi sur l’identification des criminels*, S.R.C. 1970, ch. I-1. Dans les deux cas, la cour de première instance a maintenu la validité de la Loi. La Cour d’appel a conclu à l’absence de préjudice parce que le procureur général avait pu présenter dans l’affaire *Higgins* une plaidoirie qui pouvait s’appliquer aussi à l’affaire *Beare*. Par conséquent, dans l’affaire *Beare*, aucun préjudice réel ne résultait de l’omission de déposer l’avis prévu à *The Constitutional Questions Act*, R.S.S. 1978, ch. C-29. Le juge Grange s’est également reporté à l’arrêt *Citation Industries Ltd. c. C.J.A., Loc. 1928* (1988), 53 D.L.R. (4th) 360 (C.A.C.-B.), dans lequel la Cour d’appel a traité d’un article analogue de la *Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 63. Tous les avocats avaient demandé que cette affaire soit entendue au fond même si l’avis n’avait pas été signifié au procureur général de la province. Le juge Seaton était d’accord pour entendre l’affaire au fond parce que (à la p. 363), [TRADUCTION] «[à] cette étape-ci, rien ne repose sur l’absence d’un avis antérieur». Le juge Grange a fait observer, aux pp. 390 et 391:

[TRADUCTION] Ni l’un ni l’autre des tribunaux de la Saskatchewan ou de la Colombie-Britannique n’ont traité expressément de l’argument selon lequel les jugements portés en appel étaient nuls. Néanmoins, ils se sont tous fortement appuyés sur l’absence de préjudice causé au procureur général dans sa plaidoirie en appel. En l’espèce, l’avocat représentant le procureur général a été invité à prouver l’existence d’un préjudice et il n’a

notice was entirely inadvertent. . . . We have heard full argument on the question. Nothing would be gained by sending it back but repetition and expense.

Arbour J.A. dissented. She held that s. 109 creates a mandatory requirement of notice, and that the presence or absence of prejudice is irrelevant: "An adjudication made in violation of that mandatory language must be considered a nullity" (p. 394).

In view of the purpose of s. 109 of the *Courts of Justice Act*, I am inclined to agree with the opinion of the New Brunswick Court of Appeal in *D.N. v. New Brunswick (Minister of Health & Community Services)*, *supra*, and Arbour J.A. dissenting in *Mandelbaum*, *supra*, that the provision is mandatory and failure to give the notice invalidates a decision made in its absence without a showing of prejudice. It seems to me that the absence of notice is in itself prejudicial to the public interest. I am not reassured that the Attorney General will invariably be in a position to explain after the fact what steps might have been taken if timely notice had been given. As a result, there is a risk that in some cases a statutory provision may fall by default.

There is, of course, room for interpretation of s. 109 and there may be cases in which the failure to serve a written notice is not fatal either because the Attorney General consents to the issue's being dealt with or there has been a *de facto* notice which is the equivalent of a written notice. It is not, however, necessary to express a final opinion on these questions in that I am satisfied that under either strand of authority the decision of the Court of Appeal is invalid. No notice or any equivalent was given in this case and in fact the Attorney General and the courts had no reason to believe that the Act was under attack. Clearly, s. 109 was not complied with and the Attorney General was seriously prejudiced by the absence of notice.

pu le faire. Selon moi, ce devrait être le facteur déterminant. L'omission de donner avis était survenue tout à fait par inadvertance [. . .] Nous avons entendu toutes les plaidoiries sur la question. Il n'y aurait rien à gagner à renvoyer l'affaire si ce n'est répétition et dépenses.

Le juge Arbour a inscrit sa dissidence. Elle a estimé que l'art. 109 crée une obligation de présenter un avis et que la présence ou l'absence de préjudice n'est pas pertinente: [TRADUCTION] «Une décision rendue en contravention de cette obligation doit être considérée nulle» (p. 394).

Compte tenu de l'objet de l'art. 109 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, je suis enclin à être d'accord avec l'opinion exprimée par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans *D.N. c. New Brunswick (Minister of Health & Community Services)*, précité, et par le juge Arbour, dissidente, dans l'arrêt *Mandelbaum*, précité, selon laquelle la disposition impose une obligation, et l'omission de donner l'avis invalide une décision rendue en son absence sans que l'existence d'un préjudice ait été prouvée. Il me semble que l'absence d'avis est préjudiciable en soi à l'intérêt public. Je ne suis pas rassuré par le fait que le procureur général sera immanquablement en mesure d'expliquer après coup quelles mesures auraient pu être prises si l'avis avait été donné au moment opportun. Il y a donc un risque que, dans certains cas, une disposition législative puisse être annulée par défaut.

Il y a naturellement place à interprétation en ce qui concerne l'art. 109, et il peut se présenter des cas où l'omission de signifier un avis par écrit n'est pas fatale parce que le procureur général donne son consentement à ce que la question soit examinée ou parce qu'il y a eu un avis *de facto* qui équivaut à un avis par écrit. Il n'est toutefois pas nécessaire d'exprimer une opinion définitive sur ces questions, car je suis convaincu que, selon l'une ou l'autre tendance de la jurisprudence, la décision de la Cour d'appel n'est pas valide. Aucun avis ou quelque équivalent n'a été donné en l'espèce et, en fait, le procureur général et les tribunaux n'avaient aucune raison de croire que la Loi était contestée. Manifestement, l'art. 109 n'a pas été respecté et le procureur général a subi un préjudice grave en raison de l'absence d'avis.

52

53

54

55

It was suggested that notwithstanding the above, this Court should entertain the question of the validity of the provisions of the Act which were addressed by Arbour J.A. It might be suggested that a refusal to do so would be based on a technical ground. The absence of notice and the absence of a record developed in the courts and tribunals below are far from technical defects. Moreover, as a general rule, we are only authorized to make the disposition that the court appealed from ought to have made (*Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 45). There is, however, an additional reason for not dealing with the constitutionality of the Act. Arbour J.A. felt constrained to do so because she was of the view that the decision of the Tribunal was discriminatory and violated s. 15(1) of the *Charter*. On the basis of *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, she felt obliged to consider whether the Act purported to authorize this result. I am respectfully of the opinion that Arbour J.A. erred in this regard. If she had concluded, as I do, that the reasoning and decision of the Tribunal did not discriminate contrary to s. 15 of the *Charter*, it would have been unnecessary for her, and it is unnecessary for me, to consider the constitutional validity of the Act.

56

I will turn to the issue of the validity of the decision of the Tribunal.

Does the Decision of the Tribunal Contravene s. 15 of the Charter?

57

The placement of children in special education programs and services is carried out pursuant to the provisions of s. 8 of the *Education Act* and the Regulations thereunder. Prior to 1980, there was no mandatory requirement that school boards provide such programs and a disabled person could be denied status as a resident pupil at elementary school if that person was "unable by reason of mental or physical handicap to profit by instruction

On a fait valoir que, malgré ce qui a été dit ci-dessus, notre Cour devrait connaître de la question de la validité des dispositions de la Loi qui ont été examinées par le juge Arbour. On pourrait soutenir que le refus de le faire serait fondé sur une question de forme. L'absence d'avis et l'absence de dossier exposées devant les cours de justice et les tribunaux administratifs de juridiction inférieure sont loin de constituer des vices de forme. De plus, en règle générale, nous sommes autorisés seulement à rendre la décision que la cour de justice dont la décision a été portée en appel aurait dû rendre (*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 45). Il existe cependant une autre raison pour ne pas se pencher sur la constitutionnalité de la Loi. Le juge Arbour s'est sentie tenue de le faire parce qu'elle était d'avis que la décision du Tribunal était discriminatoire et contrevenait au par. 15(1) de la *Charte*. En se fondant sur l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, elle s'est sentie obligée de se demander si la Loi était censée permettre un tel résultat. En toute déférence, je suis d'avis que le juge Arbour a commis une erreur à cet égard. Si elle avait conclu, comme je le fais, que le raisonnement suivi et la décision rendue par le Tribunal ne discriminaient pas en contravention de l'art. 15 de la *Charte*, il n'aurait pas été nécessaire qu'elle examine la validité de la Loi sur le plan constitutionnel et il n'est pas nécessaire que je le fasse.

Je passe maintenant à la question de la validité de la décision du Tribunal.

La décision du Tribunal contrevient-elle à l'art. 15 de la Charte?

Le placement des enfants dans des programmes d'enseignement et de services destinés à l'enfance en difficulté se fait conformément aux dispositions de l'art. 8 de la *Loi sur l'éducation* et du règlement pris sous son régime. Avant 1980, les conseils scolaires n'étaient pas tenus de fournir ces programmes et une personne handicapée pouvait se voir refuser le statut d'élève d'une école élémentaire si elle était [TRADUCTION] «incapable en raison d'une déficience mentale ou physique de bénéficier de l'enseignement dispensé dans une école

in an elementary school” (*The Education Act, 1974, S.O. 1974, c. 109, s. 34(1)*).

A change in attitude with respect to disabled persons was initiated by the report of Walter B. Williston entitled *Present Arrangements for the Care and Supervision of Mentally Retarded Persons in Ontario* (1971). With it came a recognition of the desirability of integration and de-institutionalization. The change in attitude was reflected in changes in the *Education Act*.

The current legal framework for the education of exceptional pupils was adopted on December 12, 1980 when Royal Assent was given to *The Education Amendment Act, 1980, S.O. 1980, c. 61*. The Act and Regulations made it mandatory for all school boards to provide special education programs and services for exceptional pupils. The policy of the Ministry of Education is that “[e]very exceptional child has the right to be part of the mainstream of education to the extent to which it is profitable” (*Special Education Information Handbook* (1984)).

Ontario Regulation 305, R.R.O. 1990, adopted as O. Reg. 554/81, deals exclusively with Special Education Identification Placement and Review Committees and appeals. It provides for the identification of exceptional pupils, a determination of their needs and placement into an educational setting where special education programs and services can be delivered. The specific program modification and services required by each exceptional pupil are outlined in the pupil’s education plan. Parents and guardians are involved in the identification and placement process and provision is made for appeal of the identification with a placement decision of the board.

This is the process that culminated in a decision by the Tribunal in the present case. After a three-year trial period in a regular class, the IPRC, after consultation with teacher assistants and Emily’s parents, determined that she should be placed in a

élémentaire» (*The Education Act, 1974, S.O. 1974, ch. 109, par. 34(1)*).

Un changement d’attitude vis-à-vis des personnes handicapées s’est amorcé à la suite du rapport présenté par Walter B. Williston en 1971 et intitulé *Present Arrangements for the Care and Supervision of Mentally Retarded Persons in Ontario*. Ce rapport a entraîné la reconnaissance de l’avantage que présentent l’intégration et la désinstitutionnalisation. Ce changement d’attitude s’est reflété dans des modifications apportées à la *Loi sur l’éducation*.

Le cadre juridique actuel en ce qui concerne l’éducation des enfants en difficulté a été adopté le 12 décembre 1980 lorsque *The Education Amendment Act, 1980, S.O. 1980, ch. 61*, a reçu la sanction royale. La Loi et le Règlement obligent tous les conseils scolaires à fournir des programmes d’enseignement et de services destinés à l’enfance en difficulté. Le ministère de l’Éducation a pour politique que «[t]out enfant inadapté a droit à l’éducation dans la mesure où il peut en profiter» (*Éducation de l’enfance en difficulté: manuel d’information* (1984)).

Le Règlement 305 de l’Ontario, R.R.O. 1990, auparavant O. Reg. 554/81, traite exclusivement des comités spéciaux d’identification, de placement et de révision en éducation ainsi que des appels. Il prévoit l’identification des élèves en difficulté, la détermination de leurs besoins et leur placement dans un cadre scolaire offrant des programmes d’enseignement et de services destinés à l’enfance en difficulté. Les modifications précises à apporter aux programmes et les services requis par chaque élève en difficulté sont indiqués dans le plan d’éducation de l’élève. Les parents et les tuteurs participent au processus d’identification et de placement, et appel peut être interjeté de l’identification entraînant une décision de placement par le conseil.

Voilà le processus qui a abouti à la décision rendue par le Tribunal dans la présente affaire. Après une période d’essai de trois ans dans une classe ordinaire, le CIPR, après consultation avec les éducatrices adjointes et les parents d’Emily, a décidé

58

59

60

61

special education class. Emily's parents appealed to a Special Education Appeal Board which unanimously confirmed the IPRC decision. The parents appealed again to the Ontario Special Education Tribunal which unanimously confirmed the decision of the Special Education Appeal Board in a hearing lasting 21 days.

qu'elle devait être placée dans une classe pour élèves en difficulté. Les parents d'Emily ont interjeté appel auprès d'une Commission d'appel en matière d'éducation de l'enfance en difficulté, qui a confirmé la décision du CIPR à l'unanimité. Les parents ont interjeté appel de nouveau auprès du Tribunal de l'enfance en difficulté de l'Ontario, qui a confirmé à l'unanimité la décision de la Commission d'appel en matière d'éducation de l'enfance en difficulté au cours d'une audition qui a duré 21 jours.

62 While there has not been unanimity in the judgments of the Court with respect to all the principles relating to the application of s. 15 of the *Charter*, I believe that the issue in this case can be resolved on the basis of principles in respect of which there is no disagreement. There is general agreement that before a violation of s. 15 can be found, the claimant must establish that the impugned provision creates a distinction on a prohibited or analogous ground which withholds an advantage or benefit from, or imposes a disadvantage or burden on, the claimant.

Bien qu'il n'y ait pas eu unanimité dans les arrêts rendus par la Cour en ce qui concerne tous les principes relatifs à l'application de l'art. 15 de la *Charte*, je crois qu'il est possible de trancher la question en litige en se fondant sur les principes au sujet desquels il n'y a pas de désaccord. Il est généralement admis que, avant de pouvoir déterminer qu'il y a eu violation de l'art. 15, le demandeur doit démontrer que la disposition contestée établit une distinction pour un motif illicite ou un motif analogue qui lui refuse un avantage ou un bénéfice ou lui impose un désavantage ou un fardeau.

63 In *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, at p. 485, McLachlin J. stated:

Dans *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, à la p. 485, le juge McLachlin a déclaré:

The analysis under s. 15(1) involves two steps. First, the claimant must show a denial of "equal protection" or "equal benefit" of the law, as compared with some other person. Second, the claimant must show that the denial constitutes discrimination. At this second stage, in order for discrimination to be made out, the claimant must show that the denial rests on one of the grounds enumerated in s. 15(1) or an analogous ground and that the unequal treatment is based on the stereotypical application of presumed group or personal characteristics. If the claimant meets the onus under this analysis, violation of s. 15(1) is established. The onus then shifts to the party seeking to uphold the law, usually the state, to justify the discrimination as "demonstrably justified in a free and democratic society" under s. 1 of the *Charter*.

L'analyse fondée sur le par. 15(1) comporte deux étapes. Premièrement, le demandeur doit démontrer qu'il y a eu négation de son droit «à la même protection» ou «au même bénéfice» de la loi qu'une autre personne. Deuxièmement, le demandeur doit démontrer que cette négation constitue une discrimination. À cette seconde étape, pour établir qu'il y a discrimination, le demandeur doit prouver que la négation repose sur l'un des motifs de discrimination énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue et que le traitement inégal est fondé sur l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe. Si le demandeur s'acquitte de ce fardeau, la violation du par. 15(1) est établie. Il y a alors déplacement de la charge de la preuve et la partie qui cherche le maintien de la loi, habituellement l'État, doit établir que la «justification [de cette discrimination] puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique» conformément à l'article premier de la *Charte*.

At p. 487 she added:

À la p. 487, elle a ajouté:

Furthermore, if the law distinguishes on an enumerated or analogous ground but does not have the effect of

En outre, si la loi établit une distinction fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue, mais n'a pas pour

imposing a real disadvantage in the social and political context of the claim, it may similarly be found not to violate s. 15: *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872.

In *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at p. 584, Cory and Iacobucci JJ. stated:

The first step is to determine whether, due to a distinction created by the questioned law, a claimant's right to equality before the law, equality under the law, equal protection of the law or equal benefit of the law has been denied. During this first step, the inquiry should focus upon whether the challenged law has drawn a distinction between the claimant and others, based on personal characteristics.

Not every distinction created by legislation gives rise to discrimination. Therefore, the second step must be to determine whether the distinction created by the law results in discrimination. In order to make this determination, it is necessary to consider first, whether the equality right was denied on the basis of a personal characteristic which is either enumerated in s. 15(1) or which is analogous to those enumerated, and second, whether that distinction has the effect on the claimant of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to benefits or advantages which are available to others.

Both Gonthier J. (the Chief Justice and La Forest and Major JJ. concurring) in *Miron* and La Forest J. (the Chief Justice and Gonthier and Major JJ. concurring) in *Egan* were of the view that a distinction must be shown to be based on irrelevant personal characteristics. On this view, relevance to the legislative goal or functional value of the legislation where such is not itself discriminatory can negate discrimination. The majority view as expressed in *Miron* was that relevance may assist as a factor in showing that the case falls into the rare class of case in which a distinction on a prohibited or analogous ground does not constitute discrimination. While this does not purport to be an exhaustive treatment of the differences between the majority and the minority on this point, it is a sufficient synopsis of them for the purposes of this appeal.

effet d'imposer un désavantage réel dans le contexte social et politique de la demande, elle pourrait bien ne pas non plus contrevenir à l'art. 15: *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872.

Dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, à la p. 584, les juges Cory et Iacobucci ont dit:

La première [étape] consiste à déterminer si, en raison de la distinction créée par la disposition contestée, il y a eu violation du droit d'un plaignant à l'égalité devant la loi, à l'égalité dans la loi, à la même protection de la loi et au même bénéfice de la loi. À cette étape de l'analyse, il s'agit principalement de vérifier si la disposition contestée engendre, entre le plaignant et d'autres personnes, une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles.

Les distinctions créées par les lois n'emportent pas toutes discrimination. C'est pourquoi il faut, à la seconde étape, déterminer si la distinction ainsi créée donne lieu à une discrimination. À cette fin, il faut se demander, d'une part, si le droit à l'égalité a été enfreint sur le fondement d'une caractéristique personnelle qui est soit énumérée au par. 15(1), soit analogue à celles qui y sont énumérées et, d'autre part, si la distinction a pour effet d'imposer au plaignant des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres.

Le juge Gonthier (avec l'appui du Juge en chef et des juges La Forest et Major) dans l'arrêt *Miron* et le juge La Forest (avec l'appui du Juge en chef et des juges Gonthier et Major) dans l'arrêt *Egan* étaient d'avis qu'il faut démontrer qu'une distinction est fondée sur des caractéristiques personnelles non pertinentes. Suivant ce point de vue, la pertinence relativement à l'objectif législatif ou à la valeur fonctionnelle de la loi, lorsque celle-ci n'est pas discriminatoire en soi, peut annuler la discrimination. Selon l'opinion majoritaire exprimée dans l'arrêt *Miron*, la pertinence peut aider en tant que facteur à démontrer que le cas entre dans la rare catégorie de ceux où une distinction fondée sur un motif illicite ou un motif analogue ne constitue pas une discrimination. Bien qu'il ne prétende pas traiter de façon exhaustive des divergences entre les juges majoritaires et les juges minoritaires sur ce point, ce résumé suffit aux fins du présent pourvoi.

66

The principles that not every distinction on a prohibited ground will constitute discrimination and that, in general, distinctions based on presumed rather than actual characteristics are the hallmarks of discrimination have particular significance when applied to physical and mental disability. Avoidance of discrimination on this ground will frequently require distinctions to be made taking into account the actual personal characteristics of disabled persons. In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 169, McIntyre J. stated that the “accommodation of differences . . . is the essence of true equality”. This emphasizes that the purpose of s. 15(1) of the *Charter* is not only to prevent discrimination by the attribution of stereotypical characteristics to individuals, but also to ameliorate the position of groups within Canadian society who have suffered disadvantage by exclusion from mainstream society as has been the case with disabled persons.

Les principes voulant que toute distinction fondée sur un motif illicite ne constitue pas une discrimination et que les distinctions fondées sur des caractéristiques plutôt présumées que réelles soient en général les signes révélateurs de la discrimination ont une importance particulière lorsqu’ils sont appliqués à une déficience physique ou à une déficience mentale. Pour éviter la discrimination fondée sur ce motif, il faudra souvent établir des distinctions en fonction des caractéristiques personnelles de chaque personne handicapée. Dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 169, le juge McIntyre a dit que «le respect des différences [. . .] est l’essence d’une véritable égalité». Cela fait ressortir que le par. 15(1) de la *Charte* a non seulement pour objet d’empêcher la discrimination par l’attribution de caractéristiques stéréotypées à des particuliers, mais également d’améliorer la position de groupes qui, dans la société canadienne, ont subi un désavantage en étant exclus de l’ensemble de la société ordinaire comme ce fut le cas pour les personnes handicapées.

67

The principal object of certain of the prohibited grounds is the elimination of discrimination by the attribution of untrue characteristics based on stereotypical attitudes relating to immutable conditions such as race or sex. In the case of disability, this is one of the objectives. The other equally important objective seeks to take into account the true characteristics of this group which act as headwinds to the enjoyment of society’s benefits and to accommodate them. Exclusion from the mainstream of society results from the construction of a society based solely on “mainstream” attributes to which disabled persons will never be able to gain access. Whether it is the impossibility of success at a written test for a blind person, or the need for ramp access to a library, the discrimination does not lie in the attribution of untrue characteristics to the disabled individual. The blind person cannot see and the person in a wheelchair needs a ramp. Rather, it is the failure to make reasonable accommodation, to fine-tune society so that its structures and assumptions do not result in the relegation and banishment of disabled persons from participation, which results in discrimination against them. The

Certains des motifs illicites visent principalement à éliminer la discrimination par l’attribution de caractéristiques fausses fondées sur des attitudes stéréotypées se rapportant à des conditions immuables comme la race ou le sexe. Dans le cas d’une déficience, c’est l’un des objectifs. L’autre objectif, tout aussi important, vise à tenir compte des véritables caractéristiques de ce groupe qui l’empêchent de jouir des avantages de la société, et à les accommoder en conséquence. L’exclusion de l’ensemble de la société découle d’une interprétation de la société fondée seulement sur les attributs «de l’ensemble» auxquels les personnes handicapées ne pourront jamais avoir accès. Qu’il s’agisse de l’impossibilité pour une personne aveugle de réussir un examen écrit ou du besoin d’une rampe pour avoir accès à une bibliothèque, la discrimination ne consiste pas dans l’attribution de caractéristiques fausses à la personne handicapée. La personne aveugle ne peut pas voir et la personne en fauteuil roulant a besoin d’une rampe d’accès. C’est plutôt l’omission de fournir des moyens raisonnables et d’apporter à la société les modifications qui feront en sorte que ses structures et les

discrimination inquiry which uses “the attribution of stereotypical characteristics” reasoning as commonly understood is simply inappropriate here. It may be seen rather as a case of reverse stereotyping which, by not allowing for the condition of a disabled individual, ignores his or her disability and forces the individual to sink or swim within the mainstream environment. It is recognition of the actual characteristics, and reasonable accommodation of these characteristics which is the central purpose of s. 15(1) in relation to disability.

The interplay of these objectives relating to disability is illustrated by the evolution of special education in Ontario. The earlier policy of exclusion to which I referred was influenced in large part by a stereotypical attitude to disabled persons that they could not function in a system designed for the general population. No account was taken of the true characteristics of individual members of the disabled population, nor was any attempt made to accommodate these characteristics. With the change in attitude influenced by the Williston Report and other developments, the policy shifted to one which assessed the true characteristics of disabled persons with a view to accommodating them. Integration was the preferred accommodation but if the pupil could not benefit from integration a special program was designed to enable disabled pupils to receive the benefits of education which were available to others.

It follows that disability, as a prohibited ground, differs from other enumerated grounds such as race or sex because there is no individual variation with respect to these grounds. However, with respect to disability, this ground means vastly different things depending upon the individual and the context. This produces, among other things, the “difference dilemma” referred to by the interveners

actions prises n’entraînent pas la relégation et la non-participation des personnes handicapées qui engendre une discrimination à leur égard. L’enquête sur la discrimination qui recourt au raisonnement fondé sur «l’attribution de caractéristiques stéréotypées», dans son acception courante, est tout simplement inappropriée dans le cas présent. Elle peut être considérée plutôt comme un cas d’inversion d’un stéréotype qui, en ne tenant pas compte de la condition d’une personne handicapée, fait abstraction de sa déficience et la force à se tirer d’affaire toute seule dans l’environnement de l’ensemble de la société. C’est la reconnaissance des caractéristiques réelles, et l’adaptation raisonnable à celles-ci, qui constitue l’objectif principal du par. 15(1) en ce qui a trait à la déficience.

L’évolution de l’enseignement destiné à l’enfance en difficulté en Ontario illustre bien l’interaction de ces objectifs en ce qui concerne la déficience. La politique antérieure d’exclusion dont j’ai fait mention était influencée en grande partie par une attitude stéréotypée envers les personnes handicapées selon laquelle elles ne pouvaient pas fonctionner dans un système conçu pour la population en général. Il n’a pas été tenu compte des caractéristiques véritables des personnes faisant partie de la population handicapée et aucun effort n’a été fait pour composer avec ces caractéristiques. À la suite du changement d’attitude amené par le Rapport Williston et par d’autres facteurs, on en est venu à une politique qui évaluait les caractéristiques véritables des personnes handicapées dans le but de répondre à leurs besoins. L’intégration est le moyen qui a été privilégié, mais, si l’élève ne pouvait pas bénéficier de l’intégration, un programme spécial était conçu afin de permettre aux élèves handicapés de profiter des avantages de l’enseignement offert aux autres.

Il s’ensuit que la déficience, en tant que motif illicite, diffère des autres motifs énumérés tels que la race ou le sexe parce que ces motifs ne comportent aucune différence sur le plan individuel. Par contre, quand il s’agit de déficience, il existe des différences énormes selon l’individu et le contexte. Cela engendre, entre autres, [TRADUCTION] «le dilemme de la différence» dont parlent les interve-

whereby segregation can be both protective of equality and violative of equality depending upon the person and the state of disability. In some cases, special education is a necessary adaptation of the mainstream world which enables some disabled pupils access to the learning environment they need in order to have an equal opportunity in education. While integration should be recognized as the norm of general application because of the benefits it generally provides, a presumption in favour of integrated schooling would work to the disadvantage of pupils who require special education in order to achieve equality. Schools focussed on the needs of the blind or deaf and special education for students with learning disabilities indicate the positive aspects of segregated education placement. Integration can be either a benefit or a burden depending on whether the individual can profit from the advantages that integration provides.

nants et selon lequel la ségrégation peut à la fois protéger l'égalité et y porter atteinte selon la personne concernée et le degré de sa déficience. Dans certains cas, l'enseignement à l'enfance en difficulté constitue une adaptation nécessaire du courant général qui permet à certains élèves handicapés d'avoir accès au milieu d'apprentissage dont ils ont besoin pour obtenir l'égalité des chances en éducation. L'intégration devrait être reconnue comme la norme d'application générale en raison des avantages qu'elle procure habituellement, mais une présomption en faveur de l'enseignement intégré ne serait pas à l'avantage des élèves qui ont besoin d'un enseignement spécial pour parvenir à cette égalité. Les écoles qui ont mis l'accent sur les besoins des aveugles et des sourds et l'enseignement aux élèves en difficulté d'apprentissage présentent les aspects positifs du placement dans un cadre pédagogique à part. L'intégration peut se révéler un avantage ou un fardeau selon que l'individu peut profiter ou non des avantages qu'elle apporte.

70

These are the basic principles in respect of which the Tribunal's decision should be tested in order to determine whether that decision complies with s. 15(1). In applying them, I do not see any purpose in distinguishing between the order of the Tribunal and the reasons for that order. That was a distinction that was sought to be made in the Court of Appeal but, in my view, the reasons and the order are to the same effect and cannot be dealt with separately in this case. Either both are valid, as I conclude, or both are invalid.

Il s'agit là des principes fondamentaux en regard desquels il faudrait examiner la décision du Tribunal pour déterminer si elle est conforme au par. 15(1). Pour appliquer ces principes, je ne vois aucune raison d'établir une distinction entre l'ordonnance du Tribunal et les motifs de cette ordonnance. C'est une distinction qui a été réclamée en Cour d'appel, mais, à mon avis, les motifs et l'ordonnance ont le même effet et on ne peut les traiter séparément en l'espèce. Ou bien ils sont tous les deux valides, comme je le conclus, ou bien ils sont tous les deux invalides.

The Tribunal's Decision

A Distinction

La décision du Tribunal

Une distinction

71

It is quite clear that a distinction is being made under the Act between "exceptional" children and others. Other children are placed in the integrated classes. Exceptional children, in some cases, face an inquiry into their placement in the integrated or special classes. It is clear that the distinction

Il est tout à fait évident que la Loi établit une distinction entre les enfants «en difficulté» et les autres. Les autres enfants sont placés dans les classes intégrées. Dans certains cas, les enfants en difficulté font l'objet d'une enquête pour déterminer s'ils seront placés dans les classes intégrées ou les classes spéciales. Il est évident que la distinction entre les enfants «en difficulté» et les autres est

between “exceptional” and other children is based on the disability of the individual child.

Burden

In its thorough and careful consideration of this matter, the Tribunal sought to determine the placement that would be in the best interests of Emily from the standpoint of receiving the benefits that an education provides. In arriving at the conclusion, the Tribunal considered Emily’s special needs and strove to fashion a placement that would accommodate those special needs and enable her to benefit from the services that an educational program offers. The Tribunal took into account the great psychological benefit that integration offers but found, based on the three years experience in a regular class, that integration had had “the counter-productive effect of isolating her, of segregating her in the theoretically integrated setting”.

Moreover, in deciding on the appropriate placement, the Tribunal considered each of the various categories of needs relevant to education. It found that it was not possible to meet Emily’s intellectual and academic needs in the regular class without “isolat[ing] her in a disserving and potentially insidious way”. It found that Emily’s communication needs would be best met in the special class. It expressed doubt as to whether her emotional and social needs were being met in the regular class. While it is not clear that the special class would meet these particular needs better, it did appear to the Tribunal that there was little, if any, social interaction between Emily and her peers in the regular class. Although not central to the Tribunal’s decision, it also found that certain adaptations to the classroom, such as the provision of a special desk, physical assistance and extra supervision from educational assistants were reasonable, but that it would not be reasonably possible to accommodate Emily’s particular safety needs without radically altering the classroom or establishing a very isolating level of adult supervision.

fondée sur la déficience de l’enfant pris individuellement.

Le fardeau

Dans son examen approfondi et minutieux de la question, le Tribunal a tenté d’établir quel placement serait dans l’intérêt d’Emily du point de vue des avantages qu’apporte l’éducation. Pour parvenir à sa conclusion, le Tribunal a examiné les besoins spéciaux d’Emily et a cherché à concevoir un placement qui répondrait à ces besoins spéciaux et lui permettrait de bénéficier des services qu’offre un programme pédagogique. Le Tribunal a tenu compte du grand avantage psychologique qu’offre l’intégration mais a conclu, en se fondant sur les trois années passées dans une classe ordinaire, que l’intégration avait eu [TRADUCTION] «l’effet contraire de l’isoler, de la mettre à part dans le cadre en principe intégré».

De plus, pour décider du placement approprié, le Tribunal a examiné chacune des différentes catégories de besoins en matière d’éducation. Il a jugé qu’il n’était pas possible de répondre aux besoins d’Emily sur les plans intellectuel et scolaire dans la classe ordinaire sans [TRADUCTION] «l’isole[r] à son détriment, et ce, d’une manière qui peut être insidieuse». Il a jugé que les besoins d’Emily sur le plan de la communication seraient mieux comblés dans la classe spéciale. Il a exprimé un doute quant à savoir si l’on répondait à ses besoins sur les plans émotif et social dans la classe ordinaire. Il n’est pas évident que la classe spéciale répondrait mieux à ces besoins spéciaux, mais il a semblé au Tribunal qu’il y avait peu d’interactions sur le plan social, sinon aucune, entre Emily et ses pairs dans la classe ordinaire. Bien qu’il ne s’agisse pas d’un élément central de sa décision, le Tribunal était également d’avis que certaines adaptations apportées à la salle de classe, comme un pupitre spécial, l’aide sur le plan physique et la surveillance supplémentaire d’éducatrices adjointes, étaient raisonnables, mais qu’il n’était pas raisonnablement possible de répondre à ses besoins spéciaux sur le plan de la sécurité sans modifier radicalement la salle de classe ou établir un niveau très isolateur de surveillance par un adulte.

72

73

74

The Court of Appeal, at p. 9, was of the view that the Tribunal stated the principal issue as “whether Emily Eaton’s special needs can be met best in a regular class or in a special class”, but that it never actually answered this question. Rather, the Court of Appeal held that the Tribunal found that the integrated placement was inadequate without finding that the segregated placement would be any better. It held that the Tribunal ought not to have ordered a segregated placement unless it found that the segregated placement was better than the integrated placement.

75

In my view, the Tribunal did answer the question which it set itself, namely, which placement was superior. While it did not specifically state that the segregated placement was superior to the integrated placement, its findings clearly indicated this conclusion. The Tribunal grouped its findings into several categories of needs and interests implicated in education. With respect to Emily’s communication needs, the Tribunal clearly found that “[b]ecause this need is of such over-riding importance for Emily, it makes sense to address it, at least initially, and until she demonstrates some minimal competence, in a setting where there will be maximum opportunity for [individualized, highly specialized, extremely intense, one-on-one] instruction”. While the Tribunal did not indicate how Emily’s academic or social needs would be better met in the segregated placement than in the integrated placement, it clearly concluded that these needs were not only unsatisfied, but that she was being isolated in a “disserving and potentially insidious way”. The Tribunal also found that, with respect to Emily’s physical safety, the special classroom was superior to the integrated classroom. The Tribunal looked at several categories of needs and pointed out that some, including the most important for Emily, would be better met in the segregated classroom. With respect to the others, while an express conclusion was not drawn as to how the segregated classroom would be supe-

La Cour d’appel était d’avis, à la p. 9, que le Tribunal a énoncé la question principale comme étant de [TRADUCTION] «savoir s’il est possible de mieux répondre aux besoins spéciaux d’Emily Eaton dans une classe ordinaire ou dans une classe spéciale», mais qu’il n’a jamais vraiment répondu à cette question. Plus précisément, la Cour d’appel a conclu que le Tribunal a jugé que le placement intégré n’était pas adéquat, sans déclarer que le placement dans un milieu à part serait meilleur. Elle a statué que le Tribunal n’aurait pas dû ordonner un placement dans un milieu à part à moins qu’il ait considéré que celui-ci était meilleur que le placement intégré.

À mon avis, le Tribunal a effectivement répondu à la question qu’il avait énoncée, à savoir quel genre de placement était supérieur. Bien qu’il n’ait pas expressément dit que le placement dans un milieu à part était supérieur au placement intégré, les observations qu’il a formulées indiquaient clairement une telle conclusion. Le Tribunal a regroupé ses observations en plusieurs catégories de besoins et intérêts en matière d’éducation. En ce qui a trait aux besoins d’Emily sur le plan de la communication, le Tribunal a clairement déterminé que, [TRADUCTION] «[c]omme ce besoin est d’une importance tellement primordiale pour [Emily], il est logique d’en tenir compte, du moins au début, et jusqu’à ce qu’elle montre une capacité minimale, dans un cadre où elle aura le plus de chances de recevoir un [. . .] enseignement [très individualisé, grandement spécialisé, extrêmement intensif et très personnalisé]». Bien que le Tribunal n’ait pas indiqué comment on répondrait mieux aux besoins d’Emily sur le plan intellectuel ou social dans le cadre du placement dans un milieu à part que dans celui du placement intégré, il a clairement conclu que non seulement on n’a pas répondu à ces besoins mais qu’elle était isolée «à son détriment, et ce, d’une manière qui peut être insidieuse». Le Tribunal était également d’avis que, en ce qui concerne la sécurité physique d’Emily, la salle de classe spéciale était supérieure à la classe intégrée. Il a examiné plusieurs catégories de besoins et a fait remarquer qu’on répondrait mieux à certains, dont les plus importants pour Emily, dans la salle de classe à part. Pour ce qui est des

rior, the inefficacy of the integrated classroom was established.

The Tribunal, therefore, balanced the various educational interests of Emily Eaton, taking into account her special needs, and concluded that the best possible placement was in the special class. It is important to note that the placement proposed was in a class located in a regular school where “the special class is integrated with the regular classes through morning circle and a buddy system which may include hand-over-hand art activities, music, reading, outings such as walks and recess, special activities like assemblies, mini olympics, interactive games, including rolling balls and playing catch” according to the testimony of the teacher of the class in which the Board proposed to place Emily. In addition, the Tribunal alluded to the requirement of ongoing assessment of Emily’s best interests so that any changes in her needs could be reflected in the placement. Finally, the Tribunal stated:

... our decision in favour of a special class placement does not relieve the school board and the parents of the obligation to collaborate creatively in a continuing effort to meet her present and future needs. Emily’s is so unusual a case that unusual responses may well be necessary for her. Such achievements can only be realized through cooperation, and most important, compromise.

It seems incongruous that a decision reached after such an approach could be considered a burden or a disadvantage imposed on a child.

We cannot forget, however, that for a child who is young or unable to communicate his or her needs or wishes, equality rights are being exercised on his or her behalf, usually by the child’s parents. Moreover, the requirements for respecting these rights in this setting are decided by adults who have authority over this child. For this reason, the decision-making body must further ensure that

autres, bien qu’il n’ait pas tiré expressément de conclusion quant à savoir comment la salle de classe à part serait supérieure, l’inefficacité de la salle de classe intégrée a été établie.

Le Tribunal a donc mesuré les différents intérêts d’Emily Eaton sur le plan éducationnel, en tenant compte de ses besoins spéciaux, et a conclu que le meilleur placement possible était dans la classe spéciale. Il importe de noter que le placement proposé était dans une classe située dans une école régulière où, selon le témoignage du titulaire de la classe dans laquelle le conseil proposait de placer Emily [TRADUCTION] «la classe spéciale est intégrée aux classes ordinaires au moyen de la rencontre du matin et d’un système d’apprentissage par jumelage qui peut comprendre des activités artistiques avec guidage de la main, de la musique, de la lecture, des sorties telles que des marches et les récréations, des activités spéciales comme des réunions, des mini-olympiques, des jeux interactifs comme faire rouler un ballon ou jouer à la balle». En outre, le Tribunal a fait allusion à la nécessité d’évaluer de façon continue l’intérêt d’Emily, de sorte que tout changement dans ses besoins puisse se refléter dans le placement. En dernier lieu, le Tribunal a déclaré:

[TRADUCTION] ... notre décision en faveur du placement dans une classe spéciale ne dégage pas le conseil scolaire et les parents de l’obligation de collaborer de façon créative et continue afin de répondre à ses besoins actuels et futurs. Le cas d’Emily est tellement inhabituel que des réponses inhabituelles peuvent bien s’imposer dans son cas. De tels résultats ne peuvent être obtenus que par la coopération et, ce qui est le plus important, par le compromis.

Il semble bizarre qu’une décision découlant d’une telle démarche puisse être considérée comme un fardeau ou un désavantage imposé à un enfant.

Nous ne devons toutefois pas oublier que, dans le cas d’un enfant qui est jeune ou incapable de communiquer ses besoins ou ses désirs, les droits à l’égalité sont exercés en son nom, habituellement par ses parents. De plus, les conditions requises pour le respect de ces droits dans ce cadre sont établies par des adultes qui exercent une autorité sur cet enfant. Pour cette raison, l’instance décision-

its determination of the appropriate accommodation for an exceptional child be from a subjective, child-centred perspective, one which attempts to make equality meaningful from the child's point of view as opposed to that of the adults in his or her life. As a means of achieving this aim, it must also determine that the form of accommodation chosen is in the child's best interests. A decision-making body must determine whether the integrated setting can be adapted to meet the special needs of an exceptional child. Where this is not possible, that is, where aspects of the integrated setting which cannot reasonably be changed interfere with meeting the child's special needs, the principle of accommodation will require a special education placement outside of this setting. For older children and those who are able to communicate their wishes and needs, their own views will play an important role in the determination of best interests. For younger children, and those like Emily, who are either incapable of making a choice or have a very limited means of communicating their wishes, the decision-maker must make this determination on the basis of the other evidence before it.

nelle doit en outre s'assurer que sa décision au sujet de l'arrangement approprié dans le cas d'un enfant en difficulté soit prise dans une optique subjective et orientée vers l'enfant, qui tente de rendre l'égalité significative du point de vue de l'enfant par opposition à celui des adultes qui l'entourent. Pour atteindre ce but, elle doit également s'assurer que le genre d'arrangement choisi est dans l'intérêt de l'enfant. Une instance décisionnelle doit déterminer si le cadre intégré peut être adapté pour répondre aux besoins spéciaux d'un enfant en difficulté. Lorsque ce n'est pas possible, c'est-à-dire lorsque des aspects du cadre intégré qui ne peuvent pas raisonnablement être modifiés empêchent de répondre aux besoins spéciaux de l'enfant, le principe de l'arrangement exigera un placement spécial à l'extérieur de ce cadre. Dans le cas des enfants plus âgés et de ceux qui peuvent communiquer leurs désirs et leurs besoins, leur opinion jouera un rôle important dans la détermination de leur intérêt. Dans le cas des enfants plus jeunes et de ceux qui, comme Emily, sont incapables de faire un choix ou ont des moyens très limités de communiquer leurs désirs, l'instance décisionnelle doit prendre cette décision en tenant compte des autres éléments de preuve portés à sa connaissance.

78 The Court of Appeal was of the view that the Tribunal's reasoning infringed s. 15(1) because the *Charter* mandates a presumption in favour of integration. This presumption is displaced if the parents consent to a segregated placement. This is reflected in the remedy that the Court of Appeal found to be appropriate. Section 8 of the Act was to be read to include a direction that, unless the parents of a disabled child consent to the placement of the child in a segregated environment, the presumption applies.

La Cour d'appel était d'avis que le raisonnement suivi par le Tribunal contrevenait au par. 15(1) parce que la *Charte* impose une présomption en faveur de l'intégration. Cette présomption est écartée si les parents donnent leur consentement à un placement dans un milieu à part. Cela se reflète dans la réparation que la Cour d'appel a jugée appropriée. L'article 8 de la Loi devait se lire de façon à comprendre une directive selon laquelle, à moins que les parents d'un enfant handicapé consentent à son placement dans un milieu à part, la présomption s'applique.

79 In my view, the application of a test designed to secure what is in the best interests of the child will best achieve that objective if the test is unencumbered by a presumption. The operation of a presumption tends to render proceedings more technical and adversarial. Moreover, there is a risk that in some circumstances, the decision may be made by default rather than on the merits as to what is in

À mon avis, l'application d'un critère conçu afin de s'assurer de ce qui est dans le meilleur intérêt de l'enfant atteindra mieux cet objectif si le critère est libre de toute présomption. L'application d'une présomption tend à rendre la procédure plus technique et plus accusatoire. En outre, il y a un risque que, dans certains cas, la décision soit prise par défaut plutôt qu'au fond quant à ce qui est dans le

the best interests of the child. I would also question the view that a presumption as to the best interests of a child is a constitutional imperative when the presumption can be automatically displaced by the decision of the child's parents. Such a result runs counter to decisions of this Court that the parents' view of their child's best interests is not dispositive of the question. See *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315.

I conclude that the placement of Emily which was confirmed by the Tribunal did not constitute the imposition of a burden or disadvantage nor did it constitute the withholding of a benefit or advantage from the child. Neither the Tribunal's order nor its reasoning can be construed as a violation of s. 15. The approach that the Tribunal took is one that is authorized by the general language of s. 8(3) of the Act. I have concluded that the approach conforms with s. 15(1) of the *Charter*. In the circumstances, it is unnecessary and undesirable to consider whether the general language of s. 8(3) or the Regulations would authorize some other approach which might violate s. 15(1).

In the result, the appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and the judgment of the Divisional Court is restored. The appellants are entitled to costs in this Court. I would not award any costs in the Court of Appeal.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant the Brant County Board of Education: Hicks, Morley, Hamilton, Stewart, Storie, Toronto.

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

Solicitor for the respondents: Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.

meilleur intérêt de l'enfant. Je mettrais également en doute l'opinion selon laquelle une présomption relative au meilleur intérêt d'un enfant s'impose sur le plan constitutionnel, lorsque la présomption peut être automatiquement écartée par la décision des parents de l'enfant. Un tel résultat va à l'encontre des décisions de notre Cour selon lesquelles ce n'est pas l'opinion des parents quant au meilleur intérêt de leur enfant qui tranche la question. Voir *E. (Mme) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315.

Je conclus que le placement d'Emily qui a été confirmé par le Tribunal ne constituait pas l'imposition d'un fardeau ou d'un désavantage ni par ailleurs le refus d'un avantage ou bénéfice à cette enfant. Ni l'ordonnance du Tribunal ni le raisonnement qu'il a suivi ne peuvent s'interpréter comme une violation de l'art. 15. La démarche retenue par le Tribunal est autorisée par le libellé général du par. 8(3) de la Loi. Je suis d'avis que cette démarche est conforme au par. 15(1) de la *Charte*. Dans les circonstances, il n'est ni nécessaire ni souhaitable de se demander si le libellé général du par. 8(3) et du Règlement autoriserait une autre démarche, qui pourrait violer le par. 15(1).

En conséquence, le pourvoi est accueilli, le jugement de la Cour d'appel est infirmé et celui de la Cour divisionnaire est rétabli. Les appelants ont droit aux dépens en notre Cour. Je suis d'avis de ne pas accorder les dépens en Cour d'appel.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant le Conseil scolaire du comté de Brant: Hicks, Morley, Hamilton, Stewart, Storie, Toronto.

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

Procureur des intimés: Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.

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

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

Solicitor for the interveners the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law and the Learning Disabilities Association of Ontario: The Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.

Solicitors for the intervener the Ontario Public School Boards' Association: Hicks, Morley, Hamilton, Stewart, Storie, Toronto.

Solicitors for the intervener the Down Syndrome Association of Ontario: McCarthy, Tétrault, Toronto.

Solicitors for the interveners the Council of Canadians with Disabilities, the Confédération des organismes de personnes handicapées du Québec, the Canadian Association for Community Living and People First of Canada: McMillan, Binch, Toronto, and Sanson & Hart, Toronto.

Solicitors for the intervener the Easter Seal Society: Eberts, Symes, Street & Corbett, Toronto.

Solicitor for the intervener the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse: Philippe Robert de Massy, Montreal.

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

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

Procureur des intervenantes la Canadian Foundation for Children, Youth and the Law et la Learning Disabilities Association of Ontario: La Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des conseils scolaires publics de l'Ontario: Hicks, Morley, Hamilton, Stewart, Storie, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association Syndrome Down de l'Ontario: McCarthy, Tétrault, Toronto.

Procureurs des intervenants le Conseil des Canadiens avec déficiences, la Confédération des organismes de personnes handicapées du Québec, l'Association canadienne pour l'intégration communautaire et Les personnes d'abord du Canada: McMillan, Binch, Toronto, et Sanson & Hart, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Société du timbre de Pâques: Eberts, Symes, Street & Corbett, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse: Philippe Robert de Massy, Montréal.

Richard Dean Leipert *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Greater Vancouver Crime Stoppers Association *Intervener*

INDEXED AS: R. v. LEIPERT

File No.: 25293.

1996: November 28; 1997: February 6.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Evidence — Police-informer privilege — Anonymous informer — Police investigating accused following Crime Stoppers tip that drugs were being grown in his house — Tip mentioned in information to obtain warrant to search accused's house — Search resulting in accused being charged with drug offences — Crown refusing accused's request to produce tip sheet on ground of informer privilege — Whether trial judge erred in ordering production of edited tip sheet.

Criminal law — Evidence — Police-informer privilege — Exception — Whether right to disclosure of documents in Crown's possession and Charter right to make full answer and defence creating new exception to informer privilege rule.

Criminal law — Search and seizure — Validity of search warrant — Police investigating accused following Crime Stoppers tip that drugs were being grown in his house — Tip mentioned in information to obtain warrant to search accused's house — Search resulting

Richard Dean Leipert *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Greater Vancouver Crime Stoppers Association *Intervenante*

RÉPERTORIÉ: R. c. LEIPERT

N° du greffe: 25293.

1996: 28 novembre; 1997: 6 février.

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

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

Droit criminel — Preuve — Privilège relatif aux indicateurs de police — Indicateur anonyme — Accusé faisant l'objet d'une enquête policière à la suite de la communication à Échec au crime d'une information que de la drogue était cultivée dans sa maison — Information mentionnée dans la dénonciation en vue d'obtenir un mandat autorisant à perquisitionner dans la maison de l'accusé — Perquisition à l'origine d'accusations d'infraction en matière de drogue portées contre l'accusé — Ministère public invoquant le privilège relatif aux indicateurs de police pour refuser de faire droit à la requête de l'accusé visant à obtenir la production de la fiche de l'information communiquée — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ordonnant la production de la fiche révisée de l'information communiquée par l'indicateur?

Droit criminel — Preuve — Privilège relatif aux indicateurs de police — Exception — Le droit à la divulgation des documents en la possession du ministère public et le droit à une défense pleine et entière garanti par la Charte créent-ils une nouvelle exception à la règle du privilège relatif aux indicateurs de police?

Droit criminel — Perquisition et saisie — Validité d'un mandat de perquisition — Accusé faisant l'objet d'une enquête policière à la suite de la communication à Échec au crime d'une information que de la drogue était cultivée dans sa maison — Information mentionnée dans

in accused being charged with drug offences — Crown refusing accused's request to produce tip sheet on ground of informer privilege — Whether Crown entitled to sustain validity of search warrant without reference to tip in absence of defence consent — Whether accused entitled to disclosure of tip sheet.

The police received a tip from a Crime Stoppers Association that the accused was growing marijuana in his basement. A police officer went to the accused's house accompanied by a sniffer dog on four different occasions. The officer and the dog walked the street in front of the residence and each time the dog indicated the presence of drugs in the house. On one occasion, the officer smelled the aroma of marijuana coming from the house. He also observed that the basement windows were covered and that one window was barred shut. On the basis of these observations, the officer obtained a search warrant. The information filed in support of the application for the warrant also disclosed that the officer had received a Crime Stoppers tip. Following a search of the house, the accused was charged with cultivation of marijuana and possession of marijuana for the purpose of trafficking. At trial, the accused asserted that, pursuant to his right under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to make full answer and defence, he was entitled to the Crime Stoppers document reporting the tip. The Crown refused disclosure on the ground of informer privilege. The trial judge viewed the document and attempted to edit out all references to the identity of the informer. He then ordered disclosure. The Crown asked to rely on the warrant without reference to the tip. The trial judge refused this request because the accused did not consent. As a result, the Crown ceased to tender evidence, the defence elected to call no evidence, and the trial judge entered an acquittal. The Court of Appeal reversed the trial judge's decision and ordered a new trial.

Held: The appeal should be dismissed.

la dénonciation en vue d'obtenir un mandat autorisant à perquisitionner dans la maison de l'accusé — Perquisition à l'origine d'accusations d'infraction en matière de drogue portées contre l'accusé — Ministère public invoquant le privilège relatif aux indicateurs de police pour refuser de faire droit à la requête de l'accusé visant à obtenir la production de la fiche de l'information communiquée — En l'absence de consentement de la défense, le ministère public a-t-il le droit de plaider la validité du mandat sans mentionner l'information communiquée par l'indicateur? — L'accusé a-t-il droit à la divulgation de la fiche de l'information communiquée par l'indicateur?

La police a été avisée par une association destinée à faire échec au crime que l'accusé cultivait de la marijuana dans son sous-sol. Un policier accompagné d'un chien renifleur s'est rendu à la résidence de l'accusé, à quatre reprises. Le policier et le chien se sont déplacés à pied dans la rue devant la résidence et, chaque fois, le chien a décelé la présence de drogue dans la maison. À une occasion, le policier a senti une odeur de marijuana provenant de la maison. Il a également remarqué que les fenêtres du sous-sol étaient obstruées et qu'une d'elles était barrée. Sur la foi de ces observations, le policier a obtenu un mandat de perquisition. La dénonciation déposée à l'appui de la demande de mandat révélait également que le policier avait reçu une information d'Échec au crime. À la suite d'une perquisition dans la maison, l'accusé a été inculpé de culture de marijuana et de possession de marijuana à des fins de trafic. Au procès, l'accusé a fait valoir qu'il avait droit au document d'Échec au crime relatant l'information communiquée par l'indicateur, en raison du droit à une défense pleine et entière que lui garantissait la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le ministère public a refusé de le divulguer en invoquant le privilège relatif aux indicateurs de police. Le juge du procès a examiné le document et s'est efforcé d'y supprimer toute mention de l'identité de l'indicateur. Il en a ensuite ordonné la divulgation. Le ministère public a demandé à s'appuyer sur le mandat sans mentionner l'information communiquée par l'indicateur. Le juge du procès a refusé de faire droit à cette requête parce qu'il n'y avait pas eu consentement de la part de l'accusé. En conséquence, le ministère public a mis fin à la présentation de sa preuve, la défense a choisi de ne produire aucun témoignage et le juge du procès a inscrit un verdict d'acquittal. La Cour d'appel a infirmé la décision du juge du procès et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major J.J.: The rule of informer privilege is of such fundamental importance to the workings of a criminal justice system that it cannot be balanced against other interests relating to the administration of justice. Once the privilege has been established, neither the police nor the court possesses discretion to abridge it. The privilege belongs to the Crown, which cannot waive it without the informer's consent. In that sense, the privilege also belongs to the informer. The privilege prevents not only disclosure of the informer's name, but also of any information which might implicitly reveal his identity. In the case of an anonymous informer, it is almost impossible for a court to know what details may reveal his identity.

The informer privilege is subject only to the "innocence at stake" exception. In order to raise this exception, there must be a basis on the evidence for concluding that disclosure of the informer's identity is necessary to demonstrate the innocence of the accused. The accused's right to full disclosure of documents in the Crown's possession in aid of the *Charter* guarantee of the right to make full answer and defence, as interpreted in *Stinchcombe*, has not created a new exception to the informer privilege rule. To the extent that rules and privileges stand in the way of an innocent person establishing his innocence, they must yield to the *Charter* guarantee of a fair trial. By permitting an exception where innocence is at stake, the common law rule of informer privilege does not offend this principle.

Where an accused seeks to establish that a search warrant was not supported by reasonable grounds, he may be entitled to information which may reveal the identity of an informer notwithstanding informer privilege in circumstances where the information is absolutely essential. "Essential" circumstances exist where the accused establishes the "innocence at stake" exception to informer privilege. Thus, absent a basis for concluding that disclosure of the information that may reveal the identity of the informer is necessary to establish the innocence of the accused, the information remains privileged and cannot be produced, whether at

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: La règle du privilège relatif aux indicateurs de police est d'une importance si fondamentale pour le fonctionnement du système de justice criminelle qu'elle ne saurait être soupesée en fonction d'autres intérêts relatifs à l'administration de la justice. Une fois que l'existence du privilège est établie, ni la police ni les tribunaux n'ont le pouvoir discrétionnaire de le restreindre. Le privilège appartient au ministère public, qui ne peut y renoncer sans le consentement de l'indicateur. En ce sens, il appartient aussi à l'indicateur. Le privilège empêche non seulement la divulgation du nom de l'indicateur, mais aussi de tout renseignement susceptible d'en révéler implicitement l'identité. Dans le cas d'un indicateur anonyme, il est quasi impossible pour le tribunal de savoir quel détail peut permettre d'en révéler l'identité.

Le privilège relatif aux indicateurs de police ne souffre qu'une exception, celle concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé. Pour pouvoir opposer cette exception, la preuve doit révéler l'existence d'un motif de conclure que la divulgation de l'identité de l'indicateur est nécessaire pour démontrer l'innocence de l'accusé. Le droit de l'accusé à la divulgation intégrale des documents en la possession du ministère public à l'appui du droit à une défense pleine et entière garanti par la *Charte*, tel qu'interprété dans *Stinchcombe*, n'a pas créé une nouvelle exception à la règle du privilège relatif aux indicateurs de police. Dans la mesure où des règles et privilèges empêchent une personne innocente d'établir son innocence, ils doivent céder le pas au droit à un procès équitable garanti par la *Charte*. En permettant de faire exception au privilège dans le cas où l'innocence d'une personne est en jeu, la règle de common law du privilège relatif aux indicateurs de police ne contrevient pas à ce principe.

L'accusé qui cherche à établir qu'un mandat de perquisition n'était pas justifié par des motifs raisonnables peut, dans les cas où cela est absolument essentiel, avoir droit à des renseignements susceptibles de révéler l'identité d'un indicateur, nonobstant le privilège relatif aux indicateurs de police. Cela est «essentiel» lorsque l'accusé établit que l'exception concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé est opposable au privilège relatif aux indicateurs. Ainsi, en l'absence d'un motif de conclure que la divulgation des renseignements susceptibles de révéler l'identité de l'indicateur est nécessaire pour établir l'innocence de l'accusé, cette information demeure privilégiée et ne peut être produite, que ce soit dans le cadre d'une audience portant sur le

the hearing into the reasonableness of the search or at the trial proper.

Anonymous tip sheets should not be edited with a view to disclosing them to the defence unless the accused can bring himself within the innocence at stake exception. To do so runs the risk that the court will deprive the informer of the privilege which belongs to him absolutely, subject only to the "innocence at stake" exception. It also undermines the efficacy of programs such as Crime Stoppers, which depend on guarantees of anonymity to those who volunteer information on crimes. In the case of an anonymous informer, where it is impossible to determine which details of the information provided by the informer will or will not result in that person's identity being revealed, none of those details should be disclosed, unless there is a basis to conclude that the innocence at stake exception applies.

Here, the trial judge erred in editing the tip sheet and in ordering the edited sheet disclosed to the accused. The identity of the anonymous informer was protected by privilege and, given the anonymous nature of the tip, it was impossible to conclude whether the disclosure of details remaining after editing might be sufficient to reveal the identity of the informer to the accused. The informer's privilege required nothing short of total confidentiality in this case. As it was not established that the informer's identity was necessary to establish the innocence of the accused, the privilege continued in place.

The trial judge also erred in declining to allow the Crown to delete the reference to the informer from the material in support of the search warrant. Since the accused has not brought himself within the "innocence at stake" exception, the trial judge should have permitted the Crown to defend the warrant on the material in the information to obtain the warrant with the reference to the Crime Stoppers' tip deleted.

Per L'Heureux-Dubé J.: The details of the informer's tip should not have been disclosed in this case. McLachlin J.'s description of the general principles and procedure to be considered when the defence makes a

caractère raisonnable de la perquisition, ou au procès lui-même.

Les fiches d'information émanant d'une source anonyme ne devraient pas être révisées en vue de les divulguer à la défense, à moins que l'accusé ne puisse se prévaloir de l'exception concernant la démonstration de son innocence. Si cela était fait, on risquerait alors de voir le tribunal priver l'indicateur du privilège qui lui appartient de façon absolue, sous réserve seulement de l'exception concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé. Cela minerait également l'efficacité de programmes comme Échec au crime, qui dépend de la garantie d'anonymat accordée à ceux qui fournissent volontairement des renseignements sur des crimes. Dans le cas d'un indicateur anonyme, s'il est impossible de déterminer quels détails de l'information communiquée par l'indicateur permettront d'en révéler l'identité, aucun de ces détails ne devra être divulgué, à moins qu'il n'y ait un motif de conclure que l'exception concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé s'applique.

En l'espèce, le juge du procès a commis une erreur en révisant la fiche de l'information communiquée par l'indicateur et en ordonnant ensuite la divulgation à l'accusé. L'identité de l'indicateur anonyme était protégée par le privilège relatif aux indicateurs de police et, vu le caractère anonyme de l'information communiquée, il était impossible de déterminer si les détails subsistant après révision pouvaient être suffisants pour révéler l'identité de l'indicateur à l'accusé. Dans la présente affaire, le privilège relatif aux indicateurs de police n'exigeait rien de moins que la confidentialité totale. Comme il n'a pas été établi que la divulgation de l'identité de l'indicateur était nécessaire pour prouver l'innocence de l'accusé, le privilège continuait de s'appliquer.

Le juge du procès a également commis une erreur en refusant de permettre au ministère public de supprimer la mention de l'indicateur dans la documentation à l'appui du mandat de perquisition. Étant donné que l'accusé n'a pas établi qu'il était visé par l'exception concernant la démonstration de son innocence, le juge du procès aurait dû permettre au ministère public de plaider la validité du mandat au moyen des éléments contenus dans la dénonciation en vue d'obtenir le mandat, après y avoir supprimé la mention de l'information communiquée à Échec au crime.

Le juge L'Heureux-Dubé: Les détails de l'information communiquée par l'indicateur n'auraient pas dû être divulgués en l'espèce. Il y a accord avec la description que le juge McLachlin donne de la procédure et des

request to see an anonymous tip is agreed with. However, as it is not strictly necessary, no opinion is expressed regarding the *Charter* argument and other issues raised in her reasons.

Cases Cited

By McLachlin J.

Distinguished: *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *R. v. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1; **considered:** *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *Bisailon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; **referred to:** *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *People v. Callen*, 194 Cal.App.3d 558 (1987); *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Ontario Health Records)*, [1981] 2 S.C.R. 494; *R. v. Hardy* (1994), 45 B.C.A.C. 146; *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494; *R. v. Chiarantano*, [1990] O.J. No. 2603 (QL), aff'd [1991] 1 S.C.R. 906; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Authors Cited

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

Tanovich, David M. "When Does *Stinchcombe* Demand that the Crown Reveal the Identity of a Police Informer?" (1995), 38 C.R. (4th) 202.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1996), 74 B.C.A.C. 271, 121 W.A.C. 271, 106 C.C.C. (3d) 375, 47 C.R. (4th) 31, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on charges of cultivation of marijuana and possession of marijuana for the purpose of trafficking, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Michael D. Sanders, for the appellant.

S. David Frankel, Q.C., and *Nancy M. Young*, for the respondent.

principes généraux qu'il y a lieu d'examiner lorsque la défense demande à consulter l'information reçue d'un indicateur anonyme. Cependant, comme il n'est pas strictement nécessaire de le faire, aucune opinion n'est exprimée sur l'argument de la *Charte* et d'autres questions soulevées dans les motifs de cette dernière.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Distinction d'avec les arrêts: *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *R. c. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1; **arrêts examinés:** *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Bisailon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; **arrêts mentionnés:** *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *People c. Callen*, 194 Cal.App.3d 558 (1987); *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494; *R. c. Hardy* (1994), 45 B.C.A.C. 146; *Marks c. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494; *R. c. Chiarantano*, [1990] O.J. No. 2603 (QL), conf. par [1991] 1 R.C.S. 906; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.

Doctrine citée

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

Tanovich, David M. «When Does *Stinchcombe* Demand that the Crown Reveal the Identity of a Police Informer?» (1995), 38 C.R. (4th) 202.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1996), 74 B.C.A.C. 271, 121 W.A.C. 271, 106 C.C.C. (3d) 375, 47 C.R. (4th) 31, qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'acquiescement de l'accusé relativement à des accusations de culture de marijuana et de possession de marijuana à des fins de trafic, et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Michael D. Sanders, pour l'appelant.

S. David Frankel, c.r., et *Nancy M. Young*, pour l'intimée.

Robert S. Gill, for the intervener.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major J.J. was delivered by

¹ MCLACHLIN J. — This appeal raises the issue of whether the defence is entitled to receive details of an informer telephone tip to Crime Stoppers, a public service organization working to combat crime. The appellant asserts that he is entitled to such details pursuant to his right under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to make full answer and defence. The Crown argues that disclosure is barred by the common law rule that an informer's communications are privileged. For the reasons that follow, I am of the view that the information is privileged and need not be disclosed.

I. The Facts

² The police received a tip from the Greater Vancouver Crime Stoppers Association that the appellant, Richard Leipert, was growing marijuana in his basement. A police detective went to Leipert's residence accompanied by Bruno, a sniffer dog. On four different occasions the policeman and Bruno walked the street in front of Leipert's residence. Each time Bruno indicated the presence of drugs in Leipert's house. On one occasion, the policeman smelled the aroma of marijuana coming from Leipert's house. The officer also observed that the basement windows were covered and one window was barred shut. On the basis of these observations, the officer obtained a search warrant. The information filed in support of the application for the warrant disclosed that the officer had received a Crime Stoppers tip that drugs were being grown in Leipert's house. However, the main allegations raised in support of the warrant were the observations of the police officer at the site. When the search warrant was executed, evidence was seized and the appellant was charged with cultivation of marijuana and possession of marijuana for the purpose of trafficking.

Robert S. Gill, pour l'intervenante.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — Il s'agit, en l'espèce, de savoir si la défense a le droit d'obtenir des détails sur une information qu'un indicateur a communiquée par téléphone à Échec au crime, un organisme public voué à la lutte contre le crime. L'appelant fait valoir qu'il a droit à ces détails en raison du droit à une défense pleine et entière que lui garantit la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le ministère public allègue que ces renseignements ne peuvent être divulgués en raison de la règle de common law selon laquelle les communications d'un indicateur sont privilégiées. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que ce sont des renseignements privilégiés qui n'ont pas à être divulgués.

I. Les faits

La police a été avisée par la Greater Vancouver Crime Stoppers Association que l'appelant, Richard Leipert, cultivait de la marijuana dans son sous-sol. Un détective accompagné de Bruno, un chien renifleur, s'est rendu à la résidence de Leipert. À quatre reprises, le policier et Bruno se sont déplacés à pied dans la rue devant la résidence de Leipert. Chaque fois, Bruno a décelé la présence de drogue dans la maison de Leipert. À une occasion, le policier a senti une odeur de marijuana provenant de la maison. Il a également remarqué que les fenêtres du sous-sol étaient obstruées et qu'une d'elles était barrée. Sur la foi de ces observations, l'agent a obtenu un mandat de perquisition. La dénonciation déposée à l'appui de la demande de mandat révélait que l'agent avait été avisé par Échec au crime que de la drogue était cultivée dans la maison de Leipert. Toutefois, les principales allégations à l'appui du mandat étaient les observations que le policier avait effectuées sur les lieux. Lorsque le mandat de perquisition a été exécuté, des éléments de preuve ont été saisis et des accusations de culture de marijuana et de possession de marijuana à des fins de trafic ont été portées contre l'appelant.

II. Rulings

At trial, the accused asked the officer if he had the Crime Stoppers document reporting the tip. The officer had the document, but the Crown refused disclosure on the ground of informer privilege. The trial judge viewed the document and attempted to edit out all references to the identity of the informer. He then ordered disclosure. The Crown asked to rely on the warrant without reference to the tip. The trial judge refused this request because the accused did not consent. As a result, the Crown ceased to tender evidence, the defence elected to call no evidence, and the trial judge entered an acquittal.

The Court of Appeal reversed the decision of the trial judge and ordered a new trial: (1996), 74 B.C.A.C. 271, 121 W.A.C. 271, 106 C.C.C. (3d) 375, 47 C.R. (4th) 31. Southin J.A. declined production on the ground that the tip was irrelevant; while evidence of the tip figured as part of the narrative, the Crown did not rely on it either to justify the issuance of the warrant or to prove guilt. McEachern C.J.B.C., agreeing in the result and with most of Southin J.A.'s reasons, asserted that the document recording the tip was privileged, subject only to the "innocence at stake" exception. In his view, it was unnecessary and unfortunate that the trial judge had examined the tip sheet. McEachern C.J.B.C. further held that the trial judge erred in refusing the Crown's request to rely on the information with the reference to the tip sheet deleted. Trial judges should be cautious, he asserted, in ordering the production of even carefully edited tip sheets or reports for which informant privilege is claimed, given the possibility that even seemingly innocuous details may lead to identification of the informant. McEachern C.J.B.C. concluded by commending Crime Stoppers for the valuable public service it provides.

II. Les décisions

Au procès, l'accusé a demandé au policier s'il avait le document d'Échec au crime qui relatait l'information communiquée par l'indicateur. Le policier avait le document, mais le ministère public a refusé de le divulguer en invoquant le privilège relatif aux indicateurs de police. Le juge du procès a examiné le document et s'est efforcé d'y supprimer toute mention de l'identité de l'indicateur. Il en a ensuite ordonné la divulgation. Le ministère public a demandé à s'appuyer sur le mandat sans mentionner l'information communiquée par l'indicateur. Le juge du procès a refusé de faire droit à cette requête parce qu'il n'y avait pas eu consentement de la part de l'accusé. En conséquence, le ministère public a mis fin à la présentation de sa preuve, la défense a choisi de ne produire aucun témoignage et le juge du procès a inscrit un verdict d'acquiescement.

La Cour d'appel a infirmé la décision du juge du procès et ordonné la tenue d'un nouveau procès: (1996), 74 B.C.A.C. 271, 121 W.A.C. 271, 106 C.C.C. (3d) 375, 47 C.R. (4th) 31. Le juge Southin a refusé la production pour le motif que l'information communiquée par l'indicateur n'était pas pertinente; bien que la preuve de cette information ait fait partie de l'exposé des faits, le ministère public ne l'a pas invoquée pour justifier la délivrance du mandat ou établir la culpabilité. Le juge en chef McEachern, souscrivant au résultat et à la majeure partie des motifs du juge Southin, a dit que le document qui relatait l'information communiquée par l'indicateur était privilégié, sous réserve uniquement de l'exception concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé. À son avis, il était inutile que le juge du procès examine la fiche de l'information communiquée par l'indicateur, et malheureux qu'il l'ait fait. Le juge en chef McEachern a, en outre, conclu que le juge du procès a commis une erreur en refusant de faire droit à la requête du ministère public visant à obtenir l'autorisation de s'appuyer sur la dénonciation une fois qu'on y aurait supprimé toute mention de la fiche de l'information communiquée par l'indicateur. Les juges du procès, a-t-il affirmé, devraient bien réfléchir avant d'ordonner la production de fiches

3

4

Cumming J.A. agreed with the disposition of both his colleagues.

d'informations communiquées par des indicateurs ou de rapports, même soigneusement révisés, à l'égard desquels le privilège relatif aux indicateurs de police est revendiqué, étant donné la possibilité que même des détails en apparence anodins permettent d'identifier l'indicateur en question. Le juge en chef McEachern a conclu en faisant l'éloge d'Échec au crime pour les précieux services que cet organisme fournit à la population. Le juge Cumming a souscrit à la décision de ses deux collègues.

III. The Issues

- 5
1. Did the trial judge err in ordering the production of the edited tip sheet?
 2. In the absence of defence consent, was the Crown entitled to sustain the validity of the warrant without reference to the tip?

III. Les questions en litige

1. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ordonnant la production de la fiche révisée de l'information communiquée par l'indicateur?
2. En l'absence de consentement de la défense, le ministère public avait-il le droit de plaider la validité du mandat sans mentionner l'information communiquée par l'indicateur?

IV. Discussion

A. *Did the Trial Judge Err in Ordering Production of the Edited Tip Sheet?*

(1) The Argument on Informer Privilege

- 6
- The appellant relies on the principle that the Crown is under a general duty to disclose all information within its control unless it is clearly irrelevant or privileged: *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, at p. 339. He argues that the Crown did not establish that the information in the tip sheet was clearly irrelevant. As for privilege, he asserts that there is no privilege in the edited document which the trial judge ordered disclosed, since it could not reveal the identity of the informer. It follows, he concludes, that the trial judge properly ordered production of the tip sheet to the defence.

IV. Analyse

A. *Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ordonnant la production de la fiche révisée de l'information communiquée par l'indicateur?*

(1) L'argument du privilège relatif aux indicateurs de police

L'appelant part du principe que le ministère public a l'obligation générale de divulguer tout renseignement qu'il a sous son contrôle, sauf s'il s'agit d'un renseignement qui n'a manifestement aucune pertinence ou qui est privilégié: *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, à la p. 339. Il soutient que le ministère public n'a pas établi que les données figurant sur la fiche de l'information communiquée par l'indicateur n'avaient manifestement aucune pertinence. Quant à la question du privilège, il affirme que le document révisé dont le juge du procès a ordonné la divulgation n'était plus privilégié puisqu'il n'était pas susceptible de révéler l'identité de l'indicateur. Il s'ensuit, conclut-il, que c'est à bon droit que le juge du procès a ordonné que la fiche de l'information communiquée par l'indicateur soit produite à la défense.

The Crown in reply asserts that the entire tip sheet is privileged, subject only to the “innocence at stake” exception. Since that exception is not proved, the tip sheet should not have been disclosed. The trial judge’s approach of editing the privileged document to transform it into a non-privileged document is improper and risky, as seemingly innocuous details may be sufficient to identify an informant. This would, moreover, undermine Crime Stoppers’ efficacy, which depends on being able to assure informants that they will not be identified.

The trial judge was faced with two apparently conflicting rules. The first was the rule requiring disclosure to the defence of all information not clearly irrelevant or privileged. The second was the rule of informer privilege. The trial judge attempted to accommodate both rules by editing the tip sheet to remove information that could reveal the tipster’s identity and ordering production of the balance of the tip sheet. I share the view of McEachern C.J.B.C. in the Court of Appeal that the trial judge’s approach gave insufficient weight to both the importance of maintaining informer privilege and the danger of ordering disclosure of tip sheets containing details which, despite editing, may enable an accused person to identify the informant.

(a) *The Importance of Informer Privilege*

A court considering this issue must begin from the proposition that informer privilege is an ancient and hallowed protection which plays a vital role in law enforcement. It is premised on the duty of all citizens to aid in enforcing the law. The discharge of this duty carries with it the risk of retribution from those involved in crime. The rule of informer privilege was developed to protect citizens who assist in law enforcement and to encourage others to do the same. As Cory J.A. (as

Le ministère public réplique que la fiche de l’information communiquée par l’indicateur est privilégiée en entier, sous réserve seulement de l’exception concernant la démonstration de l’innocence de l’accusé. Étant donné qu’il n’a pas été établi que cette exception s’appliquait, la fiche en question n’aurait pas dû être divulguée. La décision du juge du procès de réviser le document privilégié pour en faire un document non privilégié est erronée et risquée, étant donné que des détails en apparence anodins peuvent suffire à dévoiler l’identité d’un indicateur. De plus, cela nuit à l’efficacité d’Échec au crime, qui est subordonnée à sa capacité de garantir l’anonymat des indicateurs.

Le juge du procès était aux prises avec deux règles apparemment contradictoires. La première exigeait que soit communiqué à la défense tout renseignement qui n’était pas manifestement non pertinent ni privilégié. La seconde était celle du privilège relatif aux indicateurs de police. Le juge du procès a tenté de concilier les deux règles en révisant la fiche de l’information communiquée par l’indicateur pour en retirer tout renseignement susceptible de révéler l’identité de l’indicateur, et en ordonnant la production du reste de la fiche. Je partage l’opinion du juge en chef McEachern de la Cour d’appel qu’en procédant ainsi, le juge du procès n’a pas suffisamment tenu compte à la fois de l’importance de préserver le privilège relatif aux indicateurs de police et du danger d’ordonner la divulgation d’une fiche d’information communiquée par un indicateur qui, même révisée, peut contenir des détails susceptibles de permettre à l’accusé d’identifier l’indicateur.

a) *L’importance du privilège relatif aux indicateurs de police*

Le tribunal qui analyse cette question doit, au départ, reconnaître que le privilège relatif aux indicateurs de police constitue une protection ancienne et sacrée qui joue un rôle vital en matière d’application de la loi. Cette protection est fondée sur l’obligation qui incombe à tous les citoyens de contribuer à l’application de la loi. S’acquitter de cette obligation comporte un risque de vengeance de la part des criminels. La règle du privilège relatif aux indicateurs de police a donc été adoptée

he then was) stated in *R. v. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1 (Ont. C.A.), at pp. 5-6:

The rule against the non-disclosure of information which might identify an informer is one of long standing. It developed from an acceptance of the importance of the role of informers in the solution of crimes and the apprehension of criminals. It was recognized that citizens have a duty to divulge to the police any information that they may have pertaining to the commission of a crime. It was also obvious to the courts from very early times that the identity of an informer would have to be concealed, both for his or her own protection and to encourage others to divulge to the authorities any information pertaining to crimes. It was in order to achieve these goals that the rule was developed.

10 The rule is of fundamental importance to the workings of a criminal justice system. As described in *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at p. 105:

The rule gives a peace officer the power to promise his informers secrecy expressly or by implication, with a guarantee sanctioned by the law that this promise will be kept even in court, and to receive in exchange for this promise information without which it would be extremely difficult for him to carry out his duties and ensure that the criminal law is obeyed.

In *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at p. 994, Cory J. stressed the heightened importance of the rule in the context of drug investigations:

The value of informers to police investigations has long been recognized. As long as crimes have been committed, certainly as long as they have been prosecuted, informers have played an important role in their investigation. It may well be true that some informers act for compensation or for self-serving purposes. Whatever their motives, the position of informers is always precarious and their role is fraught with danger.

The role of informers in drug-related cases is particularly important and dangerous. Informers often provide the only means for the police to gain some knowledge of the workings of drug trafficking operations and net-

pour protéger les citoyens qui collaborent à l'application des lois et encourager les autres à en faire autant. Comme l'a dit le juge Cory (maintenant juge de notre Cour) dans l'arrêt *R. c. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1 (C.A. Ont.), aux pp. 5 et 6:

[TRADUCTION] La règle interdisant la divulgation de renseignements susceptibles de permettre d'établir l'identité d'un indicateur existe depuis très longtemps. Elle trouve son origine dans l'acceptation de l'importance du rôle des indicateurs dans le dépistage et la répression du crime. On a reconnu que les citoyens ont le devoir de divulguer à la police tout renseignement qu'ils peuvent détenir relativement à la perpétration d'un crime. Les tribunaux ont réalisé très tôt l'importance de dissimuler l'identité des indicateurs, à la fois pour assurer leur propre sécurité et pour encourager les autres à divulguer aux autorités tout renseignement concernant un crime. La règle a été adoptée en vue de réaliser ces objectifs.

La règle revêt une importance fondamentale pour le fonctionnement du système de justice criminelle. Comme on l'explique dans l'arrêt *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, à la p. 105:

Le principe confère en effet à l'agent de la paix le pouvoir de promettre explicitement ou implicitement le secret à ses indicateurs, avec la garantie sanctionnée par la loi que cette promesse sera tenue même en cour, et de recueillir en contrepartie de cette promesse, des renseignements sans lesquels il lui serait extrêmement difficile d'exercer ses fonctions et de faire respecter le droit criminel.

Dans l'arrêt *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, à la p. 994, le juge Cory souligne l'importance accrue de la règle dans les enquêtes en matière de drogues:

La valeur des indicateurs pour les enquêtes policières est depuis longtemps reconnue. Depuis que le crime existe, ou du moins depuis qu'il y a des poursuites criminelles, les indicateurs jouent un rôle important dans les enquêtes policières. Peut-être est-il vrai que certains indicateurs agissent contre rémunération ou dans leur propre intérêt. Peu importe leur mobile, les indicateurs sont dans une position précaire et jouent un rôle dangereux.

Le rôle des indicateurs dans les affaires de drogues est particulièrement important et dangereux. Ils fournissent souvent à la police le seul moyen d'obtenir des renseignements sur les opérations et le fonctionnement des

works. . . . The investigation often will be based upon a relationship of trust between the police officer and the informer, something that may take a long time to establish. The safety, indeed the lives, not only of informers but also of the undercover police officers will depend on that relationship of trust.

In most cases, the identity of the informer is known to the police. However, in cases like the instant one, the identity of the informer is unknown to everyone including the Crime Stoppers' agent who received the call. The importance of the informer privilege rule in cases where the identity of the informer is anonymous was stressed by the California Court of Appeal in *People v. Callen*, 194 Cal.App.3d 558 (1987). The court, in holding that the police have no duty to determine or disclose the identity of anonymous informers, stated at p. 587:

Such an investigatory burden would not only be onerous and frequently futile, it would destroy programs such as Crimestoppers by removing the guarantee of anonymity. Anonymity is the key to such a program. It is the promise of anonymity which allays the fear of criminal retaliation which otherwise discourages citizen involvement in reporting crime. In turn, by guaranteeing anonymity, Crimestoppers provides law enforcement with information it might never otherwise obtain. We are satisfied the benefits of a Crimestoppers-type program — citizen involvement in reporting crime and criminals — far outweigh any speculative benefits to the defense arising from imposing a duty on law enforcement to gather and preserve evidence of the identity of informants who wish to remain anonymous.

Informer privilege is of such importance that once found, courts are not entitled to balance the benefit enuring from the privilege against countervailing considerations, as is the case, for example, with Crown privilege or privileges based on Wigmore's four-part test: J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at pp. 805-6. In *Bisaillon v. Keable*, *supra*, this Court contrasted informer privilege with Crown privilege in this regard. In Crown privilege, the judge may review the information and in the last resort revise the minister's

réseaux de trafiquants [. . .] L'enquête repose souvent sur la confiance qui s'établit entre le policier et l'indicateur; or, cette confiance peut être fort longue à obtenir. La sécurité, voire la vie, non seulement des indicateurs mais encore des agents d'infiltrations, dépendent de cette confiance.

Dans la plupart des cas, l'identité de l'indicateur est connue de la police. Toutefois, dans des cas comme la présente affaire, personne, y compris l'agent d'Échec au crime qui a reçu l'appel, ne connaît l'identité de l'indicateur. Dans l'arrêt *People c. Callen*, 194 Cal.App.3d 558 (1987), la Cour d'appel de la Californie a souligné l'importance de la règle du privilège relatif aux indicateurs de police dans les cas où l'indicateur est anonyme. Décidant que la police n'était nullement tenue d'établir ou de révéler l'identité de l'indicateur anonyme, la cour affirme ceci, à la p. 587:

[TRADUCTION] Un tel fardeau en matière d'enquête serait non seulement onéreux et souvent futile, mais détruirait des programmes tels qu'Échec au crime en supprimant la garantie d'anonymat. L'anonymat est la clé de ces programmes. C'est la promesse d'anonymat qui dissipe la crainte de représailles criminelles qui, autrement, dissuaderait les citoyens de signaler des crimes. Par contre, en garantissant l'anonymat, Échec au crime fournit aux autorités chargées d'appliquer la loi des renseignements qu'elles ne pourraient peut-être jamais obtenir autrement. Nous sommes convaincus que l'avantage d'un programme du genre Échec au crime — la participation des citoyens à la dénonciation du crime et des criminels — l'emporte de loin sur tout avantage hypothétique que procurerait à la défense le fait d'imposer, aux autorités chargées d'appliquer la loi, l'obligation de recueillir et de préserver la preuve de l'identité des indicateurs qui souhaitent conserver l'anonymat.

Le privilège relatif aux indicateurs de police revêt une telle importance qu'une fois qu'ils ont conclu à son existence, les tribunaux ne peuvent pas soupeser l'avantage qui en découle en fonction de facteurs compensatoires comme, par exemple, le privilège de la Couronne ou les privilèges fondés sur le critère à quatre volets de Wigmore: J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), aux pp. 805 et 806. Dans l'arrêt *Bisaillon c. Keable*, précité, notre Cour a comparé, à cet égard, le privilège relatif aux indicateurs de police et celui de la Couronne.

11

12

decisions by weighing the two conflicting interests, that of maintaining secrecy and that of doing justice. The Court stated at pp. 97-98:

This procedure, designed to implement Crown privilege, is pointless in the case of secrecy regarding a police informer. In this case, the law gives the Minister, and the Court after him, no power of weighing or evaluating various aspects of the public interest which are in conflict, since it has already resolved the conflict itself. It has decided once and for all, subject to the law being changed, that information regarding police informers' identity will be, because of its content, a class of information which it is in the public interest to keep secret, and that this interest will prevail over the need to ensure the highest possible standard of justice.

Accordingly, the common law has made secrecy regarding police informers subject to a special system with its own rules, which differ from those applicable to Crown privilege.

13 The Court in *Bisaillon v. Keable* summed the matter up by asserting that the application of informer privilege "does not depend on the judge's discretion, as it is a legal rule of public order by which the judge is bound" (p. 93).

14 In summary, informer privilege is of such importance that it cannot be balanced against other interests. Once established, neither the police nor the court possesses discretion to abridge it.

(b) *Who May Claim Informer Privilege?*

15 The privilege belongs to the Crown: *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Ontario Health Records)*, [1981] 2 S.C.R. 494. However, the Crown cannot, without the informer's consent, waive the privilege either expressly or by implication by not raising it: *Bisaillon v. Keable*, *supra*, at p. 94. In that sense, it

Dans le cas du privilège de la Couronne, le juge peut examiner les renseignements et, en dernier ressort, réviser la décision du ministre en soulevant les deux intérêts opposés, c.-à-d. l'intérêt qu'il y a à garder le secret et celui qu'il y a à rendre la justice. La Cour affirme, aux pp. 97 et 98:

Cette procédure propre à la mise en œuvre du privilège de la Couronne se trouve sans objet dans le cas du secret relatif à l'indicateur de police. Dans ce cas en effet, la loi ne laisse au ministre et au juge après lui aucun pouvoir d'appréciation ou d'évaluation des divers aspects de l'intérêt public qui entrent en conflit puisqu'elle a déjà elle-même tranché ce conflit. Elle a déjà décidé une fois pour toute, et sous réserve d'un changement apporté à la loi, que les renseignements relatifs à l'identité des indicateurs de police forment, à cause de leur contenu, une classe de renseignements qu'il est dans l'intérêt public de garder secrets et que cet intérêt l'emporte sur la nécessité de rendre une justice plus parfaite.

Ainsi donc, la *common law* a soumis le secret relatif aux indicateurs de police à un régime spécifique dont les règles lui sont particulières et se distinguent de celles qui régissent le privilège de la Couronne.

Dans l'arrêt *Bisaillon c. Keable*, la Cour a résumé la question en affirmant que l'application du privilège relatif aux indicateurs de police «ne relève en rien de la discrétion du juge car c'est une règle juridique d'ordre public qui s'impose au juge» (p. 93).

En somme, le privilège relatif aux indicateurs de police revêt une telle importance qu'il ne saurait être soulevé en fonction d'autres intérêts. Une fois que son existence est établie, ni la police ni les tribunaux n'ont le pouvoir discrétionnaire de le restreindre.

b) *Qui peut revendiquer le privilège relatif aux indicateurs de police?*

Le privilège appartient au ministère public: *Soliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494. Cependant, le ministère public ne peut, sans le consentement de l'indicateur, renoncer au privilège ni explicitement, ni implicitement en ne l'invoquant pas: *Bisaillon c. Keable*, précité, à la

also belongs to the informer. This follows from the purpose of the privilege, being the protection of those who provide information to the police and the encouragement of others to do the same. This is the second reason why the police and courts do not have a discretion to relieve against the privilege.

The fact that the privilege also belongs to the informer raises special concerns in the case of anonymous informants, like those who provide telephone tips to Crime Stoppers. Since the informer whom the privilege is designed to protect and his or her circumstances are unknown, it is often difficult to predict with certainty what information might allow the accused to identify the informer. A detail as innocuous as the time of the telephone call may be sufficient to permit identification. In such circumstances, courts must exercise great care not to unwittingly deprive informers of the privilege which the law accords to them.

(c) *The Scope of Informer Privilege*

Connected as it is to the essential effectiveness of the criminal law, informer privilege is broad in scope. While developed in criminal proceedings, it applies in civil proceedings as well: *Bisaillon v. Keable, supra*. It applies to a witness on the stand. Such a person cannot be compelled to state whether he or she is a police informer: *Bisaillon v. Keable, supra*. And it applies to the undisclosed informant, the person who although never called as a witness, supplies information to the police. Subject only to the "innocence at stake" exception, the Crown and the court are bound not to reveal the undisclosed informant's identity.

Informer privilege prevents not only disclosure of the name of the informant, but of any information which might implicitly reveal his or her identity. Courts have acknowledged that the smallest details may be sufficient to reveal identity. In *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, at p. 1460,

p. 94. En ce sens, il appartient aussi à l'indicateur. Cela découle de l'objet du privilège, qui est de protéger ceux qui fournissent des renseignements à la police et d'encourager les autres à en faire autant. C'est la seconde raison pour laquelle la police et les tribunaux n'ont pas le pouvoir discrétionnaire de faire exception au privilège.

Le fait que le privilège appartient aussi à l'indicateur soulève des préoccupations particulières dans le cas d'indicateurs anonymes comme ceux qui donnent des informations par téléphone à Échec au crime. Étant donné qu'on ignore l'identité et la situation de l'indicateur que le privilège vise à protéger, il est souvent difficile de prédire avec certitude quel renseignement pourra permettre à l'accusé de l'identifier. Un détail aussi anodin que l'heure de l'appel téléphonique peut suffire à l'identification. En pareilles circonstances, les tribunaux doivent bien prendre soin de ne pas priver involontairement les indicateurs du privilège que la loi leur accorde.

c) *La portée du privilège relatif aux indicateurs de police*

Compte tenu de son rapport avec l'efficacité fondamentale du droit criminel, le privilège relatif aux indicateurs de police a une large portée. Bien qu'il ait été établi en matière criminelle, il s'applique également en matière civile: *Bisaillon c. Keable*, précité. Il s'applique au témoin appelé à la barre, qui ne peut être contraint de dire s'il est un indicateur de police: *Bisaillon c. Keable*, précité. Il s'applique également à l'indicateur dont l'identité n'est pas révélée, celui qui n'est jamais appelé à témoigner mais qui fournit des renseignements à la police. Sous réserve seulement de l'exception concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé, le ministère public et le tribunal doivent s'abstenir d'identifier l'indicateur dont l'identité n'a pas été révélée.

Le privilège relatif aux indicateurs de police empêche non seulement la divulgation de leur nom, mais aussi de tout renseignement susceptible d'en révéler implicitement l'identité. Les tribunaux ont reconnu que même les détails les plus infimes peuvent permettre d'identifier quelqu'un. Dans

16

17

18

Sopinka J. suggested that trial judges, when editing a wiretap packet, consider:

... whether the identities of confidential police informants, and consequently their lives and safety, may be compromised, bearing in mind that such disclosure may occur as much by reference to the nature of the information supplied by the confidential source as by the publication of his or her name;

This principle was also confirmed by the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Hardy* (1994), 45 B.C.A.C. 146, at p. 149:

It is well recognized that information which might identify a confidential informant need not be disclosed to the Justice of the Peace or at trial.

Similarly, McEachern C.J.B.C. in the case at bar suggested (at para. 35) that an “accused may know that only some very small circle of persons, perhaps only one, may know an apparently innocuous fact that is mentioned in the document”. He noted: “The privilege is a hallowed one, and it should be respected scrupulously”.

19 The jurisprudence therefore suggests that the Crown must claim privilege over information that reveals the identity of the informant or that may implicitly reveal identity. In many cases, the Crown will be able to contact the informer to determine the extent of information that can be released without jeopardizing the anonymity of the tipster. The informer is the only person who knows the potential danger of releasing those facts to the accused. The difficulty in this case is that the identity of the informer is unknown. Therefore, the Crown is not in a position to determine whether any part of the information could reveal his or her identity. This led the Crown in the case at bar to claim privilege for all of the information provided by the informer. The extension of privilege to all information that could identify an informant justifi-

l'arrêt *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, à la p. 1460, le juge Sopinka suggère que les juges du procès qui révisent un rapport d'écoute électronique se posent la question suivante:

[TRADUCTION] ... l'identité des informateurs confidentiels de la police, et donc leur vie et leur sécurité, peuvent-elles être compromises, sachant que la divulgation peut résulter tout autant de la mention de la nature des renseignements fournis par la source confidentielle que par la révélation de son nom?

Ce principe a également été confirmé par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. c. Hardy* (1994), 45 B.C.A.C. 146, à la p. 149:

[TRADUCTION] Il est bien établi que les renseignements susceptibles de permettre l'identification d'un indicateur confidentiel n'ont pas à être divulgués au juge de paix ou au procès.

De même, en l'espèce, le juge en chef McEachern laisse entendre (au par. 35) [TRADUCTION] «qu'il se peut que l'accusé sache que seul un cercle très restreint de personnes, voire une seule personne, est susceptible d'être au courant d'un fait en apparence anodin qui est mentionné dans le document». Il souligne «Le privilège est sacré et doit être respecté scrupuleusement».

Il ressort donc de la jurisprudence que le ministère public doit revendiquer un privilège à l'égard des renseignements qui révèlent l'identité de l'indicateur ou qui sont susceptibles d'en révéler implicitement l'identité. Dans bien des cas, le ministère public sera en mesure de communiquer avec l'indicateur pour déterminer quels sont les renseignements qui pourront être divulgués sans mettre son anonymat en péril. L'indicateur est la seule personne qui connaisse les risques que comporte la divulgation de ces faits à l'accusé. La difficulté en l'espèce c'est que l'identité de l'indicateur est inconnue. Le ministère public n'est donc pas en mesure de déterminer si une partie des renseignements est susceptible d'en révéler l'identité. C'est ce qui a amené le ministère public, en l'espèce, à revendiquer un privilège à l'égard de tous les renseignements fournis par l'indicateur. L'extension du privilège à l'ensemble des renseignements susceptibles de permettre l'identification

fies this claim in the case of an anonymous informant.

(d) *The “Innocence at Stake” Exception*

Informant privilege is subject only to one exception, known as the “innocence at stake” exception. Lord Esher, M.R., described this exception in *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.), at p. 498:

... if upon the trial of a prisoner the judge should be of opinion that the disclosure of the name of the informant is necessary or right in order to shew the prisoner’s innocence, then one public policy is in conflict with another public policy, and that which says that an innocent man is not to be condemned when his innocence can be proved is the policy that must prevail.

In *Bisaillon v. Keable*, *supra*, this Court held (at p. 93):

The rule is subject to only one exception, imposed by the need to demonstrate the innocence of an accused person.

As Cory J. stated in *Scott*, *supra*, at pp. 995-96:

In our system the right of an individual accused to establish his or her innocence by raising a reasonable doubt as to guilt has always remained paramount.

In order to raise the “innocence at stake” exception to informant privilege, there must be a basis on the evidence for concluding that disclosure of the informant’s identity is necessary to demonstrate the innocence of the accused: *R. v. Chiarantano*, [1990] O.J. No. 2603 (C.A.), *per* Brooke J.A., *aff’d* [1991] 1 S.C.R. 906. In *Chiarantano*, the possibility that the information provided by the informant regarding the arrival at a residence of drugs later found in the possession of the accused might conflict with the evidence of the accused was held not to raise a basis for disclosure pursuant to the “innocence at stake” exception. The court held that the usefulness of the information was speculative and that mere speculation that the information might assist the defence is insufficient. If speculation sufficed to remove the privi-

d’un indicateur justifie de le revendiquer dans le cas d’un indicateur anonyme.

d) *L’exception concernant la démonstration de l’innocence de l’accusé*

Le privilège relatif aux indicateurs de police ne souffre qu’une exception, celle concernant la démonstration de l’innocence de l’accusé, qui est ainsi décrite par le maître des rôles lord Esher, dans l’arrêt *Marks c. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.), à la p. 498:

[TRADUCTION] . . . si au procès d’un accusé le juge est d’avis qu’il est nécessaire ou juste de divulguer le nom de l’indicateur pour démontrer l’innocence de l’accusé, il y a alors conflit entre deux principes et c’est celui selon lequel il ne faut pas condamner un innocent lorsqu’il est possible de prouver son innocence qui doit l’emporter.

Dans l’arrêt *Bisaillon c. Keable*, précité, notre Cour conclut, à la p. 93:

Ce principe ne souffre qu’une exception imposée par la nécessité de démontrer l’innocence de l’accusé.

Comme le juge Cory l’affirme dans l’arrêt *Scott*, précité, aux pp. 995 et 996:

Dans notre système, le droit d’une personne accusée de démontrer son innocence en faisant naître un doute raisonnable au sujet de sa culpabilité a toujours primé.

Pour pouvoir opposer au privilège relatif aux indicateurs de police l’exception concernant la démonstration de l’innocence de l’accusé, la preuve doit révéler l’existence d’un motif de conclure que la divulgation de l’identité de l’indicateur est nécessaire pour démontrer l’innocence de l’accusé: *R. c. Chiarantano*, [1990] O.J. No. 2603 (C.A.), le juge Brooke, *conf. par* [1991] 1 R.C.S. 906. Dans l’affaire *Chiarantano*, on a jugé que la possibilité de conflit entre le témoignage de l’accusé et les renseignements fournis par un indicateur au sujet de l’arrivée, dans une résidence, de drogues subséquemment trouvées en la possession de l’accusé ne justifiait pas la divulgation conformément à l’exception concernant la démonstration de l’innocence de l’accusé. La cour a statué que l’utilité des renseignements était hypothétique et

lege, little if anything would be left of the protection which the privilege purports to accord.

- 22 On the other hand, circumstances may arise where the evidence establishes a basis for the exception, as where the informer is a material witness to the crime or acted as an *agent provocateur*: see *Scott, supra*. Where such a basis is established, the privilege must yield to the principle that a person is not to be condemned when his or her innocence can be proved.

(e) *Informer Privilege and the Charter*

- 23 It has been suggested (although not by the appellant) that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, as interpreted in *Stinchcombe, supra*, has introduced another exception to the informer privilege rule based on the right to full disclosure of documents in the Crown's possession in aid of the *Charter* guarantee of the right to make full answer and defence: D. M. Tanovich "When Does *Stinchcombe* Demand that the Crown Reveal the Identity of a Police Informer?" (1995), 38 C.R. (4th) 202. According to this argument, "innocence at stake" would no longer be the only exception to the informer privilege rule.

- 24 This argument rests on a right to disclosure broader than any which this Court has enunciated. In *Stinchcombe, supra*, the right to disclosure of Crown documents was expressly made subject to two conditions: relevance (to be interpreted generously as including all that is not clearly irrelevant) and privilege. The right to disclosure was not to trump privilege. Any doubt about its application to informer privilege was expressly negated (at p. 335):

que la simple supposition qu'ils pourraient être utiles à la défense était insuffisante. Si des conjectures suffisaient à faire tomber le privilège, la protection que celui-ci est censé accorder s'en trouverait pratiquement sinon totalement anéantie.

En revanche, il peut y avoir des circonstances où la preuve révèle l'existence d'un motif de recourir à l'exception, comme dans le cas où l'indicateur est un témoin essentiel du crime ou a agi comme agent provocateur: voir *Scott*, précité. Lorsque l'existence d'un tel motif est établie, le privilège doit céder le pas au principe selon lequel il ne faut pas condamner une personne lorsqu'il est possible de prouver son innocence.

e) *Le privilège relatif aux indicateurs de police et la Charte*

On a laissé entendre (quoique ce ne soit pas l'appellant) que la *Charte canadienne des droits et libertés*, telle qu'interprétée dans l'arrêt *Stinchcombe*, précité, a créé une autre exception à la règle du privilège relatif aux indicateurs de police, qui repose sur le droit à la divulgation intégrale des documents en la possession du ministère public à l'appui du droit à une défense pleine et entière garanti par la *Charte*: D. M. Tanovich, «When Does *Stinchcombe* Demand that the Crown Reveal the Identity of a Police Informer?» (1995), 38 C.R. (4th) 202. Suivant cet argument, l'exception concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé ne serait plus la seule exception à la règle du privilège relatif aux indicateurs de police.

Cet argument repose sur un droit à la divulgation plus large que tous ceux que notre Cour a énoncés. Dans l'arrêt *Stinchcombe*, précité, le droit à la divulgation des documents du ministère public a été expressément assujéti à deux conditions: la pertinence (tout ce qui, suivant une interprétation généreuse, n'est pas manifestement non pertinent) et l'existence d'un privilège. Le droit à la divulgation ne devait pas éclipser le privilège. Tout doute concernant son application au privilège relatif aux indicateurs de police a été expressément écarté (à la p. 335):

... it is suggested that disclosure may put at risk the security and safety of persons who have provided the prosecution with information. No doubt measures must occasionally be taken to protect the identity of witnesses and informers. Protection of the identity of informers is covered by the rules relating to informer privilege and exceptions thereto. . . . [Emphasis added.]

In *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, and *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536, this Court in dealing with disclosure of third party medical and therapeutic records, did not suggest that the informer privilege rule had been altered by the requirement of Crown disclosure, under the *Charter*. Rather, it appears to have endorsed the common law rule: “so important is the societal interest in preventing a miscarriage of justice that our law requires the state to disclose the identity of an informer in certain circumstances, despite the fact that the revelation may jeopardize the informer’s safety”: *O'Connor*, *supra*, at para. 18, *per* Lamer C.J. and Sopinka J. The comments of L’Heureux-Dubé J. in *A. (L.L.) v. B. (A.)*, *supra*, at paras. 37 and 69, are to the same effect. This Court has consistently affirmed that it is a fundamental principle of justice, protected by the *Charter*, that the innocent must not be convicted: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 611; *Stinchcombe*, *supra*; *O'Connor*, *supra*. To the extent that rules and privileges stand in the way of an innocent person establishing his or her innocence, they must yield to the *Charter* guarantee of a fair trial. The common law rule of informer privilege, however, does not offend this principle. From its earliest days, the rule has affirmed the priority of the policy of the law “that an innocent man is not to be condemned when his innocence can be proved” by permitting an exception to the privilege where innocence is at stake: *Marks v. Beyfus*, *supra*. It is therefore not surprising that this Court has repeatedly referred to informer privilege as an example of the policy of

... on prétend que la divulgation peut compromettre la sécurité des personnes qui ont fourni des renseignements à la poursuite. Sans doute des mesures doivent-elles être prises à l’occasion pour protéger l’identité de témoins et d’indicateurs. La protection de l’identité des indicateurs est régie par les règles concernant le privilège relatif aux indicateurs et par les exceptions à ces règles . . . [Je souligne.]

Dans les arrêts *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, et *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536, où elle devait se prononcer sur la divulgation de dossiers médicaux et thérapeutiques en la possession de tiers, notre Cour n’a pas laissé entendre que la règle du privilège relatif aux indicateurs de police avait été modifiée par l’obligation de divulgation qui incombe au ministère public en vertu de la *Charte*. Elle paraît plutôt avoir endossé la règle de common law selon laquelle «l’intérêt de la société à ce que soit évitée toute erreur judiciaire est tellement important que notre droit exige de l’État qu’il divulgue l’identité d’un indicateur dans certaines circonstances, même si la révélation de son identité risque de mettre sa sécurité en danger»: *O'Connor*, précité, au par. 18, le juge en chef Lamer et le juge Sopinka. Les commentaires du juge L’Heureux-Dubé dans *A. (L.L.) c. B. (A.)*, précité, aux par. 37 et 69, vont dans le même sens. Notre Cour a constamment affirmé 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. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 611; *Stinchcombe*, précité; *O'Connor*, précité. Dans la mesure où des règles et privilèges empêchent une personne innocente d’établir son innocence, ils doivent céder le pas au droit à un procès équitable garanti par la *Charte*. Or, la règle de common law du privilège relatif aux indicateurs de police ne contrevient pas à ce principe. Dès son origine, la règle a reconnu la priorité du principe de droit selon lequel [TRADUCTION] «il ne faut pas condamner un innocent lorsqu’il est possible de prouver son innocence», en permettant de faire exception au privilège dans le cas où l’innocence d’une personne est en jeu: *Marks c. Beyfus*, précité. Il n’est donc pas étonnant que notre Cour ait, à maintes reprises, décrit le privilège relatif aux indicateurs de police comme un exemple du principe de droit voulant qu’on ne doive pas condamner une per-

the law that the innocent should not be convicted, rather than as a deviation from it.

25 I find no inconsistency between the *Charter* right to disclosure of Crown documents affirmed in *Stinchcombe, supra*, and the common law rule of informer privilege.

(f) *Informer Privilege and Challenges to Search Warrants*

26 Where the accused seeks to establish that a search warrant was not supported by reasonable grounds, the accused may be entitled to information which may reveal the identity of an informer notwithstanding informer privilege “in circumstances where it is absolutely essential”: *Scott, supra*, at p. 996. “Essential” circumstances exist where the accused establishes the “innocence at stake” exception to informer privilege. Such a case might arise, for example, where there is evidence suggesting that the goods seized in execution of the warrant were planted. To establish that the informer planted the goods or had information as to how they came to be planted, the accused might properly seek disclosure of information that may incidentally reveal the identity of the informer.

27 Absent a basis for concluding that disclosure of the information that may reveal the identity of the informer is necessary to establish the innocence of the accused, the information remains privileged and cannot be produced, whether on a hearing into the reasonableness of the search or on the trial proper.

(g) *Judicial Editing*

28 The ultimate issue on this appeal is whether the trial judge erred in editing the tip sheet to remove references to the informer’s identity and in ordering the edited sheet disclosed to the appellant. In addressing this question, I have regard to the fol-

sonne innocente, plutôt que comme une dérogation à ce principe.

Je ne vois donc aucune incompatibilité entre le droit, garanti par la *Charte*, à la divulgation des documents du ministère public, qui est confirmé dans *Stinchcombe*, précité, et la règle de common law du privilège relatif aux indicateurs de police.

f) *Le privilège relatif aux indicateurs de police et la contestation de mandats de perquisition*

L’accusé qui cherche à établir qu’un mandat de perquisition n’était pas justifié par des motifs raisonnables peut, «dans les cas où cela [est] absolument essentiel», avoir droit à des renseignements susceptibles de révéler l’identité d’un indicateur, nonobstant le privilège relatif aux indicateurs de police: *Scott*, précité, à la p. 996. Cela est «essentiel» lorsque l’accusé établit que l’exception concernant la démonstration de l’innocence de l’accusé est opposable au privilège relatif aux indicateurs. Ce pourrait être le cas, par exemple, lorsqu’il y a des éléments de preuve qui portent à croire que les biens saisis en exécution du mandat sont le fruit d’un coup monté. Pour établir que l’indicateur est à l’origine du coup monté ou qu’il détient des renseignements sur la façon dont le coup a été monté, l’accusé pourrait à bon droit demander la divulgation de renseignements qui peuvent incidemment révéler l’identité de l’indicateur.

En l’absence d’un motif de conclure que la divulgation des renseignements susceptibles de révéler l’identité de l’indicateur est nécessaire pour établir l’innocence de l’accusé, cette information demeure privilégiée et ne peut être produite, que ce soit dans le cadre d’une audience portant sur le caractère raisonnable de la perquisition, ou au procès lui-même.

g) *La révision judiciaire*

La question que le présent pourvoi soulève en dernière analyse est de savoir si le juge du procès a commis une erreur en révisant la fiche de l’information communiquée par l’indicateur pour y supprimer toute mention de l’identité de ce dernier, et

lowing propositions, discussed above. Informer privilege is of great importance. Once established, the privilege cannot be diminished by or “balanced off against” other concerns relating to the administration of justice. The police and the court have no discretion to diminish it and are bound to uphold it. The only exception to the privilege is found where there is a basis to conclude that the information may be necessary to establish the innocence of the accused. The scope of the rule extends not only to the name of the informer, but to any details which might reveal the informer’s identity. It is virtually impossible for the court to know what details may reveal the identity of an anonymous informer. The same considerations apply on challenges to search warrants or wiretap authorizations.

These considerations suggest that anonymous tip sheets should not be edited with a view to disclosing them to the defence unless the accused can bring himself within the innocence at stake exception. To do so runs the risk that the court will deprive the informer of the privilege which belongs to him or her absolutely, subject only to the “innocence at stake” exception. It also undermines the efficacy of programs such as Crimestoppers, which depend on guarantees of anonymity to those who volunteer information on crimes.

The appellant relies on judicial editing of confidential material approved in challenges to wiretap authorizations. In *Garofoli, supra*, Sopinka J. stated at p. 1458: “Editing . . . is essential in cases in which confidential information is included in the affidavit filed in support of an authorization.” He added, “In determining what to edit, the judge will have regard for the rule against disclosure of

en ordonnant que la fiche ainsi révisée soit divulguée à l’appelant. Pour répondre à cette question, je tiens compte des propositions suivantes qui ont été examinées plus haut. Le privilège relatif aux indicateurs de police a une importance considérable. Une fois son existence établie, le privilège ne peut être réduit ou pondéré en fonction d’autres préoccupations relatives à l’administration de la justice. La police et les tribunaux n’ont pas le pouvoir discrétionnaire de le réduire et sont tenus de le faire respecter. La seule exception est le cas où il y a un motif de conclure que les renseignements en cause peuvent être nécessaires pour établir l’innocence de l’accusé. La règle s’applique non seulement en ce qui concerne le nom de l’indicateur, mais encore relativement à tout détail susceptible d’en révéler l’identité. Il est quasi impossible pour le tribunal de savoir quel détail peut permettre de révéler l’identité d’un indicateur anonyme. Les mêmes considérations s’appliquent à la contestation de mandats de perquisition ou d’autorisations d’écoute électronique.

Il ressort de ces propositions que les fiches d’information émanant d’une source anonyme ne devraient pas être révisées en vue de les divulguer à la défense, à moins que l’accusé ne puisse se prévaloir de l’exception concernant la démonstration de son innocence. Si cela était fait, on risquerait alors de voir le tribunal priver l’indicateur du privilège qui lui appartient de façon absolue, sous réserve seulement de l’exception concernant la démonstration de l’innocence de l’accusé. Cela minerait également l’efficacité de programmes comme Échec au crime, qui dépend de la garantie d’anonymat accordée à ceux qui fournissent volontairement des renseignements sur des crimes.

L’appelant invoque l’approbation de la révision judiciaire de documents confidentiels qui a été accordée dans des cas de contestation d’une autorisation d’écoute électronique. Dans l’arrêt *Garofoli*, précité, le juge Sopinka dit ceci, à la p. 1458: «La révision des documents est [. . .] essentielle quand l’affidavit produit à l’appui d’une demande d’autorisation contient des renseignements confidentiels.» Il ajoute: «Pour déterminer ce qu’il doit écarter, le juge tiendra compte de la règle interdi-

police informants.” A similar conclusion was reached *per Cory J.* in *Hunter, supra*.

31 These cases are distinguishable from the case at bar on two grounds. First, the informants in those cases were not anonymous, enabling the court to make judgments on what details might or might not reveal the identity of the informers. Second, the defence was seeking to review the affidavit or “Information to Obtain” filed in support of the application for the authorization, as distinguished from background documents and information. In the case at bar, the appellant had disclosure of the “Information to Obtain”. He knew the entire basis for the authorization. He wanted more — the details of the information given by the tipster. Those details, recorded by the police officer who received the call, were contained in a separate document. In *Hunter, Garofoli* and *Scott*, the combination of the known informant and the fact that what was at issue was the very document upon which the Crown relied to sustain the warrant or authorization, supported the approval for editing. The case here is quite different.

32 There may be cases where the informer and his circumstances are known, in which the court can be certain that what remains of an informant document after editing will not reveal the informer’s identity. When, however, as in the case at bar, it is impossible to determine which details of the information provided by an informer will or will not result in that person’s identity being revealed, then none of those details should be disclosed, unless there is a basis to conclude that the innocence at stake exception applies.

(h) *Procedure*

33 When an accused seeks disclosure of privileged informer information on the basis of the “innocence at stake” exception, the following procedure will apply. First, the accused must show some basis to conclude that without the disclosure sought his or her innocence is at stake. If such a

sant la divulgation de l’identité des indicateurs de la police.» Le juge Cory est arrivé à une conclusion semblable dans l’arrêt *Hunter*, précité.

Ces arrêts peuvent être distingués de la présente affaire à deux égards. Premièrement, les indicateurs dans ces affaires n’étaient pas anonymes, ce qui permettait à la cour de déterminer quels détails seraient susceptibles de révéler leur identité. Deuxièmement, la défense demandait à examiner l’affidavit ou la «dénonciation en vue d’obtenir» déposés à l’appui de la demande d’autorisation, ce qui est différent des documents et renseignements de base. Dans la présente affaire, l’appelant avait obtenu la divulgation de la «dénonciation en vue d’obtenir». Il connaissait tous les motifs de l’autorisation. Il en voulait davantage, savoir les détails de l’information communiquée par l’indicateur. Ces détails, consignés par le policier ayant reçu l’appel, figuraient dans un document distinct. Dans les affaires *Hunter, Garofoli* et *Scott*, l’approbation de la révision était justifiée par la combinaison de deux facteurs, à savoir le fait que l’identité de l’indicateur était connue et le fait que ce qui était en cause c’était le document même qu’invoquait le ministère public pour plaider la validité du mandat ou de l’autorisation. La présente affaire est fort différente.

Il se peut que, dans certains cas où l’identité et la situation de l’indicateur sont connues, le tribunal soit certain qu’une fois révisé le document de l’indicateur ne permettra pas d’identifier ce dernier. Toutefois, si, comme en l’espèce, il est impossible de déterminer quels détails de l’information communiquée par l’indicateur permettront d’en révéler l’identité, aucun de ces détails ne devra alors être divulgué, à moins qu’il n’y ait un motif de conclure que l’exception concernant la démonstration de l’innocence de l’accusé s’applique.

h) *La procédure*

Lorsqu’un accusé demande la divulgation de l’information privilégiée fournie par un indicateur en invoquant l’exception concernant la démonstration de son innocence, la procédure suivante s’applique. Premièrement, l’accusé doit montrer qu’il existe un motif de conclure que, sans la divulga-

basis is shown, the court may then review the information to determine whether, in fact, the information is necessary to prove the accused's innocence. If the court concludes that disclosure is necessary, the court should only reveal as much information as is essential to allow proof of innocence. Before disclosing the information to the accused, the Crown should be given the option of staying the proceedings. If the Crown chooses to proceed, disclosure of the information essential to establish innocence may be provided to the accused.

(i) *Application to the Case at Bar*

The identity of the anonymous informer was protected by informer privilege. The police and the courts were bound to protect the identity of the informant from disclosure. Given the anonymous nature of the tip, it was impossible to conclude whether the disclosure of details remaining after editing might be sufficient to reveal the identity of the informer to the accused and others who might have been involved in this crime and seeking retribution. It follows that the statement should not have been edited and ordered disclosed to the defence. The informer's privilege required nothing short of total confidentiality. As it was not established that the identity was necessary to establish the innocence of the accused, the privilege continued in place.

(2) The Relevance Argument

Southin J.A. in the Court of Appeal, speaking for the court on this point, allowed the appeal on the ground that the tip was merely part of the narrative and formed no part of the Crown's case. She noted it was not necessary to the Crown's application for a search warrant. What made the issuance of a search warrant reasonable was not the tip, but the observations of the police officer who subsequently investigated the locale with his dog. Nor did the tip form part of the Crown's case against the appellant, which rested solely on other

tion demandée, son innocence sera en jeu. Si l'existence d'un tel motif est établie, le tribunal pourra alors examiner l'information en cause pour déterminer si elle est effectivement nécessaire pour prouver l'innocence de l'accusé. S'il conclut que la divulgation est nécessaire, le tribunal ne devra révéler que les renseignements essentiels à l'établissement de l'innocence. Avant de divulguer l'information à l'accusé, le ministère public devrait pouvoir demander la suspension des procédures. Si le ministère public décide d'aller de l'avant, l'accusé pourra se faire communiquer les renseignements essentiels à l'établissement de son innocence.

i) *Application à la présente affaire*

L'identité de l'indicateur anonyme était protégée par le privilège relatif aux indicateurs de police. La police et les tribunaux étaient tenus de taire cette identité. Étant donné le caractère anonyme de l'information communiquée, il était impossible de déterminer si les détails subsistant après révision pourraient être suffisants pour révéler l'identité de l'indicateur à l'accusé et à d'autres personnes qui pourraient avoir été impliquées dans le crime et qui pourraient chercher à se venger. Il s'ensuit que la déclaration n'aurait pas dû être révisée et que sa divulgation à la défense n'aurait pas dû être ordonnée. Le privilège relatif aux indicateurs de police n'exigeait rien de moins que la confidentialité totale. Comme il n'a pas été établi que la divulgation de l'identité était nécessaire pour prouver l'innocence de l'accusé, le privilège continuait de s'appliquer.

(2) L'argument de la pertinence

Le juge Southin, s'exprimant au nom de la Cour d'appel sur ce point, a accueilli l'appel pour le motif que l'information communiquée par l'indicateur faisait simplement partie de l'exposé des faits et non de la preuve du ministère public. Elle a souligné que cette information n'était pas nécessaire à la demande de mandat de perquisition du ministère public. Le caractère raisonnable de la délivrance d'un mandat de perquisition tenait non pas à l'information communiquée par l'indicateur, mais aux observations que le policier avait

evidence. In response, the appellant argues that since the informer's information was not clearly irrelevant, and might conceivably be of assistance to the appellant, it fell within the *Stinchcombe* rule and disclosure was required.

effectuées, par la suite, en examinant les lieux avec son chien. L'information communiquée par l'indicateur ne faisait pas partie non plus de la preuve à charge contre l'appellant, laquelle reposait exclusivement sur d'autres éléments. L'appellant réplique que, parce qu'elle n'était pas manifestement non pertinente et qu'elle pourrait bien lui être utile, l'information communiquée par l'indicateur était visée par la règle de l'arrêt *Stinchcombe* et sa divulgation était nécessaire.

36 In view of my conclusion that the informer privilege deprives the appellant of any right to disclosure which might otherwise have arisen under *Stinchcombe*, it is not necessary for me to consider this argument.

Vu ma conclusion que le privilège relatif aux indicateurs de police prive l'appellant de tout droit à la divulgation qui aurait pu, par ailleurs, prendre naissance en vertu de l'arrêt *Stinchcombe*, il n'est pas nécessaire que j'examine cet argument.

B. *Did the Trial Judge Err in Declining to Allow the Crown to Delete the Reference to the Informer from the Material in Support of the Warrant?*

B. *Le juge du procès a-t-il commis une erreur en refusant de permettre au ministère public de supprimer la mention de l'indicateur dans la documentation à l'appui du mandat?*

37 The trial judge declined to permit the Crown to withdraw the reference to the tip from the "Information to Obtain" and defend the warrant without reference to it. In his view, this could not be done unless the appellant consented. In my view, this was an error.

Le juge du procès a refusé de permettre au ministère public de retirer de la «dénunciation en vue d'obtenir» la mention de l'information communiquée par l'indicateur et de plaider la validité du mandat sans mentionner cette information. À mon avis, c'était là une erreur.

38 The issue before the trial judge was whether there were reasonable grounds for the issuance of the warrant. If the Crown wished to limit its defence of the reasonableness of the warrant and subsequent search to particular grounds, it was entitled to do so. At the end of the day, the task of the judge was to make a ruling on reasonableness on the basis of the information relied on by the Crown.

La question que devait trancher le juge du procès était de savoir s'il y avait des motifs raisonnables de décerner le mandat. Si le ministère public souhaitait restreindre à des moyens particuliers sa défense du caractère raisonnable du mandat et de la perquisition qui a suivi, il avait le droit de le faire. En fin de compte, la tâche du juge consistait à décider du caractère raisonnable en fonction des renseignements invoqués par le ministère public.

39 If a warrant could not be sustained on less than all the information that was before the issuing officer, warrants based on edited supporting material could never be upheld. The law, however, is otherwise. As Sopinka J. stated in *Garofoli, supra*, at p. 1461: "If the Crown can support the authori-

Si la validité d'un mandat ne pouvait pas être plaidée sans mentionner tous les renseignements soumis à l'officier qui l'a décerné, la validité d'un mandat fondé sur des pièces justificatives révisées ne pourrait jamais être confirmée. Tel n'est pas, cependant, l'état du droit. Comme l'a dit le juge Sopinka dans l'arrêt *Garofoli*, précité, à la p. 1461: «Si le ministère public peut justifier l'autorisation

zation on the basis of the material as edited, the authorization is confirmed.”

In the case at bar, the appellant has not brought himself within the “innocence at stake” exception. Therefore, the trial judge should have permitted the Crown to defend the warrant on the material in the “Information to Obtain” with the reference to the Crime Stoppers’ tip deleted.

V. Conclusion

I would dismiss the appeal and confirm the order for a new trial.

The following are the reasons delivered by

L’HEUREUX-DUBÉ J. — I have read the reasons for judgment of McLachlin J. Like her, I am of the view that the details of the informer’s tip should not have been disclosed in this case. I also agree with her description of the general principles and procedure to be considered when the defence makes a request to see an anonymous tip. As it is not strictly necessary to do so, however, I prefer not to express an opinion regarding the *Charter* argument and other issues raised in her reasons.

I would dispose of the appeal as proposed by McLachlin J.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Michael D. Sanders, Vancouver.

Solicitor for the respondent: George Thomson, Ottawa.

Solicitors for the intervener: Clay & Company, Victoria.

sur le fondement des pièces révisées, l’autorisation est confirmée.»

Dans la présente affaire, l’appelant n’a pas établi qu’il était visé par l’exception concernant la démonstration de son innocence. En conséquence, le juge du procès aurait dû permettre au ministère public de plaider la validité du mandat au moyen des éléments contenus dans la «dénonciation en vue d’obtenir», après y avoir supprimé la mention de l’information communiquée à Échec au crime.

V. Conclusion

Je suis d’avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l’ordonnance de nouveau procès.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L’HEUREUX-DUBÉ — J’ai pris connaissance des motifs de Madame le juge McLachlin et je conviens avec elle que les détails de l’information communiquée par l’indicateur n’auraient pas dû être divulgués en l’espèce. Je souscris également à sa description de la procédure et des principes généraux qu’il y a lieu d’examiner lorsque la défense demande à consulter l’information reçue d’un indicateur anonyme. Cependant, comme il n’est pas strictement nécessaire de le faire, je préfère n’exprimer aucune opinion sur l’argument de la *Charte* et d’autres questions soulevées dans les motifs de ma collègue.

Je statuerais sur le pourvoi de la façon proposée par Madame le juge McLachlin.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l’appelant: Michael D. Sanders, Vancouver.

Procureur de l’intimée: George Thomson, Ottawa.

Procureurs de l’intervenante: Clay & Company, Victoria.

40

41

42

43

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Christian Marinus Jensen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. JENSEN

File No.: 25351.

1997: February 11.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Appeals to Supreme Court of Canada — Appeal as of right — Appeal not based on question of law alone — Appeal quashed.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1996), 90 O.A.C. 183, 106 C.C.C. (3d) 430, 47 C.R. (4th) 363, allowing the accused's appeal from his conviction of sexual assault. Appeal quashed.

Robert Kelly, for the appellant.

Bruce Duncan and *Shane Hickinbottom*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ SOPINKA J. — We are all of the view that this appeal is not based on a question of law alone. Accordingly, the appeal is quashed.

Judgment accordingly.

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

Solicitor for the respondent: Bruce Duncan, Toronto.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Christian Marinus Jensen *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. JENSEN

N° du greffe: 25351.

1997: 11 février.

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

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

Droit criminel — Appels devant la Cour suprême du Canada — Appel de plein droit — Appel ne reposant pas sur une question de droit seulement — Appel annulé.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1996), 90 O.A.C. 183, 106 C.C.C. (3d) 430, 47 C.R. (4th) 363, qui a accueilli l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité d'agression sexuelle. Pourvoi annulé.

Robert Kelly, pour l'appelante.

Bruce Duncan et *Shane Hickinbottom*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — Nous sommes tous d'avis que le présent pourvoi ne repose pas sur une question de droit seulement. En conséquence, le pourvoi est annulé.

Jugement en conséquence.

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

Procureur de l'intimé: Bruce Duncan, Toronto.

Frances Ellen MacDonnell *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MACDONNELL

File No.: 25165.

1997: February 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Fair trial — Trial judge correct in finding that accused's right to make full answer and defence breached — Stay of proceedings restored.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1996), 148 N.S.R. (2d) 289, 429 A.P.R. 289, 47 C.R. (4th) 97, allowing the Crown's appeal from a judgment of MacDonald J. (1995), 141 N.S.R. (2d) 266, 403 A.P.R. 266, granting a stay of proceedings on a charge of non-capital murder. Appeal allowed.

Hector J. MacIsaac and Frank DeMont, for the appellant.*Robert C. Hagell*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

SOPINKA J. — In our opinion the trial judge was correct in finding that in the circumstances there was a breach of the appellant's right to make full answer and defence and we are satisfied that the trial judge did not err in exercising his discretion in finding that this was one of those clearest of cases in which to order a stay of proceedings.

Frances Ellen MacDonnell *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. MACDONNELL

N° du greffe: 25165.

1997: 13 février.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Procès équitable — Juge du procès ayant raison de conclure à l'existence d'une atteinte au droit de l'accusée à une défense pleine et entière — Arrêt des procédures rétabli.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1996), 148 N.S.R. (2d) 289, 429 A.P.R. 289, 47 C.R. (4th) 97, qui a accueilli l'appel du ministère public contre un jugement du juge MacDonald (1995), 141 N.S.R. (2d) 266, 403 A.P.R. 266, qui avait ordonné l'arrêt des procédures relatives à une accusation de meurtre non qualifié. Pourvoi accueilli.

Hector J. MacIsaac et Frank DeMont, pour l'appelante.*Robert C. Hagell*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — À notre avis, le juge du procès a eu raison de conclure qu'il y avait eu, dans les circonstances, atteinte au droit de l'appelante à une défense pleine et entière, et nous sommes convaincus que le juge du procès n'a commis aucune erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, en statuant qu'il s'agissait là de l'un des cas les plus manifestes où il convient d'ordonner l'arrêt des procédures.

2

The appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and the judgment of the trial judge staying the proceedings is restored.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Hector J. MacIsaac, Stellarton, Nova Scotia.

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

Le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et le jugement du juge du procès ordonnant l'arrêt des procédures est rétabli.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Hector J. MacIsaac, Stellarton, Nouvelle-Écosse.

Procureur de l'intimée: The Public Prosecution Service (Appeals Branch), Halifax.

Anne Marie Wicksted *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. WICKSTED

File No.: 25350.

1997: February 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Violation of accused's right to make full answer and defence — Notwithstanding breach of right to make full answer and defence, adjournment the appropriate remedy rather than a stay of proceedings.***Cases Cited****Referred to:** *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1996), 29 O.R. (3d) 144, 90 O.A.C. 374, 106 C.C.C. (3d) 385, allowing an appeal from a stay of proceedings ordered by Jenkins J. Appeal dismissed.

James Lockyer, for the appellant.*Scott C. Hutchison*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

SOPINKA J. — We agree with the thorough reasons of Goodman J.A. speaking for a unanimous Court of Appeal (1996), 29 O.R. (3d) 144, that although there was a breach of the appellant's right to make full answer and defence, the trial judge erred in the exercise of discretion in finding that this was one of those clearest of cases in which a stay was the only appropriate remedy. We agree with Goodman J.A. that in the circumstances of

Anne Marie Wicksted *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. WICKSTED

N° du greffe: 25350.

1997: 14 février.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Violation du droit de l'accusée de présenter une défense pleine et entière — Malgré la violation de ce droit, la réparation convenable était l'ajournement et non l'arrêt des procédures.***Jurisprudence****Arrêts mentionnés:** *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1996), 29 O.R. (3d) 144, 90 O.A.C. 374, 106 C.C.C. (3d) 385, qui a accueilli l'appel formé contre l'arrêt des procédures ordonné par le juge Jenkins. Pourvoi rejeté.

James Lockyer, pour l'appelante.*Scott C. Hutchison*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — Nous souscrivons aux motifs fouillés du juge Goodman, exposés pour la Cour d'appel à l'unanimité (1996), 29 O.R. (3d) 144, et selon lesquels, même s'il y a eu violation du droit de l'appelante de présenter une défense pleine et entière, le juge du procès a, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, commis une erreur en concluant qu'il s'agissait de l'un des cas les plus manifestes où l'arrêt des procédures était

this case an adjournment was the appropriate remedy.

² We would only add that the test for determining the degree of relevance required in order to attract the obligation of the Crown to produce is that set out in this Court's judgments in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, and *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411. The introduction of other language to describe this test such as "an air of reality" should be avoided.

³ The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Pinkofsky, Lockyer, Toronto.

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

la seule réparation convenable. Nous sommes d'accord avec le juge Goodman que, dans les circonstances du présent cas, la réparation convenable était un ajournement.

Nous tenons seulement à ajouter que le critère servant à déterminer le degré de pertinence requis pour faire entrer en jeu l'obligation du ministère public en matière de production de la preuve est celui qui a été énoncé dans les arrêts de notre Cour *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, et *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411. L'introduction d'autres termes, telle la «vraisemblance», pour décrire ce critère doit être évitée.

Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Pinkofsky, Lockyer, Toronto.

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

Alfred Goodswimmer, Keith Goodswimmer, Jerry Goodswimmer and Ron Sunshine on their own behalf and on behalf of other members of the Sturgeon Lake Indian Band, the Council of the Sturgeon Lake Indian Band, Mary Kappo, Mary Delphine Goodswimmer, Lucy Sunshine, Louise Redhead, Cecile Kiyawasew, Marina Plante, Florestine Chowace, Florence Standingribbon, Wilfred Goodswimmer and the Lesser Slave Lake Indian Regional Council *Appellants*

v.

The Attorney General of Canada, the Minister of Indian Affairs and Northern Development and Darlene Desjarlais, in her capacity as Chief of the Sturgeon Lake Indian Band *Respondents*

INDEXED AS: GOODSWIMMER v. CANADA (MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT)

File Nos.: 24737, 24745.

1997: February 18.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Appeals — Appeals to Supreme Court of Canada — Mootness — Court not exercising discretion to hear appeal notwithstanding mootness — Appeal quashed.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1995] 2 F.C. 389, 180 N.R. 184, 123 D.L.R. (4th) 93, [1995] 3 C.N.L.R. 72, affirming an order of the Federal Court, Trial Division (1993), 66 F.T.R. 279, [1994] 2 C.N.L.R. 56, answering a question of law. Appeal quashed.

Catherine M. Twinn, Martin J. Henderson and Philip P. Healey, for the appellants.

Alfred Goodswimmer, Keith Goodswimmer, Jerry Goodswimmer et Ron Sunshine en leur propre nom et en celui d'autres membres de la bande indienne de Sturgeon Lake, le conseil de la bande indienne de Sturgeon Lake, Mary Kappo, Mary Delphine Goodswimmer, Lucy Sunshine, Louise Redhead, Cecile Kiyawasew, Marina Plante, Florestine Chowace, Florence Standingribbon, Wilfred Goodswimmer et le Lesser Slave Lake Indian Regional Council *Appelants*

c.

Le procureur général du Canada, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et Darlene Desjarlais, en sa qualité de chef de la bande indienne de Sturgeon Lake *Intimés*

RÉPERTORIÉ: GOODSWIMMER c. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN)

Nos du greffe: 24737, 24745.

1997: 18 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Appels — Appels devant la Cour suprême du Canada — Caractère théorique — Cour n'exerçant pas son pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel en dépit de son caractère théorique — Appel annulé.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1995] 2 C.F. 389, 180 N.R. 184, 123 D.L.R. (4th) 93, [1995] 3 C.N.L.R. 72, qui a confirmé une ordonnance de la Cour fédérale, Section de première instance (1993), 66 F.T.R. 279, [1994] 2 C.N.L.R. 56, qui avait répondu à une question de droit. Pourvoi annulé.

Catherine M. Twinn, Martin J. Henderson et Philip P. Healey, pour les appelants.

Kirk N. Lambrecht, for the respondents the Attorney General of Canada and the Minister of Indian Affairs and Northern Development.

The judgment of the Court was delivered orally by

1 THE CHIEF JUSTICE — It has been conceded by the appellants that this appeal is moot. In all of the circumstances we are of the view that this is not one of those appeals in which the Court should exercise its discretion to hear the appeal notwithstanding its mootness.

2 Accordingly, this appeal is quashed. However, the Crown not having moved to quash with due diligence, costs of the appeal on a party to party basis are granted to the appellants.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellants: Catherine M. Twinn, Slave Lake, Alberta.

Solicitor for the respondents the Attorney General of Canada and the Minister of Indian Affairs and Northern Development: George Thomson, Ottawa.

Kirk N. Lambrecht, pour les intimés le procureur général du Canada et le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF — Les parties ont reconnu que le présent pourvoi est théorique. Compte tenu de toutes les circonstances, nous sommes d'avis que ce n'est pas un cas où notre Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre le pourvoi en dépit de son caractère théorique.

En conséquence, le pourvoi est annulé. Toutefois, étant donné que le ministère public n'a pas fait preuve de diligence raisonnable en demandant l'annulation, les dépens du pourvoi sont accordés comme entre parties aux appelants.

Jugement en conséquence.

Procureur des appelants: Catherine M. Twinn, Slave Lake, Alberta.

Procureur des intimés le procureur général du Canada et le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien: George Thomson, Ottawa.

Kirk Blaine Thompson *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. THOMPSON

File No.: 25142.

1997: February 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Committal for trial — Accused committed to stand trial on charge of possession of marijuana for purposes of trafficking — Sufficient evidence to commit to trial — Certiorari denied.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal, [1995] M.J. No. 538 (QL), affirming a decision of Nurgitz J. rendered January 23, 1995, dismissing the accused's application for *certiorari*. Appeal dismissed.

J. J. Gindin, for the appellant.

D. G. Frayer, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE — We are all of the view that there is evidence sufficient to justify a committal. Accordingly the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Gindin, Wolson, Simmonds, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: George Thomson, Ottawa.

Kirk Blaine Thompson *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. THOMPSON

N° du greffe: 25142.

1997: 19 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Renvoi à procès — Accusé renvoyé à procès relativement à une accusation de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic — Preuve suffisante pour justifier le renvoi à procès — Certiorari refusé.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba, [1995] M.J. No. 538 (QL), qui a confirmé la décision du juge Nurgitz rendue le 23 janvier 1995, qui avait rejeté la demande de *certiorari* de l'accusé. Pourvoi rejeté.

J. J. Gindin, pour l'appelant.

D. G. Frayer, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF — Nous sommes tous d'avis qu'il y a suffisamment de preuve pour justifier le renvoi à procès. En conséquence, le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Gindin, Wolson, Simmonds, Winnipeg.

Procureur de l'intimée: George Thomson, Ottawa.

Gerald Allan Naud *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. NAUD

File No.: 25309.

1997: February 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Charge to jury — Presumption that person living with a prostitute living off the avails of prostitution — Charge explaining terms of the section but not the meaning of “evidence to the contrary” — No error committed — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 212(3).

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 212(3).

APPEAL from a judgment of Court of Appeal for British Columbia (1996), 74 B.C.A.C. 257, 121 W.A.C. 257, 106 C.C.C. (3d) 348, dismissing an appeal from conviction by Harvey J. Appeal dismissed.

Peter M. Kendall, for the appellant.

William F. Ehrcke, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ CORY J. — We are in substantial agreement with the reasons of the majority in the Court of Appeal (1996), 74 B.C.A.C. 257, 121 W.A.C. 257, 106 C.C.C. (3d) 348. This case was relatively short and counsel reviewed the evidence extensively. The appellant neither testified nor called evidence.

² The trial judge adequately instructed the jury as to the evidence they could consider in determining

Gerald Allan Naud *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. NAUD

N° du greffe: 25309.

1997: 20 février.

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

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

Droit criminel — Exposé au jury — Présomption que la personne qui vit avec un prostitué ou une prostituée vit des produits de la prostitution — Exposé expliquant le texte de l'article mais non le sens de l'expression «preuve contraire» — Absence d'erreur — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 212(3).

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 212(3).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1996), 74 B.C.A.C. 257, 121 W.A.C. 257, 106 C.C.C. (3d) 348, qui a rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Harvey. Pourvoi rejeté.

Peter M. Kendall, pour l'appellant.

William F. Ehrcke, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE CORY — Nous souscrivons, pour l'essentiel, aux motifs de la Cour d'appel à la majorité (1996), 74 B.C.A.C. 257, 121 W.A.C. 257, 106 C.C.C. (3d) 348. Le présent dossier est relativement court et les avocats ont procédé à un examen approfondi de la preuve. L'appellant n'a ni témoigné ni produit une preuve.

Le juge du procès a donné au jury des directives suffisantes sur la preuve dont il pouvait tenir

whether the presumption in the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 212(3), had been rebutted. He advised them to consider all of the evidence as to how the appellant and the prostitute were living together in the apartment and the manner in which the finances were dealt with. With respect to the opinion of the minority in the Court of Appeal, it was not essential that the trial judge isolate and specify a “particular and severable” item of evidence that was capable of being evidence to the contrary.

This appeal which comes to us as of right is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Peter M. Kendall, Vancouver.

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

compte pour déterminer si la présomption du par. 212(3) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, avait été réfutée. Il leur a recommandé d'examiner toute la preuve sur la façon dont l'appelant et la prostituée cohabitaient en appartement et la façon dont les finances étaient traitées. Quant à l'opinion dissidente de la Cour d'appel, il n'était pas essentiel que le juge du procès isole et précise un élément de preuve [TRADUCTION] «particulier et dissociable» qui soit susceptible de constituer une preuve contraire.

Le présent pourvoi formé de plein droit est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: Peter M. Kendall, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Clayton Otis Jacquard *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. JACQUARD

File No.: 24660.

1996: October 10; 1997: February 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Criminal law — Trial — Charge to jury — Mental disorder — Murder — Trial judge canvassing accused's mental disorder evidence at length when discussing insanity defence — Whether trial judge erred in simply referring to this evidence when addressing "planning and deliberation" element of first degree murder — Whether jury properly charged on how accused's mental disorder evidence applied to issues of "planning and deliberation" and "intent".

Criminal law — Trial — Charge to jury — Mental disorder — Murder — Trial judge relating accused's mental disorder evidence to issue of "intention to commit murder" as part of his instructions regarding other offences and not earlier when issue arose — Whether trial judge's instructions on intent adequate.

Criminal law — Trial — Charge to jury — Consciousness of guilt — Accused charged with first degree murder — Murder weapon found by police hidden under skateboard ramp with no fingerprints on it — Accused admitting actus reus of offence — Whether trial judge properly instructed jury on inferences to be drawn from accused's concealment of murder weapon — If not, whether curative proviso applicable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Clayton Otis Jacquard *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. JACQUARD

N° du greffe: 24660.

1996: 10 octobre; 1997: 20 février.

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

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

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Troubles mentaux — Meurtre — Juge du procès procédant à une analyse détaillée de la preuve des troubles mentaux de l'accusé en examinant le moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en se contentant de mentionner cette preuve en abordant l'élément «préméditation et propos délibéré» du meurtre au premier degré? — Le jury a-t-il reçu des directives appropriées sur la façon dont la preuve des troubles mentaux de l'accusé s'appliquait aux questions d'«intention» et de «préméditation et propos délibéré»?

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Troubles mentaux — Meurtre — Juge du procès établissant un lien entre la preuve des troubles mentaux de l'accusé et la question de l'«intention de commettre un meurtre» dans le cadre de ses directives sur d'autres infractions et non avant lorsque cette question s'est posée — Les directives du juge du procès sur la question de l'intention étaient-elles suffisantes?

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Conscience de culpabilité — Accusé inculpé de meurtre au premier degré — Arme du crime découverte par la police sous une rampe de planche à roulettes et ne portant aucune empreinte digitale — Accusé admettant avoir accompli l'actus reus de l'infraction — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives appropriées sur les conclusions qu'il pouvait tirer de la dissimulation de l'arme du crime par l'accusé? — Dans la négative, la disposition réparatrice est-elle applicable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Criminal law — Trial — Charge to jury — Approach to be adopted by appellate courts when reviewing charges.

The accused was charged with first degree murder for the killing of his stepfather and with attempted murder for the shooting of his stepfather's companion. Two days after the incident, the weapon used by the accused was found by the police underneath a skateboard ramp and free of any fingerprints. At trial, the accused admitted that he had fired the gun shots that caused the death of his stepfather, but pleaded not guilty on the grounds that (1) he was not criminally responsible for his act by virtue of his mental disorder under s. 16 of the *Criminal Code*, and (2) he lacked the requisite intent to kill his stepfather. Defence psychiatrists testified that the accused suffered from a mental disorder at the relevant time, as a result of which he neither understood the nature or quality of his acts nor was capable of forming the intent to carry them out. In his lengthy charge to the jury, the trial judge reviewed extensively the evidence of the accused's mental disorder as it related to his s. 16 defence. When subsequently discussing the issue of "planning and deliberation", the trial judge chose not to repeat himself, indicating to the jury that "[i]n considering whether the murder was planned and deliberate you should consider all . . . the circumstances and all the evidence". The jury convicted the accused. On appeal from his conviction for first degree murder, the accused contended that the trial judge's instructions did not make it clear to the jury that the burden of proof on the issues of intent and "planning and deliberation" was on the Crown, and that the evidence relating to the accused's mental disorder ought to be reconsidered in relation to those issues. The accused also submitted that the trial judge misdirected the jury with respect to "consciousness of guilt" when he commented to them that the fact that an accused tries to hide or destroy evidence can be indicative of "consciousness of guilt". The Court of Appeal dismissed the accused's appeal.

Held (Sopinka, Cory and Major JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: As long as an appellate court, when looking at a trial judge's charge to the jury as a whole, concludes that the jury was left with a sufficient understand-

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Méthode devant être adoptée par les cours d'appel pour examiner des exposés au jury.

L'accusé a été inculpé de meurtre au premier degré relativement à l'assassinat de son beau-père, et de tentative de meurtre résultant des coups de feu tirés sur la compagne de ce dernier. Deux jours après l'épisode, la police a découvert, sous une rampe de planche à roulettes, l'arme que l'accusé avait utilisée et qui ne portait aucune empreinte digitale. Au procès, l'accusé a avoué avoir tiré les coups de feu ayant causé la mort de son beau-père, mais a plaidé non coupable en invoquant les motifs suivants: (1) sa responsabilité criminelle n'était pas engagée à l'égard de son acte parce qu'il était atteint de troubles mentaux, au sens de l'art. 16 du *Code criminel*, et (2) il n'avait pas eu l'intention requise de tuer son beau-père. Des psychiatres ont témoigné, pour la défense, qu'à l'époque pertinente l'accusé souffrait de troubles mentaux qui l'empêchaient de comprendre la nature ou la qualité de ses actes, ou de former l'intention de les accomplir. Dans un long exposé au jury, le juge du procès a procédé à un examen exhaustif de la preuve des troubles mentaux que l'accusé avait produite à l'appui de son moyen de défense fondé sur l'art. 16. En analysant, par la suite, les questions de la «préméditation et [du] propos délibéré», le juge du procès a choisi de ne pas se répéter, indiquant au jury qu'«[e]n examinant si le meurtre a été commis avec préméditation et de propos délibéré, vous devriez tenir compte [. . .] de toutes les circonstances et de toute la preuve». Le jury a reconnu l'accusé coupable. Lors de l'appel interjeté à l'encontre de sa déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré, l'accusé a soutenu que les directives du juge du procès n'indiquaient pas clairement au jury que le fardeau de preuve relativement aux questions d'intention et de «préméditation et propos délibéré» incombait au ministère public, et que la preuve des troubles mentaux de l'accusé devait être réexaminée en fonction de ces questions. L'accusé a également allégué que le juge du procès avait donné au jury des directives erronées sur la «conscience de culpabilité» en leur disant que le fait qu'un accusé tente de cacher ou de détruire un élément de preuve peut être un indice de «conscience de culpabilité». La Cour d'appel a rejeté l'appel de l'accusé.

Arrêt (les juges Sopinka, Cory et Major sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier: Les directives sont appropriées dans la mesure où, en examinant l'ensemble de l'exposé d'un juge du procès au jury, une cour d'appel

ing of the facts as they relate to the relevant issues, the charge is proper. Here, the trial judge thoroughly canvassed the evidence of the accused's mental disorder when he discussed the s. 16 defence and he was not required to restate this evidence when addressing the "planned and deliberate" issue. By directing the jury to reconsider all of the circumstances and evidence, he fulfilled his obligation to relate the essential evidence of the accused's mental disorder to that issue. As well, even though the trial judge did not relate the mental disorder evidence to the issue of intention when the issue arose, but only later as part of his instructions regarding manslaughter and attempted murder, his charge read in its entirety made it clear to the jury, prior to its deliberations, that intention could be negated by the evidence of the accused's mental disorder. While this aspect of the charge may not have been perfect, it was proper and fair.

The jury was properly instructed on how the mental disorder evidence applied to each live legal issue. In his charge, the trial judge clearly indicated that the Crown had the burden of proving all the elements of first degree murder, including "planning and deliberation", beyond a reasonable doubt, and that this was a different burden from that imposed on the accused under the s. 16 defence. The jurors also fully understood that even if they concluded that the accused had not adequately established a s. 16 defence, the other defences were still open. The trial judge did not tell the jury to disregard the evidence of mental disorder if the s. 16 defence was not proven. In fact, he expressly instructed otherwise. Further, a trial judge need not instruct a jury on the finer distinctions of the manner in which an accused's mental incapacity can undermine his capacity to intend as opposed to his capacity to plan and deliberate. It is sufficient if his instructions, when read as a whole, make the jury aware that the evidence of the accused's mental disorder needs to be considered on each issue, and do not mislead the jury into thinking that a finding of planning and deliberation necessarily follows from a finding of

conclut que le jury avait une compréhension suffisante des faits relatifs aux questions pertinentes. En l'espèce, le juge du procès a analysé minutieusement la preuve des troubles mentaux de l'accusé lorsqu'il a examiné le moyen de défense fondé sur l'art. 16, et il n'était pas tenu de répéter cette preuve lorsqu'il a examiné la question de la «préméditation et [du] propos délibéré». En demandant au jury de réexaminer toutes les circonstances et tous les éléments de preuve, il s'est acquitté de son obligation d'établir un lien entre la preuve essentielle des troubles mentaux de l'accusé et cette question. De même, bien que le juge du procès ait établi un lien entre la preuve des troubles mentaux et la question de l'intention, non pas au moment où cette question s'est posée, mais seulement plus tard dans le cadre de ses directives sur l'homicide involontaire coupable et la tentative de meurtre, il ressort de son exposé au complet qu'il a clairement indiqué au jury, avant ses délibérations, que l'intention pouvait être neutralisée par la preuve des troubles mentaux de l'accusé. Même si cette partie de l'exposé n'était peut-être pas parfaite, elle était certainement juste et équitable.

Le jury a reçu des directives appropriées sur la façon dont la preuve des troubles mentaux s'appliquait à chacune des questions juridiques soulevées. Dans son exposé, le juge du procès a clairement indiqué qu'il incombait au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable l'existence de tous les éléments du meurtre au premier degré, y compris la «préméditation et [le] propos délibéré», et qu'il s'agissait là d'une obligation différente de celle imposée à l'accusé dans le contexte du moyen de défense fondé sur l'art. 16. Les jurés ont aussi parfaitement compris que même s'ils concluaient que l'accusé n'avait pas établi suffisamment l'existence d'un moyen de défense fondé sur l'art. 16, il y avait encore lieu d'examiner les autres moyens de défense. Le juge du procès n'a pas dit au jury de ne pas tenir compte de la preuve des troubles mentaux si l'existence du moyen de défense fondé sur l'art. 16 n'était pas établie. En fait, il a expressément donné des directives contraires. De plus, le juge du procès n'a pas à aviser le jury des distinctions plus subtiles qui existent entre la manière dont l'incapacité mentale d'un accusé peut miner sa capacité de former une intention par opposition à sa capacité d'agir avec préméditation et de propos délibéré. Il suffit que, dans leur ensemble, ses directives fassent prendre conscience au jury que la preuve des troubles mentaux de l'accusé doit être examinée relativement à chacune des questions en litige, et ne l'amènent pas à croire à tort que conclure à l'existence de l'intention oblige nécessairement à conclure qu'il y a eu préméditation et propos délibéré. En l'espèce, le jury a

intention. In this case, the jury was properly instructed on the meaning, scope and effect of “planned and deliberate”.

In reviewing jury charges, appellate courts must adopt a functional approach. The purpose of such review is to ensure that juries are properly — not perfectly — instructed. When a functional approach is applied in the greater context of the accused’s trial, there is added reason to conclude that the jury was properly instructed. First, the “planned and deliberate” issue was not expressly raised by the accused as a live issue at trial, which helps explain why the trial judge’s directions on that issue may have been shorter and less elaborate than on others. Second, the Crown adduced some evidence on the subject of “planning and deliberation”, casting doubt on the accused’s submission that his capacity to plan and deliberate was not on the jury’s mind. Third, the defence’s failure to comment on the alleged misdirection following the jury charge says something about both the overall accuracy of the jury instructions and the seriousness of the alleged misdirection. Finally, this is not a case about misdirection.

Evidence of an accused’s flight from a crime scene or his concealment of a piece of evidence may give rise to an inference of consciousness of guilt, and a trial judge should instruct the jury accordingly. But where, as here, the accused has admitted the *actus reus* of the offence, the trial judge must be more circumspect. Since neither the accused’s presence at the scene of the killing nor his physical responsibility for the shooting was at issue at the trial, the evidence that he hid the murder weapon and may have cleaned it of his fingerprints had no probative value in relation to those aspects of the case. The alleged attempt to hide the weapon and to destroy evidence, however, was relevant circumstantial evidence for the jury to consider in evaluating the accused’s s. 16 defence. Evidence of concealment or flight may not speak to a particular level of offence, but it certainly has some bearing on whether the accused was capable of appreciating that what he had done was wrong. Accordingly, the trial judge erred, not by instructing the jury to consider consciousness of guilt, because such an inference was clearly relevant, but by saying that the evidence in question was “one piece of evidence that you can make use of in deciding whether the accused is guilty or not guilty or not criminal[ly] responsible by reason of mental disorder”. This language must be said

reçu des directives appropriées sur le sens, la portée et l’effet de l’expression «avec préméditation et de propos délibéré».

Les cours d’appel doivent adopter une méthode fonctionnelle pour examiner des exposés au jury. Cet examen a pour but d’assurer que les jurys reçoivent des directives appropriées et non pas des directives parfaites. Si l’on applique une méthode fonctionnelle dans le contexte plus général du procès de l’accusé, il y a d’autres raisons de conclure que le jury a reçu des directives appropriées. Premièrement, l’accusé n’a pas soulevé expressément la question de la «préméditation et [du] propos délibéré» comme une question en litige au procès, ce qui aide à expliquer pourquoi les directives du juge du procès sur cette question peuvent avoir été plus courtes et moins détaillées que celles portant sur d’autres points. Deuxièmement, le ministère public a produit des éléments de preuve au sujet de la question de la «préméditation et [du] propos délibéré», ce qui jette un doute sur l’argument de l’accusé voulant que les membres du jury n’aient pas eu à l’esprit sa capacité d’agir avec préméditation et de propos délibéré. Troisièmement, l’omission de la défense de commenter la directive erronée qui aurait suivi l’exposé au jury est révélatrice quant à la justesse générale des directives au jury et à la gravité de la directive qui serait erronée. Enfin, il n’y a pas eu de directive erronée en l’espèce.

La preuve de la fuite d’un accusé des lieux d’un crime ou de sa dissimulation d’un élément de preuve peut amener à conclure à l’existence d’une conscience de culpabilité et le juge du procès doit donner des directives en conséquence au jury. Cependant, lorsque, comme en l’espèce, l’accusé a admis avoir accompli l’*actus reus* de l’infraction, le juge du procès doit faire montre de plus de circonspection. Étant donné que ni la présence de l’accusé sur les lieux de l’homicide ni sa responsabilité matérielle relative à la fusillade n’étaient en cause au procès, la preuve qu’il avait caché l’arme du crime et qu’il pouvait y avoir effacé ses empreintes digitales n’avait aucune valeur probante quant à ces aspects de l’affaire. Toutefois, la tentative alléguée de dissimuler l’arme et de détruire des éléments de preuve était une preuve circonstancielle pertinente dont le jury devait tenir compte en évaluant le moyen de défense que l’accusé avait invoqué en vertu de l’art. 16. La preuve de la dissimulation ou de la fuite ne dénote peut-être pas un degré d’infraction particulier, mais elle a néanmoins une certaine incidence sur la question de savoir si l’accusé était capable de juger que l’acte qu’il avait accompli était mauvais. Le juge du procès a donc commis une erreur non pas en donnant comme directive au jury d’examiner la conscience de culpabilité, parce qu’une

to have been ambiguous enough to have had at least the potential to suggest that the trial judge was making an improper connection between the accused's alleged concealment of the murder weapon and a particular offence.

Notwithstanding the trial judge's erroneous "consciousness of guilt" instructions, no substantial wrong or miscarriage of justice occurred in this case and it is thus appropriate to apply s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*. The trial judge's error was not in alluding to "consciousness of guilt" but in failing to limit its applicability to the s. 16 issue. This error aside, the charge was fair and balanced and avoided making explicit comment on the propriety of the inferences available to the jury. No reasonable juror would have been motivated to reach a different verdict on the basis of this minor error. The jury would have known that there is nothing inherent in the bare act of hiding a weapon or wiping it of its fingerprints that suggests a particular level of offence. Moreover, this is not a case of compounded mistakes. Consciousness of guilt was a single error, a small aspect of the Crown's case, and a minor component of the incriminating evidence.

Per Sopinka, Cory and Major JJ. (dissenting): While there is agreement with almost all of the Chief Justice's reasons and recommendations, his conclusion that the trial judge's instructions to the jury on first degree murder were adequate cannot be accepted. The trial judge's instructions on the planning and deliberation element of first degree murder did not refer to the evidence pertaining to mental illness and the possible effect it might have on the accused's ability to plan and deliberate upon the killing of the victim. A simple reference to consider all the evidence was insufficient. Although it was unnecessary for the trial judge to review the evidence as to mental illness again, a specific reference should have been made to it during his explanation of planning and deliberation. Such instructions were an essential element of this charge.

Per Sopinka and Major JJ. (dissenting): It is the obligation of a trial judge to relate evidence that is crucial to the defence to the issues. The review of the evidence

telle conclusion était manifestement pertinente, mais en affirmant que la preuve en cause était «un élément de preuve que vous pouvez utiliser pour décider si l'accusé est coupable ou non coupable, ou si sa responsabilité criminelle n'est pas engagée en raison de troubles mentaux». Il faut dire que ces termes étaient assez ambigus pour pouvoir au moins laisser entendre que le juge du procès établissait un lien inapproprié entre la dissimulation alléguée de l'arme du crime par l'accusé et une infraction particulière.

Malgré les directives erronées que le juge du procès a données sur la «conscience de culpabilité», il n'y a eu, en l'espèce, aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave, et il convient donc d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*. Le juge du procès a commis une erreur non pas en faisant allusion à la «conscience de culpabilité», mais en ne limitant pas son applicabilité à la question de l'art. 16. Abstraction faite de cette erreur, l'exposé était juste et pondéré, et ne comportait aucun commentaire explicite sur la justesse des conclusions que le jury pourrait tirer. Aucun juré raisonnable n'aurait été poussé à rendre un verdict différent en raison de cette erreur mineure. Le jury aurait su que le simple fait de dissimuler une arme ou d'y effacer ses empreintes digitales ne dénote aucunement un degré d'infraction particulier. De plus, ce n'est pas un cas d'erreurs aggravées. La conscience de culpabilité était une seule erreur et constituait une petite partie de la preuve à charge et un élément mineur parmi les éléments de preuve incriminants.

Les juges Sopinka, Cory et Major (dissidents): Bien qu'il y ait accord avec la quasi totalité des motifs et des recommandations du Juge en chef, sa conclusion que les directives que le juge du procès a données au jury relativement au meurtre au premier degré étaient suffisantes ne peut être acceptée. Les directives du juge du procès concernant l'élément de préméditation et de propos délibéré du meurtre au premier degré ne mentionnaient pas la preuve de la maladie mentale ni l'incidence que cette maladie peut avoir eue sur la capacité de l'accusé d'agir avec préméditation et de propos délibéré en tuant la victime. La simple mention de tenir compte de toute la preuve était insuffisante. Même s'il n'était pas nécessaire que le juge du procès passe de nouveau en revue la preuve de la maladie mentale, il aurait dû la mentionner expressément en expliquant la préméditation et le propos délibéré. Ces directives étaient un élément essentiel de l'exposé.

Les juges Sopinka et Major (dissidents): Le juge du procès est tenu d'établir un lien entre les questions en litige et les éléments de preuve cruciaux pour la défense.

need not be extensive. A reference back to evidence previously reviewed is sufficient provided it is clear that the jury will be under no misapprehension as to the evidence to which the reference back relates. Moreover, if it would not be apparent to lay persons how particular evidence will assist in resolving an issue, some explanation is required. Here, the trial judge fully explained the relevance and application of the psychiatric evidence to the issue of mental disorder under s. 16 of the *Criminal Code*. He also specifically referred to this evidence in relation to other issues but he did not do so in relation to the charge on planning and deliberation. The jury might well have taken from this that the mental disorder evidence and the psychiatric evidence in particular were only relevant in respect of those issues to which a specific reference was made. Furthermore, a simple reference may not have been adequate in this case since it is uncertain that a jury, without a proper instruction, would know how the psychiatric evidence, couched in terms of s. 16, would apply to planning and deliberation.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Wallen*, [1990] 1 S.C.R. 827; **distinguished:** *More v. The Queen*, [1963] S.C.R. 522; *R. v. Allard* (1990), 57 C.C.C. (3d) 397; **referred to:** *R. v. McColeman* (1991), 11 W.A.C. 128; *John v. The Queen*, [1971] S.C.R. 781; *Cluett v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 216; *Azoulay v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 495; *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484; *R. v. Mitchell*, [1964] S.C.R. 471; *R. v. Kirkby* (1985), 47 C.R. (3d) 97; *R. v. Reynolds* (1978), 22 O.R. (2d) 353; *R. v. Aalders*, [1993] 2 S.C.R. 482; *R. v. Smith* (1986), 71 N.S.R. (2d) 229; *R. v. Palmer* (1986), 12 O.A.C. 181; *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129; *Thériault v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 336; *R. v. Marinaro*, [1996] 1 S.C.R. 462, rev'g (1994), 95 C.C.C. (3d) 74; *R. v. Jenkins* (1996), 29 O.R. (3d) 30; *R. v. Wiltse* (1994), 19 O.R. (3d) 379; *R. v. Charlette* (1992), 83 Man. R. (2d) 187; *R. v. Murray* (1994), 93 C.C.C. (3d) 70; *R. v. Bob* (1990), 78 C.R. (3d) 102; *R. v. White* (1996), 108 C.C.C. (3d) 1; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739.

By Cory J. (dissenting)

R. v. Mitchell, [1964] S.C.R. 471; *R. v. Wallen*, [1990] 1 S.C.R. 827; *More v. The Queen*, [1963] S.C.R. 522; *R. v. Kirkby* (1985), 47 C.R. (3d) 97; *R. v. Markle*, [1990] O.J. No. 2606 (QL).

Un rappel des éléments de preuve déjà examinés suffit à condition qu'il soit clair que le jury ne se méprendra pas sur les éléments de preuve visés par le rappel. De plus, des explications s'imposent lorsqu'il n'est pas évident pour des profanes comment certains éléments de preuve aideront à trancher une question en litige. En l'espèce, le juge du procès a donné des explications complètes sur la pertinence de la preuve psychiatrique et son application à la question des troubles mentaux au sens de l'art. 16 du *Code criminel*. Il a aussi mentionné expressément cette preuve en fonction d'autres questions en litige, mais il ne l'a pas fait à l'égard de l'exposé sur la préméditation et le propos délibéré. Le jury aurait bien pu en conclure que la preuve des troubles mentaux et, en particulier, la preuve psychiatrique n'étaient pertinentes qu'en ce qui avait trait aux questions qui avaient été expressément mentionnées. En outre, une simple mention n'aurait peut-être pas été suffisante en l'espèce étant donné qu'il n'est pas sûr qu'un jury saurait, en l'absence de directives appropriées, comment la preuve psychiatrique, exprimée en fonction de l'art. 16, s'appliquerait à la préméditation et au propos délibéré.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt appliqué: *R. c. Wallen*, [1990] 1 R.C.S. 827; **distinction d'avec les arrêts:** *More c. The Queen*, [1963] R.C.S. 522; *R. c. Allard* (1990), 57 C.C.C. (3d) 397; **arrêts mentionnés:** *R. c. McColeman* (1991), 11 W.A.C. 128; *John c. La Reine*, [1971] R.C.S. 781; *Cluett c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 216; *Azoulay c. The Queen*, [1952] 2 R.C.S. 495; *McMartin c. The Queen*, [1964] R.C.S. 484; *R. c. Mitchell*, [1964] R.C.S. 471; *R. c. Kirkby* (1985), 47 C.R. (3d) 97; *R. c. Reynolds* (1978), 22 O.R. (2d) 353; *R. c. Aalders*, [1993] 2 R.C.S. 482; *R. c. Smith* (1986), 71 N.S.R. (2d) 229; *R. c. Palmer* (1986), 12 O.A.C. 181; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129; *Thériault c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 336; *R. c. Marinaro*, [1996] 1 R.C.S. 462, inf. (1994), 95 C.C.C. (3d) 74; *R. c. Jenkins* (1996), 29 O.R. (3d) 30; *R. c. Wiltse* (1994), 19 O.R. (3d) 379; *R. c. Charlette* (1992), 83 Man. R. (2d) 187; *R. c. Murray* (1994), 93 C.C.C. (3d) 70; *R. c. Bob* (1990), 78 C.R. (3d) 102; *R. c. White* (1996), 108 C.C.C. (3d) 1; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739.

Citée par le juge Cory (dissident)

R. c. Mitchell, [1964] R.C.S. 471; *R. c. Wallen*, [1990] 1 R.C.S. 827; *More c. The Queen*, [1963] R.C.S. 522; *R. c. Kirkby* (1985), 47 C.R. (3d) 97; *R. c. Markle*, [1990] O.J. No. 2606 (QL).

By Sopinka J. (dissenting)

Azoulay v. The Queen, [1952] 2 S.C.R. 495; *R. v. Brydon*, [1995] 4 S.C.R. 253.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 16 [rep. & sub. 1991, c. 43, s. 2], 231(2), 235(1), 239, 655, 686(1)(b)(iii) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)].

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1995), 138 N.S.R. (2d) 352, 394 A.P.R. 352, dismissing the accused's appeal from his conviction for first degree murder. Appeal dismissed, Sopinka, Cory and Major JJ. dissenting.

Joel E. Pink, Q.C., and *Daniel G. Graham*, for the appellant.

William D. Delaney, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. was delivered by

¹ THE CHIEF JUSTICE — This appeal raises questions about the standard to which this Court should hold trial judges in charging juries. It is undoubtedly important that jurors try the right facts according to the appropriate legal principles in each case. However, we must ensure that the yardstick by which we measure the fitness of a trial judge's directions to the jury does not become overly onerous. We must strive to avoid the proliferation of very lengthy charges in which judges often quote large extracts from appellate decisions simply to safeguard verdicts from appeal. Neither the Crown nor the accused benefits from a confused jury. Indeed justice suffers.

² These comments are not meant to suggest that we sanction misdirected verdicts. This Court has stated on repeated occasions that accused individuals are entitled to properly instructed juries. There

Citée par le juge Sopinka (dissident)

Azoulay c. The Queen, [1952] 2 R.C.S. 495; *R. c. Brydon*, [1995] 4 R.C.S. 253.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 16 [abr. & rempl. 1991, ch. 43, art. 2], 231(2) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 185 (ann. III, n^o 7)], 235(1), 239, 655, 686(1)(b)(iii) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1995), 138 N.S.R. (2d) 352, 394 A.P.R. 352, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré. Pourvoi rejeté, les juges Sopinka, Cory et Major sont dissidents.

Joel E. Pink, c.r., et *Daniel G. Graham*, pour l'appellant.

William D. Delaney, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier rendu par

LE JUGE EN CHEF — Le présent pourvoi soulève des questions au sujet de la norme que notre Cour devrait obliger les juges du procès à respecter dans leurs exposés au jury. Il est certes important que les jurés jugent les faits exacts, conformément aux principes juridiques applicables dans chaque cas. Toutefois, nous devons nous assurer que le critère que nous utilisons pour évaluer la justesse des directives du juge du procès au jury ne devienne pas trop exigeant. Nous devons nous efforcer d'éviter la multiplication des exposés interminables au cours desquels les juges citent souvent de longs extraits des décisions rendues en appel dans le simple but de protéger les verdicts contre les appels. Ni le ministère public ni l'accusé n'ont intérêt à ce que la confusion soit semée dans l'esprit des membres du jury. En réalité, la justice en souffre.

Je ne veux pas, par ces commentaires, laisser entendre que nous approuvons les verdicts rendus à la suite de directives erronées. Notre Cour a affirmé, à maintes reprises, que l'accusé a droit à

is, however, no requirement for perfectly instructed juries. As I specifically indicated at the hearing of this case, a standard of perfection would render very few judges in Canada, including myself, capable of charging juries to the satisfaction of such a standard.

I. Factual and Procedural Background

December 17, 1992 was a fateful day for at least three people in Yarmouth, Nova Scotia. Alexander "Sandy" Hurlburt and his spouse Barbara Wilkinson went out for a special dinner in celebration of Ms. Wilkinson's 27th birthday. When they returned home, the appellant Clayton Jacquard, Mr. Hurlburt's stepson from a previous relationship, was there to greet them. This came as no surprise because, although he did not live with them, Mr. Jacquard had spent the previous day and night at the couple's home, sleeping on the living room sofa during the course of the night.

Soon after Ms. Wilkinson retired to her bedroom the night turned tragic. When she went to bed, she left her husband and the appellant playing cards and watching television in the living room. The next thing Ms. Wilkinson recalled was sitting up in bed screaming, having been shot, and seeing the appellant standing at the bedroom door with a gun pointing at her. After Ms. Wilkinson instinctively raised her hand to protect herself from further gunshot, the appellant fired once more and then left the room. Ms. Wilkinson then crawled from her bedroom to the living room where she was able to phone her mother and sister and then await the arrival of the police.

When the police arrived they found Ms. Wilkinson lying in the living room with serious shotgun wounds. She would survive, although she sustained permanent disability to her leg, hip, hand and collarbone. By contrast, the police found Mr.

ce que le jury reçoive des directives appropriées. Il n'existe toutefois aucune obligation que les directives au jury soient parfaites. Comme je l'ai expressément indiqué lors de l'audition du présent pourvoi, s'il existait une norme de perfection, très peu de juges au Canada, y compris moi-même, seraient capables de donner au jury des directives qui la respecteraient.

I. Les faits et l'historique des procédures

Le 17 décembre 1992 a été une date fatidique pour au moins trois personnes à Yarmouth, en Nouvelle-Écosse. Alexander «Sandy» Hurlburt et son épouse Barbara Wilkinson sont allés souper au restaurant pour célébrer le 27^e anniversaire de naissance de M^{me} Wilkinson. Lorsqu'ils sont revenus à leur domicile, l'appelant, Clayton Jacquard, le beau-fils de M. Hurlburt par suite d'une relation antérieure, était là pour les accueillir. Cela n'avait rien d'étonnant car, même s'il n'habitait pas avec eux, M. Jacquard avait passé la journée et la nuit précédentes au domicile du couple, dormant sur le sofa du salon pendant la nuit.

Peu après que M^{me} Wilkinson se fut retirée dans sa chambre, la nuit a tourné au drame. Lorsqu'elle s'était mise au lit, son mari et l'appelant jouaient aux cartes tout en regardant la télévision au salon. La première chose dont M^{me} Wilkinson se souvient ensuite, c'est de s'être retrouvée assise dans son lit, hurlant, après avoir été atteinte d'une balle, et avoir vu l'appelant, debout près de la porte de la chambre, pointer un fusil dans sa direction. Après que M^{me} Wilkinson eut instinctivement levé la main pour se protéger contre un autre coup de feu, l'appelant a tiré une autre fois puis a quitté la pièce. Madame Wilkinson s'est alors traînée jusqu'au salon où elle a réussi à téléphoner à sa mère et à sa sœur, pour ensuite attendre l'arrivée de la police.

À leur arrivée, les policiers ont trouvé M^{me} Wilkinson étendue dans le salon, grièvement blessée par balles. Elle a survécu mais elle souffre d'invalidité permanente à une jambe, à une hanche, à une main et à une clavicule. Par contre, les

Hurlburt dead in a pool of blood in the front hall with fatal shotgun wounds to his back and chest.

6 Later that evening, the police apprehended the appellant who had sought refuge at the house of a friend, Anthony Wallace. The appellant had instructed Mr. Wallace to call the police so that the appellant could turn himself in. Two days later, the Yarmouth and Area Ground Search and Rescue Team found the 12-gauge shotgun used by the appellant in the shooting, free of any fingerprints, underneath a skateboard ramp adjacent to the local gun club. The appellant was charged with first degree murder and attempted murder contrary to ss. 235(1) and 239 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

7 At trial, the appellant filed an admission pursuant to s. 655 of the *Criminal Code* in which he indicated that he had fired the two gun shots that caused Mr. Hurlburt to die. He pleaded not guilty to the charges, however, on the grounds that: (1) under s. 16 of the *Criminal Code* he was not criminally responsible for his act because, at the time of the shooting he was suffering from a mental disorder that rendered him incapable of appreciating the nature or quality of the act or knowing that it was wrong; and (2) he lacked the requisite intent to kill Mr. Hurlburt. Among other things, the appellant adduced the evidence of two psychiatrists who testified that, at the relevant time, the appellant suffered from Post Traumatic Stress Disorder, as a result of which he neither understood the nature or quality of his acts nor was capable of forming the intent to carry them out.

8 At the conclusion of the parties' respective cases, the trial judge gave his directions to the jury. In the course of his lengthy 62-page 3-hour charge, the trial judge spent nearly 15 pages of text reviewing the evidence of the appellant's mental disorder as it related to the first prong of his "not criminally responsible" s. 16 defence. When subsequently discussing the issues of "planning and deliberation" (as required to substantiate a first degree murder conviction under s. 231(2) of the

policiers ont trouvé M. Hurlburt au vestibule, dans une mare de sang, mortellement atteint par balles au dos et à la poitrine.

Plus tard le même soir, les policiers ont arrêté l'appellant qui s'était réfugié chez un ami, Anthony Wallace. L'appellant avait demandé à M. Wallace de téléphoner à la police pour qu'il puisse se livrer. Deux jours plus tard, l'équipe de recherche et de sauvetage au sol de Yarmouth et des environs a trouvé, sous une rampe de planche à roulettes située près du club de tir local, le fusil de calibre 12 utilisé par l'appellant lors de la fusillade, lequel fusil ne portait aucune empreinte digitale. L'appellant a été accusé de meurtre au premier degré et de tentative de meurtre, en vertu du par. 235(1) et de l'art. 239 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Au procès, l'appellant a produit un aveu, conformément à l'art. 655 du *Code criminel*, dans lequel il reconnaissait avoir tiré les deux coups de feu ayant causé la mort de M. Hurlburt. Il a toutefois plaidé non coupable aux accusations en invoquant les motifs suivants: (1) en vertu de l'art. 16 du *Code criminel*, sa responsabilité criminelle n'était pas engagée à l'égard de son acte parce que, au moment de la fusillade, il était atteint de troubles mentaux qui le rendaient incapable de juger de la nature et de la qualité de cet acte ou de savoir qu'il était mauvais, et (2) il n'avait pas eu l'intention requise de tuer M. Hurlburt. L'appellant a notamment fait comparaître deux psychiatres qui ont témoigné qu'à l'époque pertinente il souffrait de stress post-traumatique qui l'empêchait de comprendre la nature ou la qualité de ses actes, ou de former l'intention de les accomplir.

À la fin de la présentation de la preuve des parties, le juge du procès a donné ses directives au jury. Dans un long exposé de 62 pages et d'une durée de trois heures, le juge du procès a consacré presque 15 pages à l'examen de la preuve des troubles mentaux que l'appellant avait produite à l'appui du premier volet de son moyen de défense fondé sur la «non-responsabilité criminelle», qu'il avait invoqué en vertu de l'art. 16. En analysant, par la suite, les questions de la «préméditation et

Criminal Code), the trial judge chose not to repeat himself. He said:

In considering whether the murder was planned and deliberate you should consider all the evid . . . all the circumstances and all the evidence.

On the subject of both the ingredient of intention and whether or not Mr. Jacquard was or was not criminally responsible by reason of a mental disorder, I have reviewed the evidence at great length, I can see no reason to repeat what I already said to you.

There were no objections to the jury instructions at that time.

The jury convicted the appellant of both offences and he was sentenced to life imprisonment with no chance of parole for 25 years. On appeal of the first degree murder conviction, the appellant found two aspects of the jury charge objectionable. First, he contended that the trial judge's instructions did not make it clear to the jury that the burden of proof on the issues of intent and "planning and deliberation" was on the Crown, and that the evidence relating to the appellant's mental disorder ought to be reconsidered in relation to those issues. Second, the appellant submitted that the trial judge misdirected the jury with respect to "consciousness of guilt". He complained that the trial judge not only alerted the jury to the fact that the shotgun had been hidden and that it was devoid of fingerprints, he then commented to them that the fact that an accused person tries to hide or destroy evidence can be indicative of "consciousness of guilt".

The Nova Scotia Court of Appeal (*per* Hallett, Matthews and Chipman J.J.A.) dismissed the appeal for the reasons given by Chipman J.A.: (1995), 138 N.S.R. (2d) 352, 394 A.P.R. 352. On the first issue, the Court of Appeal held that although the trial judge could have been more

[du] propos délibéré» (tel que requis pour justifier une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré au sens du par. 231(2) du *Code criminel*), le juge du procès a choisi de ne pas se répéter. Il a affirmé:

[TRADUCTION] En examinant si le meurtre a été commis avec préméditation et de propos délibéré, vous devriez tenir compte de toute la preuve . . ., de toutes les circonstances et de toute la preuve.

En ce qui concerne l'élément d'intention et la question de savoir si M. Jacquard était criminellement responsable ou s'il ne l'était pas en raison de troubles mentaux, j'ai longuement analysé la preuve, et je ne vois aucune raison de répéter ce que je vous ai déjà dit.

Aucune objection n'a été soulevée à l'égard de l'exposé au jury à ce moment-là.

Le jury a reconnu l'appelant coupable des deux infractions et l'a condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant 25 ans. Lors de l'appel interjeté à l'encontre de la déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré, l'appelant a fait valoir que l'exposé au jury était inacceptable à deux égards. Premièrement, il a soutenu que les directives du juge du procès n'indiquaient pas clairement au jury que le fardeau de preuve relativement aux questions d'intention et de «préméditation et propos délibéré» incombait au ministère public, et que la preuve des troubles mentaux de l'appelant devait être réexaminée en fonction de ces questions. Deuxièmement, l'appelant a allégué que le juge du procès avait donné au jury des directives erronées sur la «conscience de culpabilité». Il a reproché au juge du procès non seulement d'avoir éveillé l'attention des jurés sur le fait que le fusil avait été caché et qu'il ne portait aucune empreinte digitale, mais encore de leur avoir dit que le fait qu'un accusé tente de cacher ou de détruire un élément de preuve peut être un indice de «conscience de culpabilité».

La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (les juges Hallett, Matthews et Chipman) a rejeté l'appel pour les raisons exposées par le juge Chipman: (1995), 138 N.S.R. (2d) 352, 394 A.P.R. 352. Sur le premier point, la Cour d'appel a statué, même si le juge du procès avait pu être plus explicite, il

explicit, it was reasonable to conclude from a thorough reading of the charge as a whole, that the jury must have understood that the medical evidence of his mental state was relevant to its determination of the planning and deliberation issue, which the trial judge had properly and sufficiently defined. On the second issue, the Court of Appeal held that the jury was entitled not only to consider that the shotgun had been hidden devoid of any fingerprints, but also to make the inference of consciousness of guilt. Accordingly, neither alleged shortcoming in the jury charge constituted a reversible error.

était raisonnable de conclure, après avoir lu attentivement l'ensemble de l'exposé, que le jury devait avoir compris que la preuve médicale de l'état mental de l'appelant était pertinente pour trancher la question de la préméditation et du propos délibéré, que le juge du procès avait correctement et suffisamment définie. Sur le deuxième point, la Cour d'appel a statué que le jury avait non seulement le droit de tenir compte du fait que le fusil avait été caché et ne portait aucune empreinte digitale, mais aussi de déduire l'existence d'une conscience de culpabilité. Par conséquent, aucune des lacunes alléguées dans l'exposé au jury ne constituait une erreur justifiant annulation.

11 On April 11, 1995, the appellant filed a notice of application for leave to appeal to this Court. The application was heard by a panel of La Forest, Cory and Major JJ. On October 12, 1995 leave to appeal was granted affirming the need to canvass the following two issues raised by the appellant:

Le 11 avril 1995, l'appelant a déposé un avis de demande d'autorisation de pourvoi devant notre Cour. La demande a été entendue par les juges La Forest, Cory et Major. Le 12 octobre 1995, la Cour a accordé l'autorisation de pourvoi et confirmé la nécessité d'examiner les deux questions suivantes que l'appelant avait soulevées:

[TRADUCTION]

1. Did the Nova Scotia Court of Appeal err in holding that the Trial Judge had adequately instructed the jury on the essential elements of the various issues and related material evidence to those issues and in particular on the issue of planning and deliberation?
2. Did the Nova Scotia Court of Appeal err in affirming the instructions of the Trial Judge to the jury that the evidence could support the inference that the Applicant wiped his fingerprints from the shotgun and the further inference that could be drawn from such conduct, namely, that of consciousness of guilt?

1. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a-t-elle commis une erreur en statuant que le juge du procès avait donné au jury des directives suffisantes sur les éléments essentiels des diverses questions en litige ainsi que sur les éléments de preuve substantielle connexes, en particulier la question de la préméditation et du propos délibéré?
2. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a-t-elle commis une erreur en confirmant les directives du juge du procès au jury selon lesquelles la preuve permettait de déduire que le requérant avait effacé ses empreintes digitales sur le fusil, et de déduire autre chose d'un tel comportement, à savoir la conscience de culpabilité?

For the reasons outlined below, I am of the opinion that we should dismiss the appeal on both issues.

Pour les motifs exposés ci-dessous, je suis d'avis qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi sur les deux points.

II. Relevant Statutory Provisions

II. Les dispositions législatives pertinentes

12 *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

16. (1) No person is criminally responsible for an act committed or an omission made while suffering from a mental disorder that rendered the person incapable of

16. (1) La responsabilité criminelle d'une personne n'est pas engagée à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part survenu alors qu'elle était atteinte de troubles

appreciating the nature and quality of the act or omission or of knowing that it was wrong.

231. . . .

(2) Murder is first degree murder when it is planned and deliberate.

235. (1) Every one who commits first degree murder or second degree murder is guilty of an indictable offence and shall be sentenced to imprisonment for life.

239. Everyone who attempts by any means to commit murder is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for life.

655. Where an accused is on trial for an indictable offence, he or his counsel may admit any fact alleged against him for the purpose of dispensing with proof thereof.

III. Analysis

A. *The Mental Disorder Evidence*

(1) The need to restate the evidence in relation to each issue

It has been suggested that the trial judge should have restated the evidence of the appellant's mental disorder in its entirety and expressly told the jury how it should reconsider that evidence in relation to the other live legal issues on appeal, particularly the Crown's burden of proving that the appellant planned and deliberated over Sandy Hurlburt's murder. I am reluctant, however, to conclude that a 62-page 3-hour jury charge would have been improved had it been any longer. I cannot emphasize enough that the role of a trial judge in charging the jury is to decant and simplify.

Courts have recognized that there is no need to state evidence twice where once will do. See *R. v. McColeman* (1991), 11 W.A.C. 128 (B.C.C.A.). In *McColeman*, McEachern C.J.B.C. stated at p. 137:

It is not the law, as I understand it, that a judge is required to review relevant evidence more than once even though it may relate to more than one issue,

mentaux qui la rendaient incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais.

231. . . .

(2) Le meurtre au premier degré est le meurtre commis avec préméditation et de propos délibéré.

235. (1) Quiconque commet un meurtre au premier degré ou un meurtre au deuxième degré est coupable d'un acte criminel et doit être condamné à l'emprisonnement à perpétuité.

239. Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité quiconque, par quelque moyen, tente de commettre un meurtre.

655. Lorsqu'un accusé subit son procès pour un acte criminel, lui-même ou son avocat peut admettre tout fait allégué contre l'accusé afin de dispenser d'en faire la preuve.

III. Analyse

A. *La preuve des troubles mentaux*

(1) La nécessité de répéter la preuve relativement à chaque question en litige

On a laissé entendre que le juge du procès aurait dû répéter toute la preuve des troubles mentaux de l'appelant et dire expressément au jury comment il devrait réexaminer cette preuve en fonction des autres questions juridiques soulevées en appel, en particulier le fardeau qui incombait au ministère public de prouver que l'appelant avait commis avec préméditation et de propos délibéré le meurtre de Sandy Hurlburt. J'hésite toutefois à conclure qu'un exposé au jury de 62 pages et d'une durée de trois heures aurait pu être amélioré s'il avait été plus long. Je ne saurais trop insister sur le fait que le rôle du juge du procès, dans son exposé au jury, est de clarifier et de simplifier.

Les tribunaux ont reconnu qu'il n'est pas nécessaire de répéter la preuve lorsqu'il suffit de l'exposer une seule fois. Voir *R. c. McColeman* (1991), 11 W.A.C. 128 (C.A.C.-B.). Dans *McColeman*, le juge en chef McEachern affirme, à la p. 137:

[TRADUCTION] Si je comprends bien, la loi n'exige pas qu'un juge examine plus d'une fois la preuve pertinente, même si celle-ci peut se rapporter à plus d'une question

13

14

although it is often useful to relate important evidence to the specific issues being considered. . . . While concern about prolixity can never be a consideration if fairness requires it, I am naturally reluctant to require trial judges to say things twice if once will suffice.

In many cases, a trial judge need only review relevant evidence once and has no duty to review the evidence in a case in relation to every essential issue. See *John v. The Queen*, [1971] S.C.R. 781, *Cluett v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 216. As long as an appellate court, when looking at the trial judge's charge to the jury as a whole, concludes that the jury was left with a sufficient understanding of the facts as they relate to the relevant issues, the charge is proper. See *Cluett, supra*, at p. 231. In *Azoulay v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 495, Taschereau J. stated at pp. 497-98:

The rule which has been laid down, and consistently followed is that in a jury trial, the presiding judge must, except in rare cases where it would be needless to do so, review the substantial parts of the evidence, and give the jury the theory of the defence, so that they may appreciate the value and effect of that evidence, and how the law is to be applied to the facts as they find them.

15

In this case, the trial judge thoroughly canvassed the evidence of the appellant's mental disorder when he discussed the s. 16 defence. Later, when addressing the "planned and deliberate" issue, he decided not to repeat what he had already gone to great lengths to discuss. He said:

In considering whether the murder was planned and deliberate you should consider all the evid . . . all the circumstances and all the evidence.

On the subject of both the ingredient of intention and whether or not Mr. Jacquard was or was not criminally responsible by reason of a mental disorder, I have reviewed the evidence at great length, I can see no reason to repeat what I already said to you.

en litige, quoiqu'il soit souvent utile d'établir un lien entre des éléments de preuve importants et les questions examinées. [. . .] Bien que la crainte de prolixité ne puisse jamais entrer en ligne de compte si l'équité l'exige, j'hésite naturellement à obliger les juges du procès à répéter des choses qu'il suffit de dire une seule fois.

Dans bien des cas, le juge du procès n'a qu'à examiner une seule fois les éléments de preuve pertinents, et n'est pas tenu d'analyser la preuve pour chaque question essentielle. Voir *John c. La Reine*, [1971] R.C.S. 781, *Cluett c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 216. Les directives sont appropriées dans la mesure où, en examinant l'ensemble de l'exposé du juge du procès au jury, une cour d'appel conclut que le jury avait une compréhension suffisante des faits relatifs aux questions pertinentes. Voir *Cluett*, précité, à la p. 231. Dans *Azoulay c. The Queen*, [1952] 2 R.C.S. 495, le juge Taschereau affirme, aux pp. 497 et 498:

[TRADUCTION] La règle qui a été établie et constamment suivie veut que, dans un procès devant jury, le juge qui préside l'audience doive, sauf dans les rares cas où il serait inutile de le faire, examiner les parties essentielles de la preuve et exposer au jury la thèse de la défense afin de lui permettre d'apprécier la valeur et l'incidence de cette preuve, et la façon d'appliquer le droit aux faits constatés.

En l'espèce, le juge du procès a analysé minutieusement la preuve des troubles mentaux de l'appelant lorsqu'il a examiné le moyen de défense fondé sur l'art. 16. Plus tard, lorsqu'il a abordé la question de la «préméditation et [du] propos délibéré», il a décidé de ne pas répéter ce qu'il avait déjà analysé à fond. Il a dit:

[TRADUCTION] En examinant si le meurtre a été commis avec préméditation et de propos délibéré, vous devriez tenir compte de toute la preuve . . . de toutes les circonstances et de toute la preuve.

En ce qui concerne l'élément d'intention et la question de savoir si M. Jacquard était criminellement responsable ou s'il ne l'était pas en raison de troubles mentaux, j'ai longuement analysé la preuve, et je ne vois aucune raison de répéter ce que je vous ai déjà dit.

Later he summarized:

I noted during the trial you paid strict attention to the witnesses. I asked you to consider the facts . . . I asked you, considering the facts, you accepted from the evidence and taking into consideration the legal meaning of planned or deliberate as I have explained them to you, did Mr. Jacquard plan to kill Mr. Hurlburt and, if so, did he do it deliberately. I remind you, murder cannot be first degree murder unless it was both planned and deliberate. Again I repeat. I remind you, murder cannot be first degree murder unless it was both planned and deliberate.

This was not the only instance in which the trial judge simply referred the jury to the mental disorder evidence. He made the same choice when discussing other issues. For example, after spending nearly 15 pages of text relating the evidence of the accused's mental disorder to the first aspect of the s. 16 defence, he refrained from repeating the evidence all over again in relation to the second aspect of the s. 16 defence. The trial judge said:

While considering whether or not Mr. Jacquard knew at the time of the offence his acts were wrong, I direct your mind to the evidence I have just discussed with you as to whether or not Mr. Jacquard was capable of appreciating the nature and quality of his acts.

Again, when instructing the jury on the attempted murder charge arising out of the shooting of Ms. Wilkinson, he directed:

To find the accused guilty of attempted murder you must be satisfied beyond a reasonable doubt the accused intended to kill Barbara Marie Wilkinson. That intent must be a specific intent to kill her, not to wound her, disfigure her or maim her. If you determine Mr. Jacquard was not suffering from a mental disorder that rendered him incapable of appreciating the nature and quality of his acts or of knowing they were wrong I direct you still to consider the evidence of mental disorder along with all the other evidence to determine

Plus loin, il a récapitulé:

[TRADUCTION] J'ai remarqué, pendant le procès, que vous aviez écouté attentivement les témoins. Je vous ai demandé d'examiner les faits . . . Je vous ai demandé, compte tenu des faits dont vous aviez reconnu l'existence à partir de la preuve, et compte tenu du sens juridique de l'expression «avec préméditation et de propos délibéré», que je vous ai expliqué, si M. Jacquard a prémédité le meurtre de M. Hurlburt et, le cas échéant, s'il l'a commis de propos délibéré. Je vous rappelle qu'un meurtre ne peut être un meurtre au premier degré que s'il a été commis avec préméditation et de propos délibéré. Encore une fois, je vous rappelle qu'un meurtre ne peut être un meurtre au premier degré que s'il a été commis avec préméditation et de propos délibéré.

Ce n'était pas la seule fois où le juge du procès s'est contenté de mentionner au jury la preuve des troubles mentaux. Il a fait la même chose en analysant d'autres questions en litige. Par exemple, après avoir consacré presque 15 pages à établir un lien entre la preuve des troubles mentaux de l'accusé et le premier aspect du moyen de défense fondé sur l'art. 16, il s'est abstenu de répéter de nouveau toute la preuve relativement au deuxième aspect du moyen de défense fondé sur l'art. 16. Le juge du procès a dit:

[TRADUCTION] Je vous demande de tenir compte, en examinant si M. Jacquard savait au moment de l'infraction que ses actes étaient mauvais, de la preuve que je viens tout juste d'analyser avec vous quant à savoir si M. Jacquard était capable de juger de la nature et de la qualité de ses actes.

Encore une fois, en donnant au jury des directives sur l'accusation de tentative de meurtre découlant des coups de feu tirés sur M^{me} Wilkinson, le juge a dit:

[TRADUCTION] Pour déclarer l'accusé coupable de tentative de meurtre, vous devez être convaincus hors de tout doute raisonnable qu'il avait l'intention de tuer Barbara Marie Wilkinson. Il doit s'agir de l'intention spécifique de la tuer et non pas de la blesser, de la défigurer ou de l'estropier. Si vous décidez que M. Jacquard n'était pas atteint de troubles mentaux qui le rendaient incapable de juger de la nature et de la qualité de ses actes, ou de savoir qu'ils étaient mauvais, je vous demande d'examiner encore la preuve des troubles men-

whether or not the accused had the specific intent to commit the offence of attempted murder.

16 In my opinion, the trial judge was entitled not to restate this evidence of the appellant's mental disorder each time he addressed an issue in respect of which that evidence was relevant. By directing the jury to reconsider all of the circumstances and evidence, he fulfilled his obligation to relate the essential evidence of the appellant's mental disorder as it related to the "planned and deliberate" issue. Indeed I resist the conclusion that restating the evidence would have improved the charge. In many cases restating the evidence only confounds the issues, making the charge less perfect and not more so.

(2) The need to refer to the evidence at the appropriate time

17 Although not emphasized in his factum, the appellant's first argument at the oral hearing was that the trial judge failed to adequately convey to the jury that evidence of the appellant's mental disorder was relevant to determining whether the appellant intended to cause the death of Mr. Hurlburt.

18 It is true that the trial judge introduced the subject of intention in a general way. He said:

In the end you will have to consider all the surrounding circumstances including what Mr. Jacquard, the accused, said and did, in order to decide whether the Crown has proven that Clayton Jacquard did, in fact, mean to cause the death of Mr. Hurlburt.

However, on at least two occasions later in his charge, the trial judge was clear and unequivocal in his instructions. First, when discussing intention and the included offence of manslaughter, he stated:

Where Mr. Jacquard shot and killed Mr. Hurlburt, which is an unlawful act, but you are not satisfied beyond a reasonable doubt he had the specific intent to commit murder, then you will find the accused not guilty of murder but guilty of manslaughter. I also tell you that after considering whether Mr. Jacquard was not criminally responsible because of a mental disorder, as I

taux et tous les autres éléments de preuve pour déterminer si l'accusé avait l'intention spécifique de commettre l'infraction de tentative de meurtre.

À mon avis, le juge du procès avait le droit de ne pas répéter la preuve des troubles mentaux de l'appelant chaque fois qu'il examinait une question à l'égard de laquelle cette preuve était pertinente. En demandant au jury de réexaminer toutes les circonstances et tous les éléments de preuve, il s'est acquitté de son obligation d'établir un lien entre la preuve essentielle des troubles mentaux de l'appelant et la question de la «préméditation et [du] propos délibéré». En fait, je refuse de conclure que répéter la preuve aurait amélioré l'exposé. Dans bien des cas, répéter la preuve ne contribue qu'à confondre les questions en litige, ce qui rend les directives moins parfaites et non le contraire.

(2) La nécessité de mentionner la preuve au moment opportun

Quoiqu'il n'ait pas insisté sur cet argument dans son mémoire, l'appelant a d'abord soutenu, à l'audience, que le juge du procès n'avait pas suffisamment indiqué au jury que la preuve des troubles mentaux de l'appelant était pertinente pour déterminer s'il avait eu l'intention de causer la mort de M. Hurlburt.

Il est vrai que le juge du procès a parlé de l'intention de façon générale. Il a dit:

[TRADUCTION] En fin de compte, vous aurez à examiner toutes les circonstances, y compris ce que M. Jacquard, l'accusé, a dit et fait, pour décider si le ministère public a prouvé que Clayton Jacquard avait effectivement l'intention de causer la mort de M. Hurlburt.

Toutefois, le juge du procès a été clair et catégorique à au moins deux reprises, plus loin dans ses directives. Premièrement, en analysant les questions de l'intention et de l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable, il a affirmé:

[TRADUCTION] Si M. Jacquard a fait feu sur M. Hurlburt et l'a tué, ce qui est un acte illégal, mais que vous n'êtes pas convaincus hors de tout doute raisonnable qu'il avait l'intention spécifique de commettre un meurtre, vous devrez alors déclarer l'accusé coupable non pas de meurtre mais d'homicide involontaire coupable. Je vous dis aussi qu'après avoir examiné si

asked you to determine first in your deliberations, if you are not satisfied on a balance of probabilities that Mr. Jacquard suffered from a mental disorder to the extent necessary for the special verdict of not criminally responsible on account of a mental disorder, I direct you to still consider the evidence of mental disorder along with the other evidence in determining whether or not Mr. Jacquard had the specific intent to commit the offence of murder. I direct your attention to consider all the evidence including the evidence of Doctor Rosenberg, Doctor Bradford and Doctor Akhtar.

Second, he later summarized in the context of attempted murder:

I direct your attention to consider all the evidence, including the evidence of the three psychiatrists, particularly where they differed in their opinions, as to whether Mr. Jacquard, at the time of the offence, had the specific intent to commit murder or attempted murder.

The appellant argues that this was not enough — it was insufficient, he says, for the trial judge to direct the jury in this *ex post facto* manner. He submits that the trial judge was required to relate the mental disorder evidence to the issue of intention when the issue arose, and not later, as part of his instructions regarding manslaughter and attempted murder.

I find this position too onerous. Even if I were to conclude that the jury might initially have been left with the impression that the mental disorder evidence was not relevant to the topic of intention, the trial judge's subsequent comments resolved any alleged uncertainty. You must look at a jury charge in its entirety. The trial judge made it absolutely clear to the jury, prior to its deliberations, that intention could be negated by the evidence of the accused's mental disorder. I thus fail to see how he was guilty of misdirection. Although this aspect of the charge may not have been perfect, it was certainly proper and fair.

M. Jacquard n'était pas criminellement responsable en raison de troubles mentaux, comme je vous ai demandé de le faire en commençant vos délibérations, si vous n'êtes pas convaincus, suivant la prépondérance des probabilités, que M. Jacquard était atteint de troubles mentaux dans la mesure nécessaire pour pouvoir prononcer le verdict spécial de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, je vous demande d'examiner encore la preuve des troubles mentaux et les autres éléments de preuve pour déterminer si M. Jacquard avait l'intention spécifique de commettre l'infraction de meurtre. Je vous demande d'examiner toute la preuve, y compris les témoignages des D^{cs} Rosenberg, Bradford et Akhtar.

Deuxièmement, il a récapitulé comme suit en ce qui a trait à la tentative de meurtre:

[TRADUCTION] Je vous demande d'examiner toute la preuve, y compris les témoignages des trois psychiatres, en particulier les points sur lesquels leurs opinions divergent, quant à savoir si M. Jacquard avait, au moment de l'infraction, l'intention spécifique de commettre un meurtre ou une tentative de meurtre.

L'appelant soutient que cela n'était pas suffisant — il était insuffisant, dit-il, que le juge du procès donne des directives au jury en procédant de cette manière *ex post facto*. Il prétend que le juge du procès était tenu d'établir un lien entre la preuve des troubles mentaux et la question de l'intention, au moment où cette question s'est posée et non plus tard, dans le cadre de ses directives sur l'homicide involontaire coupable et la tentative de meurtre.

Je juge cette position est trop exigeante. Même si je devais conclure que le jury aurait pu, au départ, avoir l'impression que la preuve des troubles mentaux n'était pas pertinente relativement à la question de l'intention, les commentaires subséquents du juge du procès ont fait disparaître toute prétendue incertitude. Il faut examiner l'exposé au jury au complet. Le juge du procès a clairement indiqué au jury, avant ses délibérations, que l'intention pouvait être neutralisée par la preuve des troubles mentaux de l'accusé. Je ne vois donc pas comment il peut avoir donné une directive erronée. Même si cette partie de l'exposé n'était peut-être pas parfaite, elle était certainement juste et équitable.

19

20

(3) The need to properly charge the jury on how the mental disorder evidence applied to the remaining legal issues

21

These initial conclusions do not end the inquiry. The appellant is not simply arguing that the evidence of his mental disorder ought to have been restated at each point at which it was relevant — be it in the context of “intention” or “planning and deliberation”. The appellant submits that, even if the jury understood that the evidence was relevant to each issue, it did not understand how it applied. In other words, the jury was not properly instructed on the legal issues themselves.

22

The appellant argues that the jury did not properly understand that, even if it fell short of establishing a s. 16 defence, or even if it failed to negate proof of intention, evidence of the appellant’s mental disorder may still raise a reasonable doubt as to whether or not the accused had the capacity to plan and deliberate and did in fact plan and deliberate. See, e.g., *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484; *More v. The Queen*, [1963] S.C.R. 522; *R. v. Mitchell*, [1964] S.C.R. 471; *R. v. Kirkby* (1985), 47 C.R. (3d) 97 (Ont. C.A.); *R. v. Reynolds* (1978), 22 O.R. (2d) 353 (C.A.). It is alleged that the jury did not understand the meaning of “planned and deliberate” and did not recognize that it is a separate issue with a distinct burden of proof on the Crown. It is also alleged that the trial judge did not adequately convey to the jury that a mental disorder could conceivably negate the elements of planning and deliberation without negating proof that an accused intended to kill.

23

I am not persuaded by these arguments either. The trial judge made it clear that the Crown had the burden to prove planning and deliberation beyond a reasonable doubt, and that this was a different burden from that imposed on the accused under the s. 16 defence. At the outset of his charge, the trial judge discussed in considerable detail the

(3) La nécessité de donner au jury des directives appropriées sur la façon dont la preuve des troubles mentaux s’appliquait aux autres questions juridiques

Ces conclusions initiales ne mettent pas fin à l’analyse. L’appelant ne soutient pas simplement que la preuve de ses troubles mentaux aurait dû être répétée chaque fois qu’elle était pertinente — que ce soit dans le contexte de l’«intention» ou de la «préméditation et [du] propos délibéré». Il prétend que, même si le jury comprenait que la preuve était pertinente relativement à chaque question en litige, il ne comprenait pas comment elle s’appliquait. En d’autres termes, le jury n’a pas reçu des directives appropriées sur les questions juridiques elles-mêmes.

L’appelant fait valoir que le jury n’a pas bien compris que, même si la preuve des troubles mentaux ne justifiait pas un moyen de défense fondé sur l’art. 16 ou si elle ne réfutait pas la preuve d’intention, elle pourrait néanmoins susciter un doute raisonnable quant à savoir si l’accusé avait la capacité d’agir avec préméditation et de propos délibéré, et s’il l’a effectivement fait. Voir, par exemple, *McMartin c. The Queen*, [1964] R.C.S. 484; *More c. The Queen*, [1963] R.C.S. 522; *R. c. Mitchell*, [1964] R.C.S. 471; *R. c. Kirkby* (1985), 47 C.R. (3d) 97 (C.A. Ont.); *R. c. Reynolds* (1978), 22 O.R. (2d) 353 (C.A.). Il est allégué que le jury n’a pas compris le sens de l’expression «avec préméditation et de propos délibéré», et qu’il n’a pas senti qu’il s’agissait d’une question distincte qui imposait au ministère public un fardeau de preuve différent. Il est aussi allégué que le juge du procès n’a pas suffisamment indiqué au jury qu’il se pouvait bien que des troubles mentaux neutralisent les éléments de préméditation et de propos délibéré sans toutefois réfuter la preuve qu’un accusé avait eu l’intention de tuer.

Ces arguments ne me convainquent pas non plus. Le juge du procès a clairement indiqué qu’il incombait au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable l’existence de préméditation et de propos délibéré, et qu’il s’agissait là d’une obligation différente de celle imposée à l’accusé dans le contexte du moyen de défense fondé sur

burden of proof, reminding the jury that “[f]rom start to finish the burden is upon the Crown to prove beyond a reasonable doubt the guilt of the accused on these charges.” Later he said, “if you are satisfied that the Crown has proven each of the elements beyond a reasonable doubt your job is not finished because you must go on to decide whether or not the Crown has proved first degree murder” (i.e., planning and deliberation under s. 231(2)). Still later he explained: “Therefore you must be satisfied beyond a reasonable doubt that the alleged murder was planned and deliberate before you can return a verdict of guilty on the charge of first degree murder.” These passages should be contrasted with the trial judge’s instructions under the s. 16 defence. After reading s. 16 to the jury he said:

This means that you must presume Mr. Jacquard was not so mentally disordered as to be exempt from criminal responsibility at the time of the offence unless the contrary is proven. Since Mr. Jacquard is alleging that he was mentally disordered at the time of the offence he has the burden or responsibility of proving the mental disorder defence. He must prove mental disorder on a balance of probabilities.

There is a lesser standard of proof than proof . . . than beyond a reasonable doubt which I explained to you earlier. If you are satisfied that it is more likely than not that Mr. Jacquard was mentally disordered to the extent of being incapable of appreciating the nature and quality of his act [*sic*] or of knowing that they were wrong at the time of the offence, you must return a verdict of not criminally responsible on account of a mental disorder.

I agree with Chipman J.A. that “the jury could not possibly have been confused with respect to the burden of proof being on the Crown beyond a reasonable doubt with respect to all of the elements

l’art. 16. Dès le début de son exposé, le juge du procès a procédé à une analyse très détaillée du fardeau de preuve, rappelant au jury que [TRADUCTION] «[d]u début à la fin, il incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable la culpabilité de l’accusé relativement à ces accusations.» Il a dit plus loin: [TRADUCTION] «si vous êtes convaincus que le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable l’existence de chacun des éléments, votre tâche n’est pas terminée, car vous devez encore décider si le ministère public a prouvé qu’il y a eu meurtre au premier degré» (c.-à-d. que le meurtre a été commis avec préméditation et de propos délibéré, au sens du par. 231(2)). Encore plus loin, il a expliqué: [TRADUCTION] «Par conséquent, pour pouvoir rendre un verdict de culpabilité de meurtre au premier degré, vous devez être convaincus hors de tout doute raisonnable que le meurtre allégué a été commis avec préméditation et de propos délibéré.» Il convient de comparer ces passages avec les directives du juge du procès relatives au moyen de défense fondé sur l’art. 16. Après avoir lu l’art. 16 au jury, il a dit:

[TRADUCTION] Cela signifie que vous devez présumer que M. Jacquard n’était pas atteint de troubles mentaux de nature à l’exonérer de toute responsabilité criminelle au moment où l’infraction a été commise, à moins que le contraire ne soit démontré. Comme M. Jacquard prétend qu’il était atteint de troubles mentaux au moment de l’infraction, il lui incombe de faire la preuve du moyen de défense fondé sur les troubles mentaux. Il doit prouver l’existence de troubles mentaux suivant la prépondérance des probabilités.

Il s’agit d’une norme moins exigeante que la preuve . . . que le hors de tout doute raisonnable que je vous ai expliqué plus tôt. Si vous êtes convaincus qu’il est plus probable que le contraire que M. Jacquard ait été atteint de troubles mentaux qui le rendaient incapable, au moment où il a commis l’infraction, de juger de la nature et de la qualité de ses actes ou de savoir qu’ils étaient mauvais, vous devrez rendre un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux.

Je conviens avec le juge Chipman [TRADUCTION] «qu’il ne pouvait pas y avoir eu de confusion dans l’esprit du jury quant au fait qu’il incombait au ministère public de prouver hors de tout doute

of first degree murder. The trial judge told the jury so in no uncertain terms” (p. 362).

25

There is also ample reason to conclude that the jurors fully understood that even if they concluded that the appellant did not adequately establish a defence under s. 16, the other defences were still very much open to consider. At the conclusion of his s. 16 instructions, the trial judge warned the jury:

If you find Mr. Jacquard did not suffer from a mental disorder that rendered him incapable of appreciating the nature and quality of his act [*sic*] or of knowing that they were wrong I direct that you must then proceed to determine the remaining issues in count number one.

The trial judge then discussed the elements of count number one and later outlined what was incumbent upon the Crown to prove:

I tell you as a matter of law, the Crown will not have discharged that burden of proof unless you are satisfied beyond a reasonable doubt that the only reasonable inference to be drawn from the proven facts is that the accused, 1) intended to kill Sandy Hurlburt or to cause him bodily harm that he knew was likely to cause his death and was reckless whether death ensued or not; 2) that the murder of Sandy Hurlburt was planned and deliberate; and 3) the intention of the accused was to kill Barbara Marie Wilkinson.

Unlike a case such as *R. v. Allard* (1990), 57 C.C.C. (3d) 397 (Que. C.A.), the trial judge did not tell the jurors to disregard the evidence of the accused’s mental disorder once they got passed the s. 16 issue. In fact, he repeatedly told the jury otherwise — to consider all of the available evidence on the remaining points.

26

The appellant’s submission that the jury was unaware of the meaning of “planned and deliberate” is no more convincing. The trial judge introduced these terms by stating that “planned and deliberate have different meanings” and proceeded

raisonnable l’existence de chacun des éléments du meurtre au premier degré. Le juge du procès le lui avait dit en des termes on ne peut plus clairs» (p. 362).

Il y a aussi de bonnes raisons de conclure que les jurés ont parfaitement compris que même s’ils concluaient que l’appelant n’avait pas établi suffisamment l’existence d’un moyen de défense fondé sur l’art. 16, il y avait néanmoins encore lieu d’examiner les autres moyens de défense. À la fin de ses directives sur l’art. 16, le juge du procès a fait la mise en garde suivante au jury:

[TRADUCTION] Si vous concluez que M. Jacquard n’était pas atteint de troubles mentaux qui le rendaient incapable de juger de la nature et de la qualité de ses actes ou de savoir qu’ils étaient mauvais, vous devrez ensuite trancher les autres questions soulevées dans le premier chef d’accusation.

Le juge du procès a alors examiné les éléments du premier chef d’accusation et a, par la suite, souligné ce que le ministère public devait prouver:

[TRADUCTION] Je vous dit que, en droit, le ministère public ne se sera acquitté de ce fardeau de preuve que si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que la seule conclusion raisonnable qui peut être tirée des faits qui ont été établis est que l’accusé 1) avait l’intention de tuer Sandy Hurlburt ou de lui causer des lésions corporelles qu’il savait être de nature à causer sa mort, et qu’il lui était indifférent que la mort s’ensuive ou non, 2) que le meurtre de Sandy Hurlburt a été commis avec préméditation et de propos délibéré, et 3) l’accusé avait l’intention de tuer Barbara Marie Wilkinson.

Contrairement à ce qui s’était passé dans une affaire comme *R. c. Allard* (1990), 57 C.C.C. (3d) 397 (C.A. Qué.), le juge du procès n’a pas dit aux jurés de ne plus tenir compte de la preuve des troubles mentaux de l’accusé une fois réglée la question de l’art. 16. En fait, il leur a dit le contraire à maintes reprises — il leur a dit de tenir compte de tous les éléments de preuve disponibles relativement aux autres points.

L’argument de l’appelant selon lequel le jury ignorait le sens de l’expression «avec préméditation et de propos délibéré» n’est guère plus convaincant. Le juge du procès a présenté cette expression en disant que [TRADUCTION] «[l]es

to define them in a manner perfectly consistent with this Court's prior rulings. See *R. v. Aalders*, [1993] 2 S.C.R. 482, *More, supra*. See also *R. v. Smith* (1986), 71 N.S.R. (2d) 229 (C.A.), *R. v. Palmer* (1986), 12 O.A.C. 181 (C.A.). He defined something that is "planned" as something that is arranged beforehand on the basis of a "design" or "scheme". He defined something that is "deliberate" as something that is "considered" and "carefully thought out" rather than "hasty", "rash", or "impulsive". He said, "[a] person commits deliberate murder when he or she thinks about the consequences", i.e., when he or she contemplates the advantages and disadvantages of committing the murder.

It is true that some factor, such as a mental disorder, that is insufficient to negative the charge that the accused intended to kill, may nevertheless be sufficient to negative the elements of planning and deliberation. This is because one can intend to kill and yet be impulsive rather than considered in doing so. It requires less mental capacity simply to intend than it does to plan and deliberate.

In *R. v. Wallen*, [1990] 1 S.C.R. 827, the Court addressed, *inter alia*, whether this distinction had to be explained to the jury in the context of the defence of intoxication. The five-judge panel unanimously agreed that the trial judge was obliged to direct the jury to consider the effects of intoxication separately, in relation to each aspect of the accused's defence. However, a three-judge majority (from which I dissented) concluded that, while it is the better course to follow, it is not an absolute rule that the jury must be expressly told of the distinction between the degree of intoxication necessary to negative intent to kill and that necessary to negative planning and deliberation. Put differently, the majority held that a trial judge need not instruct the jury on the finer distinctions of the manner in which an accused's mental incapacity

termes «avec préméditation et de propos délibéré» ont des sens différents», et il les a définis d'une manière tout à fait compatible avec la jurisprudence de notre Cour. Voir *R. c. Aalders*, [1993] 2 R.C.S. 482, *More*, précité. Voir aussi *R. c. Smith* (1986), 71 N.S.R. (2d) 229 (C.A.), *R. c. Palmer* (1986), 12 O.A.C. 181 (C.A.). Il a affirmé qu'il y a [TRADUCTION] «préméditation» si quelque chose est organisé d'avance conformément à un «dessein» ou à un «projet». Il a dit qu'un acte est accompli [TRADUCTION] «de propos délibéré» s'il est «réfléchi» ou «mûrement réfléchi» plutôt que «précipité», «irréfléchi» ou «impulsif». Il a ajouté [TRADUCTION] «[qu'une] personne commet un meurtre de propos délibéré lorsqu'elle songe aux conséquences», c.-à-d. lorsqu'elle envisage les avantages et les inconvénients de commettre le meurtre.

Il est vrai qu'un facteur, comme les troubles mentaux, qui est insuffisant pour neutraliser l'accusation selon laquelle l'accusé avait l'intention de tuer peut néanmoins suffire à neutraliser les éléments de préméditation et de propos délibéré. Il en est ainsi parce qu'une personne peut avoir l'intention de tuer et néanmoins accomplir cet acte de manière impulsive plutôt que réfléchie. La capacité mentale requise pour former une simple intention est moindre que celle qui est nécessaire pour agir avec préméditation et de propos délibéré.

Dans *R. c. Wallen*, [1990] 1 R.C.S. 827, la Cour a notamment abordé la question de savoir si cette distinction devait être expliquée au jury dans le contexte du moyen de défense fondé sur l'intoxication. Les cinq juges qui ont entendu l'affaire ont convenu à l'unanimité que le juge du procès devait donner comme directive au jury d'examiner les effets de l'intoxication séparément, pour chacun des aspects de la défense de l'accusé. Toutefois, les trois juges majoritaires (moi-même étant dissident) ont conclu que, même si c'est la meilleure chose à faire, l'obligation d'informer expressément le jury de la distinction entre le degré d'intoxication requis pour neutraliser l'intention de tuer et celui requis pour neutraliser la préméditation et le propos délibéré n'est pas une règle absolue. En d'autres termes, les juges majoritaires ont statué

27

28

can undermine his or her capacity to intend as opposed to his or her capacity to plan and deliberate.

29 I have no present intention to re-open that discussion. Nor do I have any desire to develop a legal distinction — which would almost certainly be tenuous — between the effects of intoxication as opposed to the effects of a mental disorder in this context. Although the s. 16 “not criminally responsible” defence is altogether different from the defence of intoxication, planning and deliberation involve more complex and stable mental processes than the mere intention to kill, and this fact does not change from one form of mental impairment to another.

30 Therefore, although the same logic applies in the context of mental disorders just as it does in the context of intoxication, this Court said in *Wallen* that the trial judge need not be explicit about the subtle differences between the manner in which evidence of a mental disorder can negate “intention” versus “planning and deliberation”. It is sufficient if his instructions, when read as a whole, make the jury aware that the evidence of the appellant’s mental disorder needs to be considered on each issue, and do not mislead the jury into thinking that a finding of planning and deliberation necessarily follows from a finding of intention. In my opinion, this is precisely what the trial judge did in this case.

31 There is no question that the trial judge treated the issue of planning and deliberation separately from all others and alerted the jury that the evidence of the appellant’s mental disorder was relevant to its determination. Moreover, he indicated to the jury that neither “planning” nor “deliberation” is equivalent to “intentional”. He told the jury that “a person can mean or intend to kill someone without having planned to kill the person”. The effect of instructing the jury that the appellant could intend to do something without

que le juge du procès n’a pas à aviser le jury des distinctions plus subtiles qui existent entre la manière dont l’incapacité mentale d’un accusé peut miner sa capacité de former une intention par opposition à sa capacité d’agir avec préméditation et de propos délibéré.

Je n’ai pas l’intention de rouvrir ce débat. Je ne veux pas non plus établir une distinction juridique — qui serait presque certainement tenue — entre les effets de l’intoxication par rapport aux effets de troubles mentaux dans ce contexte. Bien que la défense de «non-responsabilité criminelle» fondée sur l’art. 16 soit complètement différente de la défense d’intoxication, la préméditation et le propos délibéré impliquent des processus mentaux plus complexes et plus stables que la simple intention de tuer, et ce fait ne change pas d’une forme de déficience intellectuelle à une autre.

Par conséquent, bien que la même logique s’applique autant dans le contexte des troubles mentaux que dans celui de l’intoxication, notre Cour a affirmé, dans *Wallen*, que le juge du procès n’a pas à être explicite sur les différences subtiles qui existent entre la manière dont la preuve de troubles mentaux peut neutraliser l’«intention» par rapport à la «préméditation et [au] propos délibéré». Il suffit que, dans leur ensemble, ses directives fassent prendre conscience au jury que la preuve des troubles mentaux de l’appelant doit être examinée relativement à chacune des questions en litige, et ne l’amènent pas à croire à tort que conclure à l’existence de l’intention oblige nécessairement à statuer qu’il y a eu préméditation et propos délibéré. À mon avis, c’est exactement ce que le juge du procès a fait en l’espèce.

Il est indubitable que le juge du procès a traité la question de la préméditation et du propos délibéré séparément des autres points en litige, et qu’il a éveillé l’attention du jury sur le fait que la preuve des troubles mentaux de l’appelant était pertinente pour trancher cette question. De plus, il a indiqué au jury que ni les termes «avec préméditation» ni les termes «de propos délibéré» ne correspondent à «intentionnel». Il a dit au jury [TRADUCTION] «[qu]une personne peut avoir l’intention de tuer quelqu’un sans avoir prémédité de le faire». Indi-

planning and deliberating is to make the jury understand that the appellant's mental disorder could conceivably have undermined his capacity to plan and deliberate without undermining his capacity to intend.

Having read and reread the charge, I have no doubt that the jury was properly instructed on the meaning, scope, and effect of "planned and deliberate". Moreover, I cannot emphasize enough that the right of an accused to a properly instructed jury does not equate with the right to a perfectly instructed jury. An accused is entitled to a jury that understands how the evidence relates to the legal issues. This demands a functional approach to the instructions that were given, not an idealized approach to those instructions that might have been given. Using such a functional approach, I find added support for the conclusion that the jurors were properly instructed in this case. Let me explain.

First, we should not divorce the jury charge from the greater context of the trial. As Chipman J.A. emphasized in his judgment for the Nova Scotia Court of Appeal, it is noteworthy that the "planned and deliberate" issue was not expressly raised by the appellant as a live issue at trial (at pp. 361-62). The appellant did not question his experts on the capacity of the appellant to plan and deliberate. Nor did defence counsel submit to the jury in argument that it was something they should consider. Indeed the appellant indicated that he had two central arguments: (1) the appellant was not criminally responsible by virtue of his mental disorder under s. 16 of the *Criminal Code*; and (2) the appellant did not intend or have the capacity to intend to murder Sandy Hurlburt. This certainly does not relieve the Crown of its obligation to prove all of the elements of an offence beyond a reasonable doubt, but it does help to explain why the trial judge's directions on the "planned and deliberate" issue may have been shorter and less

quer au jury que l'appelant pouvait avoir l'intention d'accomplir un acte sans agir avec préméditation et de propos délibéré revient à lui faire comprendre qu'il se pouvait bien que les troubles mentaux de l'appelant aient miné sa capacité d'agir avec préméditation et de propos délibéré sans avoir miné sa capacité de former une intention.

Après avoir lu et relu l'exposé du juge, je ne doute nullement que le jury a reçu des directives appropriées sur le sens, la portée et l'effet de l'expression «avec préméditation et de propos délibéré». De plus, je ne saurais trop insister sur le fait que le droit d'un accusé à un jury ayant reçu des directives appropriées n'équivaut pas au droit à un jury ayant reçu des directives parfaites. L'accusé a droit à un jury qui comprenne le lien qui existe entre la preuve et les questions juridiques soulevées. Cela requiert une analyse fonctionnelle des directives qui ont été données, et non pas une analyse idéalisée des directives qui auraient pu être données. Je considère que cette analyse fonctionnelle vient étayer davantage la conclusion que les jurés ont reçu des directives appropriées en l'espèce. Je m'explique.

Premièrement, nous ne devons pas dissocier l'exposé du juge au jury du contexte plus général du procès. Comme le juge Chipman l'a souligné dans le jugement qu'il a rendu au nom de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, il convient de noter que l'appelant n'a pas soulevé expressément la question de la «préméditation et [du] propos délibéré» comme une question en litige au procès (aux pp. 361 et 362). L'appelant n'a pas interrogé ses experts sur sa capacité d'agir avec préméditation et de propos délibéré. L'avocat de la défense n'a pas non plus, dans sa plaidoirie, indiqué au jury qu'il s'agissait d'une question qu'il devait examiner. En fait, l'appelant a fait valoir qu'il disposait de deux arguments principaux: (1) sa responsabilité criminelle n'était pas engagée parce qu'il était atteint de troubles mentaux, au sens de l'art. 16 du *Code criminel*, et (2) il n'avait eu ni l'intention d'assassiner Sandy Hurlburt ni la capacité d'avoir cette intention. Cela ne libère sûrement pas le ministère public de son obligation de prouver hors de tout

32

33

elaborate than on others. Planning and deliberation was not the focus of the defence.

34

Second, despite the lack of focus on this matter by the defence, the Crown made it clear that the ability of the appellant to intend, plan, and deliberate was at issue. In the middle of the Crown's address to the jury, he said:

Now, there are a number of pieces of evidence that perhaps I haven't touched on yet that bear on the issue of ah, of intent and the ability to plan [and] deliberate and whether or not he did, in fact, plan and deliberate with respect to the killing and I'll briefly go through them as I have them listed.

Indeed the Crown cross-examined the appellant's expert witnesses on the issue of planning and deliberation. In particular, he put hypotheticals to them designed to get at the appellant's capacity to plan and deliberate. Hence, the Crown and Dr. Edwin Rosenberg had the following exchange:

Q. Sir, would you agree with me that the person I described in the hypothetical, was certainly capable of planning and deliberation? Well, let's forget the facts of the case or let's forget the facts that you gave your opinion to Mr. Pink based on. Assume these facts in the hypothetical that I've given you?

A. Oh certainly, the way you describe it in your hypothetical, the individual was capable of planning.

Q. He was also capable of considering the consequences of his acts, would you not agree?

doute raisonnable l'existence de tous les éléments d'une infraction, mais c'est utile pour expliquer pourquoi les directives du juge du procès sur la question de la «préméditation et [du] propos délibéré» peuvent avoir été plus courtes et moins détaillées que celles portant sur d'autres points. La défense n'était pas axée sur la question de la préméditation et du propos délibéré.

Deuxièmement, bien que la défense ne se soit pas concentrée sur ce point, le ministère public a clairement indiqué que la capacité de l'appelant de former une intention et d'agir avec préméditation et de propos délibéré était en cause. Au milieu de son réquisitoire au jury, le ministère public a dit:

[TRADUCTION] Maintenant, il peut y avoir un certain nombre d'éléments de preuve que je n'ai pas encore abordés mais qui ont néanmoins une incidence sur la question de euh, de l'intention et de la capacité d'agir avec préméditation [et] de propos délibéré, ainsi que sur celle de savoir s'il a effectivement commis l'homicide avec préméditation et de propos délibéré, et je vais les examiner brièvement selon l'ordre dans lequel je les ai énumérés.

Le ministère public a effectivement contre-interrogé les témoins experts de l'appelant sur la question de la préméditation et du propos délibéré. Il leur a notamment soumis des hypothèses destinées à démontrer la capacité de l'appelant d'agir avec préméditation et de propos délibéré, d'où l'échange suivant entre le ministère public et le Dr Edwin Rosenberg:

[TRADUCTION]

Q. Monsieur, seriez-vous d'accord avec moi pour dire que la personne que j'ai décrite dans l'hypothèse était sûrement capable d'agir avec préméditation et de propos délibéré? Eh bien! oublions les faits de l'affaire ou ceux sur lesquels reposait l'opinion que vous avez donnée à M. Pink. Présomons qu'il s'agit des faits dont il est question dans l'hypothèse que j'ai formulée devant vous?

R. Oh! sûrement, de la manière dont vous l'avez décrit dans votre hypothèse, l'individu était capable d'agir avec préméditation.

Q. Ne seriez-vous pas d'accord pour dire qu'il était aussi capable de réfléchir aux conséquences de ses actes?

A. Yes.

Q. And he was also capable of forming the specific intent to kill?

A. Yes.

Later, the Crown confirmed:

Q. That's fairly basic, I think. The facts that I put forth in my hypothetical show a person, as you said, is capable of planning and is also capable of exhibiting goal directed behaviour, that is, he sets out a goal and works on the various steps of how to get there, correct?

A. Yes.

Similarly, the Crown had the following exchange with Dr. John Bradford on his cross-examination:

Q. If one were planning to . . . if one suffered from post traumatic stress disorder, they'd still be capable of planning to do things and carrying those things out in some situation, as a generalization once again?

A. Yes, as a generalization, yes.

In my opinion, the fact that the Crown directed evidence to the issue casts significant doubt on the appellant's submission that the capacity of the appellant to plan and deliberate was not on the jury's collective mind.

Third, defence counsel failed to comment on the alleged misdirection following the jury charge. At the close of the charge, both counsel were given the full opportunity to express any misgivings they may have had about its contents. By way of response, they proposed a joint supplementary instruction to the judge which outlined an algorithm of questions the jurors should go through in deciding the case. The trial judge accepted the proposal and, with some modifications, submitted the list of questions to the jury. At no point, however, did defence counsel object to

R. Oui.

Q. Et il était aussi capable de former l'intention spécifique de tuer?

R. Oui.

Plus loin, le ministère public confirme:

[TRADUCTION]

Q. Je pense que c'est assez élémentaire. Les faits que j'ai exposés dans mon hypothèse montrent une personne qui, comme vous l'avez dit, est capable d'agir avec préméditation et aussi capable d'adopter un comportement guidé par un objectif, c'est-à-dire qu'elle se fixe un objectif et prend les diverses mesures pour l'atteindre; n'est-ce pas?

R. Oui.

De même, le ministère public a eu l'échange suivant avec le Dr John Bradford lors de son contre-interrogatoire:

[TRADUCTION]

Q. Si une personne préméditait de . . . si une personne souffrait du syndrome de stress post-traumatique, elle serait néanmoins capable de préméditer des actes et de les exécuter dans une certaine situation, on parle ici de façon générale encore une fois?

R. Oui, de façon générale, oui.

À mon avis, le fait que le ministère public ait orienté la preuve sur cette question contribue à jeter un doute considérable sur l'argument de l'appelant voulant que les membres du jury n'aient pas eu collectivement à l'esprit la capacité de l'appelant d'agir avec préméditation et de propos délibéré.

Troisièmement, l'avocat de la défense n'a pas commenté la directive erronée qui aurait suivi l'exposé au jury. À la fin de l'exposé, les avocats des deux parties ont eu pleinement l'occasion d'exprimer tout doute qu'ils pouvaient avoir au sujet de son contenu. En réponse, ils ont proposé au juge une directive supplémentaire conjointe qui exposait une série de questions que les jurés devraient examiner pour rendre leur décision. Le juge du procès a accepté cette proposition et, après y avoir apporté certaines modifications, il a soumis la liste de questions au jury. En aucun moment toutefois,

the manner in which the trial judge charged the jury on the “planned and deliberate” issue.

36 Nor did defence counsel raise the issue prior to the jury charge at the informal pre-address conference that took place. At that time, the Crown proposed, and defence counsel agreed, that the relevant sections of the *Criminal Code* be submitted to the jury during its deliberations. Significantly, although defence counsel objected to submitting the definitions of “planned and deliberate” along with the sections, he did not express any anticipatory concern that the “planned and deliberate” issue be handled in a specific manner. We should not forget that the issue of planning and deliberation was fresh in defence counsel’s mind. The alleged lack of planning and deliberation had formed the very basis of the appellant’s earlier failed motion for a directed verdict.

37 To point this out is not to say that a party waives its right of appeal on a jury charge misdirection by failing to raise the issue contemporaneously with the making of the charge. In *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129, this Court made it quite clear that defence counsel’s failure to object to a jury charge is not determinative, at least in the context of the applicability of the *Criminal Code*’s curative provision. Although such a rule would act as a strong incentive for counsel to scrutinize the charge carefully and would inhibit counsel from deliberately failing to object to the charge as a matter of strategy, the Court has not lost sight of the fact that the jury charge is the responsibility of the trial judge and not defence counsel. Such a rule might also unequivocally prejudice an accused’s right of appeal in cases where counsel is inexperienced with jury trials.

38 Nevertheless, defence counsel’s failure to comment at the trial is worthy of consideration. In *Thériault v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 336,

l’avocat de la défense ne s’est-il opposé à la manière dont le juge du procès avait procédé en donnant au jury des directives sur la question de la «préméditation et [du] propos délibéré».

L’avocat de la défense n’a pas non plus soulevé cette question avant l’exposé au jury, lors de la conférence informelle préalable. Le ministère public avait alors proposé, avec l’assentiment de l’avocat de la défense, que les dispositions pertinentes du *Code criminel* soient présentées au jury pendant ses délibérations. Fait révélateur, même si l’avocat de la défense s’est opposé à ce que la définition de l’expression «avec préméditation et de propos délibéré» soit présentée avec les articles eux-mêmes, il n’a exprimé aucune crainte que la question de la «préméditation et [du] propos délibéré» soit traitée d’une certaine manière. Il ne faudrait pas oublier que la question de la préméditation et du propos délibéré était encore fraîche à la mémoire de l’avocat de la défense. L’absence alléguée de préméditation et de propos délibéré était le motif invoqué à l’appui de la requête en obtention d’un verdict imposé, que l’appelant avait antérieurement soumise en vain.

Cette remarque ne revient pas à dire qu’une partie renonce à son droit d’appel contre une directive erronée au jury, du fait qu’elle ne soulève pas cette question pendant l’exposé. Dans *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129, notre Cour a très clairement indiqué que l’omission de l’avocat de la défense de s’opposer à l’exposé au jury n’est pas déterminante, du moins dans le contexte de l’applicabilité de la disposition réparatrice du *Code criminel*. Même si une telle règle avait pour effet d’inciter fortement les avocats à examiner attentivement l’exposé au jury et à les empêcher de choisir de ne pas s’y opposer pour des raisons stratégiques, la Cour n’a pas perdu de vue le fait que l’exposé au jury est la responsabilité du juge du procès et non de l’avocat de la défense. Une telle règle pourrait aussi nettement porter atteinte au droit d’appel d’un accusé dans les cas où son avocat manquerait d’expérience en matière de procès devant un jury.

Néanmoins, il vaut la peine de prendre en considération l’omission de l’avocat de la défense de faire des commentaires au procès. Dans *Thériault*

although I dissented on unrelated grounds, Dickson J. (as he then was) expressed the proper view at pp. 343-44: “[a]lthough by no means determinative, it is not irrelevant that counsel for the accused did not comment, at the conclusion of the charge, upon the failure of the trial judge to direct the attention of the jury to the evidence”. In my opinion, defence counsel’s failure to object to the charge says something about both the overall accuracy of the jury instructions and the seriousness of the alleged misdirection.

Fourth, this is not a case about misdirection. Contrary to the appellant’s submissions, this case is not like *More, supra*. *More* was a capital murder case in which the accused called evidence of psychiatric experts who testified that he was suffering from severe psychosis at the time of the murder. Instead of simply leaving the testimony of experts for the jury to consider, the trial judge read excerpts from evidence textbooks to the jury which stated that the testimony of experts is often considered to be of slight value and biased in favour of the party that calls them. That was clearly a misdirection, because it undermined the essence of the accused’s case, by telling the jury that they should give the medical evidence slight weight and little consideration. The trial judge’s charge to the jury was tantamount to withdrawing the defence.

Nor is this case like *Allard, supra*. In *Allard*, the accused was charged with first degree murder in the poisoning death of her husband. She argued in her defence that she suffered from a manic-depressive psychosis and had thus been unable to appreciate the consequences of her act. The trial judge directed the jury to consider the accused’s insanity defence, but added that if the jury found that she had failed to establish her insanity on the balance of probabilities, they should “disregard that defence completely”. The Quebec Court of Appeal considered this charge a misdirection. If the defence of insanity failed, the jury was still required to consider her psychosis evidence as it

c. La Reine, [1981] 1 R.C.S. 336, même si j’étais dissident pour d’autres motifs sans rapport avec cette question, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a exposé le point de vue approprié, aux pp. 343 et 344: «[b]ien que ce ne soit pas concluant, il n’est pas sans importance de remarquer que l’avocat de l’accusé n’a fait aucun commentaire, à la fin de l’exposé, sur l’omission du juge du procès d’attirer l’attention du jury sur les témoignages». À mon avis, l’omission de l’avocat de la défense de s’opposer à l’exposé est révélatrice quant à la justesse générale des directives au jury et à la gravité de la directive qui serait erronée.

Quatrièmement, il ne s’agit pas en l’espèce d’une directive erronée. Contrairement à ce qu’allègue l’appelant, la présente affaire n’est pas analogue à *More*, précité. Il s’agissait dans *More* d’une affaire de meurtre qualifié où l’accusé avait fait témoigner des experts en psychiatrie qui ont déclaré qu’il était atteint de psychose grave au moment du meurtre. Au lieu de laisser tout simplement le jury examiner les témoignages des experts, le juge du procès a lu au jury des extraits d’ouvrages sur la preuve qui indiquaient que l’on considère souvent que les témoignages d’experts ont peu de valeur et qu’ils favorisent la partie qui font témoigner les experts en question. C’était manifestement une directive erronée parce qu’elle minait l’essentiel de la preuve de l’accusé en indiquant au jury qu’il devrait accorder peu de poids ou d’importance à la preuve médicale. L’exposé du juge du procès au jury revenait à retirer la défense.

La présente affaire n’est pas non plus analogue à l’affaire *Allard*, précitée. Dans *Allard*, l’accusée avait été inculpée du meurtre au premier degré de son mari mort empoisonné. Elle a soutenu, pour sa défense, qu’elle souffrait de psychose maniaco-dépressive et qu’elle avait donc été incapable de juger des conséquences de son acte. Le juge du procès a donné comme directive au jury d’examiner le moyen de défense fondé sur l’aliénation mentale que l’accusée avait invoqué, mais il a ajouté que s’il en arrivait à la conclusion qu’elle n’avait pas réussi à prouver qu’elle était atteinte d’aliénation mentale suivant la prépondérance des probabilités, il devrait [TRADUCTION] «écarter com-

39

40

related to the Crown's burden of establishing intent beyond a reasonable doubt. This is completely unlike the case at bar where the trial judge did not tell the jury to disregard the evidence of mental disorder if the s. 16 defence was not proven. In fact, he expressly instructed otherwise.

- 41 Applying a functional approach to the jury instructions in the greater context of the appellant's trial, I find that there is ample reason to conclude that the jury was properly instructed. The jury was fully apprised of the meaning, scope and effect of the "planned and deliberate" requirement, and understood its responsibility to consider the evidence of the appellant's mental state in determining whether he had the capacity to "plan and deliberate" and whether he in fact did so.

B. *Consciousness of Guilt*

- 42 Under certain circumstances, the acts of an accused following a crime may provide a window to the accused's culpability. This sort of circumstantial evidence may be used by the jury to infer what has been termed "consciousness of guilt". The most common inferences of this character are made from an accused's flight from the scene of the crime.

- 43 In this case, the trial judge thought that the jury could derive similar inferences from the hiding of the murder weapon and the fact that it was found without any latent traces of the appellant's fingerprints. At a fairly early stage in the jury charge the trial judge made the following observations:

In this trial there is some evidence that the accused attempted to hide or destroy evidence against him. There is evidence the gun and the ammunition were hidden at the skateboard ramp. There was also evidence the gun found at the skateboard ramp was devoid of finger-

plètement ce moyen de défense». La Cour d'appel du Québec a considéré qu'il s'agissait là d'une directive erronée. Si le moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale échouait, le jury devrait néanmoins examiner la preuve relative à la psychose de l'accusée en fonction de l'obligation du ministère public d'établir l'existence de l'intention hors de tout doute raisonnable. Cela est complètement différent de la présente affaire où le juge du procès n'a pas dit au jury de ne pas tenir compte de la preuve des troubles mentaux si l'existence du moyen de défense fondé sur l'art. 16 n'était pas établie. En fait, il a expressément donné des directives contraires.

Appliquant l'analyse fonctionnelle des directives au jury dans le contexte plus général du procès de l'appellant, je juge qu'il y a de bonnes raisons de conclure que le jury a reçu des directives appropriées. Il a été très bien informé du sens, de la portée et de l'effet de l'exigence de «préméditation et [de] propos délibéré», et il a compris qu'il devait tenir compte de la preuve de l'état mental de l'appellant pour déterminer s'il avait la capacité «d'agir avec préméditation et de propos délibéré», et s'il l'avait effectivement fait.

B. *La conscience de culpabilité*

Dans certaines circonstances, les actes qu'un accusé accomplit à la suite d'un crime peuvent être un indice de culpabilité. Le jury peut se servir de ce genre de preuve circonstancielle pour déduire l'existence de ce qu'on a appelé la «conscience de culpabilité». Les déductions de l'existence de cette conscience émanent le plus souvent de la fuite d'un accusé des lieux du crime.

En l'espèce, le juge du procès a cru que le jury pourrait tirer des conclusions analogues du fait que l'arme du crime avait été cachée et qu'elle ne portait pas les empreintes digitales de l'appellant. Assez tôt dans son exposé au jury, le juge du procès a fait les observations suivantes:

[TRADUCTION] En l'espèce, il existe une preuve que l'accusé a tenté de dissimuler ou de détruire des éléments de preuve contre lui. Il y a une preuve que le fusil et les munitions ont été cachés sous la rampe de planche à roulettes. Il y avait aussi une preuve que le fusil trouvé

prints even though there is other evidence he shot from the gun during which time he would have handled it. Evidence that an accused person tries to hide or destroy evidence can be evidence of consciousness of guilt.

The law recognizes that a guilty person will sometimes try to hide or destroy evidence in order to escape the consequences of his or her crime. It is up to you to decide whether or not the conduct of the accused indicates consciousness of guilt. You must of course be satisfied beyond a reasonable doubt that the accused did try to hide or destroy evidence before you may use this evidence of consciousness of guilt. If you are not satisfied the accused tried to hide or destroy evidence then you must ignore the evidence of the alleged attempt. If you are satisfied that the accused did try to hide or destroy evidence you must consider whether or not this attempt is evidence of consciousness of guilt. Please remember that guilty knowledge is not the only reason someone might try to hide or destroy evidence. For example, someone might try to hide or destroy evidence out of fear or for some reason that has nothing to do with guilty knowledge. You should consider all the circumstances surrounding the alleged attempt to hide or destroy evidence when you decide whether or not the alleged attempt is evidence of consciousness of guilt. Keep in mind that any inference you may draw to the effect that the accused attempted to hide or destroy evidence is not, by itself, sufficient to prove his guilt beyond a reasonable doubt. It is just one piece of evidence that you can make use of in deciding whether the accused is guilty or not guilty or not criminal[ly] responsible by reason of a mental disorder. [Emphasis added.]

I respectfully disagree with the initial conclusions of Chipman J.A. that this instruction was completely proper. In coming to this conclusion I need not consider whether the evidence supported the inference that the appellant wiped his fingerprints from the shotgun. Even if this were supportable, which I think it was, the instruction was, in part, erroneous.

sous la rampe de planche à roulettes ne portait aucune empreinte digitale même s'il y a une autre preuve que l'accusé a fait feu avec ce fusil au moment où il l'aurait manipulé. La preuve qu'un accusé tente de dissimuler ou de détruire des éléments de preuve peut être une preuve de la conscience de culpabilité.

Le droit reconnaît qu'une personne coupable tentera parfois de dissimuler ou de détruire des éléments de preuve afin d'échapper aux conséquences de son crime. Il vous appartient de décider si la conduite de l'accusé dénote une conscience de culpabilité. Évidemment, vous devez être convaincus hors de tout doute raisonnable que l'accusé a bel et bien tenté de dissimuler ou de détruire des éléments de preuve, avant de pouvoir utiliser cette preuve de la conscience de culpabilité. Si vous n'êtes pas convaincus que l'accusé a tenté de dissimuler ou de détruire des éléments de preuve, vous devez alors vous abstenir de tenir compte de la preuve de la tentative alléguée. Si vous êtes convaincus que l'accusé a tenté de dissimuler ou de détruire des éléments de preuve, vous devez déterminer s'il s'agit là d'une preuve de la conscience de culpabilité. Rappelez-vous que la connaissance coupable n'est pas la seule raison qui peut pousser une personne à tenter de dissimuler ou de détruire des éléments de preuve. Par exemple, quelqu'un peut tenter de le faire sous l'effet de la crainte ou pour une autre raison n'ayant rien à voir avec la connaissance coupable. Vous devriez tenir compte de toutes les circonstances de la tentative alléguée de dissimuler ou de détruire des éléments de preuve, au moment de décider si cette tentative est une preuve de la conscience de culpabilité. N'oubliez pas que toute conclusion que vous pourrez tirer que l'accusé a tenté de dissimuler ou de détruire des éléments de preuve n'est pas suffisante en soi pour prouver sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Il s'agit uniquement d'un élément de preuve que vous pouvez utiliser pour décider si l'accusé est coupable ou non coupable, ou si sa responsabilité criminelle n'est pas engagée en raison de troubles mentaux. [Je souligne.]

En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec la conclusion initiale du juge Chipman que cette directive était tout à fait appropriée. Pour en arriver à cette conclusion, je n'ai pas à examiner si la preuve permettait de déduire que l'appelant avait effacé ses empreintes digitales sur le fusil. Même si elle le permettait, ce qui, à mon avis, était le cas, la directive était en partie erronée.

45

Typically, an offender will flee the scene of a crime or conceal a piece of evidence to mask his or her involvement in the crime. Thus, evidence of flight or concealment is usually led by the Crown to support the thesis that the accused was implicated in some way in the commission of the offence. As a general rule, this is a natural inference to draw from such evidence and a trial judge should instruct the jury accordingly. But where, as here, the accused has admitted the *actus reus* of the offence, the trial judge must be more circumspect. The use to which evidence of consciousness of guilt can be put in such circumstances is more limited. See *Arcangioli*, *supra*; *R. v. Marinaro*, [1996] 1 S.C.R. 462, rev'g (1994), 95 C.C.C. (3d) 74 (Ont. C.A.); *R. v. Wiltse* (1994), 19 O.R. (3d) 379 (C.A.); *R. v. Charlette* (1992), 83 Man. R. (2d) 187 (C.A.); *R. v. Murray* (1994), 93 C.C.C. (3d) 70 (Ont. C.A.); *R. v. Bob* (1990), 78 C.R. (3d) 102 (Ont. C.A.).

Généralement, un contrevenant fuit les lieux d'un crime ou dissimule un élément de preuve pour cacher sa participation au crime. Le ministère public produit donc habituellement des éléments de preuve de la fuite ou de la dissimulation pour étayer la thèse que l'accusé était impliqué de quelque manière dans la perpétration de l'infraction. En règle générale, il s'agit d'une conclusion qui découle naturellement de tels éléments de preuve et le juge du procès doit donner des directives en conséquence au jury. Toutefois, lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, l'accusé a admis avoir accompli l'*actus reus* de l'infraction, le juge du procès doit faire montre de plus de circonspection. L'utilisation qui peut être faite de la preuve de la conscience de culpabilité, dans ces circonstances, est plus limitée. Voir *Arcangioli*, précité; *R. c. Marinaro*, [1996] 1 R.C.S. 462, inf. (1994), 95 C.C.C. (3d) 74 (C.A. Ont.); *R. c. Wiltse* (1994), 19 O.R. (3d) 379 (C.A.); *R. c. Charlette* (1992), 83 Man. R. (2d) 187 (C.A.); *R. c. Murray* (1994), 93 C.C.C. (3d) 70 (C.A. Ont.); *R. c. Bob* (1990), 78 C.R. (3d) 102 (C.A. Ont.).

46

In *Arcangioli*, the accused was charged with aggravated assault for his participation in a fight in which his combatant was stabbed. At trial he admitted that he had committed common assault for punching the victim but denied stabbing him. The trial judge nonetheless instructed the jury that the accused's flight from the scene of the crime was evidence of consciousness of guilt and that it was "a factor to be considered in reaching their verdict" (p. 136). This Court held that this constituted a misdirection. Given his admission of guilt for common assault, the flight of the accused could not have been probative because, in the words of Major J. at p. 145, "the appellant's flight was equally consistent with both common assault and aggravated assault, it could not be evidence of guilt of the latter". Major J. elaborated: "Any inference to be drawn from flight disappears when an [alternate] explanation for such flight is available".

Dans *Arcangioli*, l'accusé avait été inculpé de voies de fait graves pour avoir participé à une bagarre au cours de laquelle son adversaire avait été poignardé. Au procès, il a avoué avoir commis des voies de fait simples en assénant des coups de poing à la victime, mais il a nié l'avoir poignardée. Le juge du procès a néanmoins dit au jury que la fuite de l'accusé des lieux du crime était la preuve d'une conscience de culpabilité et constituait «un facteur à prendre en considération en rendant son verdict» (p. 136). Notre Cour a statué qu'il s'agissait là d'une directive erronée. Étant donné que l'accusé avait avoué qu'il était coupable de voies de fait simples, sa fuite ne pouvait avoir aucune valeur probante car, pour reprendre les termes du juge Major, à la p. 145, «étant donné que la fuite de l'appelant était tout aussi compatible avec les voies de fait simples qu'avec les voies de fait graves, elle ne pouvait constituer une preuve de culpabilité de cette dernière infraction». Le juge Major a précisé: «Toute conclusion à tirer de la fuite disparaît lorsqu'il est possible [. . .] d'en fournir une [autre] explication.»

In *Marinero*, the accused was charged with second degree murder in the killing of his friend. Half an hour after the fatal altercation in which the accused claimed the deceased had first attacked him with a knife, the accused returned to the scene of the crime where he moved the body, stole some goods, and disposed of the knife. Initially, the accused lied to the police about his presence at the crime scene, but later admitted having stabbed the deceased and causing his death. At trial, he relied upon the defences of self-defence and provocation. In his dissenting judgment in the Court of Appeal, which was subsequently endorsed by this Court, Dubin C.J.O. held at p. 81 that once the accused admitted having caused the death of his friend, the evidence of consciousness of guilt "had very limited application".

Similarly, in *Charlette*, the 17-year-old accused was charged with second-degree murder in the death of a two-year-old child who had last been seen in the company of the accused. The trial judge instructed the jurors that they could infer consciousness of guilt from the accused's flight from the area shortly after the infant's death. Twaddle J.A. for the Manitoba Court of Appeal held that this amounted to a misdirection. Although flight could be used to infer that the accused was the perpetrator of the homicide, the accused's consciousness of guilt could not assist the jury in deciding whether the homicide was murder or manslaughter. His flight from the area was consistent with both offences and was not probative of one offence in particular.

In this case, the appellant admitted that he was the individual who fired the shots that killed Sandy Hurlburt. Thus, neither his presence at the scene of the killing nor his physical responsibility for shooting the gun was at issue at the trial. There was no need, therefore, for the Crown to rely on evidence that he hid the murder weapon and may have cleaned it of his fingerprints in order to establish these elements of the offence. That evidence, in other words, had no probative value in relation

47
Dans *Marinero*, l'accusé avait été inculpé de meurtre au deuxième degré relativement à l'assassinat de son ami. Une demi-heure après l'altercation fatale au cours de laquelle, au dire de l'accusé, la victime l'avait attaqué en premier avec un couteau, l'accusé est retourné sur les lieux du crime où il a déplacé le corps, a volé certains biens et s'est débarrassé du couteau. L'accusé a d'abord menti à la police au sujet de sa présence sur les lieux du crime, mais il a plus tard avoué avoir poignardé la victime et causé sa mort. Au procès, il a invoqué la légitime défense et la provocation. Dans ses motifs de dissidence qui ont, par la suite, été approuvés par notre Cour, le juge en chef Dubin de la Cour d'appel de l'Ontario a statué, à la p. 81, qu'après que l'accusé eut avoué avoir causé la mort de son ami, la preuve de la conscience de culpabilité [TRANSDUCTION] «avait très peu de pertinence».

48
De même, dans *Charlette*, l'accusé, âgé de 17 ans, avait été inculpé du meurtre au deuxième degré d'un enfant de deux ans qui avait été aperçu pour la dernière fois en sa compagnie. Le juge du procès a dit aux jurés qu'ils pouvaient déduire la conscience de culpabilité du fait que l'accusé s'était enfui de la région peu après le décès du jeune enfant. Le juge Twaddle de la Cour d'appel du Manitoba a statué qu'il s'agissait là d'une directive erronée. Même si la fuite pouvait permettre de déduire que l'accusé était l'auteur de l'homicide, la conscience de culpabilité de l'accusé ne pouvait pas aider le jury à décider si l'homicide commis était un meurtre ou un homicide involontaire coupable. Sa fuite de la région pouvait être rattachée aux deux infractions et n'avait aucune valeur probante quant à la perpétration d'une infraction en particulier.

49
En l'espèce, l'appellant a avoué qu'il était l'individu qui avait tiré les coups de feu ayant causé la mort de Sandy Hurlburt. Ainsi, ni sa présence sur les lieux de l'homicide ni sa responsabilité matérielle pour avoir fait feu avec l'arme n'étaient en cause au procès. En conséquence, pour établir l'existence de ces éléments de l'infraction, le ministère public n'avait pas à invoquer la preuve que l'appellant avait caché l'arme du crime et qu'il pouvait y avoir effacé ses empreintes digitales. En

to those aspects of the case; it was, in effect, irrelevant to them.

50 However, unlike *Arcangioli*, *Marinero*, or *Charlette*, the alleged attempt to hide the murder weapon and destroy evidence was relevant circumstantial evidence for the jury to consider in evaluating the appellant's "not criminally responsible" s. 16 defence. Evidence of concealment or flight may not speak to a particular level of offence, but it certainly has some bearing on whether the appellant was capable of appreciating that what he had done was wrong. Indeed, just as a party would be unlikely to hide a murder weapon or flee a crime scene if he or she was not responsible for the act, a person would be most unlikely to attempt to cover up his or her actions if there was no appreciation of the nature and quality of those actions or no understanding that they were wrong. This sort of evidence clearly does have probative value in a case of this sort.

51 For this reason, I agree with Chipman J.A. that it was open to the jury to draw an inference from the fact that the shotgun and ammunition were removed from the crime scene and later found under the skateboard ramp, but only to the extent that it assisted the jury in understanding the effects of the alleged mental disorder on the appellant's capacity to understand the nature and quality of his acts. See, e.g., *R. v. White* (1996), 108 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), at p. 19.

52 In this case, the trial judge erred, not by instructing the jury to consider consciousness of guilt, because such an inference was clearly relevant, but by saying that the evidence in question was "one piece of evidence that you can make use of in deciding whether the accused is guilty or not guilty or not criminal[ly] responsible by reason of a mental disorder" (emphasis added). There is nothing in that language that explicitly links the evidence to a particular offence. In all probability,

d'autres termes, cette preuve n'avait aucune valeur probante relativement à ces aspects de l'affaire; en fait, elle n'était pas pertinente à leur égard.

Toutefois, contrairement aux affaires *Arcangioli*, *Marinero* ou *Charlette*, la tentative alléguée de dissimuler l'arme du crime et de détruire des éléments de preuve était une preuve circonstancielle pertinente dont le jury devait tenir compte en évaluant le moyen de défense fondé sur la «non-responsabilité criminelle» que l'appelant avait invoqué en vertu de l'art. 16. La preuve de la dissimulation ou de la fuite ne dénote peut-être pas un degré d'infraction particulier, mais elle a néanmoins une certaine incidence sur la question de savoir si l'appelant était capable de juger que l'acte qu'il avait accompli était mauvais. En réalité, tout comme quelqu'un ne cacherait probablement pas l'arme d'un crime ou ne fuirait pas les lieux d'un crime s'il n'était pas responsable de cet acte, il est très peu probable qu'une personne tenterait de dissimuler ses actes si elle était incapable de juger de leur nature et leur qualité ou si elle ne comprenait pas qu'ils sont mauvais. Ce genre de preuve n'a manifestement aucune valeur probante dans un tel cas.

Pour ce motif, je conviens avec le juge Chipman qu'il était loisible au jury de tirer une conclusion du fait que le fusil et les munitions avaient été retirés des lieux du crime et qu'ils avaient été, par la suite, trouvés sous la rampe de planche à roulettes, mais seulement dans la mesure où cette conclusion l'aiderait à comprendre les effets des prétendus troubles mentaux sur la capacité de l'appelant de comprendre la nature et la qualité de ses actes. Voir, par exemple, *R. c. White* (1996), 108 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), à la p. 19.

En l'espèce, le juge du procès a commis une erreur non pas en donnant comme directive au jury d'examiner la conscience de culpabilité, parce qu'une telle conclusion était manifestement pertinente, mais en affirmant que la preuve en cause était [TRADUCTION] «un élément de preuve que vous pouvez utiliser pour décider si l'accusé est coupable ou non coupable, ou si sa responsabilité criminelle n'est pas engagée en raison de troubles mentaux» (je souligne). Rien dans ces termes

the trial judge was simply instructing the jurors to consider the consciousness of guilt evidence in relation to the accused's mental capacity to intend — as distinct from its relevance to the s. 16 defence. It is even possible to interpret the reference to “guilty or not guilty” to be connected to the reference to “not criminally responsible” — perhaps “not guilty” and “not criminally responsible” were both intended by the trial judge to be understood as being modified by the phrase “by reason of mental disorder”.

However, the language must, I think, be said to have been ambiguous enough to have had at least the potential to suggest that the trial judge was making an improper connection between the accused's alleged concealment of the murder weapon and a particular offence, be it first degree murder, second degree murder, or manslaughter, and it was therefore an error for him to use it. I must confess to some reluctance in reaching this conclusion, which resonates with a standard of perfection, of which I am avowedly wary. However, this Court stated at p. 145 in *Arcangioli*, that where an accused's conduct is equally consistent with multiple offences, and the accused has admitted culpability for one or more of the offences, “a trial judge should instruct a jury that such evidence has no probative value with respect to any particular offence”. For this reason, I feel compelled to conclude that the trial judge did err at law by failing to expressly warn the jury that the accused's consciousness of guilt said nothing about the particular offence for which he may have been culpable.

Nonetheless, in view of the specific context of the facts of this case, and when reading the jury charge as a whole, I am of the firm view that the effect of the trial judge's misstatement would not

n'établit expressément un lien entre la preuve et une infraction particulière. Selon toute probabilité, le juge du procès donnait simplement comme directive au jury d'examiner la preuve de la conscience de culpabilité en fonction de la capacité mentale de l'accusé de former une intention — par opposition à sa pertinence relativement au moyen de défense fondé sur l'art. 16. Il est même possible de considérer que la mention [TRADUCTION] «coupable ou non coupable» est liée à celle «sa responsabilité criminelle n'est pas engagée» — le juge du procès a peut-être voulu que les expressions [TRADUCTION] «non coupable» et «sa responsabilité criminelle n'est pas engagée» soient atténuées par l'expression «en raison de troubles mentaux».

Toutefois, je considère qu'il faut dire que les termes utilisés étaient assez ambigus pour pouvoir au moins laisser entendre que le juge du procès établissait un lien inapproprié entre la dissimulation alléguée de l'arme du crime par l'accusé et une infraction particulière, qu'il s'agisse de meurtre au premier degré, de meurtre au deuxième degré ou d'homicide involontaire coupable, et qu'il a donc commis une erreur en utilisant ces termes. Je dois reconnaître que c'est avec une certaine hésitation que je tire cette conclusion qui dénote une norme de perfection dont je me méfie franchement. Cependant, notre Cour affirme, à la p. 145 de l'arrêt *Arcangioli*, que lorsque le comportement de l'accusé est compatible avec diverses infractions, et que l'accusé a reconnu sa culpabilité à l'égard d'une seule ou de plusieurs parmi ces infractions, «le juge du procès devrait donner comme directive au jury que cette preuve n'a aucune valeur probante relativement à une infraction précise». Pour ce motif, je me sens obligé de conclure que le juge du procès a effectivement commis une erreur de droit en ne prévenant pas expressément le jury que la conscience de culpabilité de l'accusé ne voulait rien dire quant à l'infraction particulière dont il pouvait avoir été coupable.

Néanmoins, compte tenu du contexte particulier des faits de la présente affaire et de l'exposé au jury dans son ensemble, je suis convaincu que la déclaration erronée du juge du procès n'aurait pas

have been significant. It is to this issue that my discussion now turns.

C. Applying the Curative Provision

55 Notwithstanding the trial judge's erroneous "consciousness of guilt" instructions, I am of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred in this case. Hence, in my view, it is appropriate in this instance for the Court to apply the curative provision in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. I reach this conclusion for four principal reasons.

56 First, the trial judge's "consciousness of guilt" instructions were tempered with caution. The error aside, the charge was fair and balanced and avoided making explicit comment on the propriety of the inferences available to the jury. See *R. v. Jenkins* (1996), 29 O.R. (3d) 30 (C.A.). The trial judge did not presume that the appellant had attempted to hide and destroy evidence, and he did not compel the jury to conclude that this was evidence of consciousness of guilt. Instead, he emphasized that it was for the jury to determine whether the appellant had actually attempted to hide or destroy evidence. He also re-emphasized that whether this amounted to evidence of consciousness of guilt was for them to consider. He cautioned: "Please remember that guilty knowledge is not the only reason someone might try to hide or destroy evidence. For example, someone might try to hide or destroy evidence out of fear or for some reason that has nothing to do with guilty knowledge." In my opinion, the trial judge's comments were largely benign and very balanced, instructing the jury to consider the alleged hiding of the murder weapon as merely some evidence to be considered in light of the totality of the evidence in the case.

57 Second, as noted above, as much as the trial judge erred in his "consciousness of guilt" instructions, the alleged attempt to hide the murder weapon and destroy evidence was relevant circum-

eu une grande incidence. C'est sur cette question que je vais maintenant faire porter mon analyse.

C. L'application de la disposition réparatrice

Malgré les directives erronées que le juge du procès a données sur la «conscience de culpabilité», j'estime qu'il n'y a eu, en l'espèce, aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave. C'est pourquoi, j'estime qu'il convient ici que la Cour applique la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. J'en arrive à cette conclusion pour quatre raisons principales.

Premièrement, les directives du juge du procès sur la «conscience de culpabilité» étaient tempérées par une mise en garde. Abstraction faite de l'erreur commise, l'exposé était juste et pondéré, et ne comportait aucun commentaire explicite sur la justesse des conclusions que le jury pourrait tirer. Voir *R. c. Jenkins* (1996), 29 O.R. (3d) 30 (C.A.). Le juge du procès n'a pas présumé que l'appelant avait tenté de dissimuler et de détruire des éléments de preuve, et il n'a pas forcé le jury à conclure qu'il s'agissait d'une preuve de conscience de culpabilité. Il a plutôt souligné qu'il appartenait au jury de déterminer si l'appelant avait effectivement tenté de dissimuler ou de détruire des éléments de preuve. Il a aussi insisté de nouveau pour dire qu'il appartenait au jury de décider si cela constituait une preuve de conscience de culpabilité. Il leur a fait une mise en garde: [TRADUCTION] «Rappelez-vous que la connaissance coupable n'est pas la seule raison qui peut pousser une personne à tenter de dissimuler ou de détruire des éléments de preuve. Par exemple, quelqu'un peut tenter de le faire sous l'effet de la crainte ou pour une autre raison n'ayant rien à voir avec la connaissance coupable.» À mon avis, les commentaires du juge du procès étaient bien inoffensifs et très pondérés, et indiquaient au jury de considérer que la dissimulation alléguée de l'arme du crime n'était qu'un élément de preuve à examiner en fonction de l'ensemble de la preuve produite en l'espèce.

Deuxièmement, comme je l'ai déjà souligné, dans la mesure où le juge du procès a commis une erreur dans ses directives sur la «conscience de culpabilité», la tentative alléguée de dissimuler

stantial evidence for the jury to consider. The trial judge's error was not in alluding to "consciousness of guilt", but in failing to limit its applicability to the s. 16 issue.

Third, I find it exceedingly difficult, in the specific circumstances of this case, to believe that any reasonable juror would have been motivated to reach a different verdict on the basis of this minor error. Consciousness of guilt was a small, and arguably minor, aspect of the Crown's case against the appellant. The other evidence included: the appellant's s. 655 admission to shooting Sandy Hurlburt; the expert evidence that the appellant was mentally capable of knowing that the shooting was wrong; the testimony that the appellant had been abused coupled with his statement to his girlfriend that he was going to "pay back" the person who abused him; the appellant's inquiries to Ms. Wilkinson about the timing of her return home; the appellant's instructions to Ms. Wilkinson not to disclose his whereabouts in her home; the appellant's telephone calls to his friend prior to the killing in which he indicated his intention to rob a store, "do something else", and leave town; the number of shotgun shells that were obtained and expended during the two shootings; the presence of two guns; and the appellant's act of nodding in response to a question in which he was asked by a friend if he had gone to Mr. Hurlburt and Ms. Wilkinson's home in order to shoot Mr. Hurlburt. In this respect, this appeal is very much unlike *Marinero*, *supra*, where Dubin C.J.O. refused to apply the s. 686(1)(b)(iii) curative provision. In *Marinero*, there was significant evidence of flight, false statements, and destruction of evidence upon which the trial judge made "extensive instructions" with respect to consciousness of guilt. On that basis, Dubin C.J.O. was not satisfied that a properly instructed jury would not have come to a different conclusion. In this appeal, the evidence of consciousness of guilt was but a minor component

l'arme du crime et de détruire des éléments de preuve était un élément de preuve circonstancielle pertinent dont le jury devait tenir compte. Le juge du procès a commis une erreur non pas en faisant allusion à la «conscience de culpabilité», mais en ne limitant pas son applicabilité à la question de l'art. 16.

Troisièmement, il m'est extrêmement difficile, dans les circonstances particulières de la présente affaire, de croire que cette erreur mineure aurait poussé un juré raisonnable à rendre un verdict différent. La conscience de culpabilité représentait une petite partie de la preuve à charge contre l'appelant et, pourrait-on soutenir, un aspect mineur de cette preuve. Les autres éléments de preuve étaient notamment les suivants: l'aveu fondé sur l'art. 655, dans lequel l'appelant a admis avoir fait feu sur Sandy Hurlburt; la preuve d'expert voulant que l'appelant ait été mentalement capable de savoir que tirer ces coups de feu était mauvais; le témoignage selon lequel l'appelant avait été victime de mauvais traitements, conjugué au fait qu'il avait déclaré à sa petite amie qu'il allait «faire payer» l'auteur de ces mauvais traitements; les questions que l'appelant avait posées à M^{me} Wilkinson afin de savoir quand elle serait de retour à la maison; les instructions données par l'appelant à M^{me} Wilkinson pour qu'elle ne révèle pas qu'il était chez elle; les appels téléphoniques que l'appelant a faits, avant le meurtre, à son ami à qui il avait fait part de son intention de dévaliser un commerce, [TRADUCTION] «de faire autre chose» et de quitter la ville; le nombre de cartouches qui ont été obtenues et utilisées lors des deux fusillades; la présence de deux armes à feu; et le signe de tête affirmatif de l'appelant quand un ami lui a demandé s'il s'était rendu au domicile de M. Hurlburt et de M^{me} Wilkinson pour abattre M. Hurlburt. À cet égard, le présent pourvoi est très différent de *Marinero*, précité, où le juge en chef Dubin a refusé d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii). Dans *Marinero*, il y avait une preuve importante de la fuite, des fausses déclarations et de la destruction d'éléments de preuve, au sujet de laquelle le juge du procès a donné des [TRADUCTION] «directives exhaustives» sur la conscience de culpabilité. Le juge en chef Dubin n'était pas con-

of the totality of the other incriminating evidence in the case. See *Wiltse, supra*, at p. 386.

vaincu qu'un jury ayant reçu des directives appropriées n'aurait pas conclu différemment. Dans le présent pourvoi, la preuve de la conscience de culpabilité n'était qu'un élément mineur parmi tous les autres éléments de preuve incriminants qui avaient été produits. Voir *Wiltse*, précité, à la p. 386.

59

Moreover, I cannot conceive how a reasonable juror, in this case, when faced with the evidence that the accused concealed the murder weapon, would have deduced from that evidence that the accused was more likely to have committed first degree murder, second degree murder, or even manslaughter. It is, after all, a matter of simple logic that we are discussing, not a matter that requires special expertise or even intellectual sophistication. It is clear that evidence of flight from a homicide, and/or of concealment of a weapon used in it, has no relevance to the question of the state of the perpetrator's mind at the time of and prior to the killing itself, except to the extent of showing that he knew the act was wrong. Such evidence might be relevant where, for example, there was also evidence that the accused established a hiding place for the murder weapon prior to the commission of the offence. In such circumstances, the hiding of the weapon would be very relevant to the issues of premeditation and preparation. But, there is no such evidence here. There is nothing inherent in the bare act of hiding a weapon or wiping it of its fingerprints that suggests a particular level of offence. The accused's consciousness of guilt was clearly irrelevant to this issue and I am confident that, in the specific circumstances of this case, the members of the jury could not but have known it.

De plus, je ne puis concevoir comment, en l'espèce, un juré raisonnable saisi de la preuve que l'accusé avait dissimulé l'arme du crime en aurait déduit que l'accusé était davantage susceptible d'avoir commis un meurtre au premier degré, un meurtre au deuxième degré ou même un homicide involontaire coupable. Ce dont nous discutons après tout, c'est d'une simple question de logique et non d'un sujet qui exige des compétences ou connaissances particulières. Il est clair que la preuve de la fuite des lieux d'un homicide ou de la dissimulation de l'arme utilisée pour le commettre, ou des deux à la fois, n'a aucune pertinence relativement à la question de l'état d'esprit de l'individu au moment où il a commis le meurtre ou avant, si ce n'est pour montrer qu'il savait que l'acte était mauvais. Une telle preuve pourrait être pertinente dans le cas où, par exemple, il y aurait aussi une preuve que l'accusé avait déterminé un endroit pour dissimuler l'arme du crime avant de commettre l'infraction. Dans ces circonstances, la dissimulation de l'arme serait très pertinente quant aux questions de préméditation et de préparation. Il n'y a toutefois aucune preuve de ce genre en l'espèce. Le simple fait de dissimuler une arme ou d'y effacer ses empreintes digitales ne dénote aucunement un degré d'infraction particulier. La conscience de culpabilité de l'accusé n'était manifestement pas pertinente relativement à cette question, et je suis persuadé que, dans les circonstances particulières de la présente affaire, les membres du jury ne pouvaient que le savoir.

60

Fourth, this is not a case of compounded mistakes. Unlike *Arcangioli* and *Murray, supra*, we need not be concerned with the "cumulative effect of the errors". In fact, the "consciousness of guilt" passage is the only objectionable instruction the

Quatrièmement, ce n'est pas un cas d'erreurs aggravées. Contrairement à la situation dans *Arcangioli* et *Murray*, précités, nous n'avons pas à nous préoccuper de «l'effet cumulatif des erreurs». En fait, le passage concernant la «conscience de

trial judge made to the jury in his entire 62-page, multiple-hour charge.

Appellate courts are entitled to apply the curative provision of s. 686(1)(b)(iii) if “the verdict would necessarily have been the same if such error had not occurred”. See *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, at p. 744, and *Arcangioli, supra*. This is by no means a simple test. Judging “what might have been” is not easy particularly when our system requires juries to pronounce verdicts without providing supporting reasons. Nonetheless, as I noted above, I cannot imagine how the jury would have acted improperly upon this instruction. In my view, the verdict would have been no different had the charge been perfect, and not contained this minor error.

IV. Conclusion

As I discussed at the outset of my reasons, appellate courts must adopt a functional approach to reviewing jury charges. The purpose of such review is to ensure that juries are properly — not perfectly — instructed.

Using such an approach, I have no trouble in concluding that the jury in this case properly understood not only the legal issues at trial, but also how the evidence related to those issues, and in particular to the appellant’s defence and to each aspect of the relevant offences. To the extent that the trial judge erred in his “consciousness of guilt” instructions, I have found that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred. The appeal should be dismissed.

The reasons of Sopinka and Major JJ. were delivered by

SOPINKA J. (dissenting) — I agree with the reasons and conclusion of my colleague, Justice Cory, that the charge to the jury was inadequate in

culpabilité» est la seule directive inacceptable que le juge du procès a donnée au jury dans tout son exposé de 62 pages qui a duré plusieurs heures.

Les cours d’appel ont le droit d’appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) dans les cas où [TRADUCTION] «le verdict aurait nécessairement été le même si cette erreur ne s’était pas produite». Voir *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739, à la p. 744 et *Arcangioli*, précité. Cela est loin d’être un critère simple. Il n’est pas particulièrement facile de juger «ce qui aurait pu être», dans notre système qui exige que les jurys rendent des verdicts sans exposer des motifs à l’appui. Néanmoins, comme je l’ai déjà noté, je ne puis imaginer comment le jury aurait agi de manière inappropriée en suivant cette directive. À mon avis, le verdict n’aurait pas été différent si l’exposé avait été parfait et n’avait pas contenu cette erreur mineure.

IV. Conclusion

Comme je l’ai dit au début de mes motifs, les cours d’appel doivent adopter une méthode fonctionnelle pour examiner des exposés au jury. Cet examen a pour but d’assurer que les jurys reçoivent des directives appropriées et non pas des directives parfaites.

Grâce à cette méthode, je n’ai aucune difficulté à conclure que le jury a bien compris, en l’espèce, non seulement les questions juridiques soulevées au procès mais aussi le lien qui existait entre la preuve et ces questions, et en particulier, entre la preuve et la défense de l’appelant ainsi que chaque aspect des infractions pertinentes. Dans la mesure où le juge du procès a commis une erreur dans ses directives sur la «conscience de culpabilité», j’ai conclu qu’il n’y avait eu aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave. Il y a lieu de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Sopinka et Major rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident) — Je suis d’accord avec les motifs de mon collègue le juge Cory et avec sa conclusion que l’exposé au jury était ina-

61

62

63

64

respect of the issue as to whether the murder alleged was planned and deliberate. I would add that it is the obligation of a trial judge to relate evidence, that is crucial to the defence, to the issues. The review of the evidence need not be extensive and a relation back to evidence previously reviewed is sufficient provided it is clear that the jury will be under no misapprehension as to the evidence to which the reference back relates. Moreover, if it would not be apparent to lay persons how particular evidence will assist in resolving an issue, some explanation is required. This is especially true of expert scientific or medical evidence. As stated by Estey J. in *Azoulay v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 495, at p. 503:

Where, as here, the evidence is technical and somewhat involved, it is particularly important that [the trial judge] should [explain the relevant law and relate it to the evidence] in a manner that will assist the jury in determining its relevancy and what weight or value they will attribute to the respective portions.

déquat quant à savoir si le meurtre allégué avait été commis avec préméditation et de propos délibéré. J'ajouterais que le juge du procès est tenu d'établir un lien entre les questions en litige et les éléments de preuve cruciaux pour la défense. Il n'est pas nécessaire que l'examen de la preuve soit approfondi, et un rappel des éléments de preuve déjà examinés suffit à condition qu'il soit clair que le jury ne se méprendra pas sur les éléments de preuve visés par le rappel. De plus, des explications s'imposent lorsqu'il n'est pas évident pour des profanes comment certains éléments de preuve aideront à trancher une question en litige. Cela est particulièrement vrai dans le cas d'une preuve scientifique ou médicale. Comme l'affirme le juge Estey dans l'arrêt *Azoulay c. The Queen*, [1952] 2 R.C.S. 495, à la p. 503:

[TRADUCTION] Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la preuve est technique et quelque peu complexe, il est particulièrement important que [le juge du procès explique le droit applicable et établisse un lien entre ce droit et la preuve] d'une manière qui aidera le jury à déterminer sa pertinence et le poids ou la valeur qu'ils attribueront à chaque partie respective.

65

In this case the psychiatric evidence was of special importance with relation to the issue of mental disorder under s. 16 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Its relevance and application to this issue were fully explained by the trial judge. This explanation would be of little assistance to the jury as to its relevance to planning and deliberation. Moreover, once they resolved that issue, they might very well have considered that its relevance was spent. To the lay jury it might seem incongruous to reject the psychiatric evidence under the s. 16 defence, but to then reconsider the same evidence and what may appear to it to be a similar argument under the issues of planning and deliberation. It was therefore important that the trial judge specifically refer to this evidence in relating it to other issues. This was done with respect to the charge on manslaughter and in the summary in

En l'espèce, la preuve psychiatrique était particulièrement importante en ce qui concernait la question des troubles mentaux au sens de l'art. 16 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Le juge du procès a donné des explications complètes sur sa pertinence et son application à cette question. Ces explications seraient peu utiles au jury quant à sa pertinence à l'égard des questions de la préméditation et du propos délibéré. De plus, une fois qu'il avait tranché la question de l'art. 16, le jury aurait fort bien pu considérer qu'elle avait cessé d'être pertinente. Pour un jury composé de profanes, il pourrait sembler absurde de rejeter la preuve psychiatrique relativement au moyen de défense fondé sur l'art. 16, pour ensuite réexaminer la même preuve et ce qui peut lui sembler être un argument analogue quant aux questions de la préméditation et du propos délibéré. Il était donc important que le juge du procès mentionne expressément cette preuve en établissant un lien entre celle-ci et d'autres questions en litige. Cela a été fait quant à l'exposé sur l'accusation d'homicide involontaire coupable et dans la récapitulation

relation to attempted murder where the trial judge stated:

I direct your attention to consider all the evidence, including the evidence of the three psychiatrists, particularly where they differed in their opinions, as to whether Mr. Jacquard, at the time of the offence, had the specific intent to commit murder or attempted murder.

This was not done in relation to the charge on planning and deliberation. The jury might well have taken from this that the mental disorder evidence and the psychiatric evidence in particular were only relevant in respect of those issues to which a specific reference was made. The appellant need only establish "a reasonable possibility that the jury might have been misled" (*R. v. Brydon*, [1995] 4 S.C.R. 253, at para. 19).

Furthermore, a simple reference may not have been adequate in this case. I am not sure that a jury would know how the psychiatric evidence, couched in terms of s. 16, would apply to planning and deliberation without being told that this evidence, although falling short of establishing that the accused could not appreciate the nature and quality of his acts or that he did not know they were wrong, could still raise a reasonable doubt in relation to planning and deliberation if the jury concluded that the accused's cognitive ability was impaired, albeit to a lesser extent than required under s. 16. An instruction to this effect was essential, particularly in view of the fact that the evidence had previously been considered by the jury on the basis of a burden of proof that required the appellant to establish a mental disorder on a balance of probabilities. The jury might have assessed the evidence differently when considering whether it raised a reasonable doubt.

I am in complete agreement with the Chief Justice that overlong and repetitious jury charges should be avoided. We also agree that this does not mean that we should stint on essentials. Nothing is more important to a true verdict than ensuring that the jury understands how the evidence relates to the issues. This has always been and should

portant sur la tentative de meurtre, où le juge du procès a dit:

[TRADUCTION] Je vous demande d'examiner toute la preuve, y compris les témoignages des trois psychiatres, en particulier les points sur lesquels leurs opinions divergent, quant à savoir si M. Jacquard avait, au moment de l'infraction, l'intention spécifique de commettre un meurtre ou une tentative de meurtre.

Cela n'a pas été fait à l'égard de l'exposé sur la préméditation et le propos délibéré. Le jury aurait bien pu en conclure que la preuve des troubles mentaux et, en particulier, la preuve psychiatrique n'étaient pertinentes qu'en ce qui avait trait aux questions qui avaient été expressément mentionnées. L'appellant n'a qu'à établir l'existence «d'une possibilité raisonnable que le jury ait été induit en erreur» (*R. c. Brydon*, [1995] 4 R.C.S. 253, au par. 19).

En outre, une simple mention n'aurait peut-être pas été suffisante en l'espèce. Je ne suis pas sûr qu'un jury saurait comment la preuve psychiatrique, exprimée en fonction de l'art. 16, s'appliquerait à la préméditation et au propos délibéré sans qu'on lui dise que cette preuve, même si elle n'établit pas que l'accusé était incapable de juger de la nature et de la qualité de ses actes ou de savoir qu'ils étaient mauvais, pourrait néanmoins susciter un doute raisonnable relativement aux questions de la préméditation et du propos délibéré s'il concluait que la capacité cognitive de l'accusé était affaiblie, quoique dans une mesure moindre que celle requise par l'art. 16. Une directive en ce sens était essentielle, étant donné particulièrement que le jury avait déjà examiné cette preuve en fonction du fardeau de preuve qui obligeait l'appellant à établir l'existence de troubles mentaux selon la prépondérance des probabilités. Le jury aurait pu apprécier la preuve différemment en examinant si elle suscitait un doute raisonnable.

Je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire qu'il y a lieu d'éviter les exposés au jury trop longs et répétitifs. Nous convenons aussi que cela ne signifie pas que nous devrions lésiner sur l'essentiel. Pour qu'un verdict juste soit rendu, rien n'est plus important que de s'assurer que le jury comprend le lien qui existe entre la preuve et les

continue to be an objective of the instructions to a jury and nothing should be said to undermine this objective.

68 I would dispose of the appeal as proposed by Cory J.

The following are the reasons delivered by

69 CORY J. (dissenting) — With almost all of the reasons and sound recommendations of the Chief Justice I am in complete agreement. However, I cannot accept his conclusion that the trial judge's instructions to the jury on first degree murder were adequate.

70 The crime of first degree murder is, from the point of view of sentence, the most serious crime prescribed by the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. It calls for a mandatory sentence of life imprisonment without eligibility for parole for 25 years. It differs from second degree murder in that it requires that the Crown establish that the murder was both planned and deliberate. Clearly it sets a significantly higher standard of culpability than second degree murder. The commission of the crime requires a more complex and focused mental process than the mere intention to kill.

71 There can be no doubt that a jury must be instructed that alcohol can affect the ability to plan and to be deliberate. See *R. v. Mitchell*, [1964] S.C.R. 471, *R. v. Wallen*, [1990] 1 S.C.R. 827. Similarly, this Court has held that a jury must be instructed that evidence of mental illness has to be considered in determining whether the murder was planned and deliberate. See *More v. The Queen*, [1963] S.C.R. 522, *R. v. Kirkby* (1985), 47 C.R. (3d) 97 (Ont. C.A.). As MacDonnell J. stated in *R. v. Markle*, [1990] O.J. No. 2606 (Gen. Div.):

questions en litige. Cela a toujours été, et devrait continuer d'être, l'un des objectifs des directives au jury, et on devrait s'abstenir de tenir des propos qui minent cet objectif.

Je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la façon proposée par le juge Cory.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CORY (dissent) — Je suis entièrement d'accord avec la quasi totalité des motifs et des recommandations judicieuses du Juge en chef. Toutefois, je ne puis souscrire à sa conclusion que les directives que le juge du procès a données au jury relativement au meurtre au premier degré étaient suffisantes.

Le meurtre au premier degré est, du point de vue de la peine, le crime le plus grave qui soit prévu dans le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. La peine obligatoire dans un tel cas est l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant 25 ans. Le meurtre au premier degré diffère du meurtre au deuxième degré en ce qu'il exige que le ministère public démontre que le meurtre a été commis avec préméditation et de propos délibéré. Il est évident qu'il fixe une norme de culpabilité beaucoup plus stricte que celle requise pour le meurtre au deuxième degré. La perpétration de ce crime exige un processus mental plus complexe et plus précis que la simple intention de tuer.

Il est indubitable qu'il faut indiquer au jury que l'alcool peut altérer la capacité d'agir avec préméditation et de propos délibéré. Voir *R. c. Mitchell*, [1964] R.C.S. 471, *R. c. Wallen*, [1990] 1 R.C.S. 827. De même, notre Cour a statué qu'il faut donner comme directive au jury de tenir compte de la preuve de la maladie mentale pour déterminer si le meurtre a été commis avec préméditation et de propos délibéré. Voir *More c. The Queen*, [1963] R.C.S. 522, *R. c. Kirkby* (1985), 47 C.R. (3d) 97 (C.A. Ont.). Comme l'a dit le juge MacDonnell dans *R. c. Markle*, [1990] O.J. No. 2606 (Div. gén.):

The task of the jury in a first degree murder case based on planning and deliberation where there is evidence of intoxication or mental disorder is to determine the accused's thinking and mental processes at the time of the killing, bearing in mind that evidence, and then to determine whether those mental processes fell within the definition of "deliberate".

It follows that in the case at bar, a simple reference to consider all the evidence is insufficient. There must be more. Although it was not necessary for the trial judge to again review the evidence as to mental illness, a specific reference should have been made to it during his explanation of planning and deliberation.

The entire reference pertaining to the planning and deliberation element of first degree murder in the judge's charge to the jury is as follows:

And I want to explain now to you the meaning of planned and deliberate. I will explain the meaning of planned and deliberate so that you will be able to make this decision if you find the Crown has proven all the ingredients I just told you about. The words planned and deliberate have different meanings. You should give the word planned its ordinary meaning. That is arranged beforehand. In other words, a person plans to do something, if he or she forms a design or scheme for doing it. The plan need not be a complicated one. It may be a very simple plan and the simpler it is, perhaps the easier it is to formulate it.

However you should understand that planning something is not the same as doing it intentionally, therefore, a person can mean or intend to kill someone without having planned to kill the person. For example, suppose Jane Smith has a bad temper, she gets in an argument with someone and kills the other person during the argument. Even though she was not intending to kill the other person before the argument started. In this example, Jane Smith might have intended to kill the other person but she did not plan to kill him.

The word deliberate also means something more than intentional. It means carefully thought out, not hasty or rash. A person commits deliberate murder when he or she thinks about the consequences before committing

[TRADUCTION] Le rôle du jury dans une affaire de meurtre au premier degré commis avec préméditation et de propos délibéré, où il y a une preuve d'intoxication ou de troubles mentaux, consiste à déterminer le processus mental de l'accusé au moment du meurtre, en tenant compte de cette preuve, et ensuite à déterminer si ce processus mental est visé par la définition de l'expression «propos délibéré».

Il s'ensuit qu'en l'espèce une simple mention de tenir compte de toute la preuve est insuffisante. Il faut plus que cela. Même s'il n'était pas nécessaire que le juge du procès passe de nouveau en revue la preuve de la maladie mentale, il aurait dû la mentionner expressément en expliquant la préméditation et le propos délibéré. 72

Voici tout ce qu'a dit le juge dans son exposé au jury relativement à l'élément de préméditation et de propos délibéré du meurtre au premier degré: 73

[TRADUCTION] Et je veux maintenant vous expliquer le sens de l'expression «avec préméditation et de propos délibéré». Je vais vous en expliquer le sens pour que vous soyez en mesure de rendre cette décision si vous concluez que le ministère public a prouvé l'existence de tous les éléments dont je viens de vous parler. Les termes «avec préméditation et de propos délibéré» ont des sens différents. Vous devriez donner aux termes «avec préméditation» leur sens ordinaire, c'est-à-dire ce qui est organisé d'avance. Autrement dit, une personne prémédite l'accomplissement d'un acte si elle forme le dessein ou le projet de l'accomplir. Il n'est pas nécessaire que le plan conçu soit compliqué. Il peut s'agir d'un plan très simple et plus il est simple, plus il est facile peut-être de le former.

Vous devriez toutefois comprendre que préméditer un acte et accomplir intentionnellement un acte sont deux choses différentes; par conséquent, une personne peut avoir l'intention de tuer quelqu'un sans avoir prémédité de le faire. Par exemple, supposons que Madame X a mauvais caractère, qu'elle se querelle avec une autre personne et qu'elle la tue au cours de cette querelle, même si elle n'avait pas l'intention de le faire au départ. Dans cet exemple, il se pourrait que Madame X ait eu l'intention de tuer l'autre personne, mais elle n'a pas prémédité de le faire.

L'expression «de propos délibéré» signifie également quelque chose de plus qu'«intentionnel». Elle a le sens de «mûrement réfléchi» et non pas de «précipité» ou d'«irréfléchi». Une personne commet un meurtre de pro-

the murder. In other words, he or she thinks about the advantages and disadvantages of committing the murder. It is an act that is considered rather than impulsive. In considering whether the murder was planned and deliberate you should consider all the evid . . . all the circumstances and all the evidence.

On the subject of both the ingredient of intention and whether or not Mr. Jacquard was or was not criminally responsible by reason of a mental disorder, I have reviewed the evidence at great length, I can see no reason to repeat what I already said to you.

I noted during the trial you paid strict attention to the witnesses. I asked you to consider the facts. . . . I asked you, considering the facts, you accepted from the evidence and taking into consideration the legal meaning of planned or deliberate as I have explained them to you, did Mr. Jacquard plan to kill Mr. Hurlburt and, if so, did he do it deliberately. I remind you, murder cannot be first degree murder unless it was both planned and deliberate. Again I repeat. I remind you, murder cannot be first degree murder unless it was both planned and deliberate.

If you are satisfied beyond a reasonable doubt the Crown has proven all the essential elements of murder and the Crown has also proven beyond a reasonable doubt that the murder was planned and deliberate, you may convict the accused of first degree murder. If you are not satisfied beyond a reasonable doubt the Crown has proven the murder was planned and deliberate, you should not convict Mr. Jacquard of first degree murder but you may convict him of second degree murder.

74

These directions do not refer to the evidence pertaining to mental illness and the possible effect it might have on the appellant's ability to plan and deliberate upon the killing of the victim. Such instructions were an essential element of this charge. The accused facing the most serious charge in the *Criminal Code* was entitled to no less. It is a fundamental element of the directions on this offence. Just as the evidence relating to the consumption of alcohol must be related to the ele-

pos délibéré lorsqu'elle songe aux conséquences avant de commettre le meurtre. En d'autres termes, elle songe aux avantages et aux inconvénients de commettre le meurtre. Il s'agit d'un acte réfléchi plutôt qu'impulsif. En examinant si le meurtre a été commis avec préméditation et de propos délibéré, vous devriez tenir compte de toute la preu . . . , de toutes les circonstances et de toute la preuve.

En ce qui concerne l'élément d'intention et la question de savoir si M. Jacquard était criminellement responsable ou s'il ne l'était pas en raison de troubles mentaux, j'ai longuement analysé la preuve, et je ne vois aucune raison de répéter ce que je vous ai déjà dit.

J'ai remarqué, pendant le procès, que vous aviez écouté attentivement les témoins. Je vous ai demandé d'examiner les faits . . . Je vous ai demandé, compte tenu des faits dont vous aviez reconnu l'existence à partir de la preuve, et compte tenu du sens juridique de l'expression «avec préméditation et de propos délibéré», que je vous ai expliqué, si M. Jacquard a prémédité le meurtre de M. Hurlburt et, le cas échéant, s'il l'a commis de propos délibéré. Je vous rappelle qu'un meurtre ne peut être un meurtre au premier degré que s'il a été commis avec préméditation et de propos délibéré. Encore une fois, je vous rappelle qu'un meurtre ne peut être un meurtre au premier degré que s'il a été commis avec préméditation et de propos délibéré.

Si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que le ministère public a prouvé l'existence de tous les éléments essentiels du meurtre et qu'il a aussi prouvé hors de tout doute raisonnable que le meurtre a été commis avec préméditation et de propos délibéré, vous pouvez déclarer l'accusé coupable de meurtre au premier degré. Si vous n'êtes pas convaincus hors de tout doute raisonnable que le ministère public a prouvé que le meurtre a été commis avec préméditation et de propos délibéré, vous ne devez pas reconnaître M. Jacquard coupable de meurtre au premier degré, mais vous pouvez le déclarer coupable de meurtre au deuxième degré.

Ces directives ne mentionnent pas la preuve de la maladie mentale ni l'incidence que cette maladie peut avoir eue sur la capacité de l'appelant d'agir avec préméditation et de propos délibéré en tuant la victime. Ces directives étaient un élément essentiel de l'exposé. L'accusé, contre qui l'accusation la plus grave du *Code criminel* avait été portée, avait droit à au moins cela. Il s'agit d'un élément fondamental des directives concernant cette infraction. Tout comme il faut établir un lien entre la

ments of planning and deliberation so too must the evidence pertaining to mental illness be related those elements.

I would allow the appeal and direct a new trial.

Appeal dismissed, SOPINKA, CORY and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Pink Murray, Halifax.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

preuve de la consommation d'alcool et les éléments de la préméditation et du propos délibéré, il faut également établir un lien entre la preuve de la maladie mentale et ces éléments.

J'accueillerais le pourvoi et j'ordonnerais un nouveau procès.

Pourvoi rejeté, les juges SOPINKA, CORY et MAJOR sont dissidents.

Procureurs de l'appelant: Pink Murray, Halifax.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Cameron Lee Russell *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. RUSSELL

File No.: 25214.

1997: February 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Motor vehicles — Dangerous driving causing death — Trial judge properly applying elements of offence — Conviction affirmed.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1996), 181 A.R. 115, 116 W.A.C. 115, 21 M.V.R. (3d) 111, dismissing the accused's appeal from his conviction for dangerous driving causing death. Appeal dismissed.

Roy D. Shellnutt, for the appellant.

Goran Tomljanovic, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ MAJOR J. — We are all of the opinion that this appeal as of right must be dismissed.

² We agree with Côté J.A. of the Alberta Court of Appeal that while routine skills are required of automobile drivers, the trial judge did not impose a different standard of care on the appellant but

Cameron Lee Russell *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. RUSSELL

N° du greffe: 25214.

1997: 21 février.

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

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

Droit criminel — Véhicules à moteur — Conduite dangereuse causant la mort — Application correcte des éléments de l'infraction par le juge du procès — Déclaration de culpabilité confirmée.

Jurisprudence

Arrêt mentionné: *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1996), 181 A.R. 115, 116 W.A.C. 115, 21 M.V.R. (3d) 111, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à une accusation de conduite dangereuse causant la mort. Pourvoi rejeté.

Roy D. Shellnutt, pour l'appelant.

Goran Tomljanovic, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE MAJOR — Nous sommes tous d'avis que le présent pourvoi formé de plein droit doit être rejeté.

Nous sommes d'accord avec le juge Côté de la Cour d'appel de l'Alberta que, même si on exige des conducteurs de véhicules automobiles des habiletés ordinaires, le juge du procès n'a pas

properly applied the elements of this offence as set out in *R. v. Hundal*.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Shellnutt McKenna Bryant, Calgary.

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

imposé à l'appelant une norme de diligence différente, et qu'il a bien appliqué les éléments de l'infraction énoncés dans *R. c. Hundal*.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Shellnutt McKenna Bryant, Calgary.

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

Mark Donald Benner *Appellant*

v.

The Secretary of State of Canada and the Registrar of Citizenship *Respondents*

and

The Federal Superannuates National Association *Intervener*

INDEXED AS: BENNER v. CANADA (SECRETARY OF STATE)

File No.: 23811.

1996: October 1; 1997: February 27.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Citizenship — Children born abroad before February 15, 1977 of Canadian fathers granted citizenship on application but those of Canadian mothers required to undergo security check and to take citizenship oath — U.S.-born son of a Canadian mother denied citizenship because of criminal charges — Whether applying s. 15(1) of Charter involves illegitimate retroactive or retrospective application — If not, whether the treatment accorded to children born abroad to Canadian mothers before February 15, 1977 by the Citizenship Act offending s. 15(1) — If so, whether saved by s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 3(1), 4(3), 5(1)(b), (2)(b), 12(2), (3), 22(1)(b), (d), (2)(b) — Citizenship Regulations, C.R.C., c. 400, s. 20(1).

The appellant, who was born in 1962 in the United States of a Canadian mother and an American father, applied for Canadian citizenship and perfected his application on October 27, 1988. The *Citizenship Act* provided that persons born abroad before February 15, 1977, would be granted citizenship on application if born of a Canadian father but would be required to undergo a security check and to swear an oath if born of

Mark Donald Benner *Appellant*

c.

Le secrétaire d'État du Canada et le greffier de la citoyenneté *Intimés*

et

L'Association nationale des retraités fédéraux *Intervenante*

RÉPERTORIÉ: BENNER c. CANADA (SECRETÉAIRE D'ÉTAT)

N° du greffe: 23811.

1996: 1^{er} octobre; 1997: 27 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Citoyenneté — Citoyenneté attribuée sur demande aux enfants nés à l'étranger avant le 15 février 1977 d'un père canadien, alors que ceux nés d'une mère canadienne sont tenus de se soumettre à une enquête de sécurité et de prêter le serment de citoyenneté — Refus, en raison de l'existence d'accusations criminelles, d'accorder la citoyenneté à un enfant né aux États-Unis d'une mère canadienne — Le fait d'appliquer le par. 15(1) de la Charte entraîne-t-il l'application rétroactive ou rétrospective illégitime de ce texte — Si la réponse est non, le traitement appliqué par la Loi sur la citoyenneté aux enfants nés à l'étranger d'une mère canadienne avant le 15 février 1977 viole-t-il le par. 15(1)? — Dans l'affirmative, peut-il être sauvegardé par l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 3(1), 4(3), 5(1)(b), (2)(b), 12(2), (3), 22(1)(b), (d), (2)(b) — Règlement sur la citoyenneté, C.R.C., ch. 400, art. 20(1).

L'appellant, qui est né aux États-Unis en 1962 d'une mère canadienne et d'un père américain, a présenté une demande de citoyenneté canadienne, demande qu'il a complétée le 27 octobre 1988. La *Loi sur la citoyenneté* prévoyait que les personnes nées à l'étranger d'un père canadien avant le 15 février 1977 acquerraient la citoyenneté sur demande, mais que si c'était leur mère qui était canadienne les demandeurs devaient se soumettre à une

a Canadian mother. The appellant therefore underwent a security check, during which the Registrar of Citizenship discovered that he had been charged with several criminal offences. The Registrar advised that he was prohibited from acquiring citizenship and his application was rejected.

The appellant applied for an order in the nature of *certiorari* quashing the Registrar's decision and for an order in the nature of *mandamus* requiring the Registrar to grant him citizenship without swearing an oath or being subject to a security check. The application was dismissed by the Federal Court, Trial Division and an appeal from that decision to the Federal Court of Appeal was also dismissed. The appellant was deported. The appeal raised three issues: (1) whether applying s. 15(1) — the equality provision — of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* involved an illegitimate retroactive or retrospective application of the *Charter*; (2) if not, whether the treatment accorded to children born abroad to Canadian mothers before February 15, 1977 by the *Citizenship Act* offends s. 15(1) of the *Charter*; and (3) if so, whether the impugned legislation was saved by s. 1. The constitutional questions as stated were found wanting.

Held: The appeal should be allowed.

The *Charter* does not apply retroactively. The Court has not adopted a rigid test for determining when a particular application of the *Charter* would be retrospective. Rather, each case is to be weighed in its own factual and legal context, with attention to the nature of the particular *Charter* right at issue. Not every situation involving events which took place before the *Charter* came into force will necessarily involve a retrospective application of the *Charter*. Where the fact situation is a status or characteristic, the enactment is not given retrospective effect when it is applied to persons or things that acquired that status or characteristic before the enactment, if they have it when the enactment comes into force; but where the fact situation is an event, then the enactment would be given retrospective effect if it is applied so as to attach a new duty, penalty or disability to an event that took place before the enactment. The question is one of characterization: is the situation really one of going back to redress an old event which took place before the *Charter* created the right sought to be vindicated, or is it simply one of assessing the contem-

enquête de sécurité et prêter serment. L'appelant a en conséquence fait l'objet d'une enquête de sécurité au cours de laquelle le greffier de la citoyenneté a découvert qu'il avait été accusé de plusieurs infractions criminelles. Le greffier l'a informé qu'il était inadmissible à la citoyenneté canadienne et a rejeté sa demande.

L'appelant a demandé une ordonnance de la nature d'un *certiorari* portant annulation de la décision du greffier ainsi qu'une ordonnance de la nature d'un *mandamus* enjoignant à ce dernier de lui attribuer la citoyenneté sans l'obliger à prêter serment et à se soumettre à une enquête de sécurité. La Section de première instance de la Cour fédérale a rejeté cette demande et la Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel formé contre cette décision. L'appelant a été expulsé. Le pourvoi soulève les trois questions suivantes: (1) Le fait d'appliquer le par. 15(1) — la garantie du droit à l'égalité — de la *Charte canadienne des droits et libertés* entraîne-t-il l'application rétroactive ou rétrospective illégitime de la *Charte*? (2) Si la réponse est non, le traitement appliqué par la *Loi sur la citoyenneté* aux enfants nés à l'étranger d'une mère canadienne avant le 15 février 1977 viole-t-il le par. 15(1) de la *Charte*? (3) Si oui, la validité des mesures législatives contestées est-elle sauvegardée par l'article premier? Le libellé des questions constitutionnelles a été jugé inadéquat.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La *Charte* ne s'applique pas rétroactivement. La Cour n'a pas adopté un critère rigide de détermination des situations particulières dans lesquelles l'application de la *Charte* serait rétrospective. Chaque cas doit plutôt être apprécié selon le contexte factuel et législatif qui lui est propre, en portant attention à la nature du droit garanti par la *Charte* qui est en cause. Une situation comportant des événements antérieurs à l'entrée en vigueur de la *Charte* n'entraînera pas toujours l'application rétrospective de la *Charte*. Dans le cas où la situation factuelle en cause est un statut ou une caractéristique, on n'attribue aucun effet rétrospectif à un texte de loi lorsqu'il est appliqué à des personnes ou à des choses qui ont acquis ce statut ou cette caractéristique avant l'édiction du texte en question, pourvu qu'elles possèdent toujours le statut ou la caractéristique au moment de l'entrée en vigueur du texte. Par contre, dans le cas où la situation factuelle est un événement, on attribuerait un effet rétrospectif au texte de loi s'il était appliqué pour imposer une nouvelle obligation, peine ou incapacité par suite d'un événement survenu avant son édicition. La question à trancher consiste donc à caractériser la situation: s'agit-il réellement de revenir en arrière pour corriger un événement passé survenu avant que la

porary application of a law which happened to be passed before the *Charter* came into effect?

This case does not involve either a retroactive or a retrospective application of the *Charter*. The notion that rights or entitlements crystallize at birth, particularly in the context of s. 15 of the *Charter*, suggests that whenever a person born before s. 15 came into effect (April 17, 1985) suffers the discriminatory effects of a piece of legislation these effects may be immunized from *Charter* review. This is not so.

The appellant's situation should instead be seen in terms of status or ongoing condition. His status from birth — as a person born abroad prior to February 15, 1977 of a Canadian mother and a non-Canadian father — is no less a "status" than being of a particular skin colour or ethnic or religious background: it is an ongoing state of affairs. People in the appellant's condition continue to be denied the automatic right to citizenship granted to children of Canadian fathers. The presence of a date in a piece of legislation, while it may suggest an "event-related" focus rather than a "status-related" one, cannot alone be determinative. Consideration must still be given to the nature of the characteristic at issue. A difference exists between characteristics ascribed at birth (e.g., race) and those based on some action taken later in life (e.g., being a divorced person). Immutable characteristics arising at birth are generally more likely to be correctly classified as a "status" than are characteristics resulting from a choice to take some action.

In applying s. 15 to questions of status, the critical time is not when the individual acquires the status in question but when that status is held against the person or disentitles the person to a benefit. Here, that moment was when the Registrar considered and rejected the appellant's application. Since this occurred well after s. 15 came into effect, subjecting the appellant's treatment by the respondent to *Charter* scrutiny involves neither retroactive nor retrospective application of the *Charter*. Had the appellant applied for citizenship before s. 15 came into effect and been refused, he could not now come before the Court and ask that s. 15 be applied to that refusal. The appellant, however, had not engaged the legislation governing his entitlement to citizenship until his application in 1988. Until he actually

Charte crée le droit revendiqué, ou s'agit-il simplement d'apprécier l'application contemporaine d'un texte de loi qui a été édicté avant l'entrée en vigueur de la *Charte*?

La présente affaire n'entraîne pas l'application rétroactive ou rétrospective de la *Charte*. Le concept de la cristallisation des droits au moment de la naissance, plus particulièrement dans le contexte de l'art. 15 de la *Charte*, suggère que, chaque fois qu'une personne née avant l'entrée en vigueur de l'art. 15 (le 17 avril 1985) subit les effets discriminatoires d'une mesure législative, ces effets seraient à l'abri des contestations fondées sur la *Charte*. Ce n'est pas le cas.

La situation de l'appellant doit plutôt être considérée comme un statut ou une condition en cours. Son statut à la naissance — le fait d'être une personne née à l'étranger, avant le 15 février 1977, d'une mère canadienne et d'un père non canadien — est tout autant un «statut» que le fait d'avoir la peau d'une certaine couleur ou celui d'appartenir à une origine ethnique ou religieuse donnée: c'est un état de fait en cours. Les personnes dans la situation de l'appellant continuent aujourd'hui d'être privées du droit à la citoyenneté qui est conféré d'office aux enfants nés d'un père canadien. Bien que la mention d'une date dans une mesure législative puisse tendre à indiquer que celle-ci s'attache d'avantage à un «événement» qu'à un «statut», ce fait à lui seul ne saurait être déterminant. Il faut également tenir compte de la nature de la caractéristique en cause. Il y a une différence entre les caractéristiques acquises à la naissance (par exemple la race) et celles qui découlent d'un acte quelconque, accompli plus tard dans la vie (par exemple l'état de personne divorcée). Les caractéristiques immuables acquises à la naissance sont, en général, plus susceptibles d'être qualifiées à juste titre de «statut» que celles résultant de la décision d'accomplir un acte.

Lorsque l'art. 15 est appliqué à des questions de statut, l'élément important n'est pas le moment où la personne acquiert le statut en cause, mais celui auquel ce statut lui est reproché ou la prive du droit d'obtenir un avantage. En l'espèce, ce moment est celui où le greffier a examiné et rejeté la demande de l'appellant. Étant donné que cela s'est produit bien après l'entrée en vigueur de l'art. 15, l'examen en regard de la *Charte* du traitement réservé à l'appellant par l'intimé ne met pas en jeu l'application rétroactive ou rétrospective de ce texte. Si l'appellant avait demandé la citoyenneté avant l'entrée en vigueur de l'art. 15 et qu'on la lui avait refusée, il ne pourrait maintenant se présenter devant la Cour et demander l'application de cet article à ce refus. Toutefois, ce n'est que lorsque l'appellant a présenté sa

made an application for citizenship, the law set out only what his rights to citizenship would be if and when he applied, not what they were.

Several approaches to s. 15 have been advanced in the recent jurisprudence of this Court. It is not necessary for the purposes of this appeal to say determinatively which of these approaches is the most appropriate since the result is the same no matter which test is used in the application of s. 15.

The fact that children born abroad of a Canadian mother are required to undergo a security check and to swear the oath, when those born abroad of a Canadian father are not required to do so, constitutes a denial of equal benefit of the law guaranteed by s. 15 of the *Charter*. Access to the valuable privilege of Canadian citizenship is restricted in different degrees depending on the gender of an applicant's Canadian parent; sex is one of the enumerated grounds in s. 15.

The fact that Parliament attempted to remedy the inequity found in the 1947 legislation by amending it does not insulate the amended legislation from further review under the *Charter*. The true source of the differential treatment for children born abroad of Canadian mothers cannot be said to be the 1947 Act, as opposed to the current Act, because the earlier Act does not exist anymore. It is only the operation of the current Act and the treatment it accords the appellant because his Canadian parent was his mother which is in issue. The current Act, to the extent that it carries on the discrimination of its predecessor legislation, may itself be reviewed under s. 15.

The appellant is not attempting to raise the infringement of someone else's rights for his own benefit. He is the primary target of the sex-based discrimination mandated by the legislation and possesses the necessary standing to raise it. The appellant's mother is implicated only because the extent of his rights are made dependent on the gender of his Canadian parent. Where access to a benefit such as citizenship is restricted on the basis of something so intimately connected to and so completely beyond the control of an applicant as the gender of his or her Canadian parent, that applicant may invoke the protection of s. 15. Permitting s. 15 scrutiny of the treatment of the appellant's citizenship application simply allows the protection against discrimination guaranteed

demande, en 1988, que la loi régissant son droit à la citoyenneté s'est appliquée à lui. Jusqu'à ce qu'il présente effectivement une demande de citoyenneté, la loi établissait simplement quels seraient ses droits en matière de citoyenneté lorsqu'il ferait une demande en ce sens, et non quels étaient ces droits.

Plusieurs façons d'aborder l'application de l'art. 15 de la *Charte* ont été avancées dans la jurisprudence récente de notre Cour. Pour trancher le présent pourvoi, il n'est pas nécessaire de déterminer de façon décisive laquelle est la plus appropriée, car le résultat serait identique, peu importe le critère retenu pour l'application de l'art. 15.

Le fait que les enfants nés à l'étranger d'une mère canadienne sont tenus de se soumettre à une enquête de sécurité et de prêter serment, alors que ceux nés à l'étranger d'un père canadien ne le sont pas, constitue une négation du droit à l'égalité de bénéfice de la loi garanti par l'art. 15 de la *Charte*. L'accès au précieux privilège qu'est la citoyenneté canadienne est limité, à des degrés divers, selon que c'est la mère ou le père du demandeur qui est canadien; le sexe est l'un des motifs énumérés à l'art. 15.

Le fait que le Parlement ait tenté de corriger l'iniquité créée par la Loi de 1947 en y apportant des modifications n'a pas pour effet de soustraire la loi modifiée à tout examen ultérieur fondé sur la *Charte*. Il est impossible d'affirmer que la source véritable du traitement différent appliqué aux enfants nés à l'étranger d'une mère canadienne est la Loi de 1947, et non la loi actuelle, car l'ancienne loi n'existe plus. Ce qui est en litige, ce n'est que le fonctionnement de la Loi actuelle et le traitement qu'elle applique à l'appelant du fait que seule sa mère était canadienne. Dans la mesure où la Loi actuelle perpétue la discrimination créée par la loi qui l'a précédée, elle peut elle-même être examinée en regard de l'art. 15.

L'appelant ne tente pas d'invoquer, à son propre profit, la violation des droits d'une autre personne. Il est la cible principale de la discrimination fondée sur le sexe établie par la législation et il a la qualité requise pour la contester. Sa mère n'est concernée que parce que l'étendue des droits de l'appelant est tributaire du sexe de celui de ses parents qui est canadien. Lorsque l'accès à des avantages tels que la citoyenneté est restreint pour un motif aussi intimement lié à un demandeur et aussi indépendant de sa volonté que le sexe de celui de ses parents qui est canadien, le demandeur peut invoquer la protection de l'art. 15. Le fait d'autoriser l'examen, en regard de l'art. 15, du traitement appliqué à la demande de citoyenneté de l'appelant ne fait qu'étendre la protec-

to him by s. 15 to extend to the full range of the discrimination. This is precisely the “purposive” interpretation of *Charter* rights mandated by earlier decisions of this Court.

These reasons do not create a general doctrine of “discrimination by association”. The link between child and parent is of a particularly unique and intimate nature. A child has no choice who his or her parents are. Whether this analysis should extend to situations where the association is voluntary rather than involuntary or where the characteristic of the parent upon which the differential treatment is based is not an enumerated or analogous ground are questions for another day.

That the differential treatment of children born abroad with Canadian mothers as opposed to those with Canadian fathers may be a product of historical legislative circumstance, not of discriminatory stereotypical thinking, is not relevant to deciding whether or not the impugned provisions are discriminatory. The motivation behind Parliament’s decision to maintain a discriminatory denial of equal treatment cannot make the continued denial any less discriminatory. This legislation continues to suggest that, at least in some cases, men and women are not equally capable of passing on whatever it takes to be a good Canadian citizen.

The impugned legislation was not saved under s. 1 of the *Charter*. Ensuring that potential citizens are committed to Canada and do not pose a risk to the country are pressing and substantial objectives which are not reasonably advanced by the two-tiered application system created by the impugned provisions. The impugned legislation was not rationally connected to its objectives. The question to be asked in this regard is not whether it is reasonable to demand that prospective citizens swear an oath and undergo a security check before being granted citizenship but whether it is reasonable to make these demands only of children born abroad of Canadian mothers, as opposed to those born abroad of Canadian fathers. Clearly no inherent connection exists between this distinction and the desired legislative objectives.

Although retroactively imposing automatic Canadian citizenship in 1977 on children already born abroad of

tion contre la discrimination qui lui est garantie par l’art. 15 à la pratique discriminatoire dans son ensemble. Il s’agit précisément de l’interprétation «fondée sur l’objet» des droits garantis par la *Charte* qu’a prescrite notre Cour dans des arrêts antérieurs.

Les présents motifs ne créent pas un principe général de «discrimination par association». Le lien entre un enfant et son père ou sa mère a un caractère particulièrement unique et intime. L’enfant ne choisit pas ses parents. La question de savoir si cette analyse devrait s’étendre aux situations dans lesquelles l’association d’une personne à un groupe est volontaire plutôt qu’involontaire, ou dans lesquelles la caractéristique appartenant au père ou à la mère et sur laquelle est fondé le traitement différent n’est pas un motif énuméré ou analogue sera examinée à une autre occasion.

Le fait que le traitement différent appliqué aux enfants nés à l’étranger d’une mère canadienne par rapport à ceux nés d’un père canadien puisse être le produit d’événements législatifs historiques, et non d’une attitude discriminatoire stéréotypée, n’est pas pertinent pour décider si les dispositions contestées sont discriminatoires. Les motifs à l’origine de la décision du Parlement de maintenir une négation discriminatoire du droit à l’égalité de traitement ne peuvent atténuer le caractère discriminatoire de cette négation. Ces mesures législatives continuent de suggérer que, à tout le moins dans certains cas, les hommes et les femmes n’ont pas une capacité égale de transmettre à leurs enfants ce qu’il faut pour être un bon citoyen canadien.

La validité des mesures législatives contestées n’est pas sauvegardée par l’article premier de la *Charte*. Le fait de s’assurer de l’engagement envers le Canada des citoyens potentiels et celui de s’assurer qu’ils ne constituent pas un risque pour le pays sont des objectifs urgents et réels, mais dont le régime de demande à deux niveaux créé par les dispositions contestées ne peut raisonnablement favoriser la réalisation. Il n’existe pas de lien rationnel entre les dispositions législatives contestées et les objectifs qu’elles visent. À cet égard, la question n’est pas de savoir s’il est raisonnable de demander aux éventuels citoyens de prêter serment et de se soumettre à une enquête de sécurité avant de leur attribuer la citoyenneté, mais plutôt s’il est raisonnable de l’exiger uniquement des enfants nés d’une mère canadienne, et non de ceux nés d’un père canadien. Il n’y a manifestement aucun lien inhérent entre cette distinction et les objectifs législatifs poursuivis.

Même si en accordant rétroactivement d’office, en 1977, la citoyenneté canadienne aux enfants nés à

Canadian mothers could have caused difficulties for those children by interfering with rights or duties of citizenship already held in other countries, the Act clearly demonstrates that citizenship based on lineage was never imposed automatically, even on children born abroad of Canadian fathers. Treating children born abroad of Canadian mothers similarly to those born of Canadian fathers would therefore not have caused any undesirable retroactive effects. Anyone not wanting Canadian citizenship through an extension of those rights enjoyed by children of Canadian fathers to those born abroad of Canadian mothers would have had the option of simply not registering his or her birth. Only those children born abroad of Canadian mothers willing to take on Canadian citizenship would have it. It should also be noted that the current Act does not require these procedures for any children born abroad of a Canadian parent after February 15, 1977, no matter how old. If such children do not pose a potential threat to national security such that an oath and security check are required, it is difficult to see why someone in the appellant's class does.

It was probable that the impugned legislation would likely fail the proportionality test as well.

The offending legislation was declared to be of no force or effect.

Cases Cited

Considered: *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223; *Murray v. Canada (Minister of Health and Welfare)*, [1994] 1 F.C. 603; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; *Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 314; *Elias v. U.S. Department of State*, 721 F.Supp. 243 (1989); **distinguished:** *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; **referred to:** *Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, [1989] 1 S.C.R. 922; *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153; *R. v. Stewart*, [1991] 3 S.C.R. 324; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Crease v. Canada*, [1994] 3 F.C. 480; *R. v. Turpin*,

l'étranger d'une mère canadienne, on aurait pu leur causer des problèmes d'incompatibilité avec les droits et les devoirs qu'ils avaient déjà en tant que citoyens d'autres pays, la Loi démontre clairement que la citoyenneté fondée sur la filiation n'a jamais été imposée d'office, même aux enfants nés à l'étranger d'un père canadien. Le fait de traiter de la même manière les enfants nés à l'étranger d'une mère canadienne et ceux nés d'un père canadien n'aurait donc entraîné aucun effet rétroactif indésirable. Quiconque n'aurait pas voulu profiter de la citoyenneté canadienne par l'extension des droits reconnus aux enfants nés d'un père canadien à ceux nés à l'étranger d'une mère canadienne aurait eu la faculté de tout simplement s'abstenir d'enregistrer sa naissance. Seuls les enfants nés à l'étranger d'une mère canadienne et désirant acquérir la citoyenneté canadienne se la verraient reconnaître. Il convient également de souligner que la Loi actuelle n'impose pas ces formalités aux enfants nés à l'étranger, après le 15 février 1977, d'une mère ou d'un père canadiens, et ce quel que soit l'âge des enfants. Si ces enfants ne constituent pas, du point de vue de la sécurité nationale, une menace potentielle telle qu'il est nécessaire de leur faire prêter serment et de les soumettre à une enquête de sécurité, il est difficile d'imaginer en quoi les personnes dans la situation de l'appelant constitueraient une telle menace.

Il est vraisemblable que les mesures législatives contestées ne satisferaient pas non plus au critère de la proportionnalité.

Les mesures législatives attentatoires sont déclarées inopérantes.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223; *Murray c. Canada (Ministre de la Santé et du Bien-être social)*, [1994] 1 C.F. 603 ; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 314; *Elias c. U.S. Department of State*, 721 F.Supp. 243 (1989); **distinction d'avec les arrêts:** *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; **arrêts mentionnés:** *Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 1 R.C.S. 922; *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153; *R. c. Stewart*, [1991] 3 R.C.S. 324; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Crease c. Canada*,

[1989] 1 S.C.R. 1296; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; *R. v. Big M Drug Mart, Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, App. III, s. 1(b).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15.
Canadian Citizenship Act, R.S.C. 1970, c. C-19 [formerly R.S.C. 1952, c. 33], s. 5(1).
Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29 [formerly S.C. 1974-75-76, c. 108], ss. 3(1), 4(3), 5(1)(b), (2)(b), 12(2), (3), 22(1)(b), (d), (2)(b).
Citizenship Regulations, C.R.C., c. 400, s. 20(1).

Authors Cited

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Driedger, Elmer A. "Statutes: Retroactive Retrospective Reflections" (1978), 56 *Can. B. Rev.* 264.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1994] 1 F.C. 250, (1993), 105 D.L.R. (4th) 121, 155 N.R. 321, 16 C.R.R. (2d) 15, [1993] F.C.J. 658, dismissing an appeal from a judgment of Jerome A.C.J., [1992] 1 F.C. 771, (1991), 43 F.T.R. 180, 14 Imm. L.R. (2d) 266, dismissing an application for *certiorari* and *mandamus* with respect to the dismissal of an application for citizenship by the Registrar of Citizenship. Appeal allowed.

Mark M. Yang, for the appellant.

Roslyn J. Levine, Q.C., and *Debra M. McAllister*, for the respondents.

Neil R. Wilson, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

[1994] 3 C.F. 480; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *R. c. Big M Drug Mart, Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15.
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), app. III, art. 1b).
Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29 [auparavant S.C. 1974-75-76, ch. 108], art. 3(1), 4(3), 5(1)b), (2)b), 12(2), (3), 22(1)b), d), (2)b).
Loi sur la citoyenneté canadienne, S.R.C. 1970, ch. C-19 [auparavant S.R.C. 1952, ch. 33], art. 5(1).
Règlement sur la citoyenneté, C.R.C., ch. 400, art. 20(1).

Doctrine citée

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Driedger, Elmer A. "Statutes: Retroactive Retrospective Reflections" (1978), 56 *R. du B. can.* 264.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1994] 1 C.F. 250, (1993), 105 D.L.R. (4th) 121, 155 N.R. 321, 16 C.R.R. (2d) 15, [1993] F.C.J. 658, qui a rejeté l'appel du jugement du juge en chef adjoint Jerome, [1992] 1 C.F. 771, (1991), 43 F.T.R. 180, 14 Imm. L.R. (2d) 266, ayant refusé la demande de *certiorari* et de *mandamus* présentée relativement au rejet, par le greffier de la citoyenneté, d'une demande de citoyenneté. Pourvoi accueilli.

Mark M. Yang, pour l'appelant.

Roslyn J. Levine, c.r., et *Debra M. McAllister*, pour les intimés.

Neil R. Wilson, pour l'intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi sou-
 lève la constitutionnalité de certaines dispositions de la *Loi sur la citoyenneté*, S.C. 1974-75-76, ch. 108, proclamées en vigueur le 15 février 1977

¹ IACOBUCCI J. — This appeal raises the constitutionality of certain provisions of the *Citizenship Act*, S.C. 1974-75-76, c. 108, and proclaimed in force February 15, 1977 by SI/77-43, (hereinafter

cited from R.S.C., 1985, c. C-29 (the "Act")), which provide for differential treatment of persons wishing to become citizens of Canada who had Canadian mothers, as opposed to those whose fathers were Canadian. For the reasons which follow, I find that this differential treatment violates s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. The offending provisions are therefore, to the extent of the unconstitutionality, of no force or effect.

1. Facts

Sections 3 to 6, inclusive, of the Act set out the requirements for entitlement to Canadian citizenship. These requirements depend to some extent on the date of birth of the applicant. Persons born abroad after February 14, 1977, are Canadian citizens if either of their parents was a Canadian citizen at the time of the birth: s. 3(1)(a). For people born abroad before February 14, 1977, the process of acquiring citizenship varies depending upon whether their mother or their father was Canadian.

According to s. 3(1)(e), a person is a citizen if he or she was entitled to citizenship under s. 5(1)(b) of the earlier 1947 *Canadian Citizenship Act*, R.S.C. 1970, c. C-19 (formerly R.S.C. 1952, c. 13, which was first enacted by S.C. 1946, c. 15, and declared to be in force January 1, 1947). This section provided that a person born outside Canada was still a "natural-born citizen" if his or her father (or, in the case of a child born out of wedlock, his or her mother) was a Canadian citizen at the time of that person's birth and if his or her birth was registered within two years of its occurrence or within such extended period as the Minister might authorize. A person, therefore, whose father was a Canadian citizen is entitled under the current Act to citizenship upon registration of his or her birth.

The situation is different for those persons who have Canadian mothers but not Canadian fathers. Section 5(2)(b) of the Act provides that the Minis-

par TR/77-43, (citées ci-après de L.R.C. (1985), ch. C-29 (la «Loi»)), qui appliquent un traitement différent aux personnes qui demandent la citoyenneté canadienne, selon qu'elles sont nées d'une mère canadienne ou d'un père canadien. Pour les motifs qui suivent, j'estime que ce traitement différent viole l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que sa validité ne peut être sauvegardée par application de l'article premier de la *Charte*. Les dispositions attentatoires sont donc inopérantes dans la mesure de leur inconstitutionnalité.

1. Les faits

Les art. 3 à 6 de la Loi établissent les conditions d'admissibilité à la citoyenneté canadienne. Ces conditions dépendent, dans une certaine mesure, de la date de naissance du demandeur. Les personnes nées à l'étranger après le 14 février 1977 sont des citoyens canadiens si, lorsqu'elles sont nées, leur père ou leur mère était citoyen canadien: al. 3(1)a). Quant aux personnes nées à l'étranger avant le 14 février 1977, la procédure leur permettant d'obtenir la citoyenneté canadienne varie selon que c'était leur père ou leur mère qui était canadien.

Conformément à l'al. 3(1)e), a qualité de citoyen la personne qui était habile à devenir citoyen aux termes de l'al. 5(1)b) de la *Loi sur la citoyenneté* de 1947, S.R.C. 1970, ch. C-19 (anciennement S.R.C. 1952, ch. 13, qui a été édictée par S.C. 1946, ch. 15, et proclamée en vigueur le 1^{er} janvier 1947). Cette disposition prévoyait qu'une personne née hors du Canada était néanmoins «citoyen canadien de naissance» si son père (ou, dans le cas d'un enfant né hors du mariage, sa mère) était citoyen canadien au moment de la naissance de cette personne, et si le fait de sa naissance était enregistré au cours des deux années suivant l'événement ou au cours de la période prolongée autorisée par le ministre. Par conséquent, la personne dont le père était citoyen canadien est habile à devenir citoyen sous le régime de la Loi actuelle dès l'enregistrement de sa naissance.

La situation est différente en ce qui concerne les personnes dont la mère est canadienne, mais dont le père ne l'est pas. Aux termes de l'al. 5(2)b) de la

2

3

4

ter shall grant citizenship to a person who was born abroad before February 15, 1977 and whose mother, but not father, was Canadian, only if an application for citizenship is made before February 15, 1979, or within such extended period as the Minister may authorize. That is, while a child born abroad before February 15, 1977, to a Canadian father may claim citizenship upon registration of his or her birth, a similar child of a Canadian mother must apply for citizenship. This application process involves, *inter alia*, swearing an oath of allegiance, passing a criminal clearance check, and passing a security check: ss. 3(1)(c), 12(2), (3) and 22.

5 The appellant, Mark Donald Benner, was born on August 29, 1962, in the United States. His mother was Canadian and was married to his father, a U.S. citizen. The appellant grew up in California and entered Canada on October 10, 1986. An inquiry into his status in Canada was commenced on July 9, 1987, but was interrupted on September 24, 1987, by an application for citizenship from the appellant under s. 5(2)(b) of the current Act.

6 The appellant failed to produce the required documentation, and a deportation order was issued against him. On October 27, 1988, however, he provided the necessary material and on November 3 of that year, the deportation order was set aside so that his application could be processed. The respondent Registrar of Citizenship began a process of examination which included a criminal clearance check and a security check.

7 The Registrar discovered that the appellant had been charged with several criminal offences, including murder. The Registrar wrote to the appellant on August 31, 1989, advising him that he was prohibited from acquiring citizenship by s. 22 of the Act because of these outstanding charges, and giving him 30 days to demonstrate that he was in fact not prohibited from acquiring citizenship.

Loi, le ministre attribue la citoyenneté canadienne aux personnes nées à l'étranger avant le 15 février 1977 et dont la mère, mais non le père, était canadien, uniquement si une demande de citoyenneté lui est présentée avant le 15 février 1979 ou dans le délai ultérieur qu'il autorise. Ainsi, alors qu'un enfant né à l'étranger d'un père canadien avant le 15 février 1977 peut revendiquer la citoyenneté dès l'enregistrement de sa naissance, l'enfant né dans les mêmes circonstances d'une mère canadienne doit pour sa part présenter une demande de citoyenneté. La procédure de demande comporte notamment l'obligation de prêter un serment d'allégeance et celle de se soumettre à une vérification des antécédents judiciaires et à une enquête de sécurité: al. 3(1)c), par. 12(2), (3) et art. 22.

L'appellant, Mark Donald Benner, est né aux États-Unis le 29 août 1962. Sa mère était canadienne et mariée à son père, un citoyen des États-Unis. L'appellant, qui a grandi en Californie, est entré au Canada le 10 octobre 1986. Une enquête sur son statut au Canada a débuté le 9 juillet 1987, mais elle a été interrompue le 24 septembre 1987, lorsque l'appellant a présenté une demande de citoyenneté en vertu de l'al. 5(2)b) de la Loi actuelle.

L'appellant n'a pas communiqué les documents requis et une mesure d'expulsion a été prise contre lui. Le 27 octobre 1988, il a toutefois produit les documents nécessaires, et, le 3 novembre de cette même année, la mesure d'expulsion a été annulée et sa demande a donc pu être traitée. Le greffier de la citoyenneté intimé a amorcé la procédure d'examen de la demande, procédure qui comportait notamment une vérification des antécédents judiciaires et une enquête de sécurité.

Le greffier a découvert que l'appellant avait été accusé de plusieurs infractions criminelles, notamment de meurtre. Le 31 août 1989, le greffier a écrit à l'appellant pour l'informer que, par application de l'art. 22 de la Loi, la citoyenneté ne pouvait lui être accordée en raison des accusations pesant contre lui, et qu'il disposait d'un délai de 30 jours pour démontrer qu'il n'était pas inadmissible à la

The appellant did not reply, and on October 17, 1989, his application for citizenship was rejected.

The appellant pleaded guilty to manslaughter and was sentenced to three years' imprisonment. He applied for an order in the nature of *certiorari* quashing the respondent Registrar's decision to deny him citizenship, and for an order in the nature of *mandamus* requiring the Registrar to grant him citizenship without requiring an oath. This application was dismissed by Jerome A.C.J. of the Federal Court, Trial Division, on July 9, 1991. The Federal Court of Appeal dismissed his appeal, Linden J.A. concurring in the result only, and in September of 1993, he was deported to the United States. Leave to appeal his case was granted by this Court on March 10, 1994 ([1994] 1 S.C.R. v), and three constitutional questions were stated:

1. Do ss. 3(1)(e), 5(2)(b), and 22 of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, and s. 20 of the *Citizenship Regulations*, C.R.C., c. 400, violate, in whole or in part, s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in so far as they impose more onerous requirements on those claiming Canadian citizenship based on maternal lineage than on those claiming Canadian citizenship based on paternal lineage?
2. If the answer to (1) is "yes", do ss. 3(1)(e), 5(2)(b), and 22 of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, and s. 20 of the *Citizenship Regulations*, C.R.C., c. 400, constitute a reasonable limit prescribed by law pursuant to s. 1 of the *Charter*?
3. Do ss. 3(1)(e), 5(2)(b), and 22 of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, and s. 20 of the *Citizenship Regulations*, C.R.C., c. 400, infringe, in whole or in part, the right contained in s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, App. III, in so far as they impose more onerous requirements on those claiming Canadian citizenship based on maternal lineage than on those claiming Canadian citizenship based on paternal lineage?

citoyenneté. L'appelant n'a pas produit de réponse et, le 17 octobre 1989, sa demande de citoyenneté a été rejetée.

L'appelant a plaidé coupable à une accusation d'homicide involontaire et il a été condamné à trois ans d'emprisonnement. Il a sollicité une ordonnance de la nature d'un *certiorari* portant annulation de la décision du greffier lui refusant la citoyenneté, ainsi qu'une ordonnance de la nature d'un *mandamus* enjoignant au greffier de lui attribuer la citoyenneté sans l'obliger à prêter serment. Sa demande a été rejetée par le juge en chef adjoint Jerome de la Section de première instance de la Cour fédérale, le 9 juillet 1991. La Cour d'appel fédérale a rejeté son appel, le juge Linden ayant prononcé des motifs concordants quant au résultat seulement. En septembre 1993, l'appelant a été expulsé aux États-Unis. Notre Cour a accueilli sa demande d'autorisation de pourvoi le 10 mars 1994, ([1994] 1 R.C.S. v), et trois questions constitutionnelles ont été formulées:

1. Les alinéas 3(1)e) et 5(2)b) et l'art. 22 de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, et l'art. 20 du *Règlement sur la citoyenneté*, C.R.C., ch. 400, en tout ou en partie, violent-ils le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans la mesure où ils imposent des exigences plus sévères aux personnes qui demandent la citoyenneté canadienne en se fondant sur la filiation maternelle qu'à celles qui le font en se fondant sur la filiation paternelle?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, les al. 3(1)e) et 5(2)b) et l'art. 22 de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, et l'art. 20 du *Règlement sur la citoyenneté*, C.R.C., ch. 400, constituent-ils une limite raisonnable prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte*?
3. Les alinéas 3(1)e) et 5(2)b) et l'art. 22 de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, et l'art. 20 du *Règlement sur la citoyenneté*, C.R.C., ch. 400, en tout ou en partie, violent-ils le droit inclus à l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), app. III, dans la mesure où ils imposent des exigences plus sévères aux personnes qui demandent la citoyenneté canadienne en se fondant sur la filiation maternelle qu'à celles qui le font en se fondant sur la filiation paternelle?

9

After an original hearing at which it was suggested that the questions were incomplete and needed to be restated, the parties were unfortunately unable to come to an agreement as to all the legislative provisions implicated by the issues raised in this appeal.

2. Relevant Statutory and Constitutional Provisions

10

Canadian Citizenship Act, R.S.C. 1970, c. C-19

5. (1) A person born after the 31st day of December 1946 is a natural-born Canadian citizen,

(a) if he is born in Canada or on a Canadian ship; or

(b) if he is born outside of Canada elsewhere than on a Canadian ship, and

(i) his father, or in the case of a child born out of wedlock, his mother, at the time of that person's birth, is a Canadian citizen, and

(ii) the fact of his birth is registered, in accordance with the regulations, within two years after its occurrence or within such extended period as the Minister may authorize in special cases.

Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29. (For convenience, I refer generally in these reasons to the most recent version of the law, even though the 1985 revisions did not come into force until December 12, 1988, several weeks after the appellant's application was received by the respondent. No relevant change was made by these revisions.)

3. (1) Subject to this Act, a person is a citizen if

(a) the person was born in Canada after February 14, 1977;

(b) the person was born outside Canada after February 14, 1977, and at the time of his birth one of his parents, other than a parent who adopted him, was a citizen;

(c) the person has been granted or acquired citizenship pursuant to section 5 or 11 and, in the case of a person who is fourteen years of age or over on the day that he is granted citizenship, he has taken the oath of citizenship;

Après une première audience au cours de laquelle il a été suggéré que les questions étaient incomplètes et devaient être reformulées, les parties n'ont malheureusement pas réussi à convenir de toutes les dispositions législatives visées par les questions soulevées par le présent pourvoi.

2. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Loi sur la citoyenneté canadienne, S.R.C. 1970, ch. C-19

5. (1) Une personne née après le 31 décembre 1946 est un citoyen canadien de naissance,

a) si elle est née au Canada ou sur un navire canadien; ou

b) si elle est née hors du Canada ailleurs que sur un navire canadien, et si

(i) son père ou, dans le cas d'un enfant né hors du mariage, sa mère, au moment de la naissance de cette personne, était un citoyen canadien, et si

(ii) le fait de sa naissance est inscrit, en conformité des règlements, au cours des deux années qui suivent cet événement ou au cours de la période prolongée que le Ministre peut autoriser en des cas spéciaux.

Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29. (Par souci de commodité, dans les présents motifs, je renvoie généralement au texte le plus récent de la Loi, et ce même si la révision de 1985 n'est entrée en vigueur que le 12 décembre 1988, soit plusieurs semaines après la réception par l'intimé de la demande de l'appelant. Aucun changement pertinent n'a été apporté par ces modifications.)

3. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, a qualité de citoyen toute personne:

a) née au Canada après le 14 février 1977;

b) née à l'étranger après le 14 février 1977 d'un père ou d'une mère ayant qualité de citoyen au moment de la naissance;

c) ayant obtenu la citoyenneté — par attribution ou acquisition — sous le régime des articles 5 ou 11 et ayant, si elle était âgée d'au moins quatorze ans, prêté le serment de citoyenneté;

(d) the person was a citizen immediately before February 15, 1977; or

(e) the person was entitled, immediately before February 15, 1977, to become a citizen under paragraph 5(1)(b) of the former Act.

4. . . .

(3) For the purposes of paragraph 3(1)(e), a person otherwise entitled under paragraph 5(1)(b) of the former Act to become a citizen immediately before February 15, 1977 remains so entitled notwithstanding that his birth is registered, after February 14, 1977, in accordance with the regulations made under the former Act,

(a) within two years after the occurrence of his birth; or

(b) within such extended period as the Minister may authorize after February 15, 1977 or has authorized before that date.

(Material was admitted at the hearing of the appeal indicating that the date for registration pursuant to ss. 4(3) and 5(2)(b) of this Act has been extended up to and including the hearing date of this case.)

5. . . .

(2) The Minister shall grant citizenship to any person who

(b) was born outside Canada, before February 15, 1977, of a mother who was a citizen at the time of his birth, and was not entitled, immediately before February 15, 1977, to become a citizen under subparagraph 5(1)(b)(i) of the former Act, if, before February 15, 1979, or within such extended period as the Minister may authorize, an application for citizenship is made to the Minister by a person authorized by regulation to make the application.

12. . . .

(2) Where an application under section 5 or 8 or subsection 11(1) is approved, the Minister shall issue a certificate of citizenship to the applicant.

(3) A certificate issued pursuant to this section does not take effect until the person to whom it is issued has complied with the requirements of this Act and the regulations respecting the oath of citizenship.

d) ayant cette qualité au 14 février 1977;

e) habile, au 14 février 1977, à devenir citoyen aux termes de l'alinéa 5(1)b) de l'ancienne loi.

4. . . .

(3) Pour l'application de l'alinéa 3(1)e), la personne qui est par ailleurs, en application de l'alinéa 5(1)b) de l'ancienne loi, habile, au 14 février 1977, à devenir citoyen, le demeure même si sa naissance est enregistrée après cette date, conformément aux règlements pris en vertu de l'ancienne loi:

a) dans les deux ans suivant sa naissance;

b) dans le délai plus long accordé par le ministre même après le 15 février 1977.

(Lors de l'audition du pourvoi, ont été admis en preuve des documents indiquant que le délai d'enregistrement visé au par. 4(3) et à l'al. 5(2)b) de la Loi avait été prolongé jusqu'à la date de l'audience inclusivement.)

5. . . .

(2) Le ministre attribue en outre la citoyenneté:

b) sur demande qui lui est présentée par la personne qui y est autorisée par règlement et avant le 15 février 1979 ou dans le délai ultérieur qu'il autorise, à la personne qui, née à l'étranger avant le 15 février 1977 d'une mère ayant à ce moment-là qualité de citoyen, n'était pas admissible à la citoyenneté aux termes du sous-alinéa 5(1)b)(i) de l'ancienne loi.

12. . . .

(2) Le ministre délivre un certificat de citoyenneté aux personnes dont la demande présentée au titre des articles 5 ou 8 ou du paragraphe 11(1) a été approuvée.

(3) Le certificat délivré en application du présent article ne prend effet qu'en tant que l'intéressé s'est conformé aux dispositions de la présente loi et aux règlements régissant la prestation du serment de citoyenneté.

22. (1) Notwithstanding anything in this Act, a person shall not be granted citizenship under section 5 or subsection 11(1) or take the oath of citizenship

(b) while the person is charged with, on trial for, subject to or a party to an appeal relating to, an offence under subsection 29(2) or (3) or to an indictable offence under any Act of Parliament;

(d) if the person has been convicted of an offence in respect of an act or omission referred to in subsection 7(3.71) of the *Criminal Code*;

(2) Notwithstanding anything in this Act, but subject to the *Criminal Records Act*, a person shall not be granted citizenship under section 5 or subsection 11(1) or take the oath of citizenship if,

(a) during the three year period immediately preceding the date of the person's application . . .

the person has been convicted of an offence under subsection 29(2) or (3) or of an indictable offence under any Act of Parliament.

Citizenship Regulations, C.R.C., c. 400

20. (1) Subject to subsection 5(3) of the Act and section 22 of these Regulations, a person who is 14 years of age or over on the day that he has been granted citizenship under subsection 5(2), 5(4) or 10(1) of the Act shall take the oath of citizenship by swearing or affirming it. . . .

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

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

22. (1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, nul ne peut recevoir la citoyenneté au titre de l'article 5 ou du paragraphe 11(1) ni prêter le serment de citoyenneté:

b) tant qu'il est inculqué pour une infraction prévue au paragraphe 29(2) ou (3) ou pour un acte criminel prévu par une loi fédérale, et ce jusqu'à la date d'épuisement des voies de recours;

d) s'il a été déclaré coupable d'une infraction relative à un fait visé au paragraphe 7(3.71) du *Code criminel*;

(2) Malgré les autres dispositions de la présente loi, mais sous réserve de la *Loi sur le casier judiciaire*, nul ne peut recevoir la citoyenneté au titre de l'article 5 ou du paragraphe 11(1) ni prêter le serment de citoyenneté s'il a été déclaré coupable d'une infraction prévue au paragraphe 29(2) ou (3) ou d'un acte criminel prévu par une loi fédérale:

a) au cours des trois ans précédant la date de sa demande;

Règlement sur la citoyenneté, C.R.C., ch. 400

20. (1) Sous réserve du paragraphe 5(3) de la Loi et de l'article 22 du présent règlement, une personne qui a 14 ans révolus à la date à laquelle elle se voit accorder la citoyenneté en vertu du paragraphe 5(2), 5(4) ou 10(1) de la Loi doit prêter le serment de citoyenneté en jurant ou en faisant une déclaration solennelle . . .

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

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

ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

3. Judicial History

A. *Federal Court, Trial Division*, [1992] 1 F.C. 771

Jerome A.C.J. held that the *Charter* could not be applied to the appellant's case. He examined the decisions of this Court in *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595, and *Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, [1989] 1 S.C.R. 922, and concluded at p. 788 that the appellant was seeking a retrospective application of the *Charter*:

The *Charter* is clearly not intended to apply retrospectively and subsection 15(1) particularly was not intended to have effect until April 17, 1985. The difficulty here arises because the applicant's citizenship application was delayed post-*Charter* in 1990. However, the citizenship legislation provides that the date of [the appellant's] birth is the date by which his eligibility for preferred Canadian citizenship status is determined and the "discrete event" at issue, therefore, is whether the date of his birth is pre- or post-February 14, 1977.

The fact that the appellant did not apply for citizenship until after s. 15(1) had come into effect was not determinative for Jerome A.C.J., because the citizenship legislation fixed the date of birth as the relevant date for purposes of determining citizenship status (either before or after February 15, 1977). Applying s. 15(1) to the appellant's situation would involve applying the *Charter* to rights which crystallized at the point of the appellant's birth — long before the *Charter* came into effect.

Jerome A.C.J. recognized that where a continuing discriminatory practice exists, then applying s. 15(1) to it will generally not involve retrospective application of the *Charter*. On these facts, however, he did not find such a continuing practice. In fact, he found that any discrimination was corrected in 1977 by the new Act which provided for equal citizenship status for children born abroad

fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

3. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour fédérale, Section de première instance*, [1992] 1 C.F. 771

Le juge en chef adjoint Jerome a statué que la *Charte* ne pouvait être appliquée au cas de l'appellant. Il a examiné les arrêts de notre Cour *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, et *Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 1 R.C.S. 922, et il a conclu, à la p. 788, que l'appellant demandait l'application rétrospective de la *Charte*:

Il est clair que la *Charte* n'est pas censée s'appliquer rétrospectivement et que le paragraphe 15(1) en particulier ne devait pas avoir effet avant le 17 avril 1985. La difficulté tient ici au fait que la demande de citoyenneté du requérant a été mise en suspens après la *Charte* en 1990. Cependant, la loi sur la citoyenneté prévoit que la date de naissance [de l'appellant] est celle en vertu de laquelle est déterminée son admissibilité à la citoyenneté canadienne de façon préférentielle, et l'«événement précis et isolé» contesté tient donc à savoir si la date de sa naissance se situe avant ou après le 14 février 1977.

Le fait que l'appellant n'ait pas demandé la citoyenneté avant l'entrée en vigueur du par. 15(1) n'était pas déterminant de l'avis du juge en chef adjoint Jerome, étant donné que la loi sur la citoyenneté désigne la date de naissance comme la date pertinente en vertu de laquelle est déterminée l'admissibilité à la citoyenneté (avant ou après le 15 février 1977). L'application du par. 15(1) à la situation de l'appellant entraînerait l'application de la *Charte* à des droits qui se sont cristallisés au moment de sa naissance — longtemps avant l'entrée en vigueur de la *Charte*.

Le juge en chef adjoint Jerome a reconnu que lorsqu'il existe une pratique discriminatoire continue, l'application du par. 15(1) à cette pratique n'entraînerait généralement pas l'application rétrospective de la *Charte*. Il a toutefois conclu que, selon les faits, il n'existait pas de pratique discriminatoire continue en l'espèce. De fait, il a statué que toute pratique discriminatoire avait été

11

12

13

after 1977, whether their mother or father was Canadian.

14

Although he felt the appellant's claim could be rejected for these reasons, Jerome A.C.J. went on to address the *Charter* arguments made by the appellant. He held that, while the application process imposed on children born abroad of Canadian mothers by s. 5(2)(b) of the new Act constituted a burden, this burden was not discriminatory in purpose or effect, and therefore did not offend s. 15(1). He wrote at pp. 793-94:

It is evident then that, with the passage of the 1977 *Citizenship Act*, Parliament chose to grant preferred access to Canadian citizenship to all individuals born to a Canadian parent from its effective date, February 14, 1977. . . . This type of "line drawing," however, is clearly within the authority of Parliament and has occurred on many occasions, notably with respect to income tax, unemployment insurance and other benefits legislation. In the 1977 *Citizenship Act* Parliament chose as well to extend a limited preferential access to a group of persons previously denied such treatment. This, too, is a decision that Parliament is competent to make.

When it amended the citizenship legislation, Parliament clearly considered "the social and political setting" and determined that an application procedure, subject to an oath requirement, would adequately protect the rights of the existing citizenry and at the same time, extend preferential status to individuals like [the appellant]. Therefore, although a "distinction" exists between the group of individuals previously entitled to preferential citizenship status before February 14, 1977 and those who were conferred a more limited right to preferred citizenship if born before the effective date of the new legislation, this distinction is not based upon the personal characteristics of the individuals. Rather, it is based on their merits and capacities and, in any event, it cannot be said that it is based on irrelevant personal differences.

rectifiée, en 1977, par la nouvelle Loi qui a conféré un statut égal en matière de citoyenneté aux enfants nés à l'étranger après 1977, que ce soit leur mère ou leur père qui avait qualité de citoyen canadien.

Même s'il estimait que la demande de l'appelant pouvait être rejetée pour ces motifs, le juge en chef adjoint Jerome a néanmoins analysé les arguments fondés sur la *Charte* présentés par l'appelant. Il a statué que, bien que la procédure de demande à laquelle l'al. 5(2)b) de la nouvelle Loi assujettissait les enfants nés à l'étranger d'une mère canadienne constituait un fardeau, ce fardeau n'était pas discriminatoire de par son objet ou de par ses effets, et que, par conséquent, il ne violait pas le par. 15(1). Il a déclaré ce qui suit, aux pp. 793 et 794:

Il est évident que le Parlement a décidé, en adoptant la *Loi sur la citoyenneté* de 1977, de faciliter l'obtention de la citoyenneté canadienne à toutes les personnes nées d'un parent canadien à compter de son entrée en vigueur, le 14 février 1977. [. . .] Cette «ligne de démarcation» relève toutefois clairement de la compétence du Parlement et on la retrouve à maintes reprises, notamment en matière d'impôt sur le revenu, d'assurance-chômage et d'autres lois accordant des prestations. Dans la *Loi sur la citoyenneté* de 1977, le législateur a décidé aussi d'offrir un accès préférentiel limité à un groupe de personnes privées jusqu'alors de cet avantage. C'est là aussi une décision que peut prendre le législateur.

Lorsqu'il a modifié la loi sur la citoyenneté, le Parlement a clairement considéré «les contextes social et politique» et il a conclu qu'un processus de demande, sujet à l'exigence du serment, protégerait adéquatement les droits des citoyens existants tout en donnant un statut préférentiel aux personnes telles que [l'appelant]. Par conséquent, bien qu'il existe une «distinction» entre le groupe de personnes qui avaient auparavant droit d'obtenir la citoyenneté de façon préférentielle avant le 14 février 1977 et ceux à qui on a conféré un droit préférentiel plus restreint à la citoyenneté s'ils sont nés avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi, cette distinction n'est pas fondée sur les caractéristiques personnelles des individus concernés. Elle tient plutôt à leurs mérites et à leurs capacités et, en tout état de cause, on ne saurait dire qu'elle s'appuie sur des distinctions personnelles non pertinentes.

According to Jerome A.C.J., any difficulties encountered by someone in the appellant's position would be due to his or her unwillingness to swear an oath of citizenship or to failure to pass a security check. Neither of these was sufficient, in his view, to constitute a s. 15(1) violation.

B. Federal Court of Appeal, [1994] 1 F.C. 250

The Federal Court of Appeal unanimously dismissed the appellant's appeal. Marceau and Létourneau J.J.A. held that the appellant sought a retrospective or retroactive application of s. 15(1), and that moreover, the impugned provisions were not discriminatory within the meaning of s. 15(1). Linden J.A. concluded that s. 15(1) applied to the appellant's case, and that the legislation was discriminatory, but that it was saved under s. 1.

Marceau J.A. stated, at pp. 259-60, that "[i]t is not the moment when a claimant has been actually affected by the provisions of an Act . . . that is relevant to determine whether he or she seeks a retroactive application of the Charter; it is whether the contended discrimination would flow from the provisions themselves or rather from the previously acquired legal situation that those provisions acted upon." Since the appellant's non-acquisition of citizenship by birth was definitively settled at the time of his birth according to the law in force at the time, to go back and review that non-acquisition now in light of the *Charter* would clearly be to make the *Charter* apply retroactively. It would apply the *Charter* to an entitlement of rights which crystallized at the time the appellant was born.

Moreover, he held, "sex" should not be confused with "parental lineage". The idea that children born abroad in wedlock acquire the citizenship of their fathers may have something to do with the sex of the parents, but it has nothing to do with the sex of the children. The appellant, one of these children, raised only his own s. 15(1) rights, not those of his mother. Marceau J. did not believe

Selon le juge en chef adjoint Jerome, les seules difficultés qu'éprouverait une personne dans la situation de l'appelant découleraient soit de son refus de prêter le serment de citoyenneté soit du résultat défavorable d'une enquête de sécurité. À son avis, ni l'un ni l'autre de ces motifs étaient suffisants pour constituer une violation du par. 15(1).

B. Cour d'appel fédérale, [1994] 1 C.F. 250

La Cour d'appel fédérale a rejeté à l'unanimité l'appel formé par l'appelant. Les juges Marceau et Létourneau ont statué que l'appelant demandait l'application rétrospective ou rétroactive du par. 15(1), et que, de plus, les dispositions contestées n'étaient pas discriminatoires au sens du par. 15(1). Le juge Linden a conclu que le par. 15(1) s'appliquait au cas de l'appelant, et que la loi était discriminatoire, mais que sa validité était sauvegardée par l'article premier.

Le juge Marceau a déclaré, aux pp. 259 et 260, que «[c]e n'est pas le moment où le demandeur est effectivement touché par les dispositions d'une loi [. . .] qu'il faut prendre en considération pour décider s'il demande ou non l'application rétroactive de la Charte; il s'agit plutôt de savoir si la discrimination supposée découle de ces dispositions elles-mêmes ou du statut juridique antérieur qui en fait l'objet.» Comme la non-acquisition par l'appelant de la citoyenneté de naissance a été fixée définitivement par la loi en vigueur au moment de sa naissance, il est clair que le fait de revenir en arrière et de réexaminer cette non-acquisition à la lumière de la *Charte* reviendrait à appliquer la *Charte* rétroactivement. Ce serait appliquer la *Charte* à des droits qui se sont cristallisés au moment de la naissance de l'appelant.

Il a en outre statué qu'il ne fallait pas confondre «sexe» et «filiation». Il est possible que la règle selon laquelle les enfants nés à l'étranger, à l'intérieur du mariage, acquéraient la citoyenneté de leur père ait eu quelque chose à voir avec le sexe des parents, mais elle n'avait rien à voir avec le sexe des enfants. L'appelant, qui était l'un de ces enfants, n'a fait valoir que ses propres droits en

15

16

17

18

these rights were infringed by the impugned legislation.

vertu du par. 15(1), et non ceux de sa mère. Le juge Marceau n'estimait pas que les mesures législatives contestées portaient atteinte à ces droits.

19 Létourneau J.A. pointed out that the real source of the appellant's complaint was the old 1947 Act, which assigned Canadian citizenship only to children born abroad in wedlock who had Canadian fathers. The 1977 Act sought to correct this by making citizens any children born abroad of either Canadian parent after February 14, 1977 (the date the new Act came into effect). The appellant's complaint, according to Létourneau J.A., was that by not addressing persons born before February 14, 1977, the new Act did not go far enough in correcting the injustices of the old Act, and just as s. 15(1) could not be applied retroactively to bring the 1947 Act in line with the *Charter*, neither could it be applied to the 1977 Act.

Le juge Létourneau a souligné que la véritable source du grief de l'appelant était la vieille Loi de 1947, qui attribuait la citoyenneté canadienne uniquement aux enfants nés hors du Canada, à l'intérieur du mariage, d'un père canadien. La Loi de 1977 a tenté de corriger cette situation en reconnaissant la citoyenneté à tout enfant né à l'étranger d'une mère ou d'un père canadiens après le 14 février 1977 (date de l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi). Selon le juge Létourneau, le grief de l'appelant était qu'en n'incluant pas les personnes nées avant le 14 février 1977 la nouvelle Loi n'allait pas assez loin pour réparer les injustices passées de l'ancienne Loi, et tout comme le par. 15(1) ne pouvait être appliqué rétroactivement pour harmoniser la Loi de 1947 avec la *Charte*, il ne pouvait pas non plus être appliqué à la Loi de 1977.

20 Nor, he continued, was this a case of a "continuing discriminatory practice". As he stated at p. 291:

Il a ajouté qu'il ne s'agissait pas non plus d'un cas de «pratique discriminatoire continue». Il a dit ceci, à la p. 291:

For section 15 to apply, there has to be an actual or an on-going discrimination which deprives one of equal protection and benefit of the law. It is not enough for one to say that one still suffers from a discriminatory event or legislation which took place or existed prior to the *Charter*. Otherwise, just about every instance of past discrimination since the turn of the century could be reviewed under section 15, provided the victims still suffer from that past discrimination.

Pour que l'article 15 s'applique, il faut qu'il y ait un acte discriminatoire actuel ou en cours, qui prive l'intéressé de la protection et du bénéfice de la loi, dont jouissent les autres. Il ne suffit pas au demandeur de dire qu'il souffre encore des effets d'un acte discriminatoire qui s'est produit ou d'une loi discriminatoire qui existait avant la *Charte*. Autrement, tous les cas de discrimination depuis le début du siècle pourraient être portés en justice sous le régime de l'article 15, à condition que la victime souffre encore des effets de la discrimination passée.

21 According to Létourneau J.A., any discrimination against the appellant crystallized on the date of his birth in a foreign country when the old Act refused him citizenship because his father was not Canadian. It was at the point of his birth — August 29, 1962 — that legal consequences were attached to his situation. Section 15 was not intended to have retrospective effect and therefore cannot be used to go back and review that discrimination. The *Charter* cannot make the appellant a Canadian citizen as of the date of his birth. There is no "actual or . . . on-going discrimination" for the

De l'avis du juge Létourneau, toute discrimination dont a pu être victime l'appelant s'est cristallisée à la date de sa naissance dans un pays étranger, lorsque l'ancienne Loi lui a refusé la qualité de citoyen parce que son père n'était pas canadien. C'est au jour de sa naissance — le 29 août 1962 — que des conséquences juridiques se sont rattachées à sa situation. Le législateur n'entendait pas donner à l'art. 15 un effet rétrospectif et, en conséquence, cette disposition ne peut pas être utilisée pour revenir en arrière et contester cette pratique discriminatoire. La *Charte* ne peut faire de l'appelant un

Charter to correct because the 1977 Act corrected the injustices of the old Act as of the date of its coming into force (i.e., for persons born after February 14, 1977).

Létourneau J.A. was also of the view that the impugned provisions were not discriminatory within the meaning of s. 15(1). For one thing, any discrimination was on the basis of marital status, not sex, since even under the old Act, an unwed Canadian mother could pass her citizenship on to her child.

More importantly, the impugned provisions represented a reasonable compromise of the situation faced by Parliament when creating the 1977 Act. Rather than forcing Canadian citizenship on everyone in the appellant's position, Parliament chose to give them access to citizenship through a process of application involving minimal conditions. This in his view was not discrimination.

Linden J.A., however, disagreed. In his opinion, the *Charter* could be applied to the appellant's case. He noted that the appellant was not seeking to have his citizenship changed retroactively to the point of his birth; rather, he was simply seeking to become a Canadian citizen on the date of his application — October 27, 1988. The law in force in Canada at that time was the 1977 Act and that law was liable to *Charter* scrutiny. Whether he was a Canadian citizen prior to his application was not directly relevant, since the real question was the constitutional legitimacy of the access to citizenship provided for in the Act at the time of his application. No retroactive or retrospective application of the *Charter* was therefore required. The relevant date was that of the rejection of the appellant's application for citizenship, not his date of birth.

citoyen canadien à la date de sa naissance. Il n'existe pas d'acte discriminatoire «actuel ou en cours» pouvant être corrigé par la *Charte*, car la Loi de 1977 a corrigé les injustices créées par l'ancienne Loi à compter de la date de son entrée en vigueur (c'est-à-dire pour les personnes nées après le 14 février 1977).

Le juge Létourneau était également d'avis que les dispositions contestées n'étaient pas discriminatoires au sens du par. 15(1). D'abord, s'il y avait discrimination, elle était fondée sur l'état matrimonial et non sur le sexe, étant donné que même sous le régime de l'ancienne Loi une mère canadienne célibataire pouvait transmettre la citoyenneté à son enfant.

Fait plus important encore, les dispositions contestées représentaient un compromis raisonnable pour le législateur lorsqu'il a édicté la Loi de 1977. Plutôt que d'imposer la citoyenneté canadienne à toutes les personnes dans la situation de l'appelant, le législateur a décidé de leur laisser la faculté d'acquérir la citoyenneté par une procédure de demande comportant des conditions minimales. De l'avis du juge Létourneau, cette mesure n'était pas discriminatoire.

Toutefois, le juge Linden a exprimé son désaccord. À son avis, la *Charte* pouvait être appliquée au cas de l'appelant. Il a souligné que l'appelant ne demandait pas que la citoyenneté lui soit reconnue rétroactivement à la date de sa naissance, il voulait simplement devenir citoyen canadien à la date de sa demande — le 27 octobre 1988. La loi en vigueur au Canada à ce moment était la Loi de 1977, et cette loi était susceptible d'examen en regard de la *Charte*. La question de savoir s'il était citoyen canadien avant de présenter sa demande n'était pas directement pertinente, car la véritable question à trancher était celle de la légitimité constitutionnelle de l'accès à la citoyenneté prévu par la Loi au moment de la présentation de sa demande. Aucune application rétroactive ou retrospective de la *Charte* n'était donc nécessaire. La date pertinente était celle du rejet de la demande de citoyenneté de l'appelant, et non pas celle de sa naissance.

22

23

24

25

According to Linden J.A., the Act set out two separate schemes for those applicants born before February 15, 1977: one for those relying on maternal lineage and one for those relying on paternal lineage. Only those relying on maternal lineage were required to satisfy a criminal clearance and to swear an oath of citizenship. The requirements of claiming citizenship were therefore more onerous for those who, like the appellant, had Canadian mothers but not Canadian fathers. This difference in treatment was enough, in his opinion, to constitute discrimination under s. 15(1).

26

This was not a case of one individual trying to assert the *Charter* rights of another, since to deny the appellant access to citizenship on the grounds of his mother's sex was (at p. 277) "surely as unjust as if the discrimination were aimed at the child directly". It was an indirect form of sex discrimination, based upon the appellant's association with a group of individuals — women — discriminated against on the basis of their sex.

27

Linden J.A. found that the discrimination was justified under s. 1, however, largely for the reasons of *Létourneau J.A.* The objectives of requiring people in the appellant's position to go through an application process — establishing allegiance to Canada and maintaining security — were pressing and substantial. The oath and security check embodied in the process were modest measures rationally connected to these objectives. In order to make children born abroad of Canadian fathers undergo these requirements, Parliament would (in passing the new Act) have had to derogate from the already existing power to acquire citizenship upon registration granted to such children in the old Act. Linden J.A. was unable to say that faced with a choice between taking rights away from one group of people or refusing to grant them to another one, Parliament had made an unreasonable

Selon le juge Linden, la Loi établissait deux régimes distincts pour les demandeurs nés avant le 15 février 1977: l'un pour ceux qui invoquaient leur filiation maternelle et l'autre pour ceux qui invoquaient leur filiation paternelle. Seuls les premiers devaient prêter le serment de citoyenneté et établir qu'ils n'étaient pas inadmissibles en raison d'antécédents judiciaires. Les conditions de revendication de la citoyenneté étaient donc plus lourdes pour les personnes qui, comme l'appelant, étaient nées d'une mère canadienne et non d'un père canadien. De l'avis du juge Linden, cette différence de traitement était suffisante pour constituer de la discrimination au sens du par. 15(1).

Il ne s'agissait pas d'un cas où une personne tente de faire valoir des droits qui sont garantis par la *Charte* à une autre personne, car le fait de refuser à l'appelant l'accès à la citoyenneté en raison du sexe de sa mère est une discrimination «certainement aussi injuste que si elle vise l'enfant directement» (à la p. 277). Il s'agissait d'une forme indirecte de discrimination sexuelle, fondée sur l'association de l'appelant avec un groupe de personnes — les femmes — victimes de discrimination en raison de leur sexe.

Toutefois, le juge Linden a conclu que la discrimination était justifiée en vertu de l'article premier, en grande partie pour les motifs exposés par le juge *Létourneau*. Les objectifs de l'obligation faite aux personnes dans la situation de l'appelant de suivre la procédure de demande — s'assurer de leur allégeance envers le Canada et maintenir la sécurité — étaient urgents et réels. Le serment et l'enquête de sécurité que comportaient cette procédure étaient des mesures modestes, ayant un lien rationnel avec ces objectifs. Afin d'obliger des enfants nés à l'étranger de pères canadiens à respecter ces exigences, le législateur aurait eu (en adoptant la nouvelle Loi) à déroger au droit existant d'acquérir la citoyenneté par l'enregistrement qui était conféré à ces enfants par l'ancienne Loi. Le juge Linden était incapable de dire que, placé devant le choix de priver un groupe de personnes de ses droits ou de refuser de les accorder à un autre, le législateur avait pris une mauvaise décision en retenant la deuxième solution.

choice in opting for the second. Accordingly, he, too, dismissed the appellant's claim.

4. Issues

This appeal raises three issues:

1. Does applying s. 15(1) to the appellant's case involve an illegitimate retroactive or retrospective application of the *Charter*?
2. If not, does the treatment accorded to children born abroad to Canadian mothers before February 15, 1977, by the 1977 *Citizenship Act* offend s. 15(1) of the *Charter*?
3. If so, is it saved by s. 1 of the *Charter*?

5. Analysis

In order to address these issues fully, it is necessary to understand the legislative and historical context of the impugned provisions. Accordingly, I will start by briefly discussing this context.

A. *The Development of the 1977 Citizenship Act*

Before 1947, there was no concept of Canadian citizenship. In 1946, Parliament passed the first *Canadian Citizenship Act*. Section 5(1)(b) (R.S.C. 1970, c. C-19) of that Act provided that Canadian fathers could pass their citizenship to their children born abroad, but that Canadian mothers could not, unless they were unwed at the time of the child's birth. Section 5(1)(b) read as follows:

5. (1) A person born after the 31st day of December, 1946 is a natural-born Canadian citizen,

(b) if he is born outside of Canada elsewhere than on a Canadian ship, and

(i) his father, or in the case of a child born out of wedlock, his mother, at the time of that person's birth, is a Canadian citizen, and

En conséquence, il a lui aussi rejeté les prétentions de l'appelant.

4. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève trois questions:

1. Le fait d'appliquer le par. 15(1) à la situation de l'appelant entraîne-t-il l'application rétroactive ou rétrospective illégitime de la *Charte*?
2. Si la réponse est non, le traitement appliqué aux enfants nés à l'étranger d'une mère canadienne avant le 15 février 1977 par la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 viole-t-il le par. 15(1) de la *Charte*?
3. Si oui, le bien-fondé de ce traitement est-il sauvegardé par l'article premier de la *Charte*?

5. L'analyse

Pour faire un examen exhaustif de ces questions, il est nécessaire de comprendre le contexte législatif et historique des dispositions contestées. En conséquence, je vais commencer par exposer brièvement ce contexte.

A. *L'établissement de la Loi sur la citoyenneté de 1977*

Avant 1947, le concept de citoyenneté canadienne n'existait pas. En 1946, le Parlement a édicté la première loi en la matière, la *Loi sur la citoyenneté canadienne*. L'alinéa 5(1)(b) de cette loi (S.R.C. 1970, ch. C-19) permettait aux pères canadiens de transmettre leur citoyenneté à leurs enfants nés hors du Canada, mais les mères canadiennes ne le pouvaient pas, sauf si elles n'étaient pas mariées au moment de la naissance de l'enfant. L'alinéa 5(1)(b) était rédigé ainsi:

5. (1) Une personne née après le 31 décembre 1946 est un citoyen canadien de naissance,

b) si elle est née hors du Canada ailleurs que sur un navire canadien, et si

(i) son père ou, dans le cas d'un enfant né hors du mariage, sa mère, au moment de la naissance de cette personne, était un citoyen canadien, et si

28

29

30

(ii) the fact of his birth is registered, in accordance with the regulations, within two years after its occurrence or within such extended period as the Minister may authorize in special cases.

(ii) le fait de sa naissance est inscrit, en conformité des règlements, au cours des deux années qui suivent cet événement ou au cours de la période prolongée que le Ministre peut autoriser en des cas spéciaux.

31 Children of Canadian fathers were entitled to claim Canadian citizenship upon registration of their birth; there were no provisions for similarly placed children of Canadian mothers.

Les enfants nés d'un père canadien avaient le droit de revendiquer la citoyenneté canadienne dès l'enregistrement de leur naissance; aucune disposition ne conférait ce droit aux enfants nés d'une mère canadienne qui se trouvaient dans la même situation.

32 Recognizing the injustice of this situation, Parliament enacted a new *Citizenship Act* in 1976. In this new Act, both parents received the right to pass on Canadian citizenship to children born abroad. However, this only applied to children born after February 14, 1977, the date the new Act came into effect. Parliament dealt separately with children born before this date. Clearly not wishing to abrogate the citizenship rights already possessed by children born abroad of Canadian fathers, Parliament maintained in s. 3(1)(e) of the new Act the rights of these paternal lineage claimants to citizenship upon simple registration of their birth. It read (and still reads) as follows:

Reconnaissant l'injustice créée par cette situation, le Parlement a, en 1976, édicté une nouvelle *Loi sur la citoyenneté*. Cette nouvelle Loi conférait aux pères et aux mères le droit de transmettre la citoyenneté canadienne à leurs enfants nés à l'étranger. Toutefois, cette mesure ne s'appliquait qu'aux enfants nés après le 14 février 1977, date de l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi. Le Parlement a édicté des dispositions distinctes pour les enfants nés avant cette date. Ne désirant manifestement pas abroger le droit à la citoyenneté que possédaient déjà les enfants nés à l'étranger d'un père canadien, le Parlement a maintenu, à l'al. 3(1)e) de la nouvelle Loi, le droit des demandeurs invoquant leur filiation paternelle d'obtenir la citoyenneté sur simple enregistrement de leur naissance. Cette disposition était (et demeure) libellée comme suit:

3. (1) Subject to this Act, a person is a citizen if

3. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, a qualité de citoyen toute personne:

(e) the person was entitled, immediately before February 15, 1977, to become a citizen under paragraph 5(1)(b) of the former Act.

e) habile, au 14 février 1977, à devenir citoyen aux termes de l'alinéa 5(1)b) de l'ancienne loi.

33 Parliament did not, however, extend the same entitlement to citizenship to children of Canadian mothers born before the new Act came into force. It instead allowed them access to citizenship through an application process. Subsection 5(2)(b) of the new Act provides as follows:

Le Parlement n'a toutefois pas accordé le même droit à la citoyenneté aux enfants nés d'une mère canadienne avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi. Il leur a plutôt permis d'acquérir la citoyenneté par une procédure de demande. L'alinéa 5(2)b) de la nouvelle Loi prévoit ceci:

5. . . .

5. . . .

(2) The Minister shall grant citizenship to any person who

(2) Le ministre attribue en outre la citoyenneté:

(b) was born outside Canada, before February 15, 1977, of a mother who was a citizen at the time of his birth, and was not entitled, immediately before February 15, 1977, to become a citizen under subparagraph 5(1)(b)(i) of the former Act, if, before February 15, 1979, or within such extended period as the Minister may authorize, an application for citizenship is made to the Minister by a person authorized by regulation to make the application.

This application process contemplated by the new Act includes swearing an oath of citizenship and passing a security check. Sections 3(1)(c), 12(2) and (3) provide that:

3. (1) Subject to this Act, a person is a citizen if

(c) the person has been granted or acquired citizenship pursuant to section 5 or 11 and, in the case of a person who is fourteen years of age or over on the day that he is granted citizenship, he has taken the oath of citizenship;

12. . . .

(2) Where an application under section 5 or 8 or subsection 11(1) is approved, the Minister shall issue a certificate of citizenship to the applicant.

(3) A certificate issued pursuant to this section does not take effect until the person to whom it is issued has complied with the requirements of this Act and the regulations respecting the oath of citizenship.

The regulations referred to in s. 12(3) reinforce the obligation of swearing the citizenship oath in order to become a citizen: see *Citizenship Regulations*, C.R.C., c. 400, s. 20(1). The significance of the security check is made evident by ss. 22(1)(b) and 22(2) of the new Act. They read as follows:

22. (1) Notwithstanding anything in this Act, a person shall not be granted citizenship under section 5 or subsection 11(1) or take the oath of citizenship

(b) while the person is charged with, on trial for, subject to or a party to an appeal relating to, an offence

b) sur demande qui lui est présentée par la personne qui y est autorisée par règlement et avant le 15 février 1979 ou dans le délai ultérieur qu'il autorise, à la personne qui, née à l'étranger avant le 15 février 1977 d'une mère ayant à ce moment-là qualité de citoyen, n'était pas admissible à la citoyenneté aux termes du sous-alinéa 5(1)(b)(i) de l'ancienne loi.

La procédure de demande établie par la nouvelle Loi comporte la prestation du serment de citoyenneté et l'assujettissement à une enquête de sécurité. L'alinéa 3(1)(c) et les par. 12(2) et (3) sont libellés ainsi:

3. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, a qualité de citoyen toute personne:

c) ayant obtenu la citoyenneté — par attribution ou acquisition — sous le régime des articles 5 ou 11 et ayant, si elle était âgée d'au moins quatorze ans, prêté le serment de citoyenneté;

12. . . .

(2) Le ministre délivre un certificat de citoyenneté aux personnes dont la demande présentée au titre des articles 5 ou 8 ou du paragraphe 11(1) a été approuvée.

(3) Le certificat délivré en application du présent article ne prend effet qu'en tant que l'intéressé s'est conformé aux dispositions de la présente loi et aux règlements régissant la prestation du serment de citoyenneté.

Les règlements visés au par. 12(3) renforcent l'obligation de prêter le serment de citoyenneté pour devenir citoyen: voir le *Règlement sur la citoyenneté*, C.R.C., ch. 400, par. 20(1). L'importance de l'enquête de sécurité ressort clairement de l'al. 22(1)(b) et du par. 22(2) de la nouvelle Loi. Voici ce que ces dispositions prévoient:

22. (1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, nul ne peut recevoir la citoyenneté au titre de l'article 5 ou du paragraphe 11(1) ni prêter le serment de citoyenneté:

b) tant qu'il est inculpé pour une infraction prévue au paragraphe 29(2) ou (3) ou pour un acte criminel

under subsection 29(2) or (3) or to an indictable offence under any Act of Parliament;

prévu par une loi fédérale, et ce jusqu'à la date d'épuisement des voies de recours;

(2) Notwithstanding anything in this Act, but subject to the *Criminal Records Act*, a person shall not be granted citizenship under section 5 or subsection 11(1) or take the oath of citizenship if,

(2) Malgré les autres dispositions de la présente loi, mais sous réserve de la *Loi sur le casier judiciaire*, nul ne peut recevoir la citoyenneté au titre de l'article 5 ou du paragraphe 11(1) ni prêter le serment de citoyenneté s'il a été déclaré coupable d'une infraction prévue au paragraphe 29(2) ou (3) ou d'un acte criminel prévu par une loi fédérale:

(a) during the three year period immediately preceding the date of the person's application . . .

a) au cours des trois ans précédant la date de sa demande;

the person has been convicted of an offence under subsection 29(2) or (3) or of an indictable offence under any Act of Parliament.

36 I note that the appellant's application for citizenship in this case was rejected because of his outstanding criminal charges.

Je souligne que la demande de citoyenneté de l'appelant a, en l'espèce, été rejetée en raison des accusations criminelles qui pesaient contre lui.

37 To sum up, then, the new Act created three classes of "applicants" for Canadian citizenship based on parental lineage:

Bref, la nouvelle Loi créait trois catégories de «demandeurs» de la citoyenneté canadienne, fondées sur la filiation de l'intéressé:

1. *Children born abroad after February 14, 1977.* These children will be citizens at birth if either of their parents is Canadian: ss. 3(1)(b);
2. *Children born abroad before February 15, 1977, of a Canadian father or out of wedlock of a Canadian mother.* These children are automatically entitled to Canadian citizenship upon registration of their birth within two years of that birth or within an extended period authorized by the Minister: ss. 3(1)(e) (continuing ss. 5(1)(b) of the old Act).
3. *Children born abroad before February 15, 1977, of a Canadian mother.* These children must apply to become citizens and are required to swear an oath and pass a security check in order to qualify for citizenship: ss. 5(2)(b), 3(1)(c), 12(2), (3), 22(2) and (3).

1. *les enfants nés à l'étranger après le 14 février 1977.* Ces enfants seront citoyens de naissance si leur père ou leur mère a qualité de citoyen canadien: al. 3(1)b);
2. *les enfants nés à l'étranger, avant le 15 février 1977, d'un père canadien ou, hors du mariage, d'une mère canadienne.* Ces enfants ont droit d'office à la citoyenneté canadienne si leur naissance est enregistrée dans les deux ans suivant leur naissance ou dans le délai plus long accordé par le ministre: al. 3(1)e) (qui maintient en vigueur l'al. 5(1)b) de l'ancienne loi);
3. *les enfants nés à l'étranger, avant le 15 février 1977, d'une mère canadienne.* Ces enfants doivent présenter une demande pour devenir citoyens; ils sont tenus de prêter un serment et de se soumettre à une enquête de sécurité pour être admissibles à la citoyenneté: art. 5(2)b), 3(1)c), 12(2), (3), 22(2) et (3).

38 Having outlined the statutory context within which the appellant's application was rejected and

Après avoir exposé le contexte législatif dans lequel la demande de l'appelant a été rejetée et

having briefly canvassed the development of the relevant statutory provisions, I should now like to address the issues raised by this appeal, beginning with the questions of retroactivity and retrospectivity.

B. *Retroactivity and/or Retrospectivity*

The terms, “retroactivity” and “retrospectivity”, while frequently used in relation to statutory construction, can be confusing. E. A. Driedger, in “Statutes: Retroactive Retrospective Reflections” (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 264, at pp. 268-69, has offered these concise definitions which I find helpful:

A retroactive statute is one that operates as of a time prior to its enactment. A retrospective statute is one that operates for the future only. It is prospective, but it imposes new results in respect of a past event. A retroactive statute *operates backwards*. A retrospective statute *operates forwards*, but it looks backwards in that it attaches new consequences *for the future* to an event that took place before the statute was enacted. A retroactive statute changes the law from what it was; a retrospective statute changes the law from what it otherwise would be with respect to a prior event. [Emphasis in original.]

The *Charter* does not apply retroactively and this Court has stated on numerous occasions that it cannot apply retrospectively: see, e.g., *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153, at p. 1157; *R. v. Stewart*, [1991] 3 S.C.R. 324, at p. 325; *Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, *supra*; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350.

At the same time, however, the Court has also rejected a rigid test for determining when a particular application of the *Charter* would be retrospective, preferring to weigh each case in its own factual and legal context, with attention to the nature of the particular *Charter* right at issue. Not every situation involving events which took place before the *Charter* came into force will necessarily involve a retrospective application of the *Charter*.

avoir brièvement examiné l'établissement des dispositions législatives pertinentes, je vais maintenant aborder les questions soulevées par le présent pourvoi, en commençant par celles touchant la rétroactivité et la rétrospectivité.

B. *La rétroactivité et la rétrospectivité*

Les mots «rétroactivité» et «rétrospectivité», bien que fréquemment utilisés dans le domaine de l'interprétation des lois, peuvent porter à confusion. E. A. Driedger, dans «Statutes: Retroactive Retrospective Reflections» (1978), 56 *R. du B. can.* 264, aux pp. 268 et 269, en a proposé des définitions concises, que j'estime utiles. Voici ces définitions:

[TRADUCTION] Une loi rétroactive est une loi dont l'application s'applique à une époque antérieure à son adoption. Une loi rétrospective ne dispose qu'à l'égard de l'avenir. Elle vise l'avenir, mais elle impose de nouvelles conséquences à l'égard d'événements passés. Une loi rétroactive agit à l'égard du passé. Une loi rétrospective agit pour l'avenir, mais elle jette aussi un regard vers le passé en ce sens qu'elle attache de nouvelles conséquences à l'avenir à l'égard d'un événement qui a eu lieu avant l'adoption de la loi. Une loi rétroactive modifie la loi par rapport à ce qu'elle était; une loi rétrospective rend la loi différente de ce qu'elle serait autrement à l'égard d'un événement antérieur. [En italique dans l'original.]

La *Charte* ne s'applique pas rétroactivement et notre Cour a déclaré, à de nombreuses reprises, qu'elle ne pouvait pas s'appliquer rétrospectivement: voir, par exemple, *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153, à la p. 1157; *R. c. Stewart*, [1991] 3 R.C.S. 324, à la p. 325; *Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, précité; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350.

Parallèlement, toutefois, notre Cour a rejeté un critère rigide de détermination des situations particulières dans lesquelles l'application de la *Charte* serait rétrospective, préférant apprécier chaque affaire selon le contexte factuel et législatif qui lui est propre, en portant son attention sur la nature du droit garanti par la *Charte* qui est en cause. Une situation comportant des événements antérieurs à l'entrée en vigueur de la *Charte* n'entraînera pas

39

40

41

In *Gamble, supra*, Wilson J. wrote at pp. 625-27 for the majority that:

In approaching this crucial question it seems to me preferable . . . to avoid an all or nothing approach which artificially divides the chronology of events into the mutually exclusive categories of pre and post-*Charter*. Frequently an alleged current violation will have to be placed in the context of its pre-*Charter* history in order to be fully appreciated. . . .

Another crucial consideration will be the nature of the particular constitutional right alleged to be violated. . . . Such an approach seems to me to be consistent with our general purposive approach to the interpretation of constitutional rights. Different rights and freedoms, depending on their purpose and the interests they are meant to protect, will crystallize and protect the individual at different times.

42

In considering the application of the *Charter* in relation to facts which took place before it came into force, it is important to look at whether the facts in question constitute a discrete event or establish an ongoing status or characteristic. As Driedger has written in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 192:

These past facts may describe a status or characteristic, or they may describe an event. It is submitted that where the fact-situation is a status or characteristic (the being something), the enactment is not given retrospective effect when it is applied to persons or things that acquired that status or characteristic before the enactment, if they have it when the enactment comes into force; but where the fact-situation is an event (the happening of or the becoming something), then the enactment would be given retrospective effect if it is applied so as to attach a new duty, penalty or disability to an event that took place before the enactment.

43

I believe this is consistent with Wilson J.'s comments in *Gamble, supra*, particularly with regard to the use of s. 15. Wilson J. wrote at p. 628:

toujours l'application rétrospective de la *Charte*. Dans l'arrêt *Gamble*, précité, le juge Wilson, s'exprimant pour la majorité, a écrit ceci, aux pp. 625 à 627:

En abordant cette question cruciale, il me semble préférable [. . .] [d']évite[r] d'adopter l'approche tout ou rien qui divise artificiellement la chronologie des événements dans les catégories mutuellement exclusives d'avant et d'après la *Charte*. Pour l'évaluer pleinement, il faut souvent replacer une prétendue violation actuelle de la *Charte* dans le contexte des événements qui lui ont donné naissance avant la *Charte*. . . .

Une autre considération cruciale est la nature du droit constitutionnel particulier qui serait violé. [. . .] Ce point de vue me semble conforme à la façon générale d'interpréter les droits constitutionnels, qui consiste à examiner l'objet visé. Des droits et des libertés différents, selon leur objet et les intérêts qu'ils visent à protéger, se cristalliseront et protégeront l'individu à différents moments.

Pour analyser l'application de la *Charte* relativement à des faits survenus avant son entrée en vigueur, il est important de se demander si les faits en cause constituent un événement précis et isolé ou s'ils décrivent un statut ou une caractéristique en cours. Comme l'a écrit Driedger, dans *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 192:

[TRADUCTION] Ces faits passés peuvent décrire soit un statut ou une caractéristique, soit un événement. On avance que, dans le cas où la situation factuelle en cause constitue un statut ou une caractéristique (le fait d'être quelque chose), on n'attribue aucun effet rétrospectif à un texte de loi lorsqu'il est appliqué à des personnes ou à des choses qui ont acquis ce statut ou cette caractéristique avant l'édiction du texte en question, pourvu qu'elles possèdent toujours le statut ou la caractéristique au moment de l'entrée en vigueur du texte; par contre, dans le cas où la situation factuelle est un événement (le fait que quelque chose survienne ou le fait de devenir quelque chose), on attribuerait un effet rétrospectif au texte de loi s'il était appliqué pour imposer une nouvelle obligation, peine ou incapacité par suite d'un événement survenu avant son édicition.

J'estime que ce raisonnement est compatible avec les observations formulées par le juge Wilson dans *Gamble*, précité, plus particulièrement en ce qui a trait au recours à l'art. 15. Le juge Wilson a écrit ce qui suit, à la p. 628:

Some rights and freedoms in the *Charter* seem to me to be particularly susceptible of current application even although such application will of necessity take cognizance of pre-*Charter* events. Those *Charter* rights the purpose of which is to prohibit certain conditions or states of affairs would appear to fall into this category. Such rights are not designed to protect against discrete events but rather to protect against an ongoing condition state of affairs. . . . Section 15 may . . . fall into this category.

Section 15 cannot be used to attack a discrete act which took place before the *Charter* came into effect. It cannot, for example, be invoked to challenge a pre-*Charter* conviction: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Gamble, supra*. Where the effect of a law is simply to impose an on-going discriminatory status or disability on an individual, however, then it will not be insulated from *Charter* review simply because it happened to be passed before April 17, 1985. If it continues to impose its effects on new applicants today, then it is susceptible to *Charter* scrutiny today: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143.

The question, then, is one of characterization: is the situation really one of going back to redress an old event which took place before the *Charter* created the right sought to be vindicated, or is it simply one of assessing the contemporary application of a law which happened to be passed before the *Charter* came into effect?

I realize that this distinction will not always be as clear as one might like, since many situations may be reasonably seen to involve both past discrete events and on-going conditions. A status or on-going condition will often, for example, stem from some past discrete event. A criminal conviction is a single discrete event, but it gives rise to the on-going condition of being detained, the status of "detainee". Similar observations could be made about a marriage or divorce. Successfully determining whether a particular case involves applying the *Charter* to a past event or simply to a

Certains droits et certaines libertés contenus dans la *Charte* me semblent particulièrement susceptibles d'être appliqués actuellement même si cette application oblige nécessairement à prendre connaissance d'événements antérieurs à la *Charte*. Les droits garantis par la *Charte* qui ont pour objet d'interdire certaines conditions ou situations sembleraient relever de cette catégorie. De tels droits visent à protéger non pas contre des événements précis et isolés, mais plutôt contre des conditions ou une situation en cours. . . . L'article 15 peut . . . relever de cette catégorie.

L'article 15 ne peut être invoqué pour contester un acte précis et isolé survenu avant l'entrée en vigueur de la *Charte*. Par exemple, il ne peut être invoqué pour attaquer une déclaration de culpabilité antérieure à la *Charte*: *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Gamble*, précité. Toutefois, un texte de loi qui a simplement pour effet d'imposer à une personne une incapacité ou un statut discriminatoires en cours n'est pas à l'abri d'un examen fondé sur la *Charte* pour l'unique raison qu'il a été édicté avant le 17 avril 1985. Si ce texte continue aujourd'hui d'imposer ses effets aux nouveaux demandeurs, il est susceptible d'examen en regard de la *Charte*: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

La question à trancher consiste donc à caractériser la situation: s'agit-il réellement de revenir en arrière pour corriger un événement passé, survenu avant que la *Charte* crée le droit revendiqué, ou s'agit-il simplement d'apprécier l'application contemporaine d'un texte de loi qui a été édicté avant l'entrée en vigueur de la *Charte*?

Je suis bien conscient que cette distinction n'est pas toujours aussi nette qu'on le souhaiterait, car bien des situations peuvent raisonnablement être considérées comme mettant en jeu à la fois des événements précis et isolés et des conditions en cours. Ainsi, un statut ou une condition en cours découlera souvent d'un événement passé précis et isolé. Une déclaration de culpabilité en matière criminelle constitue un événement unique précis et isolé, mais elle crée une condition en cours, celle d'être en détention, ou le statut de «détenu». Des observations semblables vaudraient également en

44

45

46

current condition or status will involve determining whether, in all the circumstances, the most significant or relevant feature of the case is the past event or the current condition resulting from it. This is, as I already stated, a question of characterization, and will vary with the circumstances. Making this determination will depend on the facts of the case, on the law in question, and on the *Charter* right which the applicant seeks to apply.

ce qui a trait au mariage ou au divorce. Pour déterminer si une affaire donnée emporte l'application de la *Charte* à un événement passé, ou simplement à une condition ou à un statut en cours, il faut se demander si, compte tenu de toutes les circonstances, l'élément le plus important ou le plus pertinent de cette affaire est l'événement passé ou la condition en cours qui en résulte. Il s'agit là, comme je l'ai dit plus tôt, d'une question de caractérisation, qui variera selon les circonstances. La détermination dépendra des faits de l'espèce, du texte de loi en cause et du droit garanti par la *Charte* dont le demandeur sollicite l'application.

47

Some examples of how this characterization has been applied in other cases may be helpful. This Court ruled in *R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223, that the appellant could not use *habeas corpus* to challenge his continued detention under a provision of the *Criminal Code* which was later ruled unconstitutional. The appellant in that case had not attempted to attack the validity of his original conviction, only his continued detention under a law which was ultimately struck down. Nevertheless, we held that, in the circumstances, to allow the *habeas corpus* claim to proceed would really be to go back and revisit the original conviction. Since it was based on the merits of the appellant's case (i.e., whether or not he had committed a criminal offence), the appellant's application was, in the words of Sopinka J., at p. 240, "an indirect or collateral attack on his conviction." The appellant's claim was better understood and characterized as event-driven, rather than as status-driven.

Quelques exemples de la façon dont cette caractérisation a été faite dans d'autres arrêts peuvent être utiles. Dans *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223, notre Cour a statué que l'appelant ne pouvait exercer un recours en *habeas corpus* pour contester sa détention résultant de l'application d'une disposition du *Code criminel* qui a par la suite été déclarée inconstitutionnelle. Dans cette affaire, l'appelant ne contestait pas la validité de la déclaration de culpabilité prononcée à l'origine contre lui, mais uniquement le maintien de sa détention en vertu d'une disposition législative qui a éventuellement été annulée. Néanmoins, nous avons jugé que, dans les circonstances, permettre que la demande d'*habeas corpus* suive son cours, équivaudrait en fait à revenir en arrière et à réexaminer la déclaration de culpabilité prononcée à l'origine. Comme la demande de l'appelant reposait sur le fond de l'affaire (c'est-à-dire sur la question de savoir s'il avait ou non commis une infraction criminelle), le juge Sopinka, à la p. 240, a décrit cette demande comme étant «une attaque indirecte contre la déclaration de culpabilité prononcée contre lui.» Il était plus juste de considérer et de caractériser la demande de l'appelant comme tenant à un événement plutôt qu'à un statut.

48

Conversely, in *Gamble*, the majority of this Court held that the appellant could challenge the constitutionality of her on-going detention, notwithstanding the fact that her conviction took place before the *Charter* came into effect. The complaint of the appellant in that case was not that she was convicted under an unconstitutional law, but rather

À l'inverse, dans *Gamble*, la majorité de notre Cour a statué que l'appelante pouvait contester la constitutionnalité du maintien de sa détention, même si sa déclaration de culpabilité avait été prononcée avant l'entrée en vigueur de la *Charte*. Dans cette affaire, l'appelante se plaignait non pas du fait qu'elle avait été déclarée coupable en vertu

that she was convicted under the wrong provision, resulting in a longer period of ineligibility for parole than she would have suffered had the appropriate provision been applied. Wilson J. held for the majority that this parole ineligibility constituted a current and continuing deprivation of the appellant's liberty interest, analogous in some ways to a case of on-going arbitrary detention or cruel and unusual punishment. Just as it would not involve retrospective application of the *Charter* to address a claim of current cruel and unusual punishment carried out pursuant to a sentence imposed pre-*Charter*, so the appellant's situation did not require the *Charter* to be applied retrospectively.

The trial judge in the present case characterized the appellant's situation as relating essentially to the pre-*Charter* event of his birth, and therefore as requiring a retrospective or retroactive application of the *Charter*. The majority in the Federal Court of Appeal agreed with this characterization. With respect, I cannot agree. In my view, this case does not involve either a retroactive or a retrospective application of the *Charter*.

The respondent urged us to find that the key point in the chronology of events was the appellant's birth in 1962. The respondent argued that the focus placed on birth by the impugned citizenship legislation suggests that the rights granted under that legislation "crystallize" at birth: see *Crease v. Canada*, [1994] 3 F.C. 480 (T.D.). Whatever discrimination took place in the appellant's case, therefore, took place when he was born, since that is when his rights were determined under the impugned legislation. To revisit these rights in light of s. 15, according to the respondent, is therefore inescapably to go back and alter a distribution of rights which took place years before the creation of the *Charter*.

d'une disposition législative inconstitutionnelle, mais plutôt qu'elle l'avait été en vertu d'une disposition inapplicable, de sorte que sa période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle était plus longue que si elle avait été déclarée coupable en vertu de la disposition appropriée. Le juge Wilson a conclu, au nom de la majorité, que cette inadmissibilité à la libération conditionnelle constituait une violation actuelle et continue du droit de l'appelant à la liberté, situation analogue à certains égards à une détention arbitraire ou à une peine cruelle et inusitée. Tout comme l'examen d'une allégation de peine cruelle et inusitée infligée en vertu d'une sentence prononcée avant l'entrée en vigueur de la *Charte* n'entraînerait pas l'application rétrospective de la *Charte*, la situation de l'appelant n'exigeait pas l'application rétrospective de ce texte.

Dans le présent cas, le juge de première instance a caractérisé la situation de l'appelant en disant qu'elle se rattachait essentiellement à sa naissance, événement antérieur à la *Charte*, et qu'elle exigeait donc une application rétrospective ou rétroactive de la *Charte*. Les juges de la majorité de la Cour d'appel fédérale ont souscrit à cette caractérisation. En toute déférence, je ne suis pas d'accord. D'après moi, la présente affaire ne met pas en jeu l'application rétroactive ou rétrospective de la *Charte*.

L'intimé nous a demandé avec insistance de conclure que le moment clé de la chronologie des événements était la naissance de l'appelant, en 1962. L'intimé a soutenu que l'importance attachée à la naissance par des dispositions législatives sur la citoyenneté contestées tend à indiquer que les droits conférés par ces dispositions «se cristallisent» à la naissance: voir *Crease c. Canada*, [1994] 3 C.F. 480 (D.P.I.). S'il y a eu discrimination contre l'appelant, celle-ci se serait produite au moment de sa naissance, étant donné que c'est à ce moment que ses droits ont été établis sous le régime des dispositions contestées. De l'avis de l'intimé, le réexamen de ces droits en regard de l'art. 15 équivaut inévitablement à revenir en arrière et à modifier l'attribution des droits survenue de nombreuses années avant l'édiction de la *Charte*.

49

50

51

I am uncomfortable with the idea of rights or entitlements crystallizing at birth, particularly in the context of s. 15. This suggests that whenever a person born before April 17, 1985, suffers the discriminatory effects of a piece of legislation, these effects may be immunized from *Charter* review. Our skin colour is determined at birth — rights or entitlements assigned on the basis of skin colour by a particular law would, by this logic, “crystallize” then. Under the approach proposed by the respondent, individuals born before s. 15 came into effect would therefore be unable to invoke the *Charter* to challenge even a recent application of such a law. In fact, Parliament or a legislature could insulate discriminatory laws from review by providing that they applied only to persons born before 1985.

L'idée que des droits se cristallisent au moment de la naissance me crée certaines difficultés, particulièrement dans le contexte de l'art. 15. Cette situation suggérerait que chaque fois qu'une personne née avant le 17 avril 1985 subirait les effets discriminatoires d'une mesure législative, ces effets seraient à l'abri des contestations fondées sur la *Charte*. Comme la couleur de notre peau est déterminée à notre naissance, suivant cette logique, des droits attribués en fonction de la couleur de la peau par une loi particulière «se cristalliseraient» donc à ce moment. Selon la thèse avancée par l'intimé, les personnes nées avant l'entrée en vigueur de l'art. 15 seraient donc dans l'impossibilité d'invoquer la *Charte* pour contester l'application, même récente, d'une telle mesure législative. En fait, le Parlement du Canada ou une législature pourraient soustraire des lois discriminatoires à tout examen en disposant qu'elles s'appliquent uniquement aux personnes nées avant 1985.

52

The preferable way, in my opinion, to characterize the appellant's position is in terms of status or on-going condition. From the time of his birth, he has been a child, born outside Canada prior to February 15, 1977, of a Canadian mother and a non-Canadian father. This is no less a “status” than being of a particular skin colour or ethnic or religious background: it is an ongoing state of affairs. People in the appellant's condition continue to this day to be denied the automatic right to citizenship granted to children of Canadian fathers.

Il est préférable, selon moi, de caractériser la situation de l'appelant en disant qu'il s'agit d'un statut ou d'une condition en cours. Depuis sa naissance, il est un enfant né hors du Canada, avant le 15 février 1977, d'une mère canadienne et d'un père non canadien. Il s'agit tout autant d'un «statut» que le sont le fait d'avoir la peau d'une certaine couleur ou celui d'appartenir à une origine ethnique ou religieuse donnée: c'est un état de fait en cours. Les personnes dans la situation de l'appelant continuent aujourd'hui d'être privées du droit à la citoyenneté qui est conféré d'office aux enfants nés d'un père canadien.

53

The respondent relied on *Murray v. Canada (Minister of Health and Welfare)*, [1994] 1 F.C. 603 (T.D.). That case concerned s. 53.2(1) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1970, c. C-5, which provided for the splitting of pension benefits for couples divorced on or after January 1, 1978. The plaintiff wished to challenge the section in order to receive part of her ex-husband's pension benefits even though her divorce occurred before 1978. Rothstein J. wrote that the presence of a date in the legislation indicated that its focus was primarily “event-related”, rather than “status-related”, in

L'intimé a invoqué l'arrêt *Murray c. Canada (Ministre de la Santé et du Bien-être social)*, [1994] 1 C.F. 603 (D.P.I.). Cette affaire concernait le par. 53.2(1) du *Régime de pensions du Canada*, S.R.C. 1970, ch. C-5, qui pourvoyait au partage du droit à pension entre les conjoints divorcés à compter du 1^{er} janvier 1978. Même si son divorce était survenu avant 1978, la demanderesse contestait cet article afin de recevoir une part du droit à pension de son ex-époux. Le juge Rothstein a écrit que la mention d'une date dans la loi indiquait que l'accent était mis principalement

other words, that the key to the law was not the fact that the plaintiff was divorced, but rather when she was divorced. Since the date set by the legislation for the determination of entitlement to pension-splitting was prior to the *Charter's* coming into force, the legislation could not be reviewed under the *Charter*. Similarly, the respondent argued here, the reference in the impugned provisions of the *Citizenship Act* to birth either before or after February 14, 1977, indicates that the primary focus of the legislation is the event of birth, not whatever on-going conditions may arise from it.

While I agree that the presence of a date in a piece of legislation may suggest an "event-related" focus rather than a "status-related" one, it cannot alone be determinative. Consideration must still be given to the nature of the characteristic at issue. As I have stated above, there is a difference between characteristics which are ascribed at birth (e.g., race), and those which arise based on some action taken later in life (e.g., being a divorced person). Immutable characteristics arising at birth are, in my opinion, generally more likely to be correctly classified as a "status" than are characteristics resulting from a choice to take some action, e.g., the choice to get married or divorced. Moreover, the judge in *Murray* relied for his conclusion on the decision of the Federal Court of Appeal in this case. I would therefore distinguish *Murray* to the extent that it relies on the Court of Appeal judgment which I find to be in error.

In my opinion, the appellant's situation is more analogous to that of the plaintiff in *Andrews*, *supra*. Mr. Andrews applied to practise law in British Columbia. Section 42 of the *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, c. 26, required him to be a Canadian citizen, which he had never been. In holding that this provision violated s. 15(1) of

sur un «événement» plutôt qu'un «statut». En d'autres termes, l'élément clé donnant application à la loi n'était pas le fait que la demanderesse soit divorcée, mais plutôt le moment auquel elle avait obtenu son divorce. Étant donné que la date fixée par la mesure législative pour déterminer le droit au partage de la pension était antérieure à l'entrée en vigueur de la *Charte*, cette mesure ne pouvait être examinée en regard de la *Charte*. De même, en l'espèce, l'intimé a soutenu que la mention, dans les dispositions contestées de la *Loi sur la citoyenneté*, du fait de la naissance avant ou après le 14 février 1977, indique que la loi met principalement l'accent sur l'événement de la naissance, et non sur quelque condition en cours susceptible de résulter de cet événement.

Bien que je sois d'accord pour affirmer que la mention d'une date dans une mesure législative puisse tendre à indiquer que celle-ci s'attache d'avantage à un «événement» qu'à un «statut», ce fait à lui seul ne saurait être déterminant. Il faut également tenir compte de la nature de la caractéristique en cause. Comme je l'ai dit précédemment, il y a une différence entre les caractéristiques acquises à la naissance (par exemple la race), et celles qui découlent d'un acte quelconque, accompli plus tard dans la vie (par exemple l'état de personne divorcée). J'estime que les caractéristiques immuables acquises à la naissance sont, en général, plus susceptibles d'être qualifiées à juste titre de «statut» que celles résultant de la décision d'accomplir un acte, par exemple, le choix de contracter mariage ou de divorcer. En outre, dans *Murray*, le juge a appuyé sa conclusion sur l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans la présente affaire. Je ferais donc une distinction entre l'affaire *Murray* et la cause qui nous intéresse, dans la mesure où la première s'appuie sur l'arrêt de la Cour d'appel, que j'estime erroné.

Je suis d'avis que la situation de l'appelant s'apparente davantage à celle du demandeur dans l'affaire *Andrews*, précitée. Monsieur Andrews a demandé à être admis à l'exercice du droit en Colombie-Britannique. L'article 42 de la *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 26, exigeait qu'il soit citoyen canadien, ce qu'il

the *Charter*, this Court did not focus on the date on which Mr. Andrews became an alien (the date of his birth), but rather on the date on which he was confronted by a law which took his lack of Canadian citizenship into account. I believe the same approach is appropriate here, and I agree with Linden J.A.'s dissenting characterization of the appellant's situation in the Federal Court of Appeal. The fact that the 1977 Act did not grant the appellant automatic citizenship rights explains why he applied for citizenship in 1989, but it does not mean that applying the *Charter* to that application process involves a retroactive or retrospective application of the *Charter*.

56 In applying s. 15 to questions of status, or what Driedger, *supra*, calls "being something", the important point is not the moment at which the individual acquires the status in question, it is the moment at which that status is held against him or disentitles him to a benefit. Here, that moment was when the respondent Registrar considered and rejected the appellant's application. Since this occurred well after s. 15 came into effect, subjecting the appellant's treatment by the respondent to *Charter* scrutiny involves neither retroactive nor retrospective application of the *Charter*.

57 Létourneau J.A. stated, at p. 291, that "[i]t is not enough for one to say that one still suffers from a discriminatory event or legislation which took place or existed prior to the Charter. Otherwise, just about every instance of past discrimination since the turn of the century could be reviewed under section 15, provided the victims still suffer from that past discrimination." This is certainly true, but I do not believe, with respect, that it accurately describes the appellant's situation. Had he applied for citizenship before s. 15 came into effect and been refused, he could not now come before the court and ask that s. 15 be applied to that refusal. But this is not what happened. Until his application in 1988, the appellant had not engaged the legislation governing his entitlement

n'avait jamais été. En statuant que cette disposition violait le par. 15(1) de la *Charte*, notre Cour ne s'est pas attachée à la date à laquelle M. Andrews est devenu un étranger (la date de sa naissance), mais plutôt à la date à laquelle il s'est heurté à un texte de loi qui tenait compte du fait qu'il n'était pas citoyen canadien. J'estime qu'il convient d'appliquer la même analyse en l'espèce, et je suis d'accord avec la façon dont le juge Linden, dissident, a caractérisé la situation de l'appelant dans l'arrêt de la Cour d'appel fédérale. Le fait que la Loi de 1977 ne conférait pas d'office à l'appelant le droit à la citoyenneté explique pourquoi ce dernier a présenté une demande de citoyenneté en 1989, mais il ne s'ensuit pas que l'application de la *Charte* à cette procédure de demande a un caractère rétroactif ou rétrospectif.

Lorsqu'on applique l'art. 15 à des questions de statut, ou à ce que Driedger, précité, appelle «le fait d'être quelque chose», l'élément important n'est pas le moment où la personne acquiert le statut en cause, mais celui auquel ce statut lui est reproché ou la prive du droit d'obtenir un avantage. En l'espèce, ce moment est celui où le greffier intimé a examiné et rejeté la demande de l'appelant. Étant donné que cela s'est produit bien après l'entrée en vigueur de l'art. 15, l'examen en regard de la *Charte* du traitement réservé à l'appelant par l'intimé ne met pas en jeu l'application rétroactive ou rétrospective de ce texte.

Le juge Létourneau a déclaré, à la p. 291, qu'«[i]l ne suffit pas au demandeur de dire qu'il souffre encore des effets d'un acte discriminatoire qui s'est produit ou d'une loi discriminatoire qui existait avant la Charte. Autrement, tous les cas de discrimination depuis le début du siècle pourraient être portés en justice sous le régime de l'article 15, à condition que la victime souffre encore des effets de la discrimination passée». Cette affirmation est certes juste, mais, en toute déférence, je ne crois pas qu'elle décrit exactement la situation de l'appelant. Si ce dernier avait demandé la citoyenneté avant l'entrée en vigueur de l'art. 15 et qu'on la lui avait refusée, il ne pourrait maintenant se présenter devant la Cour et demander l'application de cet article à ce refus. Ce n'est cependant pas ce qui

to citizenship at all. The law set out only what his rights to citizenship would be if and when he applied, not what they were.

I note that in fact these rights changed between the time the appellant was born and the time when he applied for citizenship. Under the old 1947 Act, individuals in the appellant's position had no special claim to citizenship whatsoever — no provision was made for them in the 1947 legislation. The 1977 Act changed this and created a qualified right to citizenship for people like the appellant. When he finally applied for citizenship in 1989, these were the rights which applied to his situation, not the rights prescribed by the earlier Act in effect at his birth.

Simply put, I believe the discrimination, if it was discrimination, did not take place until the state actually denied the appellant's application for citizenship on the basis of criteria which he alleges violate s. 15 of the *Charter*. Until he tried to obtain citizenship and was refused, the appellant could not really claim to have been discriminated against. He had no cause of action upon which to base a claim: *Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, *supra*. The denial of his application took place on October 17, 1989, long after s. 15 came into effect. This denial is therefore open to *Charter* scrutiny.

C. Discrimination Under Section 15(1)

This Court has recently treated the application of s. 15 in a trilogy of cases released May 25, 1995: *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627. In *Miron*, McLachlin J. (Sopinka, Cory and Iacobucci JJ. concurring) set out, at p. 485, the following process for establishing discrimination under s. 15:

s'est produit. Jusqu'à ce que l'appelant présente sa demande, en 1988, la loi régissant son droit à la citoyenneté ne s'était jamais appliquée à lui. La Loi établissait simplement quels seraient ses droits en matière de citoyenneté lorsqu'il ferait une demande en ce sens, et non quels étaient ces droits.

Je souligne que ces droits ont effectivement changé entre le moment où l'appelant est né et celui où il a demandé la citoyenneté. Sous le régime de la Loi de 1947, les personnes dans la situation de l'appelant n'avaient aucun droit particulier de demander la citoyenneté — cette loi ne comportait aucune disposition à leur égard. La Loi de 1977 a changé cet état de choses et créé un droit restreint à la citoyenneté pour les personnes comme l'appelant. Lorsqu'il a finalement demandé la citoyenneté en 1989, ce sont ces droits qui s'appliquaient à sa situation, et non ceux prescrits par la Loi antérieure qui était en vigueur au moment de sa naissance.

Pour dire les choses simplement, j'estime que la discrimination, si discrimination il y a eu, ne s'est pas produite avant que l'État ait rejeté concrètement la demande de citoyenneté de l'appelant en s'appuyant sur des critères qui, de prétendre l'appelant, violent l'art. 15 de la *Charte*. Jusqu'à ce qu'il ait tenté d'obtenir la citoyenneté et qu'on la lui ait refusée, l'appelant ne pouvait pas vraiment prétendre avoir fait l'objet de discrimination. Il n'avait pas de cause d'action sur laquelle fonder une demande: *Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, précité. Sa demande a été rejetée le 17 octobre 1989, longtemps après l'entrée en vigueur de l'art. 15. Ce rejet peut donc être examiné en regard de la *Charte*.

C. La discrimination au sens du par. 15(1)

Notre Cour a récemment analysé l'application de l'art. 15, dans une trilogie d'arrêts prononcés le 25 mai 1995: *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627. Dans *Miron*, le juge McLachlin (avec l'appui des juges Sopinka, Cory et Iacobucci) a décrit de la façon suivante, à la p. 485, l'analyse permettant d'établir s'il y a discrimination au sens de l'art. 15:

58

59

60

The analysis under s. 15(1) involves two steps. First, the claimant must show a denial of “equal protection” or “equal benefit” of the law, as compared with some other person. Second, the claimant must show that the denial constitutes discrimination. At this second stage, in order for discrimination to be made out, the claimant must show that the denial rests on one of the grounds enumerated in s. 15(1) or an analogous ground and that the unequal treatment is based on the stereotypical application of presumed group or personal characteristics. If the claimant meets the onus under this analysis, violation of s. 15(1) is established.

61 This is substantially similar to the test outlined by Cory J. (*Iacobucci J.* concurring) in *Egan*, at p. 584:

The first step is to determine whether, due to a distinction created by the questioned law, a claimant’s right to equality before the law, equality under the law, equal protection of the law or equal benefit of the law has been denied. During this first step, the inquiry should focus upon whether the challenged law has drawn a distinction between the claimant and others, based on personal characteristics.

Not every distinction created by legislation gives rise to discrimination. Therefore, the second step must be to determine whether the distinction created by the law results in discrimination. In order to make this determination, it is necessary to consider first, whether the equality right was denied on the basis of a personal characteristic which is either enumerated in s. 15(1) or which is analogous to those enumerated and second, whether that distinction has the effect on the claimant of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to benefits or advantages which are available to others.

62 In my view, the methodologies adopted by my colleagues Cory and McLachlin JJ. are essentially alike. While McLachlin J. specified that the differential treatment must be based on “the stereotypical application of presumed group or personal characteristic[s]”, and Cory J. refers simply to distinctions based on “personal characteristics”, I do not believe this constitutes a significant difference in approach. I note, for example, Cory J.’s concur-

L’analyse fondée sur le par. 15(1) comporte deux étapes. Premièrement, le demandeur doit démontrer qu’il y a eu négation de son droit «à la même protection» ou «au même bénéfice» de la loi qu’une autre personne. Deuxièmement, le demandeur doit démontrer que cette négation constitue une discrimination. À cette seconde étape, pour établir qu’il y a discrimination, le demandeur doit prouver que la négation repose sur l’un des motifs de discrimination énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue et que le traitement inégal est fondé sur l’application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe. Si le demandeur s’acquitte de ce fardeau, la violation du par. 15(1) est établie.

Il s’agit essentiellement du même critère que celui exposé par le juge Cory (avec l’appui du juge *Iacobucci*) dans *Egan*, à la p. 584:

La première [étape] consiste à déterminer si, en raison de la distinction créée par la disposition contestée, il y a eu violation du droit d’un plaignant à l’égalité devant la loi, à l’égalité dans la loi, à la même protection de la loi et au même bénéfice de la loi. À cette étape de l’analyse, il s’agit principalement de vérifier si la disposition contestée engendre, entre le plaignant et d’autres personnes, une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles.

Les distinctions créées par les lois n’emportent pas toutes discrimination. C’est pourquoi il faut, à la seconde étape, déterminer si la distinction ainsi créée donne lieu à une discrimination. À cette fin, il faut se demander, d’une part, si le droit à l’égalité a été enfreint sur le fondement d’une caractéristique personnelle qui est soit énumérée au par. 15(1), soit analogue à celles qui y sont énumérées et, d’autre part, si la distinction a pour effet d’imposer au plaignant des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre l’accès aux bénéfices et aux avantages offerts à d’autres.

À mon avis, les méthodologies adoptées par mes collègues les juges Cory et McLachlin sont essentiellement identiques. Il est vrai que le juge McLachlin a précisé que le traitement différent doit être fondé sur «l’application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles», alors que le juge Cory a simplement parlé de distinctions fondées sur «des caractéristiques personnelles», mais je ne crois pas qu’il s’agisse d’une

rence in McLachlin J.'s reasons in *Miron* and McLachlin J.'s comment in *Egan*, at p. 625, that she was "in substantial agreement" with the reasons of Cory J. The two justices did differ as to the correct result in *Thibaudeau*, but in my opinion their disagreement in that case was more one of application of the law to the facts than of methodology. As Cory and Iacobucci JJ. stated at p. 704 in their reasons in *Thibaudeau*:

In so far as we disagree with McLachlin J.'s conclusion . . . , our disagreement is limited to an application of her approach to the facts of this case, not with her methodology *per se*, which we endorse.

This approach to s. 15, which I ascribe to McLachlin and Cory JJ., had the majority in *Miron*. It was subscribed to by Sopinka, McLachlin, Cory and Iacobucci JJ. However, it was not victorious in *Egan*. La Forest J. (the Chief Justice and Gonthier and Major JJ. concurring) applied the s. 15 methodology outlined by Gonthier J. for the minority (the Chief Justice, La Forest and Major JJ. and himself) in *Miron*, and found that the impugned legislation was not discriminatory within the meaning of s. 15.

This second approach to s. 15 focuses on the relevancy of a distinction to the purpose of the legislation where that purpose is not itself discriminatory and recognizes that certain distinctions are outside the scope of s. 15. Finding discrimination, therefore, requires an analysis of "the nature of the personal characteristic and its relevancy to the functional values underlying the law.": *Miron*, *supra*, *per* Gonthier J., at p. 436. It is not enough that the denial of equality be based on an enumerated or analogous ground since the same ground may be discriminatory in some cases but not in others depending on the context: see, e.g., *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at pp. 1331-32. The grounds of distinction must also be irrelevant to the values underlying the legislation, as Gonthier J.

différence importante dans leur analyse. Je souligne, à titre d'exemple, que le juge Cory a souscrit aux motifs du juge McLachlin dans *Miron* et que le juge McLachlin a indiqué, dans *Egan*, à la p. 625, qu'elle était d'accord «pour l'essentiel» avec les motifs du juge Cory. Les deux juges ont effectivement divergé d'opinions quant au résultat dans *Thibaudeau*, mais j'estime que leur désaccord dans cette affaire tenait davantage à l'application du droit aux faits qu'à une question de méthodologie. Comme l'ont dit les juges Cory et Iacobucci dans leurs motifs, à la page 704 de l'arrêt *Thibaudeau*:

Dans la mesure où nous ne sommes pas d'accord avec la conclusion du juge McLachlin [. . .], notre divergence d'opinions se limite à l'application de sa méthode aux faits de la présente affaire et ne porte pas sur sa méthodologie en soi, que nous appuyons.

Cette façon d'appliquer l'art. 15, que j'attribue aux juges McLachlin et Cory, a été retenue par la majorité dans *Miron*. Les juges Sopinka, McLachlin, Cory et Iacobucci y ont souscrit. Toutefois, elle ne l'a pas emporté dans l'affaire *Egan*. Le juge La Forest (avec l'appui du Juge en chef et des juges Gonthier et Major) a appliqué la méthodologie concernant l'art. 15 exposée par le juge Gonthier, au nom de la minorité (le Juge en chef, les juges La Forest, Major et Gonthier) dans *Miron*, et il a conclu que la législation contestée n'était pas discriminatoire au sens de l'art. 15.

Cette deuxième façon d'appliquer l'art. 15 met l'accent sur la pertinence d'une distinction par rapport à l'objet du texte de loi, lorsque cet objet n'est pas lui-même discriminatoire, et elle reconnaît que certaines distinctions ne sont pas visées par l'art. 15. Pour conclure à la discrimination, il faut donc analyser «la nature de la caractéristique personnelle et sa pertinence quant aux valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi»: *Miron*, précité, le juge Gonthier, à la p. 436. Il ne suffit pas que la négation du droit à l'égalité soit fondée sur un motif énuméré ou analogue, puisque le même motif peut, selon le contexte, être discriminatoire dans certains cas et non dans d'autres: voir, par exemple, *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, aux pp. 1331 et 1332. Il faut en outre que les motifs de

63

64

concluded in *Miron*, at p. 442, or s. 15 will not be violated:

To the extent, then, that a law in any given case mirrors or reflects a distinction drawn on such a basis that is relevant to its functional values which are not themselves discriminatory, the distinction drawn by the law will not be discriminatory.

65 This second approach was adopted in *Miron* and *Egan* by the Chief Justice and La Forest, Gonthier and Major JJ. The difference in result in these two cases is explained by the fact that in *Egan*, Sopinka J. found that while the impugned legislation violated s. 15, the violation was justified in the circumstances under s. 1. A majority of the Court therefore upheld the legislation, while in *Miron*, the majority had struck it down.

66 Yet a third approach to s. 15 is found in the reasons of L'Heureux-Dubé J. in *Miron*, *Egan* and *Thibaudeau*. According to this third methodology, once a distinction has been shown to result in the denial of one of the four rights of equality on the basis of membership in an identifiable group, the distinction must then be shown to be discriminatory. This will require determining that it is "capable of either promoting or perpetuating the view that the individual adversely affected by this distinction is less capable, or less worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration": *Egan*, *supra*, per L'Heureux-Dubé J., at pp. 552-53. Making this determination will require consideration of both the group adversely affected by the distinction and the nature of the interest adversely affected by it. The interaction of the group's social vulnerability, in light of the social and historical context, and the constitutional and societal significance of the interest will determine whether the impact of the distinction constitutes discrimination.

distinction ne soient pas pertinents quant aux valeurs qui sous-tendent le texte de loi, comme a conclu le juge Gonthier dans *Miron*, à la p. 442, sans quoi il n'y aura pas violation de l'art. 15:

Dans la mesure où, dans un cas donné, une loi reflète ou traduit une distinction de cette nature qui soit pertinente aux valeurs fonctionnelles de la loi, lesquelles ne sont pas elles-mêmes discriminatoires, la distinction établie par cette loi n'est pas discriminatoire.

Cette deuxième approche a été retenue par le Juge en chef, ainsi que par les juges La Forest, Gonthier et Major, dans *Miron* et *Egan*. La différence de résultat dans ces deux arrêts s'explique par le fait que, dans *Egan*, le juge Sopinka a conclu que la mesure législative contestée violait l'art. 15, mais que, dans les circonstances, cette violation était justifiée en vertu de l'article premier. La majorité de la Cour a par conséquent confirmé la validité du texte de loi, alors que dans *Miron* la majorité a déclaré invalide la loi en cause.

On trouve une troisième façon d'appliquer l'art. 15 dans les motifs du juge L'Heureux-Dubé dans les arrêts *Miron*, *Egan* et *Thibaudeau*. Conformément à cette troisième méthodologie, une fois qu'il est établi qu'une distinction a pour effet de priver une personne de l'un des quatre droits à l'égalité en raison de son appartenance à un groupe identifiable, il doit ensuite être démontré que cette distinction est discriminatoire. À cette fin, il faut déterminer si la distinction «est susceptible de favoriser ou de perpétuer l'opinion que les individus lésés par cette distinction sont moins capables ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même intérêt, le même respect et la même considération»: *Egan*, précité, le juge L'Heureux-Dubé, aux pp. 552 et 553. Pour trancher cette question, il faudra tenir compte à la fois du groupe désavantagé par la distinction et de la nature de l'intérêt auquel il est porté atteinte par celle-ci. L'interaction entre la vulnérabilité sociale du groupe, à la lumière du contexte social et historique, et l'importance de l'intérêt, sur les plans constitutionnel et social, déterminera si l'effet de la distinction est discriminatoire.

As I have previously concurred with the test of Cory and McLachlin JJ., my own preference is for their approach, and I apply it in these reasons. However, the result in this appeal is in my opinion the same no matter which test is applied. As I explain further below, the gender of a citizenship applicant's Canadian parent has nothing to do with the values of personal safety, nation-building or national security underlying the *Citizenship Act*. Whether one's mother or father was Canadian is entirely irrelevant to the quality of one's candidacy for Canadian citizenship. Even if relevance is a factor to be considered in weighing legislation in the context of s. 15, it is of no help to the respondent in this case.

Nor, in my view, is the respondent's position assisted by consideration of the factors favoured by my colleague, L'Heureux-Dubé J. Children born abroad of Canadian mothers and applying for citizenship are a vulnerable group and extremely sensitive to the kind of legislative distinctions made by the impugned legislation. Moreover, the effects of these distinctions can be extremely severe, leading to delay or even permanent rejection in the attempt to become a citizen of Canada. I cannot imagine an interest more fundamental to full membership in Canadian society than Canadian citizenship. The impugned provisions of the Act are no more likely to survive s. 15 scrutiny under this test than under either of the previous ones.

A s. 15 applicant, then, must show a denial of one of what have been termed the "four equalities", namely, equality before the law, equality under the law, equal protection of the law, and equal benefit of the law. The applicant must also show that the denial is "discriminatory". Where the denial is based on a ground expressly enumerated in s. 15(1), or one analogous to them, it will generally be found to be discriminatory, although

67
Ayant déjà souscrit au critère établi par les juges Cory et McLachlin, je préfère leur analyse et je l'applique dans les présents motifs. Toutefois, le résultat du présent pourvoi serait le même, peu importe le critère appliqué. Comme je l'explique plus loin, le sexe du parent dont se réclame l'auteur d'une demande de citoyenneté n'a rien à voir avec les valeurs — sécurité de la personne, développement de la nation ou sécurité nationale — qui sous-tendent la *Loi sur la citoyenneté*. Le fait que ce soit le père ou la mère qui était canadien n'est aucunement pertinent relativement à la qualité de la candidature d'une personne à la citoyenneté canadienne. Même si la pertinence est un facteur à prendre en compte pour apprécier un texte de loi en regard de l'art. 15, ce facteur ne sert aucunement la cause de l'intimé en l'espèce.

68
À mon avis, la prise en compte des facteurs privilégiés par ma collègue, le juge L'Heureux-Dubé, n'aide pas non plus la thèse de l'intimé. Les enfants nés à l'étranger d'une mère canadienne et qui demandent la citoyenneté forment un groupe vulnérable et extrêmement sensible aux distinctions d'origine législative du genre de celles établies par les dispositions législatives contestées. Qui plus est, les effets de ces distinctions peuvent être extrêmement graves, et entraîner des retards, voire un rejet permanent, pour les personnes qui demandent à devenir citoyens canadiens. Je ne puis imaginer d'intérêt plus fondamental que la citoyenneté canadienne pour quiconque veut être membre à part entière de la société canadienne. Les dispositions contestées de la Loi n'ont pas davantage de chances de résister à un examen en regard de l'art. 15 fait en application de ce critère qu'à un examen fait en application de l'un ou l'autre des critères précédents.

69
La personne qui invoque l'art. 15 doit donc prouver la négation de l'un des droits qu'on a appelés les «quatre droits à l'égalité», c'est-à-dire l'égalité devant la loi, l'égalité dans la loi, la protection égale de la loi et l'égalité de bénéfice de la loi. Le demandeur doit également établir que cette négation est «discriminatoire». Lorsque la négation du droit en cause est fondée sur l'un des motifs expressément énumérés au par. 15(1) ou sur

there may, of course, be exceptions: see, e.g., *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872.

70

The impugned provisions of the 1977 *Citizenship Act* expressly distinguish between children born abroad before 1977 to Canadian mothers and children born abroad before 1977 to Canadian fathers. Linden J.A. aptly explained the operation of these provisions in his reasons in the Federal Court of Appeal, at p. 266:

... for those born before 1977, there are now two separate citizenship schemes in place in Canada: one for those relying on maternal lineage and one for those relying on paternal lineage. Those claiming Canadian citizenship based on maternal lineage encounter a more onerous process with more burdensome requirements and more serious implications than individuals relying on a paternal link.

71

Individuals wishing to claim Canadian citizenship on the basis of their mother's citizenship must apply to become citizens. They must swear an oath and are required to undergo security and criminal record checks. If these checks reveal that they have been charged with an offence, they are prevented by s. 22 from taking the oath (and therefore from becoming citizens) until the charges are resolved. If convicted of an indictable offence, they are barred from becoming Canadian citizens for three years after the conviction. Certain convictions may bar them permanently from citizenship. Individuals claiming Canadian citizenship on the basis of their father's citizenship need undergo none of those procedures. They are not required to swear an oath, and their criminal record is not scrutinized. They may claim citizenship by simply registering their birth within two years or (more likely) within an extended period authorized by the Minister. Material added to the record at the hearing of this appeal indicates that the period for registering such

un motif analogue, elle sera généralement jugée discriminatoire, bien qu'il puisse évidemment y avoir des exceptions: voir, par exemple, *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872.

Les dispositions contestées de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 établissent expressément une distinction entre les enfants nés à l'étranger, avant 1977, d'une mère canadienne et ceux nés à l'étranger, avant 1977, d'un père canadien. Le juge Linden de la Cour d'appel fédérale a bien expliqué le fonctionnement de ces dispositions dans ses motifs, à la p. 266:

... pour les personnes nées avant 1977, il y a maintenant au Canada deux régimes de citoyenneté distincts: l'un est réservé à ceux qui se réclament de leur filiation paternelle, l'autre, à ceux qui se réclament de leur filiation maternelle. Ces derniers sont soumis à un processus plus rigoureux, avec des conditions plus difficiles et des implications plus graves que pour les premiers.

Les personnes qui désirent revendiquer la citoyenneté canadienne en invoquant la citoyenneté de leur mère doivent demander à devenir des citoyens. Elles sont tenues de prêter un serment et de se soumettre à une enquête de sécurité et à une vérification de leurs antécédents judiciaires. Si cette vérification révèle qu'elles ont été accusées d'une infraction, l'art. 22 leur interdit de prêter le serment (et, partant, de devenir citoyens canadiens) jusqu'à ce qu'il ait été statué sur ces accusations. Si elles sont déclarées coupables d'un acte criminel, elles sont inadmissibles à la citoyenneté canadienne pour une période de trois ans à compter de la déclaration de culpabilité. Certaines déclarations de culpabilité peuvent entraîner leur inadmissibilité permanente à la citoyenneté. Les personnes qui revendiquent la citoyenneté canadienne en invoquant la citoyenneté de leur père ne sont tenues de se soumettre à aucune de ces formalités. Elles n'ont pas à prêter serment et leurs antécédents judiciaires ne sont pas vérifiés. Elles peuvent demander la citoyenneté à la seule condition que leur naissance ait été enregistrée dans un délai de deux ans ou (ce qui est plus probable) au cours de la période plus longue que le ministre autorise. Des éléments ajoutés au dossier à l'occasion de

births has been extended up to and including the date of this hearing.

This appears clearly to demonstrate a lack of equal benefit of the law. It would be a mistake to conclude that since the ultimate decision as to whether citizenship is granted is based on the results of the security check and the swearing of the oath, any difference in treatment is therefore based simply on the presence of an applicant's criminal history or a refusal to swear the oath. The fact is that, if an applicant's father is a Canadian citizen, his or her criminal history forms no part whatsoever of the application procedure. It just does not matter, in so far as obtaining citizenship is concerned. Similarly, children born abroad of Canadian fathers are entitled to claim citizenship even if they are unwilling to swear an oath — the oath is not one of their requirements for citizenship. Only if the applicant's mother (and not father) is Canadian is the presence or absence of a criminal history relevant. Only children born abroad of Canadian mothers may be legally denied citizenship because of unwillingness to swear an oath. This, in my view, constitutes a denial of equal benefit of the law. Access to the valuable privilege of Canadian citizenship is restricted in different degrees depending on the gender of an applicant's Canadian parent.

The respondent recognized this explicit differential treatment created by the impugned legislation, but submitted that it still does not constitute discrimination against the appellant for several reasons which I will now address.

The respondent submitted first that the 1977 changes to the *Citizenship Act* were intended to remedy the injustice caused by the earlier Act's failure to recognize children of Canadian mothers at all. Rather than discriminating against certain types of applicants for Canadian citizenship, the

l'audition du présent pourvoi indiquent que le délai accordé pour l'enregistrement de ces naissances a été prolongé jusqu'à la date de l'audience inclusivement.

Ce fait semble démontrer clairement une absence d'égalité de bénéfice de la loi. Ce serait une erreur de conclure que, comme la décision finale concernant la reconnaissance de la citoyenneté dépend des résultats de l'enquête de sécurité et de la prestation du serment, toute différence de traitement n'est donc fondée que sur les antécédents criminels de l'appelant ou sur son refus de prêter le serment. Le fait est que, si le père du demandeur est citoyen canadien, les antécédents judiciaires du demandeur ne sont d'aucune façon pris en compte dans la procédure de demande. Ce facteur n'a tout simplement aucune importance quant à l'obtention de la citoyenneté. De même, les enfants nés à l'étranger d'un père canadien peuvent revendiquer la citoyenneté même s'ils ne veulent pas prêter serment — le serment ne fait pas partie des exigences qui leur sont applicables pour obtenir la citoyenneté. C'est uniquement dans le cas où la mère (et non le père) du demandeur était le parent canadien que l'existence ou l'absence d'antécédents judiciaires est pertinente. Seuls les enfants nés à l'étranger d'une mère canadienne peuvent se voir refuser légalement la citoyenneté en raison de leur refus de prêter serment. Cette situation constitue, à mon avis, une négation du droit à l'égalité de bénéfice de la loi. L'accès au précieux privilège qu'est la citoyenneté canadienne est limité, à des degrés divers, selon que c'est le père ou la mère du demandeur qui est canadien.

L'intimé a reconnu l'existence de cette différence de traitement explicite créée par les dispositions législatives contestées, mais il a soutenu qu'elle ne constitue pas pour autant de la discrimination contre l'appelant, et ce pour plusieurs raisons que je vais maintenant examiner.

L'intimé a d'abord fait valoir que les modifications apportées en 1977 à la *Loi sur la citoyenneté* visaient à corriger l'injustice découlant du fait que l'ancienne Loi ne reconnaissait pas du tout les enfants nés d'une mère canadienne. Plutôt que de traiter de façon discriminatoire certains types de

72

73

74

Act provides access to citizenship in a manner which takes into account a variety of criteria, including, *inter alia*, an applicant's situation under the old Act, his or her connection to Canada, and various other personal circumstances. Since the whole point of the new Act was to increase access to citizenship, the respondent argued, the mere fact that one group may derive a greater benefit from it than another group does not alone make the Act discriminatory.

demandeurs de la citoyenneté canadienne, la Loi donne accès à la citoyenneté selon une procédure qui tient compte de différents critères, notamment la situation du requérant sous le régime de l'ancienne Loi, ses liens avec le Canada et diverses autres circonstances personnelles. Étant donné que l'objet de la nouvelle Loi était carrément de faciliter l'accès à la citoyenneté, l'intimé a affirmé que le fait qu'un groupe puisse tirer de la loi un bénéfice plus grand qu'un autre groupe ne rend pas à lui seul la Loi discriminatoire.

75

I cannot accede to this submission. It is true that in some cases where Parliament has in fact acted to confer a benefit, the fact that one group benefits more from the legislation than other groups will not automatically trigger s. 15: see, e.g., *Thibaudeau, supra*, at p. 702. But this is not the situation here. Confronted by the clearly discriminatory 1947 Act, Parliament attempted to remedy the inequity by amending the legislation. That Parliament chose to do so is laudable, but it does not insulate the amended legislation from further review under the *Charter*. For example, if Parliament amended an old law which imposed a special 20 percent income tax on all Chinese Canadians so that the tax was only 10 percent, this would not prevent the 10 percent tax from itself coming under *Charter* attack. As the intervener, Federal Superannuates National Association, pointed out, the whole point of delaying s. 15's coming into force until April 17, 1985, was to give governments the chance to bring their legislation in line with its constitutionally entrenched equality requirements. After that date, the legislation was intended to be subject to s. 15 scrutiny, whether or not it had been amended.

Je ne puis retenir cet argument. Il est vrai que, dans certains cas où le législateur a effectivement accordé un avantage, le fait qu'un groupe tire un avantage plus grand de la loi que les autres groupes ne déclenche pas automatiquement l'application de l'art. 15: voir, par exemple, *Thibaudeau*, précité, à la p. 702. Ce n'est cependant pas le cas en l'espèce. Face au caractère manifestement discriminatoire de la Loi de 1947, le Parlement a voulu corriger cette iniquité en modifiant la Loi. Cette décision du législateur fédéral est certes louable, mais elle n'a pas pour effet de soustraire la loi modifiée à tout examen ultérieur fondé sur la *Charte*. Par exemple, si le Parlement avait modifié une vieille loi assujettissant à un impôt sur le revenu spécial de 20 pour 100 tous les Canadiens d'origine chinoise, de façon à abaisser le taux de cet impôt à 10 pour 100, cela n'empêcherait pas l'impôt de 10 pour 100 en résultant d'être contesté en vertu de la *Charte*. En sa qualité d'intervenante, l'Association nationale des retraités fédéraux a souligné que la décision de retarder l'entrée en vigueur de l'art. 15 jusqu'au 17 avril 1985 visait à donner aux divers gouvernements la possibilité d'harmoniser leurs lois avec les droits à l'égalité inscrits dans la Constitution. Après cette date, ces lois étaient censées être susceptibles d'examen en regard de l'art. 15, qu'elles aient ou non été modifiées.

76

Nor is it enough simply to say that the true source of the differential treatment for children born abroad of Canadian mothers is the 1947 Act, not the current Act. The 1947 Act does not exist anymore. More importantly, it was not challenged by the appellant and is not the subject of debate

Il ne suffit pas non plus d'affirmer que la source véritable du traitement différent appliqué aux enfants nés à l'étranger d'une mère canadienne est la Loi de 1947, et non la Loi actuelle. La Loi de 1947 n'existe plus. Fait plus important encore, l'appelant ne l'a pas attaquée et cette loi n'est pas

here. The appellant's quarrel is purely with the operation of the current Act and the treatment it accords to him because only his mother was Canadian. To the extent that the current Act carries on the discrimination of its predecessor legislation, it may itself be reviewed under s. 15, which is all the appellant has asked us to do. For these reasons, I reject the respondent's first argument.

The respondent also submits that any discrimination imposed by the Act is really imposed upon the appellant's mother, not upon him. No reference whatsoever to the sex of applicants themselves is made in the impugned provisions — only the sex of the applicant's parent is important. As a result, the respondent claims, the appellant is attempting to raise the infringement of someone else's rights for his own benefit. This argument was accepted by Marceau J.A. in the Federal Court of Appeal. With respect, I cannot agree. As I will now discuss, the appellant is the primary target of the sex-based discrimination mandated by the legislation, and in my opinion possesses the necessary standing to raise it before us.

It now appears to be settled law that a party cannot generally rely upon the violation of a third party's *Charter* rights: *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at p. 145; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, at p. 367. If the appellant were truly attempting to raise his mother's s. 15 rights, he would not have the requisite standing. I am not convinced, however, that he is attempting to do so. The impugned provisions of the *Citizenship Act* are not aimed at the parents of applicants but at applicants themselves. That is, they do not determine the rights of the appellant's mother to citizenship, only those of the appellant himself. His mother is implicated only because the extent of his rights is made dependent on the gender of his Canadian parent.

This is surely very different from the situations in *Edwards* and *Borowski*. The appellant in *Edwards* was attempting to invoke s. 24(2) to prevent the introduction at his trial of evidence found

en litige en l'espèce. Les récriminations de l'appellant visent uniquement le fonctionnement de la Loi actuelle et le traitement qu'elle lui applique du fait que seule sa mère était canadienne. Dans la mesure où la Loi actuelle perpétue la discrimination créée par la loi qui l'a précédée, elle peut elle-même être examinée en regard de l'art. 15, et c'est tout ce que l'appellant nous a demandé de faire. Pour ces motifs, je rejette le premier argument de l'intimé.

L'intimé soutient en outre que toute discrimination qu'imposerait la Loi est en réalité imposée à la mère de l'appellant et non à ce dernier. Les dispositions contestées ne font absolument pas mention du sexe des demandeurs — seul le sexe du parent du demandeur est important. En conséquence, de prétendre l'intimé, l'appellant tente d'invoquer, à son propre profit, la violation des droits d'une autre personne. Le juge Marceau de la Cour d'appel fédérale a retenu cet argument. En toute déférence, je ne suis pas d'accord. Comme je vais maintenant l'expliquer, l'appellant est la cible principale de la discrimination fondée sur le sexe établie par la législation, et il a, à mon avis, la qualité requise pour la contester devant nous.

Il semble maintenant bien établi en droit qu'une partie ne peut généralement pas invoquer la violation des droits garantis à un tiers par la *Charte*: *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, à la p. 145; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, à la p. 367. Si l'appellant cherchait vraiment à faire valoir les droits garantis à sa mère par l'art. 15, il n'aurait pas la qualité requise pour agir. Je ne suis toutefois pas convaincu que c'est ce qu'il tente de faire. Les dispositions contestées de la *Loi sur la citoyenneté* ne visent pas les parents des demandeurs, mais les demandeurs eux-mêmes. Elles ne déterminent pas les droits à la citoyenneté de la mère de l'appellant, mais uniquement ceux de l'appellant lui-même. La mère de l'appellant n'est concernée que parce que l'étendue des droits de celui-ci est tributaire du sexe de celui de ses parents qui est canadien.

Cette situation est certes très différente de celles en cause dans les affaires *Edwards* et *Borowski*. Dans *Edwards*, l'appellant voulait invoquer le par. 24(2) pour empêcher la production, à son procès,

77

78

79

in his girlfriend's apartment. Cory J. found that the appellant had no reasonable expectation of privacy in the apartment, and that he could therefore not rely on a breach of someone else's privacy rights to prevent evidence from being admitted at his trial. The appellant had no connection to the apartment, other than the fact that he chose to hide evidence there. The search of the apartment did not affect his rights in any way. It was, in other words, a true attempt to assert the rights of a third party. Similarly, in *Borowski*, the appellant wished to raise the rights of fetuses. He had no connection with these fetuses other than concern for their well-being, and his own rights were not implicated by the legislation in question. Again, it was a clear example of attempting to raise the rights of third-parties.

d'éléments de preuve découverts dans l'appartement de son amie. Le juge Cory a conclu que l'appelant n'avait pas d'attente raisonnable quant au respect de sa vie privée dans l'appartement en question, et qu'il ne pouvait donc pas se fonder sur la violation des droits à la vie privée d'une autre personne pour empêcher la production des éléments de preuve à son procès. L'appelant n'avait pas de lien avec l'appartement, si ce n'est qu'il avait choisi d'y cacher des éléments de preuve. La perquisition effectuée dans l'appartement n'a porté d'aucune façon atteinte à ses droits. En d'autres termes, il essayait véritablement de faire valoir les droits d'un tiers. De même, dans *Borowski*, l'appelant voulait invoquer les droits des fœtus. Il n'avait aucun lien avec ces fœtus, si ce n'est sa préoccupation pour leur bien-être, et la mesure législative en cause ne faisait pas entrer en jeu ses propres droits. Encore une fois, il s'agissait d'une tentative manifeste de faire valoir les droits de tiers.

80

In this case, on the other hand, there is a connection between the appellant's rights and the differentiation made by the legislation between men and women. The impugned provisions clearly make Mr. Benner's citizenship rights dependent upon whether his Canadian parent was male or female. In these circumstances, I do not believe permitting s. 15 scrutiny of the respondent's treatment of his citizenship application amounts to allowing him to raise the violation of another's *Charter* rights. Rather, it is simply allowing the protection against discrimination guaranteed to him by s. 15 to extend to the full range of the discrimination. This is precisely the "purposive" interpretation of *Charter* rights mandated by this Court in many earlier decisions: see, e.g., *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344; *Andrews, supra*, at p. 169. If it were not so, applicants would be unable to challenge a law which prevented them from acquiring citizenship, not because, for example, they were Italian, but because their parents were Italian. A Parliament or legislature intent on circumventing the protections of s. 15 could insulate legislation from *Charter* review by providing for this kind of indirect discrimination rather than mentioning its targets directly. I draw support for this view from several other courts that have

Par contre, en l'espèce, il existe un lien entre les droits de l'appelant et la différenciation faite entre les hommes et les femmes par les dispositions législatives contestées. Celles-ci font nettement dépendre les droits de M. Benner en matière de citoyenneté de la question de savoir si celui de ses parents qui est canadien est un homme ou une femme. Dans les circonstances, je ne crois pas que le fait de permettre l'examen, en regard de l'art. 15, de la façon dont l'intimé traite la demande de citoyenneté de l'appelant équivaut à autoriser ce dernier à invoquer la violation des droits garantis à une autre personne par la *Charte*. Cette mesure permet plutôt d'étendre la protection contre la discrimination qui est garantie à l'appelant par l'art. 15 à la pratique discriminatoire dans son ensemble. Il s'agit précisément de l'interprétation «fondée sur l'objet» des droits garantis par la *Charte* qu'a prescrite notre Cour dans bon nombre d'arrêts antérieurs: voir, par exemple, *R. c. Big M Drug Mart, Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344; *Andrews, précité*, à la p. 169. Si ce n'était pas le cas, les demandeurs n'auraient pas la possibilité de contester une loi les empêchant d'acquérir la citoyenneté non pas, par exemple, parce qu'ils sont italiens, mais parce que leurs parents l'étaient. Les législateurs fédéral ou provinciaux qui voudraient con-

reached similar conclusions, both in Canada and in the United States.

In *Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 314, the Federal Court of Appeal held that the second child of a Chinese woman could qualify for refugee status in Canada because of the treatment she would receive as a second child in China. The court recognized that persecution could occur based not on something the actual victim had done, but rather on something to do with the victim's parent. In that case, the grounds for discrimination were that the victim's parents had had a previous child. Here, they are that the appellant's mother, not father, was Canadian. Similarly, in *Elias v. U.S. Department of State*, 721 F.Supp. 243 (N.D. Cal. 1989), the court held that a statute which granted citizenship to foreign-born offspring of male U.S. citizens and foreign mothers, but not to that of female U.S. citizens and foreign fathers, violated the equal protection clause in the 14th Amendment of the U.S. Constitution. The plaintiff in that case was the child of a U.S. mother and a Canadian father, the exact reverse of the situation here. I see no reason not to adopt the approach of the U.S. court, and I accordingly reject the respondent's second argument. The appellant does not lack standing to raise the discrimination created by the impugned provisions of the *Citizenship Act*. On the contrary, he is the real target of these provisions, and the one with the most direct interest in having them subjected to *Charter* scrutiny.

I hasten to add that I do not intend by these reasons to create a general doctrine of "discrimination

tourner les garanties établies par l'art. 15 pourraient protéger des mesures législatives contre les examens fondés sur la *Charte* en établissant ce genre de discrimination indirecte au lieu de mentionner directement les cibles de la discrimination. Mon opinion à cet égard s'appuie sur les conclusions similaires qu'ont tirées plusieurs autres tribunaux, tant au Canada qu'aux États-Unis.

Dans *Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 314, la Cour d'appel fédérale a statué que le deuxième enfant d'une Chinoise était admissible au statut de réfugié au Canada en raison de la façon dont cette enfant serait traitée en Chine en qualité de deuxième enfant. La cour a reconnu qu'il pouvait y avoir persécution en raison non pas de ce que la victime véritable avait pu faire, mais plutôt d'un facteur lié au parent de la victime. Dans cette affaire, les motifs de discrimination étaient que le père et la mère de la victime avaient eu un autre enfant auparavant. En l'espèce, la discrimination est fondée sur le fait que c'était la mère de l'appelant et non son père qui était le parent canadien. De même, dans *Elias c. U.S. Department of State*, 721 F.Supp. 243 (N.D. Cal. 1989), la cour a statué que la loi accordant la citoyenneté aux enfants nés à l'étranger d'un père citoyen américain et d'une mère étrangère, mais non aux enfants nés d'une mère citoyenne américaine et d'un père étranger, violait la disposition du Quatorzième amendement de la Constitution américaine garantissant à tous l'égalité de protection de la loi. La demanderesse dans cette affaire était l'enfant d'une mère américaine et d'un père canadien, soit exactement l'inverse de la situation qui nous est soumise. Je ne vois aucune raison de ne pas adopter l'approche du tribunal américain et, en conséquence, je rejette le deuxième argument de l'intimé. L'appelant n'est pas dépourvu de la qualité requise pour soulever la discrimination créée par les dispositions contestées de la *Loi sur la citoyenneté*. Au contraire, il est la cible véritable de ces dispositions et la personne qui a l'intérêt le plus direct pour réclamer leur examen en regard de la *Charte*.

Je m'empresse d'ajouter que je n'entends pas, par les présents motifs, créer un principe général

by association". I expressly leave this question to another day, since it is not necessary to address it in order to deal with this appeal. The link between child and parent is of a particularly unique and intimate nature. A child has no choice who his or her parents are. Their nationality, skin colour, or race is as personal and immutable to a child as his or her own. In *Miron, supra*, McLachlin J. wrote at p. 495 that the fundamental consideration in identifying analogous grounds under s. 15 is:

... whether the characteristic may serve as an irrelevant basis of exclusion and a denial of essential human dignity in the human rights tradition. In other words, may it serve as a basis for unequal treatment based on stereotypical attributes ascribed to the group, rather than on the true worth and ability or circumstances of the individual?

83 One indicator suggested by McLachlin J. that a characteristic may be able to serve as a basis for such unequal treatment is the personal nature of the characteristic. As McIntyre J. wrote at pp. 174-75 in *Andrews, supra*:

Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

84 This was echoed in the reasons of Cory J. and myself in *Egan, supra*, at p. 599, and also those of Gonthier J. in *Miron, supra*, at p. 435. Cory J. and I wrote that the main issue underlying the analogous grounds analysis was "whether the basis of distinction may serve to deny the essential human dignity of the *Charter* claimant". I agree with McLachlin J. that the personal or immutable nature of a characteristic may indicate that it falls into this category. While this case is not, strictly speaking, about analogous grounds but rather the extension of standing to raise discrimination upon an enumerated ground, I believe similar considerations

de «discrimination par association». Je laisse expressément l'examen de cette question à une autre occasion, car il n'est pas nécessaire d'y répondre pour trancher le présent pourvoi. Le lien entre un enfant et son père ou sa mère a un caractère particulièrement unique et intime. L'enfant ne choisit pas ses parents. Leur nationalité, leur couleur ou leur race sont des caractéristiques tout aussi personnelles et immuables pour l'enfant que si elles étaient les siennes propres. Dans *Miron*, précité, le juge McLachlin a écrit, à la p. 495, que la question fondamentale qu'il faut se poser pour identifier les motifs analogues visés par l'art. 15 est celle de savoir:

... si cette caractéristique peut servir de motif non pertinent d'exclusion et de négation de la dignité humaine essentielle dans la tradition des droits de la personne. En d'autres termes, cette caractéristique peut-elle servir de base à un traitement inégal fondé sur des caractéristiques stéréotypées attribuées au groupe concerné, plutôt que sur les véritables mérites et capacités de la personne ou sur les circonstances qui lui sont propres?

L'un des indicateurs proposés par le juge McLachlin pour déterminer si une caractéristique peut servir de base à pareil traitement inégal est la nature personnelle de la caractéristique en cause. Comme a écrit le juge McIntyre, aux pp. 174 et 175, dans *Andrews*, précité:

Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et les capacités d'un individu le sont rarement.

Ce raisonnement a trouvé écho dans les motifs que le juge Cory et moi-même avons exposés dans *Egan*, précité, à la p. 599, ainsi que dans ceux du juge Gonthier dans l'arrêt *Miron*, précité, à la p. 435. Le juge Cory et moi avons écrit que la principale question qui sous-tend l'analyse des motifs analogues est celle de «savoir si le fondement de la distinction peut servir à priver le requérant de sa dignité humaine essentielle». Je suis d'accord avec le juge McLachlin que la nature personnelle et immuable d'une caractéristique peut indiquer qu'elle appartient à cette catégorie. Bien que la présente affaire ne porte pas, à strictement parler,

may nevertheless be applied, in keeping with what McLachlin J. called in *Miron*, *supra*, at pp. 486-87, "the overarching purpose" of the s. 15 guarantee of equality, namely:

... to prevent the violation of human dignity and freedom by imposing limitations, disadvantages or burdens through the stereotypical application of presumed group characteristics rather than on the basis of individual merit, capacity, or circumstance.

Where access to benefits such as citizenship is restricted on the basis of something so intimately connected to and so completely beyond the control of an applicant as the gender of his or her Canadian parent, that applicant may, in my opinion, invoke the protection of s. 15. As Linden J.A. noted in dissent in the Federal Court of Appeal, at p. 277, "[i]n this situation, the discrimination against the mother is unfairly visited upon the child. This is surely as unjust as if the discrimination were aimed at the child directly".

In fact, as I stated above, the guarantees of s. 15 regarding race, skin colour, or ethnic background could otherwise be rendered nugatory by consistently making the parent of the actual target the focus of discrimination rather than the target him- or herself. Whether, however, this analysis should extend to cover situations where, for example, the association is voluntary rather than involuntary, or where the characteristic of the parent in question upon which the differential treatment is founded is not an enumerated or analogous ground are questions for another day.

McLachlin J. pointed out in *Miron*, *supra*, that stereotypes play a large role in determining when differential treatment will constitute unconstitutional discrimination. In order to be successful, my colleague stated (at p. 485), a s. 15 applicant must show not only unequal treatment resting upon an

sur les motifs analogues, mais plutôt sur l'extension à certaines personnes de la qualité requise pour se plaindre de discrimination fondée sur un motif énuméré, je crois que des considérations similaires peuvent néanmoins être appliquées, en conformité avec ce que le juge McLachlin a, dans *Miron*, précité, à la p. 487, appelé «l'objectif général» du droit à l'égalité garanti par l'art. 15, savoir:

... empêcher la violation de la dignité et de la liberté de la personne par l'imposition de restrictions, de désavantages ou de fardeaux fondés sur une application stéréotypée de présumées caractéristiques de groupe plutôt que sur les mérites ou capacités d'une personne ou encore sur les circonstances qui lui sont propres.

Lorsque l'accès à des avantages tels que la citoyenneté est restreint pour un motif aussi intimement lié à un demandeur et aussi indépendant de sa volonté que le sexe de celui de ses parents qui est canadien, le demandeur peut, à mon avis, invoquer la protection de l'art. 15. Comme l'a souligné le juge Linden, dans sa dissidence en Cour d'appel fédérale, à la p. 277, «[d]ans ce cas, la discrimination contre la mère est injustement portée sur l'enfant. Pareille discrimination est certainement aussi injuste que si elle vise l'enfant directement».

En fait, comme je l'ai affirmé précédemment, les garanties établies par l'art. 15 relativement à la race, à la couleur ou à l'origine ethnique pourraient autrement être neutralisées si la discrimination était constamment axée non pas sur sa cible réelle, mais plutôt sur le père ou la mère de la personne visée. Toutefois, nous examinerons à une autre occasion la question de savoir si cette analyse devrait s'étendre aux situations dans lesquelles, par exemple, l'association d'une personne à un groupe est volontaire plutôt qu'involontaire, ou dans lesquelles la caractéristique appartenant au père ou à la mère et sur laquelle est fondé le traitement différent n'est pas un motif énuméré ou analogue.

Dans *Miron*, précité, le juge McLachlin a souligné que les stéréotypes jouent un rôle important dans la détermination des cas où un traitement différent constitue une discrimination inconstitutionnelle. Ma collègue a déclaré (à la p. 485) que, pour avoir gain de cause, la personne qui invoque

85

86

87

enumerated or analogous ground, but also “that the unequal treatment is based on the stereotypical application of presumed group or personal characteristics”.

l’art. 15 doit démontrer non seulement que le traitement inégal repose sur un motif énuméré ou analogue, mais également «que le traitement inégal est fondé sur l’application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe».

88

As I noted earlier, the respondent suggested that any unequal treatment in the impugned legislation is not due to stereotypical reasoning on the part of Parliament, but rather to the distinctions already made between children of Canadian mothers and those of Canadian fathers in the original *Citizenship Act*. Parliament wanted to address this inequity but also wanted to ensure the safety of existing Canadian citizens. It therefore chose to require an oath of allegiance and a security check from those children of Canadian mothers born before February 15, 1977, who wished to become citizens under the new Act. The respondent suggested that Parliament could not require this of children of Canadian fathers born before this date because they already had citizenship rights pursuant to the old Act, and to require them retroactively to apply for citizenship would invite constitutional challenge. The differential treatment of children with Canadian mothers as opposed to those with Canadian fathers is therefore, according to the respondent, a product of historical legislative circumstance, not of discriminatory stereotypical thinking.

Comme je l’ai mentionné précédemment, l’intimé a laissé entendre que tout traitement inégal prévu par les dispositions législatives contestées n’est pas imputable à un raisonnement stéréotypé de la part du législateur, mais plutôt à des distinctions déjà établies par la *Loi sur la citoyenneté* originale entre les enfants nés d’une mère canadienne et ceux nés d’un père canadien. Le Parlement a voulu corriger cette iniquité mais aussi assurer la sécurité des personnes qui sont déjà des Canadiens. Il a donc décidé d’exiger des enfants qui sont nés d’une mère canadienne avant le 15 février 1977 et qui désirent obtenir la citoyenneté sous le régime de la nouvelle Loi qu’ils prêtent un serment d’allégeance et se soumettent à une enquête de sécurité. L’intimé a plaidé que le Parlement ne pouvait imposer ces exigences aux enfants nés avant cette date d’un père canadien parce que ces enfants avaient déjà des droits en matière de citoyenneté en vertu de l’ancienne Loi, et que le fait de leur imposer rétroactivement l’obligation de demander la citoyenneté inviterait les contestations constitutionnelles. Le traitement différent appliqué aux enfants nés d’une mère canadienne par rapport à ceux nés d’un père canadien serait donc, selon la thèse de l’intimé, le produit d’événements législatifs historiques et non d’une attitude discriminatoire stéréotypée.

89

Even if what the respondent suggested were the case, I do not believe it is relevant in this appeal to deciding whether or not the impugned provisions are discriminatory. Surely the old Act embodied precisely the stereotypes contemplated by McLachlin J. in *Miron*, *supra*. For reasons never justified before a court, women were deemed incapable of passing their citizenship to their children unless there was no legitimate father from whom the child could acquire citizenship. The 1977 Act increased access to citizenship for children of Canadian mothers, but it maintained the distinction between children born of Canadian mothers and

Même si les prétentions de l’intimé étaient avérées, je ne crois pas qu’elles soient pertinentes, dans le cadre du présent pourvoi, pour trancher la question de savoir si les dispositions contestées sont discriminatoires. Il ne fait aucun doute que l’ancienne Loi incorporait précisément le genre de stéréotypes envisagés par le juge McLachlin dans *Miron*, précité. Pour des motifs qui n’ont jamais été justifiés devant les tribunaux, les femmes étaient réputées incapables de transmettre leur citoyenneté à leurs enfants, sauf dans les cas où il n’y avait pas de père légitime pouvant leur transmettre la sienne. La Loi de 1977 a facilité l’accès à

those born of Canadian fathers. By maintaining this distinction, it seems to me that the legislation maintained the stereotype.

The current Act continues to establish two classes of persons born abroad wishing to become citizens: those whose Canadian parent was male and those whose Canadian parent was female. I fail to see how the motivation behind Parliament's decision to maintain a discriminatory denial of equal treatment can make the continued denial any less discriminatory. This legislation continues to suggest that, at least in some cases, men and women are not equally capable of passing on whatever it takes to be a good Canadian citizen. In fact, it suggests that children of Canadian mothers may be more dangerous than those of Canadian fathers, since only the latter are required to undergo an oath and security check. Parliament's reasoning in deciding to maintain the differential treatment established by the earlier Act may be relevant to s. 1 analysis, but I do not believe that it affects the legislation's status under s. 15.

For the above reasons, I conclude that the impugned provisions of the *Citizenship Act* are indeed discriminatory and violate s. 15 of the *Charter*. I now turn to s. 1 and consider whether this violation is demonstrably justifiable in a free and democratic society.

D. *Justification Under Section 1*

The general principles governing s. 1 analysis have been set out many times since the leading case of *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and they were recently re-stated in *Egan, supra*, at p. 605:

la citoyenneté aux enfants nés d'une mère canadienne, mais elle a maintenu la distinction entre les enfants nés d'une mère canadienne et ceux nés d'un père canadien. En maintenant cette distinction, il me semble que la loi a maintenu le stéréotype.

La Loi actuelle répartit-elle aussi en deux catégories les personnes nées à l'étranger qui désirent devenir citoyens: celles nées d'un père canadien et celles nées d'une mère canadienne. Je ne vois pas en quoi les motifs à l'origine de la décision du Parlement de maintenir une négation discriminatoire du droit à l'égalité de traitement peut atténuer le caractère discriminatoire de cette négation. Ces mesures législatives continuent de suggérer que, à tout le moins dans certains cas, les hommes et les femmes n'ont pas une capacité égale de transmettre à leurs enfants ce qu'il faut pour être un bon citoyen canadien. En fait, elles laissent entendre que les enfants nés d'une mère canadienne pourraient être plus dangereux que ceux nés d'un père canadien, étant donné que seuls les premiers sont tenus de prêter serment et de se soumettre à une enquête de sécurité. Il est possible que le raisonnement qu'a appliqué le Parlement lorsqu'il a décidé de maintenir le traitement différent établi par la Loi antérieure soit pertinent dans le cadre d'un examen fondé sur l'article premier, mais je ne crois pas qu'il ait une incidence sur la validité des mesures législatives en regard de l'art. 15.

Pour les motifs qui précèdent, je conclus que les dispositions contestées de la *Loi sur la citoyenneté* sont effectivement discriminatoires et violent l'art. 15 de la *Charte*. Je vais maintenant passer à l'analyse fondée sur l'article premier et déterminer si cette violation peut être justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique.

D. *La justification en vertu de l'article premier*

Les principes généraux régissant l'analyse fondée sur l'article premier ont été exposés à maintes reprises depuis l'arrêt de principe en la matière *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et réitérés récemment dans *Egan*, précité, (à la p. 605):

90

91

92

A limitation to a constitutional guarantee will be sustained once two conditions are met. First, the objective of the legislation must be pressing and substantial. Second, the means chosen to attain this legislative end must be reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society. In order to satisfy the second requirement, three criteria must be satisfied: (1) the rights violation must be rationally connected to the aim of the legislation; (2) the impugned provision must minimally impair the *Charter* guarantee; and (3) there must be a proportionality between the effect of the measure and its objective so that the attainment of the legislative goal is not outweighed by the abridgement of the right. In all s. 1 cases the burden of proof is with the government to show on a balance of probabilities that the violation is justifiable.

93 While the legislation in question here passes the first of these conditions, I believe that it fails on the first branch of the second — rational connection — and is therefore not justified under s. 1.

94 The appellant accepted that the objectives of the impugned provisions — to provide access to citizenship while establishing a commitment to Canada and safeguarding the security of its citizens — were sufficiently pressing and substantial to warrant limiting a *Charter* right. I believe he was correct to do so. Ensuring that potential citizens are committed to Canada and do not pose a risk to the country are pressing and substantial objectives.

95 I do not see, however, how these goals are reasonably advanced by the two-tiered application system created by the impugned provisions. The respondent submitted that requiring an oath and a security check are perfectly rational ways of ensuring that those who become citizens share our commitment to Canada and that they do not pose a threat to national security. Linden J.A. accepted this argument in the Federal Court of Appeal. With respect, I must disagree. The relevant question is whether the discrimination is rationally connected to the legislative objectives. We must therefore ask

L'atteinte à une garantie constitutionnelle sera validée à deux conditions. Dans un premier temps, l'objectif de la loi doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles. Dans un deuxième temps, le moyen utilisé pour atteindre l'objectif législatif doit être raisonnable et doit pouvoir se justifier dans une société libre et démocratique. Cette seconde condition appelle trois critères: (1) la violation des droits doit avoir un lien rationnel avec l'objectif législatif; (2) la disposition contestée doit porter le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte*, et (3) il doit y avoir proportionnalité entre l'effet de la mesure et son objectif de sorte que l'atteinte au droit garanti ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif. Dans le contexte de l'article premier, il incombe toujours au gouvernement de prouver selon la prépondérance des probabilités que la violation peut se justifier.

Bien que les mesures législatives en cause satisfassent à la première de ces conditions, je crois qu'elles ne sont pas conformes au premier volet de la deuxième — le lien rationnel — et qu'elles ne sont donc pas justifiées en vertu de l'article premier.

L'appelant a reconnu que les objectifs visés par les dispositions contestées — donner accès à la citoyenneté tout en s'assurant de l'engagement des intéressés envers le Canada et en préservant la sécurité de ses citoyens — étaient suffisamment urgents et réels pour justifier la limitation d'un droit garanti par la *Charte*. Je crois qu'il a eu raison de le reconnaître. Le fait de s'assurer de l'engagement envers le Canada des candidats à la citoyenneté et le fait de s'assurer qu'ils ne constituent pas un risque pour le pays sont des objectifs urgents et réels.

Je ne vois toutefois pas comment le régime de demande à deux niveaux créé par les dispositions contestées peut raisonnablement favoriser la réalisation de ces objectifs. L'intimé a soutenu que l'obligation de prêter serment et celle de se soumettre à une enquête de sécurité sont des moyens parfaitement rationnels de s'assurer que les personnes qui deviennent citoyens canadiens partagent notre engagement envers le Canada et qu'elles ne constituent pas une menace pour la sécurité nationale. Le juge Linden de la Cour d'appel fédérale a retenu cet argument. En toute défé-

not whether it is reasonable to demand that prospective citizens swear an oath and undergo a security check before being granted citizenship, but whether it is reasonable to make these demands only of children of Canadian mothers, as opposed to those of Canadian fathers. There is clearly no inherent connection between this distinction and the desired legislative objectives: children of Canadian mothers are not in and of themselves less committed or more dangerous than those of Canadian fathers. The respondent nevertheless suggested several reasons why, in the circumstances, the distinction was a reasonable way to seek the desired objectives. I will deal with these suggestions in turn.

The respondent argued that to have retroactively extended citizenship rights in 1977 to children already born abroad of Canadian mothers could have caused difficulties for those children by interfering with rights or duties of citizenship they already held in other countries. It was therefore reasonable to make the granting of Canadian citizenship to these children dependent upon first receiving an application. I see the respondent's point, but s. 4(3) of the Act clearly demonstrates that citizenship based on lineage was never imposed automatically, even on children of Canadian fathers. The section reads as follows:

4. . . .

(3) For the purposes of paragraph 3(1)(e), a person otherwise entitled under paragraph 5(1)(b) of the former Act to become a citizen immediately before February 15, 1977 remains so entitled notwithstanding that his birth is registered, after February 14, 1977, in accordance with the regulations made under the former Act,

(a) within two years after the occurrence of his birth; or

(b) within such extended period as the Minister may authorize after February 15, 1977 or has authorized before that date.

rence, je dois exprimer mon désaccord. La question pertinente est celle de savoir si la discrimination a un lien rationnel avec les objectifs législatifs. Nous devons donc nous demander non pas s'il est raisonnable de demander aux éventuels citoyens de prêter serment et de se soumettre à une enquête de sécurité avant de leur attribuer la citoyenneté, mais plutôt s'il est raisonnable de l'exiger uniquement des enfants nés d'une mère canadienne, et non de ceux nés d'un père canadien. Il n'y a manifestement aucun lien inhérent entre cette distinction et les objectifs législatifs poursuivis: les enfants nés d'une mère canadienne ne sont pas, par nature, moins engagés envers le pays ou plus dangereux que ceux nés d'un père canadien. L'intimé a néanmoins suggéré plusieurs raisons pour lesquelles, dans les circonstances, cette distinction était un moyen raisonnable d'atteindre les objectifs visés. Je vais examiner chacune de ces raisons à tour de rôle.

L'intimé a prétendu que si, en 1977, on avait conféré rétroactivement des droits à la citoyenneté aux enfants déjà nés à l'étranger d'une mère canadienne, une telle mesure aurait pu causer à ces enfants des problèmes d'incompatibilité avec les droits et devoirs qu'ils avaient déjà en tant que citoyens d'autres pays. Il était donc raisonnable d'assujettir la reconnaissance de la citoyenneté canadienne à ces enfants à la présentation d'une demande. Je comprends l'argument de l'intimé, mais le par. 4(3) de la Loi démontre clairement que la citoyenneté fondée sur la filiation n'a jamais été imposée d'office, même aux enfants nés d'un père canadien. Cette disposition est rédigée ainsi:

4. . . .

(3) Pour l'application de l'alinéa 3(1)e), la personne qui est par ailleurs, en application de l'alinéa 5(1)b) de l'ancienne loi, habile, au 14 février 1977, à devenir citoyen, le demeure même si sa naissance est enregistrée après cette date, conformément aux règlements pris en vertu de l'ancienne loi:

a) dans les deux ans suivant sa naissance;

b) dans le délai plus long accordé par le ministre même après le 15 février 1977.

97

Section 5(1)(b) of the 1947 Act required the birth of a child of a Canadian father to be registered (within either two years of the birth or an extended period authorized by the Minister) in order to claim citizenship. If for whatever reason Canadian citizenship was not desired, the birth would simply never be registered. Section 4(3) of the current Act carries this registration requirement forward. A child born before February 15, 1977 of a Canadian father who currently does not wish to become a Canadian citizen does not have to — he or she can simply refrain from registering his or her birth.

98

Treating children born abroad of Canadian mothers similarly to those born abroad of Canadian fathers would therefore not have caused any undesirable retroactive effects. Had the 1977 legislation extended the rights granted to children of Canadian fathers to people in Mr. Benner's situation, anyone not wanting Canadian citizenship would have had the option of simply not registering his or her birth. Only those children born abroad of Canadian mothers willing to take on Canadian citizenship would have it. Accordingly, I reject this submission.

99

The respondent also suggested that Parliament was unable in 1977 to rescind retroactively citizenship rights of children of Canadian fathers by requiring them to undergo an oath and security check, and that it was therefore reasonable to institute these protective measures where it could, that is, for children of Canadian mothers.

100

Even if this were true, however, and Parliament could not have required children born abroad of Canadian fathers before February 15, 1977, to undergo the oath and security check, the current Act does not require these procedures for any children of a Canadian parent born abroad after that date, no matter how old the children are. That is, of the three "classes" of applicants contemplated by the impugned provisions — children born abroad of Canadian mothers before February 15, 1977, children born abroad of Canadian fathers before

L'alinéa 5(1)(b) de la Loi de 1947 exigeait que la naissance d'un enfant d'un père canadien soit enregistrée (dans les deux ans suivant la naissance ou au cours de la période prolongée autorisée par le ministre) pour que la citoyenneté puisse être revendiquée. Si, pour quelque raison que ce soit, l'intéressé ne désirait pas la citoyenneté canadienne, il suffisait de ne pas enregistrer sa naissance. Le paragraphe 4(3) de la Loi actuelle a maintenu cette obligation d'enregistrement. Si un enfant né avant le 15 février 1977 d'un père canadien ne souhaite pas actuellement devenir citoyen canadien, il n'est pas obligé de le devenir — il n'a simplement qu'à s'abstenir d'enregistrer sa naissance.

Le fait de traiter de la même manière les enfants nés à l'étranger d'une mère canadienne et ceux nés d'un père canadien n'aurait donc entraîné aucun effet rétroactif indésirable. Si la loi de 1977 avait étendu les droits conférés aux enfants nés d'un père canadien aux personnes dans la situation de M. Benner, quiconque n'aurait pas voulu devenir citoyen canadien aurait eu la faculté de tout simplement s'abstenir d'enregistrer sa naissance. Seuls les enfants nés à l'étranger d'une mère canadienne et désirant acquérir la citoyenneté canadienne se la verraient reconnaître. En conséquence, je rejette cet argument.

L'intimé a également soutenu que le Parlement ne pouvait, en 1977, abroger rétroactivement les droits à la citoyenneté des enfants nés d'un père canadien en les obligeant à prêter serment et à se soumettre à une enquête de sécurité, et qu'il était en conséquence raisonnable d'établir les mesures de protection qu'il pouvait prendre, c'est-à-dire à l'égard des enfants nés d'une mère canadienne.

Toutefois, même si cela était vrai, et si le Parlement ne pouvait pas obliger les enfants nés à l'étranger d'un père canadien, avant le 15 février 1977, à prêter serment et à se soumettre à une enquête de sécurité, la Loi actuelle n'impose pas ces formalités aux enfants nés à l'étranger, après cette date, d'une mère ou d'un père canadiens, quel que soit l'âge des enfants. Ainsi, des trois «catégories» de demandeurs visés par les dispositions contestées — les enfants nés à l'étranger d'une mère canadienne avant le 15 février 1977, les enfants

that date, and children born abroad of either Canadian parent after that date — only the first is deemed a potential threat to national security such that an oath and security check are necessary before citizenship can be granted. A 20-year-old applicant born in 1977 can come to Canada having spent his whole life abroad and claim citizenship based on his Canadian lineage. If this applicant does not pose a potential threat to the goals of the *Citizenship Act*, I find it difficult to see why someone in the affected class does. I cannot, therefore, find a rational connection between the stated objectives of the impugned legislation and the decision to require an oath and security check only from children born abroad of Canadian mothers prior to 1977.

Even assuming without deciding that the legislation would withstand analysis on the basis of minimal impairment, it therefore founders on the shoals of rational connection. While it is not necessary to decide this in order to dispose of the appeal, I suspect that it would also fail the proportionality test in the third branch of the second criterion. It would, in my opinion, be difficult to justify a *Charter* violation as proportional to the attainment of an objective when Parliament does not even feel the violation is necessary in order to obtain that objective. In conclusion, the impugned provisions do not meet the requirements of the *Oakes* test and are accordingly not saved by s. 1.

I note that the appellant argued that even if the *Charter* cannot be applied to his case, the impugned provisions nevertheless fall afoul of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, App. III. In light of my conclusions regarding the applicability

nés à l'étranger d'un père canadien avant cette date et les enfants nés à l'étranger d'une mère ou d'un père canadiens après cette date — seuls les membres de la première catégorie sont réputés constituer, du point de vue de la sécurité nationale, une menace potentielle telle qu'il est nécessaire de leur faire prêter serment et de les soumettre à une enquête de sécurité avant de leur accorder la citoyenneté. Un demandeur âgé de 20 ans, né en 1977, peut venir au Canada après avoir passé toute sa vie à l'étranger et revendiquer la citoyenneté en invoquant sa filiation canadienne. Si ce demandeur ne constitue pas une menace potentielle pour les objectifs visés par la *Loi sur la citoyenneté*, j'ai de la difficulté à imaginer en quoi une personne appartenant à la catégorie touchée par les dispositions contestées constituerait une telle menace. Je ne peux donc pas conclure à l'existence d'un lien rationnel entre les objectifs avoués des dispositions législatives contestées et la décision d'imposer la prestation du serment et l'enquête de sécurité uniquement aux enfants nés à l'étranger d'une mère canadienne avant 1977.

Même en supposant, sans pour autant trancher la question, que les mesures législatives en cause résisteraient à l'analyse fondée sur le critère de l'atteinte minimale, elles tomberaient à l'étape du lien rationnel. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de statuer sur ce point pour trancher le présent pourvoi, je soupçonne qu'elles échoueraient également à l'étape de la proportionnalité, au troisième volet du deuxième critère. Il serait difficile, à mon avis, de justifier une atteinte à un droit garanti par la *Charte* pour le motif qu'elle serait proportionnelle à l'objectif poursuivi, alors que le législateur n'estime même pas cette violation nécessaire à la réalisation de cet objectif. En conclusion, les dispositions contestées ne satisfont pas aux exigences du critère établi dans *Oakes*, et elles ne sont en conséquence pas sauvegardées par l'article premier.

Je souligne que l'appelant a plaidé que, même si la *Charte* ne peut être appliquée à sa situation, les dispositions contestées sont néanmoins contraires à la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), app. III. Compte tenu de mes conclusions

of the *Charter* and its effect on the challenged legislation, there is no need to address this issue.

6. Remedy

103 The differential treatment of children born abroad before February 15, 1977, of Canadian mothers under the *Citizenship Act* and *Regulations* violates s. 15(1) of the *Charter* and is not saved by s. 1. It is the intention of these reasons to declare the legislation in question of no force or effect in so far as it authorizes this differential treatment: *Constitution Act, 1982*, s. 52.

104 I recognize that by taking this course, I am giving to children of Canadian mothers the access to citizenship granted by Parliament only to children of Canadian fathers. An alternative remedy would have been to read down the law and make all applicants for Canadian citizenship by lineage subject to the oath and security check, regardless of who their Canadian parent was. Given that the Act does not require children born after February 14, 1977, to undergo these procedures, however, I am confident that the course I have taken interferes far less with the overall legislative scheme introduced by Parliament than would this alternative remedy: see *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

105 I would therefore declare those provisions which make applicants under s. 5(2)(b) subject to oaths, security and criminal record checks not required of children born abroad of Canadian fathers before February 15, 1977, inapplicable to these s. 5(2)(b) applicants. However, because the parties were jointly unable to specify all the legislative provisions which could be affected by this constitutional challenge, the Court will remain seized of the case in the hope that the parties will now use their best efforts to agree quickly on the precise terms of the order. Following their agreement, the order will be incorporated into these reasons. Should the parties

sur l'applicabilité de la *Charte* et ses effets sur les mesures législatives contestées, il n'est pas nécessaire d'examiner cette question.

6. La réparation

Le traitement différent dont font l'objet, en vertu du *Règlement* et de la *Loi sur la citoyenneté*, les enfants qui sont nés d'une mère canadienne avant le 15 février 1977 viole le par. 15(1) de la *Charte*, et il n'est pas sauvegardé par l'article premier. Les présents motifs ont pour objet de déclarer que les dispositions législatives en cause sont inopérantes dans la mesure où elles autorisent ce traitement différent: *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.

Je reconnais qu'en empruntant cette voie, j'accorde aux enfants nés d'une mère canadienne l'accès à la citoyenneté que le Parlement n'a attribué qu'aux enfants nés d'un père canadien. Une autre réparation possible aurait été de donner une interprétation atténuée à la loi et d'obliger toutes les personnes qui demandent la citoyenneté canadienne par filiation à prêter serment et à se soumettre à une enquête de sécurité, peu importe qui de leur père ou de leur mère est canadien. Toutefois, comme la Loi n'oblige pas les enfants nés après le 14 février 1977 à se soumettre à ces formalités, je suis certain que la solution que j'ai retenue a un impact beaucoup moins grand sur l'ensemble du régime législatif établi par le Parlement que celui qu'aurait eu cette autre réparation: voir *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

En conséquence, je suis d'avis de déclarer inapplicables aux demandeurs visés par l'al. 5(2)b) les dispositions qui leur imposent le serment, l'enquête de sécurité et la vérification de leurs antécédents judiciaires, obligations auxquelles ne sont pas assujettis les enfants nés à l'étranger d'un père canadien avant le 15 février 1977. Cependant, comme les parties n'ont pas réussi à préciser ensemble toutes les dispositions législatives qui pourraient être touchées par la présente contestation constitutionnelle, la Cour demeurera saisie de l'affaire, dans l'espoir que les parties s'efforceront maintenant de convenir rapidement du libellé précis de l'ordonnance. Lorsqu'elles se seront ainsi entendues, l'ordonnance sera intégrée aux présents

remain unable to agree, future submissions may be required.

I would answer the three constitutional questions as follows:

1. Do ss. 3(1)(e), 5(2)(b), and 22 of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, and s. 20 of the *Citizenship Regulations*, C.R.C., c. 400, violate, in whole or in part, s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in so far as they impose more onerous requirements on those claiming Canadian citizenship based on maternal lineage than on those claiming Canadian citizenship based on paternal lineage?

Answer: Yes.

2. If the answer to (1) is “yes”, do ss. 3(1)(e), 5(2)(b), and 22 of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, and s. 20 of the *Citizenship Regulations*, C.R.C., c. 400, constitute a reasonable limit prescribed by law pursuant to s. 1 of the *Charter*?

Answer: No.

3. Do ss. 3(1)(e), 5(2)(b), and 22 of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, and s. 20 of the *Citizenship Regulations*, C.R.C., c. 400, infringe, in whole or in part, the right contained in s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, App. III, in so far as they impose more onerous requirements on those claiming Canadian citizenship based on maternal lineage than on those claiming Canadian citizenship based on paternal lineage?

Answer: It is not necessary to answer this question.

7. Disposition

The appeal is allowed with costs throughout. The judgment of the Federal Court of Appeal is set aside and the following order is substituted therefor: the decision of the Registrar of Canadian Citizenship dated October 17, 1989, rejecting the appellant's application for citizenship is hereby quashed; and the Registrar is directed to deal with his application in accordance with these reasons. The Court remains seized of the matter pending submissions from the parties as to the precise

motifs. Si les parties demeuraient incapables de s'entendre, des observations additionnelles pourraient être requises.

Je suis d'avis de répondre ainsi aux trois questions constitutionnelles:

1. Les alinéas 3(1)e) et 5(2)b) et l'art. 22 de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, et l'art. 20 du *Règlement sur la citoyenneté*, C.R.C., ch. 400, en tout ou en partie, violent-ils le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans la mesure où ils imposent des exigences plus sévères aux personnes qui demandent la citoyenneté canadienne en se fondant sur la filiation maternelle qu'à celles qui le font en se fondant sur la filiation paternelle?

Réponse: Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, les al. 3(1)e) et 5(2)b) et l'art. 22 de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, et l'art. 20 du *Règlement sur la citoyenneté*, C.R.C., ch. 400, constituent-ils une limite raisonnable prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte*?

Réponse: Non.

3. Les alinéas 3(1)e) et 5(2)b) et l'art. 22 de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, et l'art. 20 du *Règlement sur la citoyenneté*, C.R.C., ch. 400, en tout ou en partie, violent-ils le droit inclus à l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), app. III, dans la mesure où ils imposent des exigences plus sévères aux personnes qui demandent la citoyenneté canadienne en se fondant sur la filiation maternelle qu'à celles qui le font en se fondant sur la filiation paternelle?

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

7. Le dispositif

Le pourvoi est accueilli avec dépens dans toutes les cours. L'arrêt de la Cour d'appel fédérale est annulé et remplacé par l'ordonnance suivante: la décision du greffier de la citoyenneté canadienne datée du 17 octobre 1989, rejetant la demande de citoyenneté de l'appelant, est annulée; le greffier doit traiter cette demande en conformité avec les présents motifs. La Cour demeure saisie de l'affaire jusqu'à ce que les parties lui présentent leurs observations concernant la nature précise de l'or-

nature of the order that the Court should make regarding the effect of these reasons on specific provisions of the legislation in question.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Clark, Wilson, Vancouver.

Solicitor for the respondents: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the interveners: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

donnance que la Cour doit rendre quant à l'effet des présents motifs sur certaines dispositions de la loi en cause.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Clark, Wilson, Vancouver.

Procureur des intimés: Le procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacré-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 3, 1997 Vol. 1

3^e cahier, 1997 Vol. 1

Cited as [1997] 1 S.C.R. 411-605

Renvoi [1997] 1 R.C.S. 411-605

Published pursuant to the Supreme Court Act by

ANNE ROLAND, LL.L.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director, Law Reports
ODILE CALDER

Editors
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Canadian Government Publishing Centre, Canada Communication Group, Ottawa, Canada, K1A 0S9, together with the old address.

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1997.

CONTENTS

Canada v. Barrientos 531

Extradition — Extraditable offence — "Punishable" — Accused wanted in U.S. for immigration offences — Extradition crimes limited to those punishable by mandatory imprisonment in excess of one year — Similar offences in Canada punishable by fine or imprisonment under 2 years or both — Offence extraditable — "Punishable" meaning "subject to" punishment.

R. v. Buric..... 535

Criminal law — Trial — Evidence — Trial judge excluding key Crown witness from testifying on ground that his evidence was tainted — Accused acquitted of first degree murder — Trial judge erring in concluding that tainting was question of admissibility rather than weight — Court of Appeal judgment ordering new trial upheld.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND, LL.L.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

Arrêtistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Réviseurs
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Groupe communication Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1997.

SOMMAIRE

Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp. 411

Couronne — Priorité de rang — Retenues sur la paye d'employés non versées par la compagnie sous séquestre — Biens figurant dans l'inventaire de la compagnie assujettis à un privilège fixe et à une garantie de la Loi sur les banques — La banque avait-elle priorité de rang sur la fiducie légale constituée en faveur de Sa Majesté relativement au produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire — Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 427 — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.), art. 153, 227(4), (5) — Personal Property Security Act, S.A. 1988, ch. P-4.05, art. 28(1).

Banques et opérations bancaires — Garantie — Biens figurant dans l'inventaire de la compagnie assujettis à un privilège fixe et à une garantie de la Loi sur les banques — Retenues sur la paye d'employés non versées par la compagnie sous séquestre

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

R. v. Curragh Inc...... 537

Criminal law — Trial — Reasonable apprehension of bias — Trial judge making private phone call to head of public prosecution service asking for removal of lead Crown counsel from case otherwise he would take steps to “secure that end” — Trial judge denying Crown’s motion for recusal and later allowing accused’s motion for stay of proceedings on manslaughter charges on basis of Crown’s failure to disclose relevant evidence — Whether trial judge’s conduct and words creating reasonable apprehension of bias.

Criminal law — Costs — Delays and legal costs incurred arising from systemic problems beyond control of accused — Problems largely occasioned by trial judge’s conduct which gave rise to apprehension of bias — Accused should recover their reasonable legal costs of proceedings to date and be paid reasonable legal costs incurred in new trial.

R. v. Hahnuck 533

Criminal law — Full answer and defence — Accused appealing his conviction for first degree murder on ground that he was denied right to make full answer and defence by ineffective representation of counsel — Conviction upheld.

R. v. Haroun..... 593

Criminal law — Trial — Charge to jury — Reasonable doubt — Whether trial judge’s charge on evidence and on assessment of testimony of accused and defence witnesses misled jury.

R. v. Melnichuk..... 602

Criminal law — Trial — Procedure — Reply evidence — Whether Crown erroneously permitted to call reply evidence in breach of collateral fact rule — If so, whether no substantial wrong or miscarriage of justice occasioned by reply evidence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Criminal law — Trial — Fraud — Presentation of Crown case — Reply evidence admitted to rebut accused’s allegation that mortgage was to be second mortgage — Whether Crown improperly splitting its case.

Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp. 411

Crown — Priority — Employee source deductions not paid by company in receivership — Company’s inventory subject to fixed charge and to Bank Act security — Whether bank had priority to proceeds of sale of inventory over statutory trust in favour of Her Majesty — Bank Act, S.C. 1991, c. 46, s. 427 — Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 153, 227(4), (5) — Personal Property Security Act, S.A. 1988, c. P-4.05, s. 28(1).

Banks and banking operations — Security — Company’s inventory subject to fixed charge and to Bank Act security —

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

— La banque avait-elle priorité de rang sur la fiducie légale constituée en faveur de Sa Majesté relativement au produit de la vente des biens figurant dans l’inventaire — Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 427 — Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.), art. 153, 227(4), (5) — Personal Property Security Act, S.A. 1988, ch. P-4.05, art. 28(1).

Canada c. Barrientos 531

Extradition — Infraction justifiant l’extradition — «Punissable» — Accusé recherché aux É.-U. pour des infractions en matière d’immigration — Seules justifient l’extradition les infractions punissables d’une peine d’emprisonnement obligatoire de plus d’un an — Infractions similaires au Canada punissables d’une amende et d’une peine d’emprisonnement de moins de deux ans, ou de l’une de ces peines — L’infraction en cause justifie l’extradition — «Punissable» signifie «possible» d’une peine.

Conseil de l’éducation de Toronto, (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15 487

Relations de travail — Arbitrage de grief — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Enseignant congédié par le conseil de l’éducation après avoir écrit des lettres injurieuses et menaçantes — Dépôt par l’enseignant d’un grief invoquant l’application de mesures disciplinaires sans cause juste — Réintégration conditionnelle de l’enseignant ordonnée par le conseil d’arbitrage à la majorité — La décision du conseil d’arbitrage est-elle manifestement déraisonnable?

R. c. Buric..... 535

Droit criminel — Procès — Preuve — Exclusion par le juge du procès de la déposition d’un témoin clé du ministère public pour le motif que cette déposition était viciée — Accusé acquitté de l’infraction de meurtre au premier degré — Le juge du procès a fait erreur en concluant que la question du caractère vicié du témoignage concernait l’admissibilité de cet élément de preuve plutôt que son poids — Arrêt de la Cour d’appel ordonnant un nouveau procès confirmé.

R. c. Curragh Inc...... 537

Droit criminel — Procès — Crainte raisonnable de partialité — Appel téléphonique privé du juge du procès au chef du Service des poursuites publiques demandant le retrait du procureur principal de la poursuite à défaut de quoi il prendrait des mesures «pour arriver à cette fin» — Le juge du procès a rejeté la requête en récusation présentée par le ministère public et a plus tard accueilli la requête des accusés visant à obtenir l’arrêt des procédures relatives aux accusations d’homicide involontaire coupable parce que le ministère public avait omis de divulguer des éléments de preuve pertinents — La conduite et les propos du juge du procès ont-ils créé une crainte raisonnable de partialité?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Employee source deductions not paid by company in receivership — Whether bank had priority to proceeds of sale of inventory over statutory trust in favour of Her Majesty — Bank Act, S.C. 1991, c. 46, s. 427 — Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 153, 227(4), (5) — Personal Property Security Act, S.A. 1988, c. P-4.05, s. 28(1).

Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15..... 487

Labour relations — Grievance arbitration — Judicial review — Standard of review — Teacher discharged by education board after writing abusive and threatening letters — Teacher filing grievance alleging that he had been disciplined without just cause — Majority of arbitration board ordering teacher's conditional reinstatement — Whether arbitration board's decision patently unreasonable.

SOMMAIRE (Fin)

Droit criminel — Dépens — Délais et frais de justice découlant de problèmes systémiques indépendants de la volonté des accusés — Problèmes résultant dans une large mesure de la conduite du juge du procès qui a suscité une crainte de partialité — Les accusés devraient recouvrer les dépens raisonnables qu'ils ont engagés jusqu'à ce jour pour les procédures, ainsi que les dépens raisonnables qu'ils engageront dans le cadre du nouveau procès.

R. c. Hahnuck 533

Droit criminel — Défense pleine et entière — Accusé interjetant appel contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré pour le motif qu'il a été privé de son droit à une défense pleine et entière en raison d'une représentation inefficace par un avocat — Déclaration de culpabilité confirmée.

R. c. Haroun..... 593

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Doute raisonnable — Les directives du juge du procès concernant la preuve et l'évaluation du témoignage de l'accusé et des témoins de la défense ont-elles induit le jury en erreur?

R. c. Melnichuk..... 602

Droit criminel — Procès — Procédure — Contre-preuve — Le ministère public a-t-il été autorisé à tort à présenter une contre-preuve en violation de la règle relative aux faits incidents? — Dans l'affirmative, la contre-preuve a-t-elle causé un tort important ou une erreur judiciaire grave? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

Droit criminel — Procès — Fraude — Présentation de la preuve à charge — Contre-preuve admise pour repousser une allégation de l'accusé que l'hypothèque consentie devait être une hypothèque de deuxième rang — Le ministère public a-t-il irrégulièrement scindé sa preuve?

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Royal Bank of Canada *Respondent*

INDEXED AS: ROYAL BANK OF CANADA v. SPARROW ELECTRIC CORP.

File No.: 24713.

1996: June 19; 1997: February 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Crown — Priority — Employee source deductions not paid by company in receivership — Company's inventory subject to fixed charge and to Bank Act security — Whether bank had priority to proceeds of sale of inventory over statutory trust in favour of Her Majesty — Bank Act, S.C. 1991, c. 46, s. 427 — Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 153, 227(4), (5) — Personal Property Security Act, S.A. 1988, c. P-4.05, s. 28(1).

Banks and banking operations — Security — Company's inventory subject to fixed charge and to Bank Act security — Employee source deductions not paid by company in receivership — Whether bank had priority to proceeds of sale of inventory over statutory trust in favour of Her Majesty — Bank Act, S.C. 1991, c. 46, s. 427 — Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 153, 227(4), (5) — Personal Property Security Act, S.A. 1988, c. P-4.05, s. 28(1).

The Royal Bank secured a loan made to Sparrow Electric with a general security agreement (GSA) covering Sparrow's present and after-acquired property and with *Bank Act* security (BAS) created by an assignment of inventory under s. 427 of the *Bank Act*. When Sparrow experienced financial difficulties, a standstill agreement was executed. This agreement allowed Sparrow to continue its business but permitted the bank, on default, to appoint a receiver and enforce its security. A receiver

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Banque Royale du Canada *Intimée*

RÉPERTORIÉ: BANQUE ROYALE DU CANADA c. SPARROW ELECTRIC CORP.

N° du greffe: 24713.

1996: 19 juin; 1997: 27 février.

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

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

Couronne — Priorité de rang — Retenues sur la paye d'employés non versées par la compagnie sous séquestre — Biens figurant dans l'inventaire de la compagnie assujettis à un privilège fixe et à une garantie de la Loi sur les banques — La banque avait-elle priorité de rang sur la fiducie légale constituée en faveur de Sa Majesté relativement au produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire — Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 427 — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.), art. 153, 227(4), (5) — Personal Property Security Act, S.A. 1988, ch. P-4.05, art. 28(1).

Banques et opérations bancaires — Garantie — Biens figurant dans l'inventaire de la compagnie assujettis à un privilège fixe et à une garantie de la Loi sur les banques — Retenues sur la paye d'employés non versées par la compagnie sous séquestre — La banque avait-elle priorité de rang sur la fiducie légale constituée en faveur de Sa Majesté relativement au produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire — Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 427 — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.), art. 153, 227(4), (5) — Personal Property Security Act, S.A. 1988, ch. P-4.05, art. 28(1).

La Banque Royale a garanti un prêt consenti à Sparrow Electric au moyen d'une convention de garantie générale (CGG) portant sur les biens que Sparrow possédait alors ou qu'elle acquerrait par la suite, et au moyen d'une garantie de la *Loi sur les banques* (GLB) résultant d'une cession des biens figurant dans l'inventaire de l'entreprise, consentie en vertu de l'art. 427 de la *Loi sur les banques*. Lorsque Sparrow a éprouvé des difficultés financières, un moratoire a été conclu. Ce

was appointed in November 1992 at which time it was discovered that Sparrow had not been remitting its payroll deductions as required by s. 153 of the *Income Tax Act (ITA)*. It is probable that these defaults had occurred in 1992. In January 1993, the receiver received court permission to sell Sparrow's assets. An amount from the proceeds of sale equivalent to that owing the federal government was ordered to be held in trust pending resolution as to entitlement. The bank claimed priority based on its GSA and its BAS, which entitled it to inventory proceeds. The federal government's claim was based on the s. 227 *ITA* deemed trust provisions, which created a deemed statutory trust in the moneys deducted from wages but not remitted to Her Majesty.

On the first application to determine priority, the deemed trust was held to take priority over the GSA. On a subsequent application by the bank for a determination of whether its BAS took priority over the deemed trust, the Court of Queen's Bench found that the deemed trust took priority. The Court of Appeal found that the BAS took priority over the deemed trust. At issue here is whether the s. 227(5) *ITA* deemed trust takes priority over a previously executed GSA and a previously executed BAS with respect to the proceeds of the sale of the inventory.

Held (La Forest, Gonthier and Cory JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

(1) *Section 227(4) and (5) of the Income Tax Act*

Although the employer, at the point of withholding, becomes the trustee of a fund which is in law the property of its employee, s. 227(4) *ITA* has the effect of making Her Majesty the beneficiary under that trust. A conceptual difficulty arises when the tax debtor fails to set aside moneys which are to be remitted. The subject of Her Majesty's beneficial interest at that point becomes intermingled with the general assets of the tax debtor and Her Majesty's claim then becomes that of a beneficiary under a non-existent trust. Subsections (4) and (5) of s. 227 resolve this conceptual dilemma by clearly and unambiguously rendering amounts unremitted as held in

moratoire permettait à Sparrow de poursuivre ses activités, mais autorisait la banque, en cas de défaut de la part de Sparrow, à nommer un séquestre et à réaliser sa garantie. Un séquestre a été nommé en novembre 1992, au moment où on a découvert que Sparrow avait omis de verser les retenues sur la paye qu'elle avait effectuées et qu'elle était tenue de verser en vertu de l'art. 153 de la *Loi de l'impôt sur le revenu (LIR)*. Il est probable que ces omissions sont survenues en 1992. En janvier 1993, le séquestre a obtenu une autorisation judiciaire de vendre des éléments d'actifs de Sparrow. Il a été ordonné qu'un montant tiré du produit de la vente et équivalant à la somme due au gouvernement fédéral soit détenu en fiducie jusqu'à ce que l'on ait décidé qui y aurait droit. La banque a revendiqué une priorité de rang fondée sur sa CGG et sa GLB, qui lui donnait droit au produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire. La demande du gouvernement fédéral était fondée sur les dispositions en matière de fiducie réputée de l'art. 227 *LIR*, qui créaient une fiducie légale réputée relativement aux retenues sur la paye non versées à Sa Majesté.

À la suite de la première demande de détermination de l'ordre de priorité, il a été conclu que la fiducie réputée avait priorité de rang sur la CGG. Lors d'une demande subséquente présentée par la banque en vue de faire déterminer si la GLB qu'elle détenait avait priorité de rang sur la fiducie réputée, la Cour du Banc de la Reine a statué que la fiducie réputée avait priorité de rang. La Cour d'appel a décidé que la GLB avait priorité sur la fiducie réputée. Il s'agit en l'espèce de savoir si la fiducie réputée détenue en vertu du par. 227(5) *LIR* a priorité de rang sur une CGG et une GLB antérieures, quant au produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire.

Arrêt (les juges La Forest, Gonthier et Cory sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

(1) *Les paragraphes 227(4) et (5) de la Loi de l'impôt sur le revenu*

Quoique l'employeur devienne, au moment d'effectuer les retenues, le fiduciaire de sommes qui, en droit, appartiennent à ses employés, le par. 227(4) *LIR* a pour effet de faire de Sa Majesté le bénéficiaire de cette fiducie. Une difficulté conceptuelle survient lorsque le débiteur fiscal omet de mettre de côté les sommes qui doivent être versées. L'objet du droit que Sa Majesté possède à titre bénéficiaire se confond alors avec l'ensemble de l'actif du débiteur fiscal et la créance de Sa Majesté devient alors celle d'un bénéficiaire d'une fiducie inexistante. Ce dilemme conceptuel est résolu par les par. 227(4) et (5) qui prévoient clairement et nettement

trust for Her Majesty. In particular, s. 227(5) is designed to, upon liquidation, assignment, receivership or bankruptcy, seek out and attach Her Majesty's beneficial interest to property of the debtor which is in existence at that time. The trust is not a real trust, as its subject matter cannot be identified from the date of the trust's creation. However, s. 227(5) has the effect of revitalizing the trust whose subject matter has lost all identity. This identification of the subject matter of the trust therefore occurs *ex post facto*. Her Majesty has a statutory right to access whatever assets the employer then has, and may realize from those assets the original trust debt. This interpretation is consistent with the scheme of distribution under the *Bankruptcy and Insolvency Act*.

The s. 227(5) deemed trust operates to Her Majesty's benefit in a secondary manner. Under it, Her Majesty's interest can attach retroactively to disputed collateral if the competing security interest has attached after the deductions giving rise to Her Majesty's claim in fact occurred. Conceptually, the s. 227(5) deemed trust allows that claim to go back in time and attach its outstanding s. 227(4) interest to the collateral before that collateral became subject to a fixed charge. The same result occurs when a statutory lien attaches prior to the mortgaging of disputed collateral. Here, the deductions of tax from the employees' pay cheques occurred after the attachment of the bank's fixed charge to the inventory, so this second aspect of s. 227(5)'s operation did not arise.

The mechanism of s. 227(5) cannot accurately be described as a means of "tracing"; indeed, this subsection is antithetical to tracing in the traditional sense in that it requires no link at all between the subject matter of the trust and the fund or asset into which the subject matter is being traced. Section 227(5) is more accurately described as a "relaxation of the equitable tracing rules".

Section 227(5) does not permit Her Majesty to attach Her beneficial interest to property which, at the time of liquidation, assignment, receivership or bankruptcy, in law belongs to a party other than the tax debtor. Subsections (4) and (5) of s. 227 are manifestly directed towards the property of the tax debtor, and it would be contrary to well-established authority to stretch the

que les sommes non versées sont conservées en fiducie pour Sa Majesté. En particulier, le par. 227(5) vise, en cas de liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite, à rattacher le droit que Sa Majesté détient à titre bénéficiaire aux biens que le débiteur possède alors. La fiducie n'est pas réelle, étant donné que son objet ne peut être identifié à compter de la date de création de la fiducie. Cependant, le par. 227(5) a pour effet de revitaliser la fiducie dont l'objet a perdu toute identité. L'identification de l'objet de la fiducie est donc faite après coup. La Loi confère à Sa Majesté un droit d'accès à tous les éléments d'actif, quels qu'ils soient, que l'employeur possède alors, au moyen desquels elle peut réaliser la fiducie initiale dont elle est bénéficiaire. Cette interprétation est compatible avec le régime de répartition établi par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

La fiducie réputée visée au par. 227(5) profite à Sa Majesté d'une manière accessoire, en ce sens que le par. 227(5) permet de rattacher rétroactivement le droit de Sa Majesté au bien en litige donné en garantie, si la garantie concurrente s'est concrétisée après que les déductions à l'origine de la créance de Sa Majesté eurent été faites. Sur le plan conceptuel, la fiducie réputée, visée au par. 227(5), permet à la créance de Sa Majesté de s'appliquer rétroactivement et de rattacher le droit qu'elle possède en vertu du par. 227(4) au bien donné en garantie avant qu'il devienne grevé d'un privilège fixe. La même chose se produit lorsqu'un privilège légal s'applique avant la constitution d'une hypothèque sur un bien en litige donné en garantie. En l'espèce, les retenues fiscales sur la paye des employés ont été effectuées après que le privilège fixe de la banque eut grevé les biens figurant dans l'inventaire, de sorte que ce second aspect de l'application du par. 227(5) n'est pas en cause.

Il n'est pas exact de qualifier le mécanisme du par. 227(5) de moyen de «retracer l'origine d'un bien»; en fait, le sens de ce paragraphe est à l'opposé du sens traditionnel du mot «retracer», étant donné qu'il n'exige aucun lien entre l'objet de la fiducie et le fonds ou l'actif auquel on rattache cet objet. Il est plus exact de dire que le par. 227(5) constitue un «assouplissement des règles d'*equity* quant à l'origine d'un bien».

Le paragraphe 227(5) ne permet pas à Sa Majesté de faire valoir son droit à titre bénéficiaire sur un bien qui, au moment de la liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite, appartient à quelqu'un d'autre que le débiteur fiscal. Les paragraphes 227(4) et (5) visent manifestement les biens du débiteur fiscal, et il serait contraire à une jurisprudence bien établie de forcer le sens du

interpretation of s. 227(5) to permit the expropriation of the property of third parties who are not specifically mentioned in the statute.

Therefore, the proper analysis in determining whether Her Majesty is entitled to priority pursuant to these subsections must utilize principles of property law. The nature of the interests competing with those of Her Majesty must be scrutinized in order to determine whether and to what extent such interests have title in the disputed fund. If it is found that legal title in the collateral is in the bank, and not Sparrow, Her Majesty's deemed trust could only attach to Sparrow's equity of redemption.

The "statutory trust" approach can be distinguished from other legislative methods, such as an explicit "Crown priority" provision, used to secure an interest to unremitted payroll deductions. The application of such a provision to a priority competition can proceed without regard to the quality of the "security interest" which competes with Her Majesty's claim. Such a provision simply transfers title in the collateral to Her Majesty regardless of whose interest may compete with it, so long as its requirements are met.

(2) *Characterization of the Bank's Interests*

The bank's interest in Sparrow's inventory must be characterized as either a floating charge or a fixed and specific charge. A specific charge is one that, without more, fastens on ascertained and definite property or property capable of being ascertained and defined. A floating charge floats with the property which it is intended to affect until it crystallizes. Crystallization occurs upon the default of the debtor and transforms the interest into a fixed and specific charge over the inventory. The critical significance of the characterizing of an interest as being fixed or floating is that it describes the extent to which a creditor can be said to have a proprietary interest in the collateral. During the period in which a charge over inventory is floating, the creditor possesses no legal title to that collateral and a statutory trust or lien attaching during this time will attach to the debtor's interest and take priority over a subsequently crystallized floating charge. A security interest characterized as a fixed and specific charge, however, will take priority over a subsequent statutory lien or charge because all

par. 227(5) de manière à permettre l'expropriation des biens de tiers non mentionnés expressément dans la Loi.

Par conséquent, pour déterminer si Sa Majesté a droit à la priorité de rang en vertu de ces paragraphes, il faut recourir aux principes du droit des biens. Il faut examiner en profondeur la nature des droits qui sont en concurrence avec ceux de Sa Majesté, afin de déterminer dans quelle mesure, le cas échéant, ces droits s'appliquent aux fonds en litige. Si l'on conclut que c'est la banque, et non Sparrow, qui est légalement propriétaire du bien donné en garantie, la fiducie réputée de Sa Majesté ne pourra grever que le droit de rachat que possède Sparrow.

La méthode de la «fiducie légale» peut être distinguée d'autres méthodes que le législateur utilise pour garantir un droit à des retenues sur la paye non versées, dont le recours à une disposition expresse de la «priorité de rang de Sa Majesté». L'application d'une telle disposition dans une situation de concurrence pour la priorité de rang peut avoir lieu sans égard à la qualité de la «garantie» qui est en concurrence avec la créance de Sa Majesté. Cette disposition transfère simplement à Sa Majesté le droit de propriété sur le bien donné en garantie sans égard aux droits de qui que ce soit qui peuvent être en concurrence avec ce droit de propriété, pourvu que l'on ait satisfait à ses exigences.

(2) *La qualification des droits de la banque*

Le droit de la banque sur les biens figurant dans l'inventaire de Sparrow doit être qualifié soit de privilège flottant, soit de privilège fixe et spécifique. Un privilège spécifique grève, sans plus, certains biens déterminés ou qui peuvent être déterminés. Un privilège flottant flotte au-dessus des biens qu'il est destiné à grever, jusqu'à ce qu'il se cristallise. La cristallisation survient dès que le débiteur est en défaut, et transforme le droit en question en un privilège fixe et spécifique sur les biens figurant dans l'inventaire. L'importance cruciale de qualifier un droit de fixe ou de flottant réside dans le fait que cette qualification décrit la mesure dans laquelle on peut dire qu'un créancier possède un droit de propriété sur le bien donné en garantie. Pendant la période où un privilège sur les biens figurant dans un inventaire est flottant, le créancier ne possède aucun droit de propriété sur ces biens donnés en garantie, et une fiducie ou un privilège légal grevant ces biens pendant cette période grèvera le droit du débiteur et aura priorité de rang sur le privilège flottant subséquentment cristallisé. Cependant, une

that the lien can attach to is the debtor's equity of redemption in the collateral.

Common law principles did not alter the effect that legislation may have on the characterization of security interests. Here, the Alberta *Personal Property Security Act (PPSA)* and the *Bank Act* are determinative of the characterization of the bank's GSA and BAS, respectively. The *PPSA* explicitly removes statutory trusts from its operation and accordingly does not govern the priority competition between a statutory trust and a security interest. The Act's effect, however, fundamentally changes the characterization of security interests. Generally speaking, absent an express intention to the contrary, a security interest in all present and after-acquired personal property will attach when that agreement is executed by the parties. Once attachment has occurred, the GSA becomes in law a fixed and specific charge over the collateral. For these reasons, the GSA held by the respondent bank must be characterized as a fixed and specific charge with a licence to deal with the inventory that arose because of the bank's granting Sparrow permission to sell the encumbered inventory. The fixed charge attached on the agreement's execution.

Similarly, security taken under the *Bank Act* is in the nature of a fixed and specific charge. The concept of the fixed charge is correlative to the notion of a creditor's having legal proprietary rights in the collateral. It is misleading to suggest that s. 427 security is in the nature of a floating charge because the bank effectively acquires legal title. Unlike a floating charge which may apply to all property of a specified kind held by the borrower from time to time but does not affix itself specifically upon any particular item of property until it crystallizes upon default by the borrower, s. 427 security is a fixed charge on each item of assigned property held from time to time whether or not the loan is in default. This gives a bank significantly greater rights than it would hold under a floating charge debenture on inventory. For this reason, the security interest of the bank in the form of BAS should be characterized as a fixed and specific charge with a licence to sell the inventory.

garantie qualifiée de privilège fixe et spécifique aura priorité de rang sur un privilège légal subséquent parce que tout ce que le privilège peut grever, c'est le droit de rachat que le débiteur possède sur le bien donné en garantie.

Les principes de common law n'ont pas modifié l'effet que les lois en cause peuvent avoir sur la qualification des garanties. En l'espèce, la *Personal Property Security Act (PPSA)* de l'Alberta et la *Loi sur les banques* sont déterminantes pour ce qui est de qualifier, respectivement, la CGG et la GLB de la banque. La *PPSA* soustrait explicitement les fiducies légales à son application et ne s'applique donc pas pour déterminer l'ordre de priorité entre une fiducie légale et une garantie. La *PPSA* a cependant pour effet de changer fondamentalement la qualification des garanties. De façon générale, en l'absence d'intention contraire explicite, une garantie accordée sur tous les biens meubles actuels et sur ceux acquis après la date de la convention grèvera ces biens dès la conclusion de la convention par les parties. Dès que la garantie grève un bien, la CGG devient, en droit, un privilège fixe et spécifique sur le bien donné en garantie. Pour ces motifs, la CGG de la banque intimée doit être qualifiée de privilège fixe et spécifique, assorti d'une permission d'aliéner les biens figurant dans l'inventaire en raison de la permission de vendre les biens d'inventaire grevés, que la banque a accordée à Sparrow. Ce privilège fixe a grevé les biens en cause dès la conclusion de la convention.

De même, une garantie consentie en vertu de la *Loi sur les banques* tient d'un privilège fixe et spécifique. Le concept du privilège fixe correspond à la notion d'un créancier qui a les droits de propriété sur le bien donné en garantie. Il est trompeur de laisser entendre que la garantie prévue par l'art. 427 tient d'un privilège flottant parce que la banque acquiert effectivement le droit de propriété. Contrairement à un privilège flottant qui peut s'appliquer à tous les biens d'une catégorie donnée que l'emprunteur détient, mais qui ne greève pas spécifiquement l'un de ces biens tant qu'il ne s'est pas cristallisé à la suite du défaut de l'emprunteur, la garantie consentie en vertu de l'art. 427 est un privilège fixe qui s'applique à chacun des biens cédés, peu importe que l'emprunteur soit en défaut ou non. Cela confère à la banque des droits beaucoup plus grands que s'il s'agissait d'une obligation à charge flottante s'appliquant aux biens de l'inventaire. Pour ce motif, la garantie que la banque détient sous forme de GLB tient d'un privilège fixe et spécifique assorti d'une permission de vendre les biens figurant dans l'inventaire.

The traditional concept of the fixed charge seems to be at odds with the notion of having a proprietary right over collateral such as after-acquired inventory which is not yet in existence at the time the security agreement is executed. A fixed charge over all present and future inventory represents a proprietary interest over a dynamic collective of present and future assets. The conception of this form of charge must change to meet the modern realities of commercial law and in particular the legislative provisions which have been brought to bear in this appeal. In effect, the fixed and specific charge gives to the secured creditor the title (subject to the debtor's equitable right of redemption) to the present inventory of the debtor, as well as the after-acquired inventory of the debtor. In this way, the secured creditor becomes the legal owner of inventory as it comes into possession of the debtor.

Where a secured creditor holds a fixed charge over a debtor's inventory, that charge will have the effect of ensuring the creditor has legal title to any and all inventory subject to the charge at any given time, subject to the caveat (not operative here) that no outstanding statutory payroll deductions had in fact been made prior to the attachment of the fixed charge. Here, the inventory which was subject to the liquidation sale belonged in law to the respondent bank: both under its GSA and its BAS the bank held a fixed charge over Sparrow's inventory. Her Majesty's beneficial interest accordingly could only attach, before its sale, to Sparrow's equity of redemption in the property.

(3) *Licence Theory*

Per Sopinka, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The security interests that the respondent has under the *Bank Act* and the *PPSA* take priority over the deemed trust that arises in favour of Her Majesty by operation of s. 227(4) *ITA*. While the former interests are subject to a licence to sell, that licence is not nearly so broad as to encompass the satisfaction of income tax obligations. A licence to sell inventory authorizes at most only the satisfaction of obligations that are immediately incidental to an actual sale of the inventory.

Le concept traditionnel du privilège fixe semble incompatible avec l'idée de possession d'un droit de propriété sur des biens donnés en garantie tels que les biens d'inventaire acquis après coup qui n'existent pas encore au moment où la convention de garantie est conclue. Un privilège fixe sur tous les biens présents et futurs d'un inventaire représente un droit de propriété sur un ensemble dynamique d'éléments d'actif présents et futurs. La conception de cette forme de privilège doit évoluer en fonction des réalités contemporaines du droit commercial et, en particulier, des dispositions législatives qui ont été invoquées dans la présente affaire. En effet, le privilège fixe et spécifique confère au créancier garanti (sous réserve du droit de rachat que le débiteur possède en *equity*) le droit de propriété sur les biens actuels de l'inventaire du débiteur, de même que sur les biens de l'inventaire que ce dernier acquiert après coup. Le créancier garanti devient ainsi légalement propriétaire des biens de l'inventaire au fur et à mesure qu'ils entrent en la possession du débiteur.

Lorsqu'un créancier garanti détient un privilège fixe sur les biens figurant dans l'inventaire d'un débiteur, ce privilège aura en tout temps pour effet d'assurer que le créancier possède un droit de propriété sur tous les biens d'inventaire assujettis au privilège, à la condition (non applicable en l'espèce) qu'aucune retenue sur la paye n'ait été effectuée, sans être versée, avant l'application du privilège fixe. Dans le présent pourvoi, les biens figurant dans l'inventaire qui ont fait l'objet d'une vente de liquidation appartenaient en droit à la banque intimée: la banque détenait, tant en vertu de sa CGG que de sa GLB, un privilège fixe sur les biens de l'inventaire de Sparrow. Le droit que Sa Majesté possédait à titre bénéficiaire ne pouvait donc s'appliquer avant la vente qu'au droit de rachat que Sparrow détenait en *equity* sur les biens.

(3) *La thèse de la permission*

Les juges Sopinka, McLachlin, Iacobucci et Major: Les garanties ou sûretés que l'intimée possède en vertu de la *Loi sur les banques* et de la *PPSA* ont priorité de rang sur la fiducie réputée qui prend naissance en faveur de Sa Majesté en vertu du par. 227(4) *LIR*. Bien que les garanties en vertu de la *Loi sur les banques* et de la *PPSA* soient assujetties à une permission de vendre, cette permission est loin d'avoir une portée assez large pour englober l'exécution d'obligations fiscales. Une permission de vendre des biens figurant dans un inventaire permet tout au plus d'exécuter les obligations directement rattachées à la vente réelle de ces biens.

The licence theory holds that a bank's security interest in a debtor's inventory, whether fixed and specific, is subject to a licence in the debtor to deal with that inventory in the ordinary course of business. The point is that the bank's claim to the inventory must as a consequence give way to any debts incurred in the ordinary course of business. In theory, a creditor who has granted a licence to sell inventory has thereby consented to his security interest's being subject to other obligations that may arise "in the ordinary course of business". The licence is thus supposed to afford evidence of the respondent's intention to take less than an entire security interest in the inventory.

The licence affords no such evidence. The potential sale of the inventory does not amount to an actual limitation of the security interest. A great difference exists between saying, on the one hand, that if a debtor sells inventory and applies the proceeds to a debt to a third party, then the third party takes the proceeds free of any security interest and saying, on the other hand, that because a third party could take the proceeds free of any security interest, no security interest exists in the proceeds as against that third party. A licence to sell inventory in the ordinary course of business is a condition of the former kind. The consequent (defeasance of the security interest) follows only if the antecedent (sale of the inventory and application of proceeds to an obligation to a third party) is satisfied. The security interest in the inventory disappears only if the debtor actually sells the inventory and applies the proceeds to a debt to a third party.

In accordance with s. 28(1) *PPSA*, the result of a sale of inventory is to give the purchaser an unencumbered interest in the inventory and the licensor a continuing security interest in the proceeds of the sale. Only if the debtor subsequently uses the proceeds to satisfy an obligation to a third party will the proceeds be removed from the scope of the licensor's security interest in them. Accordingly, a security agreement with a licence to sell creates a defeasible interest; but the event of defeasance is the actual sale of the inventory and the actual application of the proceeds against an obligation to a third party.

La thèse de la permission veut que, bien que la garantie qu'une banque possède sur les biens figurant dans l'inventaire d'un débiteur soit fixe et spécifique, elle soit assujettie à la permission qu'a le débiteur d'aliéner ces biens dans le cours normal de ses affaires. Cela signifie que les droits que la banque peut faire valoir sur les biens figurant dans l'inventaire doivent, en conséquence, céder le pas aux dettes contractées dans le cours normal des affaires. En théorie, un créancier qui a accordé la permission de vendre les biens figurant dans un inventaire a, de ce fait, consenti à ce que sa garantie soit assujettie à d'autres obligations pouvant prendre naissance «dans le cours normal des affaires». La permission est donc censée fournir la preuve de l'intention de l'intimée d'accepter moins qu'une garantie intégrale sur les biens de l'inventaire.

La permission ne prouve rien de tel. La vente potentielle des biens figurant dans l'inventaire n'équivaut pas à une restriction réelle de la garantie. Il existe une différence considérable entre affirmer, d'une part, que si un débiteur vend des biens de son inventaire et en utilise le produit pour rembourser une dette envers un tiers, ce tiers accepte alors ce produit libre de toute garantie, et affirmer, d'autre part, que puisqu'un tiers pourrait accepter le produit de la vente libre de toute garantie, le produit n'est grevé d'aucune garantie opposable à ce tiers. La permission de vendre les biens figurant dans un inventaire dans le cours normal des affaires est une condition du premier genre. La conséquence (l'extinction de la garantie) ne s'ensuit que si la condition préalable (la vente des biens figurant dans l'inventaire et l'utilisation du produit en découlant pour exécuter une obligation envers un tiers) est remplie. La garantie sur les biens figurant dans l'inventaire ne disparaît que si le débiteur vend réellement ces biens et utilise le produit de la vente pour rembourser une dette envers un tiers.

Conformément au par. 28(1) *PPSA*, la vente des biens figurant dans un inventaire a pour effet de conférer à l'acquéreur un droit libre de toute charge sur ces biens, et à la partie qui a donné la permission de vendre, une garantie permanente sur le produit de la vente. Ce n'est que si le débiteur utilise ensuite le produit pour s'acquitter d'une obligation envers un tiers que ce produit sera soustrait à la garantie que la partie qui a donné la permission de vendre possède sur celui-ci. Par conséquent, la convention de garantie assortie d'une permission de vendre crée un droit défectible, mais l'événement qui provoque l'extinction du droit est la vente réelle des biens figurant dans l'inventaire, suivie de l'utilisation réelle du produit en découlant pour exécuter une obligation envers un tiers.

By itself, s. 28(1) *PPSA* does not necessarily compel rejection of the broad interpretation of the licence to sell. However, the maxim *expressio unius est exclusio alterius* is appropriately invoked here to complete the argument. The statute prescribes certain consequences for the security interest that follow a dealing with inventory, and in particular, it prescribes the defeasance of the interest if the debtor actually sells the inventory and applies the proceeds to an obligation to a third party. Significantly, the statute does not contemplate a defeasance on the happening of any other event. The statute occupies the field and crowds out other possible interpretations of the licence.

Because the inventory in question was not sold pursuant to the licence, here the licence can have had no effect on the respondent's security interest. What the debtor might have done with the licence does not matter. If it were otherwise, the licence to sell inventory would entirely eviscerate the respondent's GSA.

The argument might be made that the deemed trust works by deeming an actual sale of the inventory to have been made. If this were correct, then it would not matter that the inventory was not actually sold pursuant to the licence. However, the deeming is not a mechanism for undoing an existing security interest, but rather a device for going back in time and seeking out an asset that was not, at the moment the income taxes came due, subject to any competing security interest. The deemed trust provision cannot be effective unless it is first determined that there is some unencumbered asset out of which the trust may be deemed. In this case the inventory was encumbered by the GSA.

The debtor's covenant in the GSA to pay all taxes was not part of the licence and was merely a covenant to obey the law. It adds nothing to s. 153(1) *ITA* and does not prescribe the outcome of a priority contest.

A number of policy considerations support this conclusion. Judicial innovation in this field risks legal uncertainty. Inventory financiers would have to provide against the risk that their security interest might be defeated by some rival claim. There is also a real possibility that recognition of a broad licence theory would obliterate the *PPSA* charge against inventory. If Parlia-

En soi, le par. 28(1) *PPSA* n'oblige pas nécessairement à rejeter l'interprétation large de la permission de vendre. Toutefois il convient, dans la présente affaire, d'invoquer la maxime *expressio unius est exclusio alterius* pour compléter l'argument. La Loi prévoit que l'aliénation de biens figurant dans un inventaire a certaines conséquences sur la garantie, et elle prévoit, notamment, l'extinction de la garantie si le débiteur vend réellement ces biens et utilise le produit de la vente pour exécuter une obligation envers un tiers. Fait révélateur, la Loi ne prévoit pas d'autres événements susceptibles d'entraîner l'extinction. La Loi est exhaustive et exclut toute autre interprétation de la permission de vendre.

Du fait que les biens figurant dans l'inventaire en question n'ont pas été vendus conformément à la permission donnée, cette permission n'a pu, en l'espèce, avoir aucun effet sur la garantie de l'intimée. Il n'importe pas de savoir ce que le débiteur aurait pu faire de la permission. S'il en était autrement, la permission de vendre les biens d'un inventaire ferait perdre tout son sens à la CGG de l'intimée.

On pourrait soutenir que la fiducie réputée s'applique en présumant l'existence d'une vente réelle des biens figurant dans l'inventaire. Si cela était exact, il importerait peu que les biens figurant dans l'inventaire n'aient pas été réellement vendus conformément à la permission donnée. Toutefois, la présomption n'est pas un moyen de supprimer une garantie existante. Elle permet plutôt de retourner en arrière pour chercher un élément d'actif qui, au moment où l'impôt est devenu exigible, n'était pas assujéti à une garantie opposée. La disposition en matière de fiducie réputée ne peut s'appliquer que s'il est préalablement déterminé qu'il existe des éléments d'actifs libres de toute charge qui peuvent faire l'objet d'une fiducie réputée. Dans le présent pourvoi, les biens figurant dans l'inventaire étaient grevés par la CGG.

L'engagement à payer tous les impôts, que le débiteur a pris dans la CGG, ne fait pas partie de la permission donnée et n'est qu'un engagement à respecter la loi. Il n'ajoute rien au par. 153(1) *LIR* et ne prescrit pas non plus l'issue d'une lutte pour obtenir la priorité de rang.

Un certain nombre de considérations de principe appuient cette conclusion. L'innovation judiciaire dans ce domaine risque de susciter une incertitude juridique. Les financiers de biens figurant dans un inventaire devraient se prémunir contre le risque qu'une réclamation opposée fasse obstacle à leur garantie. Il se peut aussi réellement que la reconnaissance d'une thèse

ment wishes to do so, it may step in and assign absolute priority to the deemed trust. But in the absence of clear statutory language to that effect, the bank's GSA must prevail.

Per La Forest, Gonthier and Cory JJ. (dissenting): The critical issue here was the scope of the contractual licence. In particular, if the bank's consent included the right to sell the inventory in order to pay wages, then that consent by necessity included the right to sell inventory to remit payroll deductions. In such a situation, Her Majesty's interest would be able to attach to the proceeds of the inventory and so take priority over the bank's interest.

The licence theory operates, in the context of the statutory scheme at issue here, as an exception to the general rule that at the time of "liquidation, assignment, receivership or bankruptcy" Her Majesty's interest cannot attach to property which is at that time the property of a secured creditor. Where a secured creditor has consented to the use of its collateral when deductions are made in order to pay the statutory deductions which are the object of a deemed trust, that creditor has bound itself by the statutory requirements relating to those deductions. Here, therefore, the wage deductions at issue were made at a time when the bank had permitted the sale of inventory in order to pay wages (and thus wage deductions), and the bank's inventory existent at the time of receivership can accordingly be attached under s. 227(5).

The critical factor in the "licence to sell" argument is the permission which must be found to have been granted with respect to the usage of the proceeds of the disputed collateral. While licences are often expressed in terms of a "right to sell in the ordinary course of business", this permission is made with respect to the usage of proceeds, which is the proper focus of the inquiry, and not necessarily the circumstances of sale. Here, Sparrow was permitted to sell its inventory in the ordinary course of its business and "use" the proceeds generated therefrom.

The licence to sell inventory in the ordinary course of business in this case necessarily included a licence to sell inventory to pay wages, and remit wage deductions, in the course of Sparrow's business. Where, as here, the

générale de la permission réduite à néant le privilège constitué, en vertu de la PPSA, sur les biens figurant dans un inventaire. Le législateur peut, s'il le souhaite, intervenir et accorder la priorité absolue à la fiducie réputée. Cependant, en l'absence de termes clairs en ce sens, la CGG de la banque doit l'emporter.

Les juges La Forest, Gonthier et Cory (dissidents): La question cruciale, en l'espèce, est celle de la portée de la permission contractuelle en cause. En particulier, si le consentement de la banque comprenait le droit de vendre les biens de l'inventaire pour payer les salaires, alors ce consentement comprenait nécessairement le droit de vendre ces mêmes biens pour verser les retenues sur la paye. Le droit de Sa Majesté pourrait alors s'appliquer au produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire et, ainsi, avoir priorité sur le droit de la banque.

Dans le contexte du régime législatif en cause dans le présent pourvoi, la thèse de la permission constitue une exception à la règle générale voulant qu'au moment de la «liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite», le droit de Sa Majesté ne puisse pas grever des biens qui sont la propriété d'un créancier garanti. Si, au moment où les retenues ont été effectuées, un créancier garanti a consenti à ce que les biens qui lui ont été donnés en garantie servent à verser les retenues exigées par la loi qui font l'objet de la fiducie réputée, ce créancier s'est assujéti aux obligations légales relatives à ces retenues. En conséquence, dans la présente affaire, au moment où les retenues sur la paye qui sont en cause ont été effectuées, la banque avait permis la vente des biens figurant dans l'inventaire pour payer les salaires (et ainsi les retenues sur la paye), et le par. 227(5) peut donc s'appliquer aux biens qui figuraient dans l'inventaire de la banque au moment de la mise sous séquestre.

Le facteur déterminant dans l'argument de la «permission de vendre» est la conclusion que cette permission a été accordée quant à l'utilisation du produit de la vente des biens en litige donnés en garantie. Bien que les permissions soient souvent données sous la forme d'un «droit de vendre dans le cours normal des affaires», c'est la permission quant à l'utilisation du produit qui doit être au centre de l'examen, et non pas nécessairement les circonstances de la vente. Dans la présente affaire, Sparrow avait la permission de vendre les biens de l'inventaire dans le cours normal de ses affaires et d'«utiliser» le produit de cette vente.

La permission de vendre les biens de l'inventaire dans le cours normal des affaires comprenait nécessairement, en l'espèce, la permission de les vendre pour payer les salaires et verser les retenues sur la paye dans

secured party has security over the majority of the assets of the debtor, the security interest over the inventory must permit the debtor to sell the inventory and put it to the general use of its business, including towards the payment of wages. The scope of the licence can be ascertained either from the express terms of the security agreement or from the nature of the agreement and the conduct of the parties. The licence here was to sell inventory in the "ordinary course of [Sparrow's] business . . . and use [the proceeds]" which renders it of such a quality as to include a right to use the proceeds to pay wages. A licence to sell inventory may in certain circumstances be circumscribed so as not to include a right to use the proceeds to pay wages.

The true test of whether the licence to sell inventory includes the right to pay wages is a matter of interpreting the contractual arrangement between the parties. The focus is not so much on the circumstances of the selling of inventory, but rather the permitted usage of the proceeds of inventory. Where the licence has a limited scope, that licence may not include the right to use proceeds to pay wages. However, the expression of a limited use for proceeds of inventory cannot prevail if the arrangement between the parties is such as to allow, in practice, the debtor to use the inventory proceeds in the course of its business. The test should be whether the debtor had the freedom to use these funds in the ordinary course of business as opposed to being under an obligation to remit them to the secured party.

The GSA contained an express licence permitting Sparrow to sell inventory in the course of its business and use the proceeds available; the BAS contained an implied licence to this effect. While it is true that the GSA contained a trust proceeds clause, this clause cannot have the effect of limiting the scope of the licence where the real arrangement between the parties was, as expressly stated, that Sparrow could use the proceeds of inventory in the course of its business. The bank in this case was not a small inventory financier who required Sparrow to remit proceeds of inventory to it immediately. To the contrary, the bank was a large scale lender who permitted Sparrow to use inventory sales to maintain the viability of its enterprise. Under the licence at issue here, the bank permitted Sparrow to sell inventory

le cours des affaires de Sparrow. Lorsque, comme c'est le cas ici, le créancier garanti détient une garantie sur la majorité des éléments d'actif du débiteur, la garantie applicable aux biens de l'inventaire doit permettre au débiteur de vendre ces biens et d'utiliser le produit pour les fins générales de son entreprise, y compris pour payer les salaires. La portée de la permission peut être déterminée soit à partir des termes mêmes de la convention de garantie, soit à partir de la nature de la convention et de la conduite des parties. Il s'agit en l'espèce d'une permission de vendre les biens de l'inventaire dans le «cours normal de[s] affaires [de Sparrow] [. . .] et [. . .] [d'utiliser [le produit]», qui fait en sorte qu'elle inclut le droit d'utiliser le produit pour payer les salaires. La permission de vendre les biens d'un inventaire peut, dans certaines circonstances, être limitée de manière à ne pas inclure le droit d'utiliser le produit pour payer des salaires.

Le véritable critère pour déterminer si la permission de vendre les biens figurant dans un inventaire inclut le droit de payer les salaires est une question d'interprétation de l'arrangement contractuel intervenu entre les parties. L'attention ne doit pas tant porter sur les circonstances de la vente des biens de l'inventaire que sur l'utilisation permise du produit de la vente de ces biens. Lorsque la permission a une portée limitée, il se peut qu'elle n'inclue pas le droit d'utiliser le produit de la vente pour payer les salaires. Toutefois, l'expression de restrictions quant à l'utilisation du produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire ne saurait prévaloir si l'arrangement entre les parties est de nature à permettre, en pratique, au débiteur d'utiliser le produit de cette vente dans le cours de ses affaires. Le critère devrait consister à déterminer si le débiteur était libre d'utiliser ces fonds dans le cours normal des affaires, au lieu d'être obligé de les verser au créancier garanti.

La CGG accordait expressément à Sparrow la permission de vendre les biens de l'inventaire dans le cours de ses affaires et d'utiliser le produit dont elle disposerait; la GLB comportait implicitement la même permission. Bien qu'il soit vrai que la CGG comportait une clause de produit en fiducie, cette clause ne peut pas avoir pour effet de limiter la portée de la permission alors que l'arrangement réel intervenu entre les parties voulait, comme cela a été précisé, que Sparrow puisse utiliser le produit de la vente des biens de l'inventaire dans le cours de ses affaires. Dans cette affaire, la banque n'était pas un petit financier de biens d'inventaire, qui exigeait que Sparrow lui verse immédiatement le produit de la vente des biens de l'inventaire. Au contraire, la banque était un gros bailleur de fonds qui permettait à Sparrow d'utiliser le produit de la vente des biens de

to pay wages and, necessarily, payroll deduction obligations.

The appellant's s. 227(5) deemed trust must take priority over the bank's security interests in the disputed collateral. The trust fund representing the deducted amounts, while without identified subject matter from the date of its inception, is capable of identifying property subject to that trust *ex post facto*. This result is not precluded with respect to the BAS by virtue of s. 428(1) of the *Bank Act*. Although s. 428(1) secures the respondent bank's proprietary right to the disputed collateral, the bank nevertheless consented to the divestment of this interest. Such a waiver of priority renders s. 428(1) of no assistance to the bank.

The licence theory, in addition to providing certainty in disputes between consensual and non-consensual security interests, achieves fairness in commercial law. In essence, the bank is willing to accept the benefits of Sparrow's non-payment of statutory deductions and has permitted the use of its collateral to pay these deductions, but refuses to accept the burden of Sparrow's unlawful action at the time of its receivership. It should be the policy of the law that the respondent bank be held accountable for Sparrow's outstanding statutory obligations. The licence theory ensures that in appropriate circumstances this result will obtain.

The licence theory does not go so far as to mean that every subsequent claim should prevail over the GSA because every rival claim might have to be satisfied out of the proceeds of a hypothetical sale of the inventory. The consent to pay wages is a necessary but not sufficient condition. It did not *simpliciter* lead to the conclusion that Her Majesty's interest must prevail. What is significant is that the bank consented to payment of wages, including deductions, out of inventory which, at the time of the deductions and upon actual payment of wages, were deemed by statute to be taken out of the estate of the debtor. The unique nature of the statutory provisions applicable to wage deductions, and the bank's consent thereto, are integral to the success of the s. 227(5) claim in the case at bar. In this way, the

l'inventaire pour maintenir la viabilité de son entreprise. Aux termes de la permission ici en cause, la banque permettait à Sparrow de vendre les biens de l'inventaire pour payer des salaires et, nécessairement, pour verser des retenues sur la paye.

La fiducie réputée dont bénéficie l'appelante en vertu du par. 227(5) doit avoir priorité de rang sur les garanties que la banque détient sur les biens en litige donnés en garantie. Le fonds en fiducie constitué des retenues effectuées, bien que sans objet identifié au moment de sa constitution, est capable de viser après coup les biens faisant l'objet de cette fiducie. Ce résultat n'est pas écarté relativement à la GLB en raison du par. 428(1) de la *Loi sur les banques*. Bien que le par. 428(1) garantisse le droit de propriété de la banque intimée sur les biens en litige donnés en garantie, la banque a néanmoins accepté d'être dépouillée de ce droit. Une telle renonciation à la priorité de rang fait en sorte que le par. 428(1) n'est d'aucun secours à la banque.

En plus d'offrir un élément de certitude dans les litiges opposant des garanties consensuelles et des garanties non consensuelles, la thèse de la permission assure l'équité en droit commercial. La banque est essentiellement disposée à accepter les bénéfices du non-versement par Sparrow des retenues légales sur la paye, et elle a permis que les biens qui lui avaient été donnés en garantie soient utilisés pour verser ces retenues, mais elle refuse d'assumer le fardeau de l'acte illégal accompli par Sparrow au moment de sa mise sous séquestre. Ce devrait être une politique de la loi que la banque intimée soit tenue responsable des obligations légales auxquelles Sparrow a manqué. La thèse de la permission garantit ce résultat dans les circonstances appropriées.

La thèse de la permission ne va pas jusqu'à signifier que toute créance ultérieure devrait avoir préséance sur la CGG parce qu'il se pourrait que chacune des créances concurrentes ait été acquittée sur le produit d'une vente hypothétique des biens figurant dans l'inventaire. Le consentement au paiement de salaires est une condition nécessaire, mais non suffisante. Ce consentement même n'amène pas à conclure que c'est l'intérêt de Sa Majesté qui doit prévaloir. Ce qui importe, c'est que la banque a consenti au paiement de salaires comportant des retenues, sur des biens figurant dans l'inventaire qui, au moment des retenues et une fois les salaires réellement payés, étaient réputés par la loi être retranchés du patrimoine du débiteur. La nature exceptionnelle des dispositions législatives applicables aux retenues sur la paye, et le consentement de la banque aux retenues, contribuent au succès de la demande fondée sur le par. 227(5) en

licence theory is circumscribed in its ability to defeat prior secured interests.

In addition, the licence theory as applied here is not inimical to the integrity of commercial law. It operates narrowly, in conjunction with unique statutory provisions, so as to actualize legally performed obligations. It does not create uncertainty in commercial transactions.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Referred to: *R. in Right of B.C. v. F.B.D.B.*, [1988] 1 W.W.R. 1; *Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.; Toronto-Dominion Bank v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 963.

By Gonthier J. (dissenting)

Royal Bank v. Sparrow Electric Corp., Alberta Court of Queen's Bench, Edmonton, November 24, 1993, unreported; *R. in Right of B.C. v. F.B.D.B.*, [1988] 1 W.W.R. 1; *Dauphin Plains Credit Union Ltd. v. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 1182; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *Board of Industrial Relations v. Avco Financial Services Realty Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 699; *Royal Bank of Canada v. G.M. Homes Inc.* (1984), 52 C.B.R. (N.S.) 244; *Roynat Inc. v. Ja-Sha Trucking & Leasing Ltd.*, [1992] 2 W.W.R. 641; *Ford Motor Co. of Canada Ltd. v. Manning Mercury Sales Ltd. (Trustee of)*, [1994] 6 W.W.R. 372; *National Bank of Canada v. Director of Employment Standards* (1986), 5 P.P.S.A.C. 326; *Abraham v. Coopers & Lybrand Ltd.* (1993), 13 O.R. (3d) 649; *Armstrong v. Coopers & Lybrand Ltd.* (1986), 53 O.R. (2d) 468, aff'd (1987), 61 O.R. (2d) 129, leave to appeal refused, *sub nom. National Bank of Canada v. Armstrong*, [1988] 1 S.C.R. xii; *Manitoba (Minister of Labour) v. Omega Autobody Ltd. (Receiver of)* (1989), 59 D.L.R. (4th) 34; *Re Deslauriers Construction Products Ltd.*, [1970] 3 O.R. 599; *Pembina on the Red Development Corp. Ltd. v. Triman Industries Ltd.* (1991), 85 D.L.R. (4th) 29; *Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.; Toronto-Dominion Bank v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 963; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; *Illingworth v. Houldsworth*, [1904] A.C. 355; *Re Urman* (1983), 44 O.R. (2d) 248; *North Sky Trading Inc. (Bankrupt), Re* (1994), 158 A.R. 117; *Royal Bank of Canada v. Workmen's Compensation Board of Nova Scotia*, [1936] S.C.R. 560; *C.I.B.C. v. Klymchuk* (1990), 74 Alta. L.R. (2d) 232.

l'espèce. De cette façon, la thèse de la permission est circonscrite en ce qui concerne sa capacité de faire obstacle à des garanties antérieures.

En outre, la thèse de la permission appliquée dans le présent cas ne compromet pas l'intégrité du droit commercial. Elle s'applique de manière restreinte, de concert avec des dispositions législatives exceptionnelles, de façon à actualiser des obligations légalement exécutées. Elle ne crée pas d'incertitude dans les opérations commerciales.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts mentionnés: *R. in Right of B.C. c. F.B.D.B.*, [1988] 1 W.W.R. 1; *Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.; Banque Toronto-Dominion c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 963.

Citée par le juge Gonthier (dissident)

Royal Bank c. Sparrow Electric Corp., Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, Edmonton, 24 novembre 1993, inédit; *R. in Right of B.C. c. F.B.D.B.*, [1988] 1 W.W.R. 1; *Dauphin Plains Credit Union Ltd. c. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 1182; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *Commission des relations de travail c. Avco Financial Services Realty Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 699; *Royal Bank of Canada c. G.M. Homes Inc.* (1984), 52 C.B.R. (N.S.) 244; *Roynat Inc. c. Ja-Sha Trucking & Leasing Ltd.*, [1992] 2 W.W.R. 641; *Ford Motor Co. of Canada Ltd. c. Manning Mercury Sales Ltd. (Trustee of)*, [1994] 6 W.W.R. 372; *National Bank of Canada c. Director of Employment Standards* (1986), 5 P.P.S.A.C. 326; *Abraham c. Coopers & Lybrand Ltd.* (1993), 13 O.R. (3d) 649; *Armstrong c. Coopers & Lybrand Ltd.* (1986), 53 O.R. (2d) 468, conf. par (1987), 61 O.R. (2d) 129, autorisation de pourvoi refusée, *sub nom. National Bank of Canada c. Armstrong*, [1988] 1 R.C.S. xii; *Manitoba (Minister of Labour) c. Omega Autobody Ltd. (Receiver of)* (1989), 59 D.L.R. (4th) 34; *Re Deslauriers Construction Products Ltd.*, [1970] 3 O.R. 599; *Pembina on the Red Development Corp. Ltd. c. Triman Industries Ltd.* (1991), 85 D.L.R. (4th) 29; *Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.; Banque Toronto-Dominion c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 963; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *Illingworth c. Houldsworth*, [1904] A.C. 355; *Re Urman* (1983), 44 O.R. (2d) 248; *North Sky Trading Inc. (Bankrupt), Re* (1994), 158 A.R. 117; *Royal Bank of Canada c. Workmen's Compensation Board of Nova Scotia*, [1936] R.C.S. 560; *C.I.B.C. c. Klymchuk* (1990), 74 Alta. L.R. (2d) 232.

Statutes and Regulations Cited

- Bank Act*, R.S.C. 1927, c. 12, s. 88.
Bank Act, R.S.C., 1985, c. B-1, ss. 2(1), 178, 179(1), 185(2), 186(2).
Bank Act, S.C. 1991, c. 46, ss. 425(1) "goods, wares and merchandise", 427(1), (2), 428(1), 434(2), 435(2).
Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3, s. 67 [am. 1992, c. 27, s. 33].
Canada Pension Plan, R.S.C. 1970, c. C-5.
Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, s. 23(3), (4).
Canada Pension Plan, S.C. 1964-65, c. 51, s. 24(3), (4).
Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 153(1)(a), (3), 224(1.2) [ad. 1987, c. 46, s. 66; am. 1990, c. 34, s. 1], (1.3) [ad. 1987, c. 46, s. 66], 227(4), (5).
Personal Property Security Act, S.A. 1988, c. P-4.05, ss. 4(a), 10(1), 12(1), 13(1), 28(1).
Personal Property Security Act, S.B.C. 1989, c. 36.
Personal Property Security Act, R.S.O. 1990, c. P.10.
Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48.
Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 57(2), (3).
Workmen's Compensation Act, R.S.N.S. 1923, c. 129, s. 79(2).

Authors Cited

- Cuming, Ronald C. C. "Commercial Law — Floating Charges and Fixed Charges of After-Acquired Property: *The Queen in the Right of British Columbia v. Federal Business Development Bank*" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 506.
Cuming, Ronald C. C., and Roderick J. Wood. *Alberta Personal Property Security Act Handbook*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1993.
Cuming, Ronald C. C., and Roderick J. Wood. *British Columbia Personal Property Security Handbook*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1993.
Moull, William D. "Security Under Sections 177 and 178 of the Bank Act" (1986), 65 *Can. Bar Rev.* 242.
Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984.
Wood, Roderick J. "The Floating Charge in Canada" (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 191.
Wood, Roderick J. "Revenue Canada's Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*" (1995), 10 *B.F.L.R.* 429.

Lois et règlements cités

- Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.), art. 153(1)a), (3), 224(1.2) [aj. 1987, ch. 46, art. 66 mod. 1990, ch. 34, art. 1], (1.3) [aj. 1987, ch. 46, art. 66], 227(4), (5).
Loi des banques, S.R.C. 1927, ch. 12, art. 88.
Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 57(2), (3).
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 67 [mod. 1992, ch. 27, art. 33].
Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 425(1) «effets, denrées ou marchandises», 427(1), (2), 428(1), 434(2), 435(2).
Loi sur les banques, L.R.C. (1985), ch. B-1, art. 2(1), 178, 179(1), 185(2), 186(2).
Loi sur les sûretés mobilières, L.R.O. 1990, ch. P.10.
Personal Property Security Act, S.A. 1988, ch. P-4.05, art. 4a), 10(1), 12(1), 13(1), 28(1).
Personal Property Security Act, S.B.C. 1989, ch. 36.
Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 24(3), (4).
Régime de pensions du Canada, S.C. 1964-65, ch. 51, art. 24(3), (4).
Régime de pensions du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-5.
Workmen's Compensation Act, R.S.N.S. 1923, ch. 129, art. 79(2).

Doctrine citée

- Cuming, Ronald C. C. «Commercial Law — Floating Charges and Fixed Charges of After-Acquired Property: *The Queen in the Right of British Columbia v. Federal Business Development Bank*» (1988), 67 *R. du B. can.* 506.
Cuming, Ronald C. C., and Roderick J. Wood. *Alberta Personal Property Security Act Handbook*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1993.
Cuming, Ronald C. C., and Roderick J. Wood. *British Columbia Personal Property Security Handbook*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1993.
Moull, William D. «Security Under Sections 177 and 178 of the Bank Act» (1986), 65 *R. du B. can.* 242.
Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984.
Wood, Roderick J. «The Floating Charge in Canada» (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 191.
Wood, Roderick J. «Revenue Canada's Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*» (1995), 10 *B.F.L.R.* 429.

Wood, Roderick J., and Michael I. Wylie. "Non-Consensual Security Interests in Personal Property" (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 1055.

Ziegel, Jacob S. "Symposium: Recent and Prospective Developments in the Personal Property Security Law Area" (1985), 10 *Can. Bus. L.J.* 131.

Ziegel, Jacob S., Benjamin Geva and R. C. C. Cuming. *Commercial and Consumer Transactions*, Rev. 2nd ed. Toronto: Emond Montgomery, 1990.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1995), 28 *Alta. L.R.* (3d) 153, 165 *A.R.* 132, 89 *W.A.C.* 132, [1995] 6 *W.W.R.* 718, 33 *C.B.R.* (3d) 34, 10 *P.P.S.A.C.* (2d) 1, allowing an appeal from judgments of Agrios J. (1993), 19 *Alta. L.R.* (3d) 183, 10 *P.P.S.A.C.* (2d) 1, at p. 3, [1995] 1 *C.T.C.* 101, and (1994), 21 *Alta. L.R.* (3d) 275, 156 *A.R.* 187, [1994] 9 *W.W.R.* 338. Appeal dismissed, La Forest, Gonthier and Cory JJ. dissenting.

Edward R. Sojonky, Q.C., and *Michael J. Lema*, for the appellant.

Ray C. Rutman, for the respondent.

The reasons of La Forest, Gonthier and Cory JJ. were delivered by

Wood, Roderick J., and Michael I. Wylie. «Non-Consensual Security Interests in Personal Property» (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 1055.

Ziegel, Jacob S. «Symposium: Recent and Prospective Developments in the Personal Property Security Law Area» (1985), 10 *Can. Bus. L.J.* 131.

Ziegel, Jacob S., Benjamin Geva and R. C. C. Cuming. *Commercial and Consumer Transactions*, Rev. 2nd ed. Toronto: Emond Montgomery, 1990.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1995), 28 *Alta. L.R.* (3d) 153, 165 *A.R.* 132, 89 *W.A.C.* 132, [1995] 6 *W.W.R.* 718, 33 *C.B.R.* (3d) 34, 10 *P.P.S.A.C.* (2d) 1, qui a accueilli un appel interjeté contre des jugements du juge Agrios (1993), 19 *Alta. L.R.* (3d) 183, 10 *P.P.S.A.C.* (2d) 1, à la p. 3, [1995] 1 *C.T.C.* 101, et (1994), 21 *Alta. L.R.* (3d) 275, 156 *A.R.* 187, [1994] 9 *W.W.R.* 338. Pourvoi rejeté, les juges La Forest, Gonthier et Cory sont dissidents.

Edward R. Sojonky, c.r., et *Michael J. Lema*, pour l'appelante.

Ray C. Rutman, pour l'intimée.

Version française des motifs des juges La Forest, Gonthier et Cory rendus par

¹ GONTHIER J. (dissenting) — This case involves a determination of priority between a deemed statutory trust and various security instruments in regard to the proceeds of a liquidation sale of inventory. In particular, the appeal requires a determination of the priority status of Her Majesty's deemed trust under s. 227(4) and (5) of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.) (hereinafter "*ITA*"), these provisions becoming operative in this case because of the misappropriation of unremitted payroll deductions lawfully belonging to Her Majesty. In competition to this claim, the Royal Bank of Canada asserts priority under both a general security agreement and an assignment of inventory under s. 427 of the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46.

LE JUGE GONTHIER (dissident) — Il s'agit, en l'espèce, de déterminer l'ordre de priorité entre une fiducie légale réputée et diverses garanties ou sûretés relativement au produit de la liquidation des biens figurant dans un inventaire. Plus particulièrement, il nous faut déterminer l'ordre de priorité d'une fiducie réputée de Sa Majesté, constituée en vertu des par. 227(4) et (5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.) (ci-après «*LIR*»), lesquels paragraphes s'appliquent en l'espèce en raison du détournement de retenues sur la paye non versées qui appartiennent légalement à Sa Majesté. À l'encontre de cette demande, la Banque Royale du Canada fait valoir qu'elle a priorité tant en vertu d'une convention de garantie générale (ou contrat de sûreté générale) que d'une cession de biens figurant dans un inventaire, consentie en vertu de l'art. 427 de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46.

I — Facts

The debtor, Sparrow Electric Corporation (hereinafter “Sparrow”), carried on business as an electrical contractor in Alberta. The enterprise was of a substantial size, employing 200 to 300 employees in its business operations. To finance these operations, Sparrow borrowed heavily from the respondent Royal Bank of Canada (hereinafter the “bank”). The bank secured Sparrow’s borrowing with various forms of security, covering most of the assets utilized in Sparrow’s business. Of particular relevance to this appeal, however, the bank held a general security agreement over all of Sparrow’s present and after-acquired personal property, as well as an assignment of inventory under s. 178 (now s. 427) of the *Bank Act*, R.S.C., 1985, c. B-1.

In 1992, it became apparent to the bank that Sparrow was having financial difficulties. On two occasions, August 5, 1992 and September 30, 1992, the bank wrote to Sparrow advising its management that Sparrow was in default on its loan obligations. On October 16, 1992, in order to give Sparrow some time to correct its default situation, the bank and Sparrow entered into a “Standstill Agreement”. This agreement permitted Sparrow to continue carrying on business under the proviso that, should Sparrow’s position fail to improve, the bank would be entitled to appoint a receiver and enforce its security.

Sparrow’s financial position did not improve. For this reason, on November 19, 1992, the bank appointed a receiver to take over Sparrow’s business, and on December 8, 1992, the bank successfully petitioned Sparrow into bankruptcy. The order appointing the receiver empowered the receiver to, among other things, carry on Sparrow’s business as it deemed necessary. The receiver did in fact carry on Sparrow’s business for some time, employing approximately 200 employees in order to fulfil Sparrow’s outstanding con-

I — Les faits

La débitrice, Sparrow Electric Corporation (ci-après «Sparrow»), exploitait une entreprise d’entrepreneur électricien en Alberta. L’entreprise était de taille importante et comptait 200 à 300 employés. Pour financer l’exploitation de son entreprise, Sparrow a emprunté des sommes importantes à l’intimée la Banque Royale du Canada (ci-après la «banque»). Pour garantir les sommes prêtées, la banque a obtenu de Sparrow diverses formes de garantie portant sur la plupart des éléments d’actif utilisés dans l’entreprise de Sparrow. En l’espèce, il importe de souligner que la banque bénéficiait d’une convention de garantie générale portant sur tous les biens meubles que Sparrow possédait alors ou qu’elle acquerrait par la suite, de même que d’une cession des biens figurant dans l’inventaire de l’entreprise, consentie en vertu de l’art. 178 (maintenant l’art. 427) de la *Loi sur les banques*, L.R.C. (1985), ch. B-1.

En 1992, la banque s’est rendu compte que Sparrow éprouvait des difficultés financières. À deux reprises, les 5 août et 30 septembre 1992, la banque a écrit à la direction de Sparrow pour lui signaler son défaut de remplir les obligations de son emprunt. Le 16 octobre 1992, pour donner à Sparrow le temps de remédier à la situation, la banque et Sparrow ont conclu un «moratoire». Ce moratoire permettait à Sparrow de poursuivre ses activités à la condition que, dans le cas où sa situation ne s’améliorerait pas, la banque puisse nommer un séquestre et réaliser sa garantie.

La situation financière de Sparrow ne s’étant pas améliorée, la banque a, le 19 novembre 1992, nommé un séquestre qui prendrait le contrôle de l’entreprise de Sparrow, et, le 8 décembre 1992, elle a présenté avec succès une pétition en faillite contre Sparrow. L’ordonnance de séquestre conférait au séquestre le pouvoir, notamment, d’exploiter l’entreprise de Sparrow, s’il le jugeait nécessaire. Le séquestre a effectivement exploité l’entreprise de Sparrow pendant un certain temps, en recourant aux services d’environ 200 employés

2

3

4

tractual obligations. These employees were terminated effective January 15, 1993.

pour remplir les obligations contractuelles de Sparrow. Ces employés ont été licenciés le 15 janvier 1993.

5 In addition to the failure to pay the loan obligations which inevitably led to its bankruptcy and receivership, Sparrow had failed to honour other obligations in its attempt to remain in business. In particular, Sparrow failed to remit payroll deductions as required by s. 153 *ITA*. While the record does not disclose the exact date of these failures, it appears that the first instance of non-remittance could have occurred no later than August 7, 1992. Having regard to the amount of payroll deductions outstanding as of August 7, and to the average number of Sparrow's employees on the payroll, we can conclude that the actual payroll deductions which give rise to Her Majesty's claim in all likelihood occurred some time in the year 1992. In any event, by the time of its receivership, in addition to substantial amounts outstanding to the bank, Sparrow was indebted to the appellant ("Her Majesty") in the amount of \$625,990.86 for unremitted income tax payroll deductions.

Outre son défaut de remplir les obligations de son emprunt, qui a mené inévitablement à sa faillite et à sa mise sous séquestre, Sparrow a manqué à d'autres obligations en tentant de rester en affaires. Elle a omis, en particulier, de verser des retenues sur la paye qu'elle était tenue de verser en vertu de l'art. 153 *LIR*. Bien que le dossier n'en révèle pas la date exacte, il semble que la première de ces omissions ait pu se produire dès le 7 août 1992. Compte tenu du montant des retenues sur la paye dues en date du 7 août, et du nombre moyen d'employés inscrits sur la liste de paye de Sparrow, nous pouvons conclure que les retenues sur la paye qui sont à l'origine de la demande de Sa Majesté ont vraisemblablement été effectuées en 1992. De toute façon, au moment de sa mise sous séquestre, Sparrow devait à l'appelante («Sa Majesté»), outre les montants considérables dûs à la banque, la somme de 625 990,86 \$ pour le non-versement de retenues d'impôt sur le revenu effectuées sur la paye.

6 On January 12, 1993, the receiver applied to the Alberta Court of Queen's Bench for authorization to sell various Sparrow assets. Part of the pool of assets to be sold included Sparrow's inventory which is the subject of this appeal. On January 15, 1993, Wilson J. authorized both the sale of the assets and remittance of its proceeds to the bank in partial repayment of its claims, but ordered that an amount equal to Her Majesty's claim for unremitted payroll deductions be held in trust pending a resolution as to the entitlement to this portion of the proceeds. At some later date, the assets were in fact sold, and the amount of \$625,990.86 set aside. It has been held in judicial proceedings that the amount held is constituted entirely of proceeds from inventory (*Royal Bank v. Sparrow Electric Corp.*, Alberta Court of Queen's Bench, Edmonton, November 24, 1993, unreported). That ruling is not at issue in this appeal.

Le 12 janvier 1993, le séquestre a demandé à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta l'autorisation de vendre divers éléments d'actif de Sparrow, notamment les biens figurant dans son inventaire qui font l'objet du présent pourvoi. Le 15 janvier 1993, le juge Wilson a autorisé à la fois la vente des éléments d'actif et le versement du produit de la vente à la banque à titre de remboursement partiel du montant qu'elle réclamait, mais il a ordonné qu'un montant égal à celui réclamé par Sa Majesté pour les retenues sur la paye non versées soit détenu en fiducie jusqu'à ce que l'on ait décidé qui aurait droit à cette partie du produit de la vente. Quelque temps plus tard, les éléments d'actif ont été vendus et la somme de 625 990,86 \$ a été mise de côté. On a statué, au cours de procédures judiciaires, que le montant détenu est entièrement constitué du produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire (*Royal Bank c. Sparrow Electric Corp.*, Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, Edmonton, 24 novembre 1993, inédit). Cette décision n'est pas en cause devant nous.

At present, the fund being held and constituting the proceeds of inventory is sufficient to satisfy either Her Majesty's claim, or part of the outstanding claims owing to the bank. The determination of priority in this appeal will therefore be determinative as to which party is entitled to the entirety of the disputed fund.

II — The Competing Interests

For convenience, I will at the outset outline the claims of the bank and of Her Majesty which are advanced as being entitled to the proceeds of the inventory.

(A) *The Bank*

The respondent bank advances two distinct security instruments in order to establish its claim to the disputed fund. First, the bank argues that its general security agreement ("GSA"), executed on February 25, 1992, and perfected pursuant to the Alberta *Personal Property Security Act*, S.A. 1988, c. P-4.05 ("PPSA"), is entitled to priority. By this agreement, Sparrow assigned to the bank a security interest in all of its present and after-acquired personal property, including "all inventory of whatever kind and wherever situate" (para. 1(a)(i)). In addition, para. 7 of that agreement provided that proceeds of the collateral received by Sparrow would be received and held in trust for the bank. Of significance to this appeal, however, para. 4 of the GSA contained two express covenants, providing:

So long as this Security Agreement remains in effect Debtor covenants and agrees:

(a) to defend the Collateral against the claims and demands of all other parties claiming the same or an interest therein; to keep the Collateral free from all Encumbrances . . . ; provided always that, until default, Debtor may, in the ordinary course of Debtor's busi-

Actuellement, les fonds détenus, qui proviennent du produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire, sont suffisants pour satisfaire à la demande de Sa Majesté, ou pour rembourser une partie des sommes dues à la banque. La détermination de l'ordre de priorité, en l'espèce, sera donc décisive quant à savoir quelle partie a droit à la totalité des fonds contestés.

II — Les intérêts opposés

Pour des raisons de commodité, je vais commencer par exposer les moyens invoqués par la banque et par Sa Majesté à l'appui de leur droit au produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire.

(A) *La banque*

La banque intimée invoque deux garanties distinctes à l'appui de sa demande de reconnaissance de son droit aux fonds contestés. Elle allègue, premièrement, que sa convention de garantie générale («CGG»), signée le 25 février 1992 et opposable conformément à la *Personal Property Security Act* de l'Alberta, S.A. 1988, ch. P-4.05 («PPSA»), doit avoir priorité. Par cette convention, Sparrow a cédé en garantie à la banque tous les biens meubles qu'elle possédait alors ou qu'elle acquerrait par la suite, y compris [TRADUCTION] «tous les biens figurant dans l'inventaire, quels qu'ils soient et où qu'ils soient» (sous-al. 1a)(i)). De plus, la clause 7 de cette convention prévoyait que le produit du bien donné en garantie, reçu par Sparrow, serait détenu en fiducie pour la banque. Cependant, il importe de noter, en l'espèce, que la clause 4 de la CGG comportait deux engagements explicites, à savoir:

[TRADUCTION] Pour toute la durée de la présente convention de garantie, le débiteur prend l'engagement et convient:

a) de protéger le bien donné en garantie contre les réclamations et les revendications de toute autre partie qui prétendrait avoir un droit sur ce bien; de le garder libre de toute charge [. . .]; toujours à la condition qu'à moins d'être en défaut le débiteur puisse, dans le cours

ness, sell or lease inventory and, subject to Clause 7 hereof, use Money available to Debtor,

normal de ses affaires, vendre ou louer les biens figurant dans l'inventaire et, sous réserve de la clause 7 des présentes, utiliser les sommes d'argent dont il dispose,

(e) to pay all taxes, rates, levies, assessments and other charges of every nature which may be lawfully levied, assessed or imposed against or in respect of Debtor or Collateral as and when the same become due and payable; [Emphasis added.]

e) de payer tous les impôts, tarifs, redevances, cotisations et autres sommes de toute nature qui peuvent être légalement perçues, cotisées ou imposées à l'égard du débiteur ou d'un bien donné en garantie, lorsque ces sommes sont dues et exigibles; [Je souligne.]

Additionally, under the credit facilities agreement between Sparrow and the bank, dated January 22, 1992, Sparrow covenanted as follows:

De plus, dans la convention de crédit conclue avec la banque le 22 janvier 1992, Sparrow avait pris l'engagement suivant:

[TRADUCTION]

(3) it will promptly pay when due all business, income and other taxes properly levied on its operations and property and remit all statutory employee deductions when due; [Emphasis added.]

(3) elle paiera promptement, lorsqu'ils seront dus, toutes les taxes d'affaires, impôts sur le revenu et autres taxes perçues à bon droit sur ses affaires et ses biens et versera toutes les retenues légales sur le salaire des employés, lorsqu'elles seront dues; [Je souligne.]

10

The bank's second claim is that its *Bank Act* security ("BAS") entitles it to priority to the inventory proceeds. That security instrument was executed on two occasions, January 29, 1990 and December 12, 1990. Under the General Assignment, Sparrow assigned to the bank, *inter alia*, "all goods inventory, [and] stock-in-trade" as continuing security for the payment of loans to the bank. In addition, as part of the Agreement as to Loans and Advances, Sparrow granted security in both its inventory and its proceeds. At the time these instruments were executed, s. 178 of the *Bank Act*, R.S.C., 1985, c. B-1, was in effect. However, on June 1, 1992, that Act was replaced with the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46. The relevant portions of these two acts are identical. However, as the facts giving rise to this case occurred while the latter Act was in force, I will refer to the provisions of this new Act for the purposes of this appeal. As such, the bank's claim for security under its BAS

La banque allègue, deuxièmement, que la garantie de la *Loi sur les banques* («GLB») lui donne droit à la priorité de rang quant au produit des biens figurant dans l'inventaire. Cette garantie a été consentie à deux occasions, soit les 29 janvier et 12 décembre 1990. Aux termes de la cession générale, Sparrow a notamment cédé à la banque [TRADUCTION] «tous les biens figurant dans l'inventaire, [et] articles de commerce» à titre de garantie permanente du paiement de ses emprunts à la banque. De plus, dans la convention relative aux prêts et aux avances de fonds, Sparrow a donné en garantie tant les biens figurant dans son inventaire que le produit de leur vente. Au moment où ces instruments ont été signés, l'art. 178 de la *Loi sur les banques*, L.R.C. (1985), ch. B-1, était en vigueur. Cependant, le 1^{er} juin 1992, cette loi a été remplacée par la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46. Les dispositions pertinentes de ces deux lois sont identiques. Cependant, étant donné que les faits à l'origine de la présente affaire sont survenus pendant que cette dernière loi était en vigueur, je renverrai aux dispositions de cette nouvelle loi pour les fins du présent pourvoi. C'est pourquoi la demande de garantie que la banque a adressée en vertu de la GLB qu'elle possède est

is grounded in s. 427 (formerly s. 178) of the *Bank Act*, which provides:

427. (1) A bank may lend money and make advances

(a) to any wholesale or retail purchaser or shipper of, or dealer in, products of agriculture, products of aquaculture, products of the forest, products of the quarry and mine, products of the sea, lakes and rivers or goods, wares and merchandise, manufactured or otherwise, on the security of such products or goods, wares and merchandise and of goods, wares and merchandise used in or procured for the packing of such products or goods, wares and merchandise,

(2) Delivery of a document giving security on property to a bank under the authority of this section vests in the bank in respect of the property therein described

(a) of which the person giving security is the owner at the time of the delivery of the document, or

(b) of which that person becomes the owner at any time thereafter before the release of the security by the bank, whether or not the property is in existence at the time of the delivery,

the following rights and powers, namely,

(c) if the property is property on which security is given under paragraph (1)(a), (b), (g), (h), (i), (j) or (o), under paragraph (1)(c) or (m) consisting of aquacultural implements, under paragraph (1)(d) or (n) consisting of agricultural implements or under paragraph (1)(p) consisting of forestry implements, the same rights and powers as if the bank had acquired a warehouse receipt or bill of lading in which that property was described, . . .

and all such property in respect of which such rights and powers are vested in the bank under this section is for the purposes of this Act property covered by the security. [Emphasis added.]

Section 425(1) (formerly contained within s. 2(1)) provides that:

425. (1) . . .

“goods, wares and merchandise” includes products of agriculture, products of aquaculture, products of the

fondée sur l’art. 427 (auparavant l’art. 178) de la *Loi sur les banques*, qui prévoit que:

427. (1) La banque peut consentir des prêts ou avances de fonds:

a) à tout acheteur, expéditeur ou marchand en gros ou au détail de produits agricoles, aquicoles, forestiers, des carrières, des mines ou aquatiques ou d’effets, denrées ou marchandises fabriqués ou autrement obtenus, moyennant garantie portant sur ces produits ou sur ces effets, denrées ou marchandises ainsi que sur les effets, denrées ou marchandises servant à leur emballage;

(2) La remise à la banque d’un document lui accordant, en vertu du présent article, une garantie sur des biens dont le donneur de garantie:

a) soit est propriétaire au moment de la remise du document,

b) soit devient propriétaire avant l’abandon de la garantie par la banque, que ces biens existent ou non au moment de cette remise,

confère à la banque, en ce qui concerne les biens visés, les droits et pouvoirs suivants:

c) s’il s’agit d’une garantie donnée soit en vertu des alinéas (1)a), b), g), h), i), j) ou o), soit en vertu des alinéas (1)c) ou m) et portant sur du matériel agricole mobilier, soit en vertu des alinéas (1)d) ou n) et portant sur du matériel agricole mobilier, soit en vertu de l’alinéa (1)p) et portant sur du matériel sylvicole mobilier, les mêmes droits que si la banque avait acquis un récépissé d’entrepôt ou un connaissance visant ces biens;

Tous les biens, à l’égard desquels les droits sont dévolus à la banque sous le régime du présent article, sont, pour l’application de la présente loi, des biens affectés à la garantie. [Je souligne.]

Le paragraphe 425(1) (qui, auparavant, faisait partie du par. 2(1)) prévoit que:

425. (1) . . .

«effets, denrées ou marchandises» Tout objet de commerce, et plus particulièrement les produits agricoles

forest, products of the quarry and mine, products of the sea, lakes and rivers, and all other articles of commerce; [Emphasis added.]

And s. 435(2) (formerly s. 186(2)) provides:

435. . . .

(2) Any warehouse receipt or bill of lading acquired by a bank under subsection (1) vests in the bank, from the date of the acquisition thereof,

(a) all the right and title to the warehouse receipt or bill of lading and to the goods, wares and merchandise covered thereby of the previous holder or owner thereof; and

(b) all the right and title to the goods, wares and merchandise mentioned therein of the person from whom the goods, wares and merchandise were received or acquired by the bank, if the warehouse receipt or bill of lading is made directly in favour of the bank, instead of to the previous holder or owner of the goods, wares and merchandise.

11

In addition, the respondent directed this Court's attention to s. 428(1) (formerly s. 179(1)), which it was submitted affected the priority position of the bank's BAS:

428. (1) All the rights and powers of a bank in respect of the property mentioned in or covered by a warehouse receipt or bill of lading acquired and held by the bank, and the rights and powers of the bank in respect of the property covered by a security given to the bank under section 427 that are the same as if the bank had acquired a warehouse receipt or bill of lading in which that property was described, have, subject to subsection 427(4) and subsections (3) to (6) of this section, priority over all rights subsequently acquired in, on or in respect of that property, and also over the claim of any unpaid vendor. [Emphasis added.]

Finally, s. 434(2) (formerly s. 185(2)) provides:

434. . . .

(2) Nothing in any charter, Act or law shall be construed as ever having been intended to prevent or as preventing a bank from acquiring and holding an absolute title to and in any mortgaged or hypothecated real property, whatever the value thereof, or from exercising or acting on any power of sale contained in any mortgage given to or held by the bank, authorizing or ena-

et aquicoles, les produits de la forêt, des carrières et des mines et les produits aquatiques. [Je souligne.]

Et le paragraphe 435(2) (auparavant le par. 186(2)) se lit ainsi:

435. . . .

(2) Tout récépissé d'entrepôt ou connaissance confère à la banque qui l'a acquis, en vertu du paragraphe (1), à compter de la date de l'acquisition:

a) les droit et titre de propriété que le précédent détenteur ou propriétaire avait sur le récépissé d'entrepôt ou le connaissance et sur des effets, denrées ou marchandises qu'il vise;

b) les droit et titre qu'avait la personne, qui les a cédés à la banque, sur les effets, denrées ou marchandises qui y sont mentionnés, si le récépissé d'entrepôt ou le connaissance est fait directement en faveur de la banque, au lieu de l'être en faveur de leur précédent détenteur ou propriétaire.

De plus, l'intimée a attiré l'attention de la Cour sur le par. 428(1) (auparavant le par. 179(1)), qui, soutenait-elle, avait une incidence sur le rang de la GLB de la banque dans l'ordre de priorité:

428. (1) Tous les droits de la banque sur les biens mentionnés ou visés dans un récépissé d'entrepôt ou un connaissance qu'elle a acquis ou détient, ainsi que ses droits sur les biens affectés à une garantie reçue en vertu de l'article 427, et qui équivalent aux droits découlant d'un récépissé d'entrepôt ou un connaissance visant ces biens priment, sous réserve du paragraphe 427(4) et des paragraphes (3) à (6) du présent article, tous les droits subséquentement acquis sur ces biens, ainsi que la créance de tout vendeur impayé. [Je souligne.]

Enfin, le par. 434(2) (auparavant le par. 185(2)) se lit ainsi:

434. . . .

(2) Aucune charte, loi ou règle de droit ne doit s'interpréter comme ayant été destinée à interdire ou comme interdisant à la banque d'acquérir et de détenir le titre absolu de propriété des biens immeubles grevés d'une hypothèque, quelle qu'en soit la valeur, ou d'exercer le droit découlant d'une hypothèque consentie en sa faveur ou détenue par elle, lui conférant l'autorisation

bling it to sell or convey any property so mortgaged. [Emphasis added.]

While no provision in the BAS explicitly permitted Sparrow to sell its inventory, the respondent bank has conceded that such a licence existed, as a practical matter, as between the parties. In any event, I would have thought that once a licence to sell inventory had been granted under the GSA, it would be impossible to grant a more restricted licence to deal with the same collateral under the provisions of the BAS.

(B) *Her Majesty's Interest*

Her Majesty's claim arises under the s. 227 deemed trust provisions of the *ITA*. Section 153(1)(a) of that Act requires employers to withhold from the pay cheques of its employees and remit to the Receiver General amounts on account of the payee's tax for the year:

153. (1) Every person paying at any time in a taxation year

(a) salary or wages or other remuneration,

. . . .

shall deduct or withhold therefrom such amount as may be determined in accordance with prescribed rules and shall, at such time as may be prescribed, remit that amount to the Receiver General on account of the payee's tax for the year [Emphasis added.]

Such amounts are deemed to be held in trust for Her Majesty by virtue of s. 227(4) and (5) *ITA*, which provide:

227. . . .

(4) Every person who deducts or withholds any amount under this Act shall be deemed to hold the amount so deducted or withheld in trust for Her Majesty.

(5) Notwithstanding any provision of the *Bankruptcy Act*, in the event of any liquidation, assignment, receiv-

ou lui permettant de vendre ou de transférer les biens grevés. [Je souligne.]

Même si aucune disposition de la GLB ne permettait explicitement à Sparrow de vendre les biens figurant dans son inventaire, la banque intimée a concédé qu'en pratique les parties avaient cette permission. De toute façon, j'aurais cru que, dès qu'une permission de vendre les biens d'un inventaire a été accordée en vertu de la GLB, il serait impossible d'accorder une permission plus restreinte d'aliéner le même bien donné en garantie en vertu des dispositions de la GLB.

(B) *L'intérêt de Sa Majesté*

La demande de Sa Majesté est fondée sur les dispositions en matière de fiducie réputée de l'art. 227 *LIR*. L'alinéa 153(1)a) de cette loi exige que les employeurs prélèvent sur le chèque de paye de leurs employés des sommes au titre de l'impôt du bénéficiaire ou du dépositaire pour l'année, et qu'ils les versent au receveur général:

153. (1) Toute personne qui verse au cours d'une année d'imposition l'un des montants suivants:

a) un traitement, un salaire ou autre rémunération;

. . . .

doit en déduire ou en retenir la somme qui peut être prescrite et doit, au moment qui peut être fixé par règlement, remettre cette somme au receveur général au titre de l'impôt du bénéficiaire ou du dépositaire, selon le cas, pour l'année . . . [Je souligne.]

Ces sommes sont réputées être détenues en fiducie pour Sa Majesté en vertu des par. 227(4) et (5) *LIR*, dont voici le texte:

227. . . .

(4) Toute personne qui déduit ou retient un montant quelconque en vertu de la présente loi est réputée retenir le montant ainsi déduit ou retenu en fiducie pour Sa Majesté.

(5) Malgré la *Loi sur la faillite*, en cas de liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite d'une personne, un montant égal à l'un ou l'autre des montants suivants est considéré comme tenu séparé et ne formant pas partie du patrimoine visé par la liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite, que ce montant ait été ou non,

12

13

ership or bankruptcy of or by a person, an amount equal to any amount

(a) deemed by subsection (4) to be held in trust for Her Majesty, . . .

. . .

shall be deemed to be separate from and form no part of the estate in liquidation, assignment, receivership or bankruptcy, whether or not that amount has in fact been kept separate and apart from the person's own moneys or from the assets of the estate.

As of June 15, 1994, these provisions have been repealed and replaced by a revised s. 227(4): S.C. 1994, c. 21, s. 104(1). However, as this amendment was not effective at the time the facts of this appeal arose, I decline to comment on the application of the new s. 227(4) to this case.

III — Judgments of the Courts Below

Alberta Court of Queen's Bench (1993), 19 Alta. L.R. (3d) 183

14

The first application brought to determine the priority over the inventory proceeds involved the competing claims under the GSA advanced by the bank, and Her Majesty's deemed trust. Agrios J. held that the deemed trust took priority over the GSA. In characterizing the statutory trust, Agrios J. concluded at p. 189 that the trust attaches to "whatever assets are left" upon bankruptcy. With regard to the GSA security interest, Agrios J. was of the view that it took the form of a fixed charge on the inventory with a licence to sell in the ordinary course of business. However, this latter characterization was not necessary to reach his decision, as the learned chambers judge ultimately reasoned, at p. 188, "[w]hether the charge is floating or fixed, if there is an ability to deal with an asset such as inventory, the asset becomes exposed to the normal market incidents of carrying on business". Relying on the decision of McLachlin J.A. (as she then was) in *R. in Right of B.C. v. F.B.D.B.*, [1988] 1 W.W.R. 1 (B.C.C.A.) (hereinafter "*FBDB*"), Agrios J. found that a normal incident of selling inventory was the payment of statutory

en fait, tenu séparé des propres fonds de la personne ou des éléments du patrimoine:

a) le montant réputé, selon le paragraphe (4), être détenu en fiducie pour Sa Majesté;

Le 15 juin 1994, ces dispositions ont été abrogées et remplacées par un nouveau par. 227(4): L.C. 1994, ch. 21, par. 104(1). Cependant, étant donné que cette modification ne s'appliquait pas au moment où sont survenus les faits à l'origine du présent pourvoi, je ne fais aucun commentaire sur l'application du nouveau par. 227(4) à la présente affaire.

III — Les juridictions inférieures

Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (1993), 19 Alta. L.R. (3d) 183

La première demande de détermination de l'ordre de priorité quant au produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire opposait la réclamation de la banque fondée sur la CGG et celle fondée sur la fiducie réputée de Sa Majesté. Le juge Agrios a statué que la fiducie réputée avait priorité de rang sur la CGG. En définissant la fiducie légale, le juge Agrios conclut, à la p. 189, qu'elle s'applique à [TRADUCTION] «tous les biens qui restent» à la suite d'une faillite. En ce qui concerne la garantie découlant de la CGG, le juge Agrios était d'avis qu'elle prenait la forme d'un privilège fixe sur les biens de l'inventaire, assorti d'une permission de vendre dans le cours normal des affaires. Toutefois, le juge en chambre n'avait pas à la qualifier ainsi pour arriver à sa décision étant donné qu'il a fini par affirmer, à la p. 188: [TRADUCTION] «[q]ue le privilège soit flottant ou fixe, s'il y a capacité d'aliéner un élément d'actif comme les biens figurant dans un inventaire, cet élément d'actif devient alors exposé aux activités normales rattachées à l'exploitation d'une entreprise». Se fondant sur la décision du juge

liens. The sale of the inventory therefore permitted the statutory trust to attach.

Alberta Court of Queen's Bench (1994), 21 Alta. L.R. (3d) 275

The bank subsequently applied for a determination of whether their BAS over Sparrow's inventory took priority over Her Majesty's deemed trust. For substantially similar reasons, Agrios J. held that the deemed trust once again took priority. Whether the BAS could be characterized as a fixed charge with a licence to sell, or a floating charge, the sale of the inventory subjected the bank's interest in it to the "normal incidents of business" (at p. 283). And, in Agrios J.'s view, one of these incidents was the paying of wages and withholdings. As these proceeds were impressed with the deemed trust, whatever interest the bank had could not attach to them, as they were no longer the property of Sparrow.

Alberta Court of Appeal (1995), 28 Alta. L.R. (3d) 153

Both the decisions of Agrios J. were appealed to the Alberta Court of Appeal. As such, the priority of both the GSA and the BAS were at issue before that court. However, the Court of Appeal, unanimously deciding to dispose of the appeal solely on the grounds that the BAS took priority over the statutory trust, neither heard oral argument nor ruled with regard to the priority of the GSA.

The Court of Appeal began with the premise that BAS was a fixed and specific charge transferring legal title to the bank and not a floating charge

McLachlin (maintenant juge de notre Cour) dans l'arrêt *R. in Right of B.C. c. F.B.D.B.*, [1988] 1 W.W.R. 1 (C.A.C.-B.) (ci-après «*FBDB*»), le juge Agrios a conclu que le remboursement de dettes garanties par des privilèges légaux était une activité normale rattachée à la vente des biens d'un inventaire. La vente des biens figurant dans l'inventaire permettait donc à la fiducie légale de s'appliquer.

Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (1994), 21 Alta. L.R. (3d) 275

La banque a, par la suite, demandé de déterminer si la GLB qu'elle détenait relativement aux biens figurant dans l'inventaire de Sparrow avait priorité de rang sur la fiducie réputée de Sa Majesté. Pour des motifs essentiellement similaires, le juge Agrios a statué que la fiducie réputée avait, encore là, priorité de rang. Que la GLB ait pu être qualifiée de privilège fixe assorti d'une permission de vendre, ou encore de privilège flottant, la vente des biens figurant dans l'inventaire assujettissait le droit de la banque sur ces biens aux [TRADUCTION] «activités normales des affaires» (à la p. 283). Et, selon le juge Agrios, le paiement des salaires et le versement des retenues faisaient partie de ces activités. Étant donné que le produit de cette vente était sujet à la fiducie réputée, tout droit que la banque pouvait avoir ne pouvait pas s'appliquer à ce produit, étant donné qu'il n'appartenait plus à Sparrow.

Cour d'appel de l'Alberta (1995), 28 Alta. L.R. (3d) 153

Les deux décisions du juge Agrios ont été portées en appel devant la Cour d'appel de l'Alberta, où l'ordre de priorité de la CGG et de la GLB a été en cause. Toutefois, la Cour d'appel a décidé, à l'unanimité, de statuer sur l'appel uniquement en fonction du fait que la GLB avait priorité de rang sur la fiducie légale, et elle n'a entendu aucune plaidoirie ni statué sur la priorité de rang de la CGG.

La Cour d'appel est partie du principe que la GLB était un privilège fixe et spécifique qui transférait le titre de propriété à la banque, et non pas

15

16

17

over inventory. For this proposition, the court relied upon two judgments of this Court, *Dauphin Plains Credit Union Ltd. v. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 1182, and *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121, both decisions which the court considered binding upon it. As the claim of Her Majesty arose subsequent to the execution of the BAS, in the court's opinion, the deemed trust could have nothing to attach to. In addition, the court rejected the argument that the inventory was subject to a licence to sell which would provide Her Majesty with an opportunity to attach its interest. The Court of Appeal found *FBDB*, *supra*, relied upon by Agrios J. to be distinguishable on the basis that the intimacy in that case between the sale of inventory and the statutory trust was not present in the case before it. In contrast, in the present case, the court found no conceptual or evidentiary link between the sale of inventory and the withholding of payroll deductions. In any event, the court found that any licence to sell inventory only lasted until default, and as the sale in this case occurred well after any default by Sparrow, the licence must therefore have been extinguished at the relevant time. For these reasons, the Court of Appeal found that the BAS took priority over Her Majesty's deemed trust.

IV — Issues

18

There are two issues to be resolved in this appeal: (1) whether, on the facts of this case, Her Majesty's s. 227(5) *ITA* deemed trust takes priority over a previously executed GSA with respect to the proceeds of the sale of inventory; and (2) whether, on the facts of this case, Her Majesty's s. 227(5) *ITA* deemed trust takes priority over a previously executed BAS with respect to the proceeds of the sale of inventory?

V — Analysis

(A) *Introduction*

un privilège flottant sur les biens figurant dans un inventaire. Elle a invoqué, à l'appui de cette proposition, deux arrêts de notre Cour qui, selon elle, la liaient, à savoir *Dauphin Plains Credit Union Ltd. c. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 1182, et *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121. La cour était d'avis que, puisque la demande de Sa Majesté découlait de la signature de la GLB, la fiducie réputée était dépourvue d'objet. De plus, la cour a rejeté l'argument selon lequel les biens figurant dans l'inventaire faisaient l'objet d'une permission de vendre qui donnerait à Sa Majesté l'occasion de faire valoir son droit. La Cour d'appel a conclu que l'arrêt *FBDB*, précité, sur lequel s'était appuyé le juge Agrios, pouvait faire l'objet d'une distinction du fait que le lien de proximité qu'on y trouvait entre la vente des biens figurant dans l'inventaire et la fiducie légale n'existait pas dans l'affaire dont elle était saisie. Par contre, dans la présente affaire, la cour a conclu à l'absence de lien conceptuel ou probant entre la vente des biens figurant dans l'inventaire et les retenues sur la paye. De toute façon, la cour a conclu que toute permission de vendre les biens figurant dans l'inventaire ne valait que tant qu'il n'y aurait pas défaut et qu'étant donné que la vente en l'espèce avait eu lieu bien après le défaut de Sparrow, la permission ne devait donc plus être valide à l'époque pertinente. Pour ces motifs, la Cour d'appel a conclu que la GLB avait priorité de rang sur la fiducie réputée de Sa Majesté.

IV — Les questions en litige

Il y a deux questions à trancher en l'espèce: (1) celle de savoir si, d'après les faits de la présente affaire, la fiducie réputée que Sa Majesté détient en vertu du par. 227(5) *LIR* a priorité de rang sur une CGG antérieure, quant au produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire, et (2), celle de savoir si, d'après les faits de la présente affaire, la fiducie réputée que Sa Majesté détient en vertu du par. 227(5) *LIR* a priorité de rang sur une GLB antérieure, quant au produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire.

V — Analyse

(A) *Introduction*

The law reports are replete with cases involving competing claims between statutory liens and deemed trusts, such as the one found in s. 227 *ITA*, and other previously executed consensual security interests: *Dauphin Plains Credit Union Ltd. v. Xyloid Industries Ltd.*, *supra*; *Board of Industrial Relations v. Avco Financial Services Realty Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 699; *Royal Bank of Canada v. G. M. Homes Inc.* (1984), 52 C.B.R. (N.S.) 244 (Sask. C.A.); *Roynat Inc. v. Ja-Sha Trucking & Leasing Ltd.*, [1992] 2 W.W.R. 641 (Man. C.A.); *FBDB, supra*; *Ford Motor Co. of Canada Ltd. v. Manning Mercury Sales Ltd. (Trustee of)*, [1994] 6 W.W.R. 372 (Sask. Q.B.); *National Bank of Canada v. Director of Employment Standards* (1986), 5 P.P.S.A.C. 326 (Ont. Div. Ct.); *Abraham v. Coopers & Lybrand Ltd.* (1993), 13 O.R. (3d) 649 (Gen. Div.) (under appeal); *Armstrong v. Coopers & Lybrand Ltd.* (1986), 53 O.R. (2d) 468 (H.C.), *aff'd* (1987), 61 O.R. (2d) 129 (C.A.), leave refused, *sub nom. National Bank of Canada v. Armstrong*, [1988] 1 S.C.R. xii. The ubiquitousness of this legal dilemma in our courts speaks no doubt, at least in part, to the prevalence of the unfortunate factual situation which such statutory trusts and liens were meant to counter. Namely, such deemed trusts or liens are devices which legislators often employ in order to recover moneys which ought to have lawfully been paid to them but have been unlawfully misappropriated by a debtor who subsequently encounters financial difficulty and is forced into winding up its business, e.g., *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8, s. 23(3) and (4); *Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 57(2) and (3); and the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 227(4) and (5). Indeed, it is perhaps more accurate to speculate that this sort of misappropriation of public funds is often a manifestation of an already-existing financial difficulty in a debtor's business, as a debtor foregoes statutory payments as required of it in order to increase artificially its supply of working capital.

At the same time that legislators have sought to protect the fiscal integrity of public institutions

Les recueils de jurisprudence regorgent de cas où il est question de demandes opposées relatives à des privilèges légaux et à des fiducies réputées, comme celle dont il est question à l'art. 227 *LIR*, et à des garanties consensuelles antérieures: *Dauphin Plains Credit Union Ltd. c. Xyloid Industries Ltd.*, précité; *Commission des relations de travail c. Avco Financial Services Realty Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 699; *Royal Bank of Canada c. G.M. Homes Inc.* (1984), 52 C.B.R. (N.S.) 244 (C.A. Sask.); *Roynat Inc. c. Ja-Sha Trucking & Leasing Ltd.*, [1992] 2 W.W.R. 641 (C.A. Man.); *FBDB*, précité; *Ford Motor Co. of Canada Ltd. c. Manning Mercury Sales Ltd. (Trustee of)*, [1994] 6 W.W.R. 372 (B.R. Sask.); *National Bank of Canada c. Director of Employment Standards* (1986), 5 P.P.S.A.C. 326 (C. div. Ont.); *Abraham c. Coopers & Lybrand Ltd.* (1993), 13 O.R. (3d) 649 (Div. gén.) (en appel); *Armstrong c. Coopers & Lybrand Ltd.* (1986), 53 O.R. (2d) 468 (H.C.), *conf. par* (1987), 61 O.R. (2d) 129 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, *sub nom. National Bank of Canada c. Armstrong*, [1988] 1 R.C.S. xii. L'omniprésence de ce dilemme juridique devant nos tribunaux témoigne, du moins en partie, du caractère généralisé de la situation de fait malheureuse à laquelle devaient parer ces fiducies et privilèges légaux. Les fiducies ou privilèges réputés sont des moyens auxquels les législateurs ont souvent recours pour recouvrer des sommes qui auraient dû leur être versées, mais qui ont été illégalement détournées par un débiteur qui a, par la suite, éprouvé des difficultés financières et s'est vu forcé de liquider son entreprise; voir, par exemple, le *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8, par. 23(3) et (4), la *Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1, par. 57(2) et (3), et la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.), par. 227(4) et (5). En fait, il est peut-être plus exact de supposer que cette sorte de détournement de fonds publics indique souvent que l'entreprise d'un débiteur est déjà aux prises avec des difficultés financières lorsque celui-ci omet de faire les versements requis par la loi, afin d'accroître artificiellement son fonds de roulement.

En même temps que les législateurs ont cherché à préserver l'intégrité financière de corps publics

through the devices of statutory trusts and liens, however, they have also endeavoured to protect the security interests of those private institutions who are involved in providing credit to Canadian businesses. For example, the *Bank Act* has historically provided for the protection of the collateral of banking institutions. The current provision of the *Bank Act* granting a security interest in a debtor's inventory, s. 427, can be traced back over one hundred years to the enactment of its predecessor section, s. 74, in 1890 (S.C. 1890, c. 31). The historical and societal importance of this form of security was observed by this Court in *Hall, supra*, where, at p. 139, La Forest J. commented that "[i]n a word, the creation of the *Bank Act* security interest has been a key factor in the evolution of banking in this country". Later, at p. 140, La Forest J. concluded:

The above considerations establish, to my satisfaction, that the s. 178 security interest, which originated as a policy response to structural deficiencies in the lending regimes of the nascent Canadian economy, has, since its inception, played a primordial role in facilitating access to capital by several groups that play a key role in the national economy. [Emphasis added.]

au moyen de fiducies et de privilèges légaux, ils ont toutefois aussi tenté de protéger les garanties des établissements de crédit privés qui traitent avec des entreprises canadiennes. Par exemple, la *Loi sur les banques* a, de tout temps, assuré la protection des biens donnés en garantie aux établissements bancaires. La disposition actuelle de la *Loi sur les banques* qui accorde une garantie sur les biens figurant dans l'inventaire d'un débiteur, à savoir l'art. 427, remonte à l'adoption de l'art. 74, il y a plus de cent ans, en 1890 (S.C. 1890, ch. 31). L'importance historique et sociale de ce type de garantie a été soulignée par notre Cour dans l'arrêt *Hall*, précité, où le juge La Forest fait remarquer, à la p. 139, qu'«[e]n un mot, l'établissement de la sûreté de la *Loi sur les banques* a joué un rôle-clé dans l'évolution des opérations bancaires au pays». Le juge La Forest conclut ensuite, à la p. 140:

Les considérations qui précèdent me convainquent que la sûreté de l'art. 178, qui tire son origine d'une réponse du législateur aux déficiences structurelles des régimes de crédit dans l'économie canadienne naissante, a, depuis son avènement, joué un rôle primordial en permettant à plusieurs groupes qui jouent un rôle-clé dans l'économie nationale d'obtenir plus facilement des capitaux. [Je souligne.]

21

More recently, provincial legislatures have moved to protect secured creditors generally through the enactment of personal property security legislation: e.g. *Personal Property Security Act*, R.S.O. 1990, c. P.10; *Personal Property Security Act*, S.B.C. 1989, c. 36; and the *PPSA*. These statutory regimes have been implemented to increase certainty and predictability in secured transactions through the creation of a coherent system of priorities: Ronald C. C. Cuming and Roderick J. Wood, *British Columbia Personal Property Security Act Handbook* (2nd ed. 1993), at pp. 4-5; *G.M. Homes Inc.*, *supra*, at p. 252. The benefits of such certainty in commercial transactions, on basic economic principles, are intended to accrue to the health of the economy in general.

Plus récemment, les législateurs provinciaux ont entrepris de protéger les créanciers garantis, en adoptant généralement des lois en matière de sûretés mobilières: par exemple, la *Loi sur les sûretés mobilières*, L.R.O. 1990, ch. P.10, la *Personal Property Security Act*, S.B.C. 1989, ch. 36, et la *PPSA*. Ces régimes législatifs ont été adoptés pour accroître la certitude et la prévisibilité des opérations garanties en créant un système cohérent de priorités: Ronald C. C. Cuming et Roderick J. Wood, *British Columbia Personal Property Security Act Handbook* (2^e éd. 1993), aux pp. 4 et 5; *G.M. Homes Inc.*, précité, à la p. 252. Sur le plan des principes économiques, les avantages de cette certitude dans les opérations commerciales sont destinés à accroître la santé de l'économie en général.

22

It can be seen from the foregoing, therefore, that the priority competition between statutory trusts and consensual security interests represents, in a broad sense, a clash between conflicting legislative

Par conséquent, il ressort de ce qui précède que la concurrence pour la priorité de rang entre les fiducies légales et les garanties consensuelles représente, au sens large, un affrontement entre des

objectives. To this extent, then, a resolution of the priority competition in the present case requires a sensitivity to the differing legislative objectives here at play. In particular, however, to the extent that the aim of personal property security regimes is to effect certainty in commercial transactions, the interpretation by the courts of such legislation and the development of the jurisprudence generally in this area must, to every extent possible, seek to achieve predictable results.

It has been unfortunate that the development of the case law, to this point, has not inspired the degree of certainty which is so manifestly desirable in this area of commercial law. Indeed, the jurisprudence has been referred to as a “troubled area of the law” (*Manitoba (Minister of Labour) v. Omega Autobody Ltd. (Receiver of)* (1989), 59 D.L.R. (4th) 34 (Man. C.A.), at p. 36), and has been the subject of, at times, scathing academic criticism (Roderick J. Wood, “Revenue Canada’s Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*” (1995), 10 *B.F.L.R.* 429, and Roderick J. Wood and Michael I. Wylie, “Non-Consensual Security Interests in Personal Property” (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 1055). The general view, I believe, has been summarized by Professor Wood in his most helpful case commentary, “Revenue Canada’s Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*”, *supra*, at p. 430: “[i]t is somewhat of an embarrassment that after more than two decades we still cannot confidently predict the outcome of a priority dispute between a deemed trust and a security interest”. The above judicial and academic commentary, I believe, invites this Court to proceed steadfastly towards the pronouncement of clear principles to be applied in determining the priority between statutory trusts and consensual security interests.

With these general observations in mind, I will now proceed to analyze the specific aspects of the competing claims advanced by the parties in the present case.

objectifs législatifs conflictuels. Dans cette mesure, la détermination de la priorité de rang en l’espèce exige alors que l’on tienne compte des objectifs législatifs divergents qui entrent en jeu ici. Plus particulièrement, toutefois, dans la mesure où les régimes de sûretés mobilières visent à créer la certitude en matière d’opérations commerciales, l’interprétation de ces textes législatifs par les tribunaux et l’évolution de la jurisprudence en général dans ce domaine doivent, le plus possible, viser l’atteinte de résultats prévisibles.

Il est malheureux que, jusqu’à maintenant, la jurisprudence n’ait pas su susciter la certitude qui est si manifestement souhaitable dans ce domaine du droit commercial. En fait, la jurisprudence a été qualifiée de [TRADUCTION] «secteur trouble du droit» (*Manitoba (Minister of Labour) c. Omega Autobody Ltd. (Receiver of)* (1989), 59 D.L.R. (4th) 34 (C.A. Man.), à la p. 36), et elle a fait l’objet, à certains moments, de critiques acerbes de la part d’auteurs de doctrine (Roderick J. Wood, «Revenue Canada’s Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*» (1995), 10 *B.F.L.R.* 429, ainsi que Roderick J. Wood et Michael I. Wylie, «Non-Consensual Security Interests in Personal Property» (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 1055). L’opinion générale a, je crois, été résumée par le professeur Wood dans son commentaire de décision fort utile, «Revenue Canada’s Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*», *loc. cit.*, à la p. 430: [TRADUCTION] «[i]l est quelque peu embarrassant de constater qu’après plus de deux décennies, nous ne pouvons toujours pas prédire en toute confiance le résultat d’un litige quant à la priorité de rang entre une fiducie réputée et une garantie». Les commentaires ci-dessus tirés de la jurisprudence et de la doctrine invitent, je crois, notre Cour à s’orienter résolument vers une énonciation de principes clairs qui permettront de déterminer la priorité de rang entre les fiducies légales et les garanties consensuelles.

Gardant à l’esprit ces observations générales, je vais maintenant entreprendre l’analyse des aspects particuliers des demandes opposées que les parties ont présentées en l’espèce.

(B) *The Nature of Section 227(4) and (5) Statutory Trusts*

25

Section 153(1)(a) *ITA* places an affirmative duty upon employers to deduct and withhold amounts from their employees' pay cheques, and remit those withholdings to the Receiver General on account of the employees' tax payable. By virtue of s. 153(3) *ITA*, these withholdings are deemed to become the property of the employee:

153. ...

(3) When an amount has been deducted or withheld under subsection (1), it shall, for all the purposes of this Act, be deemed to have been received at that time by the person to whom the remuneration, benefit, payment, fees, commissions or other amounts were paid.

In a perfect world, these deductions would be made, a cash fund would be set aside by the employer, and the withheld amounts would be promptly remitted to the Receiver General when due. The deducted amounts, lawfully the property of the employee, would in this way be transferred to Her Majesty to be set against his overall tax payable.

26

As a practical reality, however, these deductions are often not remitted as required under the *ITA*. Instead, the withholdings are commonly made solely as a book entry, and therefore the deduction of taxes from wages becomes merely a notional transaction; no cash is actually set aside for remittance and, often, the deductions are not transferred to the Receiver General: see, e.g., *Re Deslauriers Construction Products Ltd.*, [1970] 3 O.R. 599 (C.A.), at p. 601. It is at this point which a business becomes indebted to Her Majesty for the amount of moneys only fictionally deducted. I hasten to add, however, that while it can be said Her Majesty at this point becomes *de facto*, if not *de jure*, a creditor of the non-remitting employer, the arrangement is dissimilar to an ordinary debtor-creditor situation in two fundamental respects. First, in contrast to usual negotiated credit arrangements, this transaction is of manifestly a non-consensual nature. Second, by virtue of s. 153(3), the debtor can in law be considered to

(B) *La nature des fiducies légales créées par les par. 227(4) et (5)*

L'alinéa 153(1)a) *LIR* impose aux employeurs l'obligation positive de déduire et de retenir des sommes du chèque de paye de leurs employés, et de remettre ces retenues au receveur général au titre de l'impôt exigible des employés. En vertu du par. 153(3) *LIR*, ces retenues sont réputées appartenir à l'employé:

153. ...

(3) Lorsqu'une somme a été déduite ou retenue en vertu du paragraphe (1), elle est, pour l'application générale de la présente loi, réputée avoir été reçue à ce moment par la personne à qui la rémunération, la prestation, le paiement, les honoraires, les commissions ou d'autres sommes ont été payés.

Idealement, ces deductions seraient faites, un fonds de caisse serait mis de côté par l'employeur et les sommes retenues seraient promptement versées au receveur général à échéance. Les sommes déduites, qui sont légalement la propriété de l'employé, seraient ainsi transférées à Sa Majesté pour être défalquées du montant global de l'impôt dû par cet employé.

En pratique, toutefois, il arrive souvent que ces deductions ne soient pas versées conformément aux exigences de la *LIR*. Au lieu de cela, les retenues ne sont généralement qu'une inscription comptable et, par conséquent, la déduction de l'impôt du salaire devient simplement une opération abstraite; aucune somme d'argent n'est véritablement mise de côté en vue d'être versée et, souvent, ces deductions ne sont pas transférées au receveur général: voir, par exemple, *Re Deslauriers Construction Products Ltd.*, [1970] 3 O.R. 599 (C.A.), à la p. 601. C'est à ce moment qu'une entreprise devient endettée envers Sa Majesté relativement aux sommes qui n'ont fait l'objet que d'une déduction fictive. Cependant, je m'empresse d'ajouter que bien que l'on puisse dire que Sa Majesté devient alors, en fait, sinon en droit, un créancier de l'employeur en défaut, la situation diffère, à deux égards importants, de celle qui existe normalement dans le cas d'un créancier et de son débiteur. Premièrement, contrairement aux ententes de

be utilizing an asset which is the property of its employees. In this sense, it is not inaccurate to characterize the non-remittance of payroll deductions as a “misappropriation” of the property of another. Indeed, the authorities, correctly in my view, commonly refer to the conduct of the tax debtor in this manner: *Roynat, supra*, at p. 646, *per* Twaddle J.A.; and *Pembina on the Red Development Corp. Ltd. v. Triman Industries Ltd.* (1991), 85 D.L.R. (4th) 29 (Man. C.A.), at p. 48, *per* Lyon J.A. dissenting.

The economic reality of this sort of misappropriation of statutory deductions is artificially to increase the working capital of the tax debtor. By foregoing a cash payment to Her Majesty in the amount of the payroll deductions, the tax debtor is able to utilize the freed resources elsewhere in its business. The effect of non-remittance was summarized by Lyon J.A. in his dissenting reasons in *Pembina on the Red Development, supra*, at p. 48:

... either the tax debtor used the misappropriated deductions for its own purposes or the pool of moneys available for distribution to the tax debtor's creditors ... has been increased by the amount which the tax debtor failed to remit to the Receiver-General.

It is against the backdrop of this unfortunate factual scenario that the provisions of s. 227(4) and (5) can be seen to have been enacted. While it can be said that at the point of withholding the employer becomes the trustee of a fund which is in law the property of its employee, s. 227(4) has the effect of making Her Majesty the beneficiary under that trust. I agree with the observation of the mechanics of s. 227(4) made by Twaddle J.A. in *Roynat, supra*, at p. 646, where he states:

Although [s. 227(4)] calls the trust created by it a deemed one, the trust is in truth a real one. The employer is required to deduct from his employees' wages the amounts due by the employees under the statute. This money does not belong to the employer any-

crédit négociées normalement, l'opération n'est manifestement pas de nature consensuelle. Deuxièmement, en vertu du par. 153(3), on peut considérer, en droit, que le débiteur utilise un élément d'actif appartenant à ses employés. En ce sens, il n'est pas inexact de qualifier le non-versement des retenues sur la paye de «détournement» du bien d'autrui. En fait, la jurisprudence qualifie ainsi souvent, et correctement à mon avis, la conduite du débiteur fiscal: *Roynat, précité*, à la p. 646, le juge Twaddle, et *Pembina on the Red Development Corp. Ltd. v. Triman Industries Ltd.* (1991), 85 D.L.R. (4th) 29 (C.A. Man.), à la p. 48, le juge Lyon, dissident.

Sur le plan économique, ce genre de détournement des retenues effectuées en vertu de la loi contribue à accroître artificiellement le fonds de roulement du débiteur fiscal. En ne versant pas à Sa Majesté le montant des retenues sur la paye, le débiteur fiscal est en mesure d'utiliser ailleurs dans son entreprise les ressources libérées. Dans les motifs de dissidence qu'il a rédigés dans *Pembina on the Red Development, précité*, le juge Lyon résume l'incidence du non-versement, à la p. 48:

[TRADUCTION] ... soit que le débiteur fiscal a utilisé les retenues détournées pour ses propres fins, soit que la somme globale susceptible d'être répartie entre les créanciers du débiteur fiscal [...] a été augmentée du montant que le débiteur fiscal a omis de verser au receveur général.

On peut considérer que les dispositions des par. 227(4) et (5) ont été adoptées dans le contexte de ce malheureux scénario. Quoique l'on puisse dire qu'au moment d'effectuer les retenues l'employeur devient le fiduciaire de sommes qui, en droit, appartiennent à ses employés, le par. 227(4) a pour effet de faire de Sa Majesté le bénéficiaire de cette fiducie. Je suis d'accord avec les observations que le juge Twaddle fait quant au fonctionnement du par. 227(4), dans *Roynat, précité*, à la p. 646:

[TRADUCTION] Bien que [le par. 227(4)] désigne la fiducie ainsi créée comme étant une fiducie réputée, cette fiducie est, à vrai dire, réelle. L'employeur doit déduire du salaire de ses employés les sommes qu'ils doivent en vertu de la loi. Cet argent n'appartient plus à l'em-

more. It belongs to the employees. The employer holds it in a statutory trust to satisfy their obligations.

The conceptual difficulty arises, of course, when the tax debtor fails to set aside moneys which are to be remitted. At this point, the subject of Her Majesty's beneficial interest becomes intermingled with the general assets of the tax debtor. As Twaddle J.A. rightly observed in *Roynat, supra*, at p. 646, "Her Majesty's claim . . . then be[comes] that of a beneficiary under a non-existent trust". In short, the misappropriation of statutory deductions conceptually problematizes the legal vehicle — the concept of the trust — which Parliament has invoked in order to regain the moneys lawfully owed to Her Majesty.

²⁹ This conceptual dilemma is resolved by s. 227(5). That provision states that:

227. . . .

(5) Notwithstanding any provision of the *Bankruptcy Act*, in the event of any liquidation, assignment, receivership or bankruptcy of or by a person, an amount equal to any amount

(a) deemed by subsection (4) to be held in trust for Her Majesty, . . .

. . . .

shall be deemed to be separate from and form no part of the estate in liquidation, assignment, receivership or bankruptcy, whether or not that amount has in fact been kept separate and apart from the person's own moneys or from the assets of the estate.

The effect of s. 227(5) naturally falls to be determined through a proper interpretation of the language contained in that subsection.

³⁰ This Court recently had occasion to review the principles of law to be applied to the interpretation of tax legislation. In *Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.*; *Toronto-Dominion Bank v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 963, at pp. 975-76, Cory J. quoted

ployeur. Il appartient aux employés. L'employeur le conserve dans une fiducie légale dans le but de remplir leurs obligations.

La difficulté conceptuelle survient, bien sûr, lorsque le débiteur fiscal omet de mettre de côté les sommes qui doivent être versées. L'objet du droit que Sa Majesté possède à titre bénéficiaire se confond alors avec l'ensemble de l'actif du débiteur fiscal. Comme le juge Twaddle le fait observer, à juste titre, dans *Roynat*, précité, à la p. 646, [TRADUCTION] «la créance de Sa Majesté [. . .] dev[ient] alors celle d'un bénéficiaire d'une fiducie inexistante». Bref, le détournement des déductions effectuées en vertu de la loi rend problématique, sur le plan conceptuel, le moyen légal — le concept de fiducie — que le législateur a invoqué pour récupérer les sommes légalement dues à Sa Majesté.

Ce dilemme conceptuel est résolu par le par. 227(5). Ce paragraphe se lit ainsi:

227. . . .

(5) Malgré la *Loi sur la faillite*, en cas de liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite d'une personne, un montant égal à l'un ou l'autre des montants suivants est considéré comme tenu séparé et ne formant pas partie du patrimoine visé par la liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite, que ce montant ait été ou non, en fait, tenu séparé des propres fonds de la personne ou des éléments du patrimoine:

a) le montant réputé, selon le paragraphe (4), être détenu en fiducie pour Sa Majesté;

Naturellement, il reste à déterminer, par une interprétation juste de son libellé, quel est l'effet du par. 227(5).

Notre Cour a récemment eu l'occasion d'examiner les principes de droit qui doivent être appliqués à l'interprétation des lois fiscales. Dans *Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.*; *Banque Toronto-Dominion c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 963, aux

this Court's decision in *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, at pp. 112-14, where the relevant principles were summarized as follows:

In interpreting sections of the *Income Tax Act*, the correct approach, as set out by Estey J. in *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, is to apply the plain meaning rule. Estey J. at p. 578 relied on the following passage from E. A. Driedger, *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.

The principle that the plain meaning of the relevant sections of the *Income Tax Act* is to prevail unless the transaction is a sham has recently been affirmed by this Court in *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312. Iacobucci J., writing for the Court, held at pp. 326-27 that:

While it is true that the courts must view discrete sections of the *Income Tax Act* in light of the other provisions of the Act and of the purpose of the legislation, and that they must analyze a given transaction in the context of economic and commercial reality, such techniques cannot alter the result where the words of the statute are clear and plain and where the legal and practical effect of the transaction is undisputed: *Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue)*, [1988] 2 S.C.R. 175, at p. 194; see also *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695.

I accept the following comments on the *Antosko* case in P. W. Hogg and J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (1995), Section 22.3(c) "Strict and purposive interpretation", at pp. 453-54:

It would introduce intolerable uncertainty into the Income Tax Act if clear language in a detailed provision of the Act were to be qualified by unexpressed exceptions derived from a court's view of the object and purpose of the provision . . . (The *Antosko* case) is simply a recognition that "object and purpose" can play only a limited role in the interpretation of a statute that is as precise and detailed as the Income Tax Act. When a provision is couched in specific language that admits of no doubt or ambiguity in its

pp. 975 et 976, le juge Cory cite l'arrêt de notre Cour *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, où les principes pertinents sont résumés ainsi, aux pp. 112 à 114:

Pour interpréter les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il convient, comme l'affirme le juge Estey dans l'arrêt *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, d'appliquer la règle du sens ordinaire. À la page 578, le juge Estey se fonde sur le passage suivant de l'ouvrage de E. A. Driedger, intitulé *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), 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.

Le principe voulant que le sens ordinaire des dispositions pertinentes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévale, à moins d'être en présence d'une opération simulée, a récemment été approuvé par notre Cour dans l'arrêt *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312. Le juge Iacobucci affirme, au nom de la Cour, aux pp. 326 et 327:

Même si les tribunaux doivent examiner un article de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à la lumière des autres dispositions de la Loi et de son objet, et qu'ils doivent analyser une opération donnée en fonction de la réalité économique et commerciale, ces techniques ne sauraient altérer le résultat lorsque les termes de la Loi sont clairs et nets et que l'effet juridique et pratique de l'opération est incontesté: *Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du Revenu)*, [1988] 2 R.C.S. 175, à la p. 194; voir également *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695.

J'accepte les commentaires suivants qui ont été faits à l'égard de l'arrêt *Antosko* dans l'ouvrage de P. W. Hogg et J. E. Magee, intitulé *Principles of Canadian Income Tax Law* (1995), dans la section 22.3c) [TRADUCTION] «Interprétation stricte et fondée sur l'objet visé», aux pp. 453 et 454:

[TRADUCTION] La Loi de l'impôt sur le revenu serait empreinte d'une incertitude intolérable si le libellé clair d'une disposition détaillée de la Loi était nuancé par des exceptions tacites tirées de la conception qu'un tribunal a de l'objet de la disposition. (. . .) (L'arrêt *Antosko*) ne fait que reconnaître que «l'objet» ne peut jouer qu'un rôle limité dans l'interprétation d'une loi aussi précise et détaillée que la Loi de l'impôt sur le revenu. Lorsqu'une disposition est rédigée dans des termes précis qui n'engen-

application to the facts, then the provision must be applied regardless of its object and purpose. Only when the statutory language admits of some doubt or ambiguity in its application to the facts is it useful to resort to the object and purpose of the provision.

At pp. 976-77 of *Alberta (Treasury Branches)*, *supra*, Cory J. concluded:

Thus, when there is neither any doubt as to the meaning of the legislation nor any ambiguity in its application to the facts then the statutory provision must be applied regardless of its object or purpose. I recognize that agile legal minds could probably find an ambiguity in as simple a request as “close the door please” and most certainly in even the shortest and clearest of the ten commandments. However, the very history of this case with the clear differences of opinion expressed as between the trial judges and the Court of Appeal of Alberta indicates that for able and experienced legal minds, neither the meaning of the legislation nor its application to the facts is clear. It would therefore seem to be appropriate to consider the object and purpose of the legislation. Even if the ambiguity were not apparent, it is significant that in order to determine the clear and plain meaning of the statute it is always appropriate to consider the “scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”.

drent aucun doute ni aucune ambiguïté quant à son application aux faits, elle doit être appliquée nonobstant son objet. Ce n'est que lorsque le libellé de la loi engendre un certain doute ou une certaine ambiguïté, quant à son application aux faits, qu'il est utile de recourir à l'objet de la disposition.

Aux pages 976 et 977 de l'arrêt *Alberta (Treasury Branches)*, précité, le juge Cory conclut:

En conséquence, lorsqu'il n'y a aucun doute quant au sens d'une mesure législative ni aucune ambiguïté quant à son application aux faits, elle doit être appliquée indépendamment de son objet. Je reconnais que des juristes habiles pourraient probablement déceler une ambiguïté dans une demande aussi simple que «fermez la porte, s'il vous plaît», et très certainement même dans le plus court et le plus clair des dix commandements. Cependant, l'historique même de la présente affaire, conjugué aux divergences évidentes d'opinions entre les juges de première instance et la Cour d'appel de l'Alberta, révèle que, pour des juristes doués et expérimentés, ni le sens de la mesure législative ni son application aux faits ne sont clairs. Il semblerait donc convenir d'examiner l'objet de la mesure législative. Même si l'ambiguïté n'était pas apparente, il importe de signaler qu'il convient toujours d'examiner «l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur» pour déterminer le sens manifeste et ordinaire de la loi en cause.

31

In the present case, I find the language in s. 227(5) to be clear and unambiguous, especially when viewed as a provision directly following s. 227(4), which renders amounts unremitted as held in trust for Her Majesty. In my view, this section is designed to, upon liquidation, assignment, receivership or bankruptcy, seek out and attach Her Majesty's beneficial interest to property of the debtor which at that time is in existence. The trust is not in truth a real one, as the subject matter of the trust cannot be identified from the date of creation of the trust: D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2nd ed. 1984), at p. 117. However, s. 227(5) has the effect of revitalizing the trust whose subject matter has lost all identity. This identification of the subject matter of the trust therefore occurs *ex post facto*. In this respect, I agree with the conclusion of Twaddle J.A. in *Roynat, supra*, where he states the effect of s. 227(5) as follows, at p. 647: “Her Majesty has a statutory right of access

En l'espèce, j'estime que le texte du par. 227(5) est clair et sans ambiguïté, compte tenu, particulièrement, du fait que cette disposition suit immédiatement le par. 227(4), qui prévoit que les sommes non versées sont conservées en fiducie pour Sa Majesté. À mon avis, ce paragraphe vise, en cas de liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite, à rattacher le droit que Sa Majesté détient à titre bénéficiaire aux biens que le débiteur possède alors. À vrai dire, la fiducie n'est pas réelle, étant donné que son objet ne peut être identifié à compter de la date de création de la fiducie: D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2^e éd. 1984), à la p. 117. Cependant, le par. 227(5) a pour effet de revitaliser la fiducie dont l'objet a perdu toute identité. L'identification de l'objet de la fiducie est donc faite après coup. À cet égard, je suis d'accord avec la conclusion que le juge Twaddle tire dans l'arrêt *Roynat*, précité, lorsqu'il affirme, à la p. 647, au sujet de l'effet du par. 227(5), que

to whatever assets the employer then has, out of which to realize the original trust debt due to Her”.

I add that this approach was taken to a provision substantially similar to s. 227(5) by Gale C.J. in *Re Deslauriers Construction Products Ltd.*, *supra*, at p. 601, whose reasoning was affirmed by this Court in *Dauphin Plains*, *supra*. The *Deslauriers* case, *supra*, involved a priority competition between a trustee-in-bankruptcy and a statutory deemed trust provision created under the *Canada Pension Plan*, S.C. 1964-65, c. 51. Section 24(3) and (4) of that Act stated:

24. . . .

(3) Where an employer has deducted an amount from the remuneration of an employee as or on account of any contribution required to be made by the employee but has not remitted such amount to the Receiver General of Canada, the employer shall keep such amount separate and apart from his own moneys and shall be deemed to hold the amount so deducted in trust for Her Majesty.

(4) In the event of any liquidation, assignment or bankruptcy of an employer, an amount equal to the amount that by subsection (3) is deemed to be held in trust for Her Majesty shall be deemed to be separate from and form no part of the estate in liquidation, assignment or bankruptcy, whether or not that amount has in fact been kept separate and apart from the employer's own moneys or from the assets of the estate.

This Court in *Dauphin Plains*, *supra*, at p. 1198, approved of Gale C.J.'s conclusion as to the interpretation of s. 24(4) (at p. 601 of *Deslauriers*, *supra*):

It seems to us that s-s. (4), and particularly the concluding six words thereof, were inserted in the Act specifically for the purpose of taking the moneys equivalent to the deductions out of the estate of the bankrupt by the creation of a trust and making those moneys the property of the Minister.

This interpretation of s. 227(5) also has the virtue of being consistent with the scheme of distribu-

[TRADUCTION] «la Loi confère à Sa Majesté un droit d'accès à tous les éléments d'actif, quels qu'ils soient, que l'employeur possède alors, au moyen desquels elle peut réaliser la fiducie initiale dont elle est bénéficiaire».

J'ajoute que, dans l'arrêt *Re Deslauriers Construction Products Ltd.*, précité, à la p. 601, le juge en chef Gale a adopté ce point de vue relativement à une disposition semblable au par. 227(5), et que notre Cour a confirmé la validité de son raisonnement dans l'arrêt *Dauphin Plains*, précité. Dans l'affaire *Deslauriers*, précitée, un syndic de faillite et le bénéficiaire d'une fiducie légale réputée créée par le *Régime de pensions du Canada*, S.C. 1964-65, ch. 51, se faisaient la lutte pour obtenir la priorité de rang. Les paragraphes 24(3) et (4) de cette loi prévoyaient ceci:

24. . . .

(3) L'employeur qui a déduit de la rémunération d'un employé un montant au titre de la cotisation que ce dernier est tenu de verser, ou à valoir sur celle-ci, mais ne l'a pas remis au receveur général du Canada, doit garder ce montant à part, en un compte distinct du sien et il est réputé détenir le montant ainsi déduit en fiducie pour Sa Majesté.

(4) En cas de liquidation, de cession ou de faillite d'un employeur, un montant égal à celui qui, selon le paragraphe (3), est réputé détenu en fiducie pour Sa Majesté doit être considéré comme étant séparé et ne formant pas partie des biens en liquidation, cession ou faillite, que ce montant ait été ou non, en fait, conservé distinct et séparé des propres fonds de l'employeur ou de la masse des biens.

À la page 1198 de l'arrêt *Dauphin Plains*, précité, notre Cour approuve la conclusion du juge en chef Gale (à la p. 601 de l'arrêt *Deslauriers*, précité) quant à l'interprétation du par. 24(4):

[TRADUCTION] Il nous semble que le par. (4), en particulier les six derniers mots, a été inséré dans la Loi dans le but spécifique de soustraire de la masse des biens du failli, par la création d'une fiducie, un montant équivalent aux déductions et d'en faire la propriété du ministre.

Cette interprétation du par. 227(5) a aussi l'avantage d'être compatible avec le régime de

tion under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985, c. B-3. Section 67 of that Act expressly removes claims for unremitted payroll deductions, which are held in trust (*inter alia*) pursuant to s. 227 *ITA*, from the bankrupt's estate:

67. (1) The property of a bankrupt divisible among his creditors shall not comprise

(a) property held by the bankrupt in trust for any other person,

. . .

(2) Subject to subsection (3), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a bankrupt shall not be regarded as held in trust for Her Majesty for the purpose of paragraph (1)(a) unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

(3) Subsection (2) does not apply in respect of subsections 227(4) and (5) of the *Income Tax Act*, subsections 23(3) and (4) of the *Canada Pension Plan* or subsections 57(2) and (3) of the *Unemployment Insurance Act*

34

It is to be observed that in addition to attaching Her Majesty's interest to the debtor's property upon the triggering of any of the events mentioned in s. 227(5), the deemed trust operates to the benefit of Her Majesty in a secondary manner. Namely, s. 227(5) permits Her Majesty's interest to attach to collateral which is subject to a fixed charge if the deductions giving rise to Her Majesty's claim arose before that charge attached to that collateral. This proposition flows from the decision of this Court in *Dauphin Plains, supra*. *Dauphin Plains* involved a determination as to priority in respect of the proceeds of a liquidation sale of a receiver-manager. In that case, the claims of Her Majesty (*inter alia*) arose by virtue of the non-remittance of payroll deductions in regard to payments under the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1970, c. C-5, and the *Unemployment Insurance Act*, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48. Those Acts provided Her Majesty with claims pursuant to deemed trusts whose language is substantially similar to the version of s. 227(4)

répartition établi par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3. L'article 67 de cette loi retire expressément de la masse des biens du failli les créances relatives à des retenues sur la paye non versées et conservées en fiducie (notamment) en vertu de l'art. 227 *LIR*:

67. (1) Les biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, ne comprennent pas les biens suivants:

a) les biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne;

. . .

(2) Sous réserve du paragraphe (3) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens du failli ne peut, pour l'application de l'alinéa (1)a), être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

(3) Le paragraphe (2) ne s'applique pas à l'égard des paragraphes 227(4) et (5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) et (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 57(2) et (3) de la *Loi sur l'assurance-chômage*

Il faut remarquer qu'en plus de rattacher le droit de Sa Majesté aux biens du débiteur lorsque survient l'un des événements précisés au par. 227(5), la fiducie réputée profite encore à Sa Majesté d'une manière accessoire, en ce sens que le par. 227(5) permet de rattacher le droit de Sa Majesté à un bien donné en garantie qui est grevé d'un privilège fixe, si les déductions à l'origine de la demande de Sa Majesté ont été faites avant que le privilège ne soit rattaché au bien donné en garantie. Cette proposition découle de l'arrêt de notre Cour *Dauphin Plains*, précité, où il était question de déterminer l'ordre de priorité quant au produit d'une vente de liquidation d'un administrateur-séquestre. Dans cette affaire, les créances de Sa Majesté (notamment) résultaient du non-versement de retenues sur la paye liées à l'application du *Régime de pensions du Canada*, S.R.C. 1970, ch. C-5, et de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48. Ces lois rendaient Sa Majesté bénéficiaire de créances conformément à

and (5) at issue in this appeal. In finding that these claims took precedence over a floating charge which had crystallized after the deductions at issue were actually made, Pigeon J. stated at p. 1199:

It should first be observed that, for reasons similar to those on which the decision in the *Avco* case, *supra*, was based, the claim for Pension Plan and Unemployment Insurance deductions cannot affect the proceeds of realization of property subject to a fixed and specific charge. From the moment such charge was created, the assets subject thereto, were no longer the property of the debtor except subject to that charge. The claim for the deductions arose subsequently and thus cannot affect this charge in the absence of a statute specifically so providing. However, the floating charge did not crystallize prior to the issue of the writ and the appointment of the receiver. In the present case it makes no difference which of the two dates is selected, both are subsequent to the deductions. [Emphasis added.]

Thus, s. 227(5) alternatively permits Her Majesty's interest to attach retroactively to the disputed collateral if the competing security interest has attached after the deductions giving rise to Her Majesty's claim in fact occurred. Conceptually, the s. 227(5) deemed trust allows Her Majesty's claim to go back in time and attach its outstanding s. 227(4) interest to the collateral before that collateral became subject to a fixed charge. The same result occurs when a statutory lien attaches prior to the mortgaging of disputed collateral. In *Avco*, *supra*, this Court *per* Martland J. commented upon just such a scenario, at p. 706:

From that date, the lien attaches to the employer's property and, as provided in subs. (1), it will take priority over any other claim, including an assignment or mortgage. In other words, after the lien attaches, its priority is unaffected by a disposition of his property made by the employer. Where a mortgage has been made prior to the lien attaching, it is not affected. The lien will only attach to the employer's equity in that property. [Emphasis added.]

des fiducies réputées créées en vertu de dispositions dont le texte était fort semblable à celui des par. 227(4) et (5) dont il est question en l'espèce. En concluant que ces créances avaient priorité sur un privilège flottant qui s'était cristallisé après que les retenues en cause eurent été faites, le juge Pigeon a affirmé à la p. 1199:

Il faut d'abord faire remarquer que, pour des raisons analogues à celles qui motivent l'arrêt *Avco* précité, la réclamation des deductions au titre du Régime de pensions et de l'assurance-chômage ne peut affecter le produit de la réalisation de biens grevés d'un privilège fixe et spécifique. À partir de la création de cette charge, l'actif qui en est grevé n'est plus la propriété du débiteur qu'à charge de ce privilège. La réclamation des deductions est née plus tard et ne peut donc primer ce privilège en l'absence d'une loi le prescrivant spécifiquement. Cependant, le privilège général ne s'est pas cristallisé avant la délivrance du bref d'assignation et la nomination du séquestre. En l'espèce, que l'on choisisse l'une ou l'autre date n'a pas d'importance, les deux étant postérieures aux deductions. [Je souligne.]

Ainsi, le par. 227(5) permet subsidiairement de rattacher rétroactivement le droit de Sa Majesté au bien en litige donné en garantie, si la garantie concurrente s'est concrétisée après que les deductions à l'origine de la créance de Sa Majesté eurent été faites. Sur le plan conceptuel, la fiducie réputée, visée au par. 227(5), permet à la créance de Sa Majesté de s'appliquer rétroactivement et de rattacher le droit qu'elle possède en vertu du par. 227(4) au bien donné en garantie avant qu'il devienne grevé d'un privilège fixe. La même chose se produit lorsqu'un privilège légal s'applique avant la constitution d'une hypothèque sur un bien en litige donné en garantie. Dans l'arrêt *Avco*, précité, le juge Martland, s'exprimant au nom de notre Cour, fait le commentaire suivant au sujet d'un tel scénario (à la p. 706):

À compter de ce jour, le privilège s'applique aux biens de l'employeur et, comme le prévoit le par. (1), il prévaut sur toute autre créance, y compris une cession ou une hypothèque. En d'autres termes, lorsque le privilège s'applique, l'ordre de préférence n'est pas modifié par une disposition du bien par l'employeur. L'hypothèque consentie avant la création du privilège n'est pas touchée. Le privilège s'applique uniquement au droit de l'employeur dans ce bien. [Je souligne.]

See also *G.M. Homes Inc.*, *supra*, at p. 250.

Voir aussi *G.M. Homes Inc.*, précité, à la p. 250.

³⁵ In this appeal, however, the deductions of tax from the employees' pay cheques occurred after the attachment of the bank's fixed charge to the inventory. As such, this second aspect of s. 227(5)'s operation is not at issue in this case.

En l'espèce, toutefois, les retenues fiscales sur la paye des employés ont été effectuées après que le privilège fixe de la banque eut grevé les biens figurant dans l'inventaire. C'est pourquoi ce second aspect de l'application du par. 227(5) n'est pas en cause ici.

³⁶ I find support for the interpretation of s. 227(5) that I have taken in as much as it is consistent with the overall purpose of s. 227(4) and (5). In *Pembina on the Red Development*, *supra*, Lyon J.A. (dissenting) had occasion to comment upon the purpose of the predecessor section to the current s. 224(1.2) *ITA*, namely s. 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, which were added by S.C. 1987, c. 46, s. 66. I find that Lyon J.A.'s comments in this respect to be fully applicable to the articulation of the purpose of s. 227(5). At p. 51, Lyon J.A. stated:

J'appuie mon interprétation du par. 227(5) sur sa compatibilité avec l'objet global des par. 227(4) et (5). Dans *Pembina on the Red Development*, précité, le juge Lyon (dissident) s'est exprimé sur l'objet des dispositions qui ont précédé l'actuel par. 224(1.2) *LIR*, notamment les par. 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, qui ont été ajoutés par L.C. 1987, ch. 46, art. 66. Je considère que les commentaires du juge Lyon à cet égard s'appliquent parfaitement à la détermination de l'objet du par. 227(5). Le juge Lyon affirme, à la p. 51:

One must always remember that the withholding tax or source deduction to which s. 224 applies is at the heart of the collection procedures for personal income taxation in Canada. Indeed, if one makes a calculation from the statistics reported in "Taxation Statistics, 1987", a publication of Revenue Canada Taxation, Catalogue No. RV-1987, one finds that 87% of all personal income taxes paid in Canada are collected by source deductions. It can thus be seen that Parliament in passing s. 224(1.2) made it as all-encompassing as it is in order to ensure its continued viability. No other system is so crucial to the overall collection procedure adopted by the Crown. Parliament clearly meant to protect this system. Using the employer as a tax collector requires such extra protection in cases such as the one at bar where the employer converts the withheld tax money to its own purposes. Understandably, that conversion cannot be countenanced if the integrity of that system is to be preserved. Parliament, therefore, acting within its constitutional authority, has taken this extraordinary remedy to protect a major collection source.

[TRADUCTION] Il faut toujours se rappeler que les retenues fiscales ou à la source, auxquelles s'applique l'art. 224, sont au cœur des procédures de perception de l'impôt sur le revenu des particuliers au Canada. En réalité, si on fait un calcul à partir des statistiques fournies par Revenu Canada Impôt dans sa publication «Statistiques fiscales de 1987», n° de catalogue RV-1987, on découvre que 87 pour 100 de tout l'impôt sur le revenu des particuliers payé au Canada est perçu au moyen de retenues à la source. On peut donc constater qu'en adoptant le par. 224(1.2), le législateur a voulu qu'il englobe tout afin d'en garantir la viabilité. Aucun autre système n'est aussi crucial pour la procédure générale de perception adoptée par l'État. Le législateur a nettement voulu protéger ce système. Le recours à l'employeur comme percepteur d'impôt requiert cette protection supplémentaire dans les cas où, comme en l'espèce, l'employeur détourne les retenues fiscales à ses propres fins. Naturellement, ce détournement ne saurait être admis si l'on veut préserver l'intégrité du système. Par conséquent, le législateur a exercé son pouvoir constitutionnel pour adopter ce moyen extraordinaire dans le but de protéger une source de perception importante.

Similarly, Parliament has clearly sought to protect the collection of unremitted payroll deductions through the device of the statutory deemed trust. Accordingly, s. 227(5) must be interpreted in light of this purpose. To summarize, it operates in a

De même, le législateur a clairement cherché à protéger, au moyen de la fiducie légale réputée, le recouvrement des retenues sur la paye non versées. Il faut donc interpréter le par. 227(5) en fonction de cet objet. En résumé, il s'applique de deux

twofold manner: upon the triggering of an event specified in s. 227(5), Her Majesty's beneficial interest (i) attaches to the tax debtor's property then in existence; or (ii) attaches to collateral subject either to a fixed charge, or a crystallized floating charge, if the actual deductions giving rise to Her Majesty's claim occurred before the fixed charge attached, or the floating charge crystallized, respectively.

One further point with respect to terminology is necessary before leaving the present discussion. The method of attachment of Her Majesty's beneficial interest pursuant to s. 227(5) has been referred to at times as a "mechanism for tracing": *Roynat, supra*, at p. 647. This was indeed how it was presented by counsel for Her Majesty in his submissions before this Court. During the hearing of this case, it was questioned whether this was not an awkward usage of the word "tracing". After considering the matter, it is my view that it is not accurate to describe the mechanism of s. 227(5) as a means of "tracing"; indeed, it would seem that this subsection is antithetical to tracing in the traditional sense, to the extent that it requires no link at all between the subject matter of the trust and the fund or asset which the subject matter is being traced into: D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada, supra*, at pp. 1037-53. For this reason, I find Professor Wood's description of the operation of s. 227(5), namely, a "relaxation of the equitable tracing rules", to be most accurate: Roderick J. Wood, "The Floating Charge in Canada" (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 191, at p. 221; see also *Omega, supra*, at p. 43; and *Re Deslauriers Construction Products Ltd., supra*, at p. 603.

In conclusion, s. 227(5) is a provision designed to minimize the adverse effect upon Her Majesty from the misappropriation of trust funds held by tax debtors on account of their employees' tax payable. The provision contemplates an intermingling of Her Majesty's property with that of a tax debt-

manières: lorsque survient l'un des événements précisés au par. 227(5), le droit que Sa Majesté possède à titre bénéficiaire (i) s'applique aux biens que le débiteur fiscal possède alors, ou (ii) s'applique aux biens donnés en garantie qui sont grevés soit d'un privilège fixe, soit d'un privilège flottant cristallisé, si les retenues à l'origine de la créance de Sa Majesté ont été effectuées avant que le privilège fixe vienne grever le bien en cause ou que le privilège flottant se cristallise, respectivement.

Il faut régler une autre question de terminologie avant de clore cette partie de l'analyse. La façon dont le droit que Sa Majesté possède à titre bénéficiaire greève un bien conformément au par. 227(5) a parfois été qualifiée de [TRADUCTION] «moyen de retracer l'origine d'un bien»: *Roynat*, précité, à la p. 647. C'est en fait la façon dont cette question a été présentée à la Cour par l'avocat de Sa Majesté. Lors de l'audition de la présente affaire, on s'est demandé si ce n'était pas là une façon maladroite d'utiliser le mot «retracer». Après avoir examiné cette question, je suis d'avis qu'il n'est pas exact de qualifier le mécanisme du par. 227(5) de moyen de «retracer l'origine d'un bien»; en fait, il semblerait que le sens de ce paragraphe est à l'opposé du sens traditionnel du mot «retracer», dans la mesure où il ne nécessite aucun lien entre l'objet de la fiducie et le fonds ou l'actif auquel on rattache cet objet: D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada, op. cit.*, aux pp. 1037 à 1053. Pour cette raison, je considère que la façon dont le professeur Wood décrit l'application du par. 227(5), à savoir un [TRADUCTION] «assouplissement des règles d'*equity* quant à l'origine d'un bien», est des plus exactes: Roderick J. Wood, «The Floating Charge in Canada» (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 191, à la p. 221; voir aussi *Omega*, précité, à la p. 43, et *Re Deslauriers Construction Products Ltd.*, précité, à la p. 603.

En conclusion, le par. 227(5) est une disposition conçue pour réduire au minimum l'incidence préjudiciable sur Sa Majesté du détournement de fonds que des débiteurs fiscaux détiennent en fiducie, au titre de l'impôt de leurs employés. Cette disposition envisage la confusion des biens de Sa

37

38

or's, such that the subject matter of the trust cannot be (or indeed never was) identifiable. To address this conceptual problem, s. 227(5) allows Her Majesty to attach its interest to any property which lawfully belongs to the debtor at the time of liquidation, assignment, receivership or bankruptcy; this property is then deemed to exist "separate" and apart from the tax debtor's estate. The *ITA* thus permits Her Majesty to transfer title in the property from the tax debtor to Herself in order to satisfy the tax debtor's outstanding unremitted payroll obligations.

Majesté avec ceux du débiteur fiscal, qui fait en sorte que l'objet de la fiducie n'est pas identifiable (ou, en réalité, ne l'a jamais été). Pour résoudre ce problème conceptuel, le par. 227(5) permet à Sa Majesté de faire valoir son droit sur tout bien qui appartient légalement au débiteur au moment de la liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite; ce bien est alors réputé être «séparé» et ne pas faire partie du patrimoine du débiteur fiscal. La *LIR* permet ainsi à Sa Majesté de se transférer à elle-même le droit de propriété sur le bien du débiteur fiscal afin de remplir les obligations de verser les retenues sur la paye, dont ne s'est pas acquitté le débiteur fiscal.

39

I would hasten to add to this, however, that this provision does not permit Her Majesty to attach Her beneficial interest to property which, at the time of liquidation, assignment, receivership or bankruptcy, in law belongs to a party other than the tax debtor. Section 227(4) and (5) are manifestly directed towards the property of the tax debtor, and it would be contrary to well-established authority to stretch the interpretation of s. 227(5) to permit the expropriation of the property of third parties who are not specifically mentioned in the statute. As Martland J. stated in *Avco, supra*, at p. 706:

The property to which a s. 5A lien attaches is not defined nor identified. In the absence of a specific statutory provision to that effect, in my view it should not be construed in a manner which could deprive third parties of their pre-existing property rights.

Similarly, in *Pembina on the Red Development, supra*, Scott C.J. stated the presumption against expropriation of property, at p. 38:

In *Cross, Statutory Interpretation* (London: Butterworths, 1987), the author writes at p. 180:

There is a general presumption that Parliament does not intend to take away private property rights unless the contrary is clearly indicated. Lord Atkinson stated that there is a canon of interpretation "that an intention to take away the property of a subject without giving to him a legal right to compensation for the loss of it is not to be imputed to the legislature unless that intention is expressed in unequivocal terms." After all, the protection of property is generally

Cependant, je m'empresse d'ajouter que cette disposition ne permet pas à Sa Majesté de faire valoir son droit à titre bénéficiaire sur un bien qui, au moment de la liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite, appartient à quelqu'un d'autre que le débiteur fiscal. Les paragraphes 227(4) et (5) visent manifestement les biens du débiteur fiscal, et il serait contraire à une jurisprudence bien établie de forcer le sens du par. 227(5) de manière à permettre l'expropriation des biens de tiers non mentionnés expressément dans la Loi. Comme le juge Martland l'affirme dans *Avco*, précité, à la p. 706:

Les biens auxquels s'applique le privilège de l'art. 5A ne sont pas définis ou désignés. En l'absence d'une disposition statutaire en ce sens, l'art. 5A ne doit pas être interprété de façon à dépouiller les tiers de leurs droits antérieurs sur ces biens.

De même, dans *Pembina on the Red Development*, précité, à la p. 38, le juge en chef Scott énonce la présomption contre l'expropriation de biens:

[TRADUCTION] Dans *Cross, Statutory Interpretation* (London: Butterworths, 1987), l'auteur écrit à la p. 180:

Il existe une présomption générale que le législateur n'a pas l'intention de retirer le droit à la propriété privée à moins d'une indication contraire manifeste. Lord Atkinson a affirmé qu'il existe un principe d'interprétation qui veut «qu'une intention d'enlever le bien d'un sujet sans lui accorder le droit à une compensation pour sa perte ne doit pas être imputée au législateur à moins que cette intention n'ait été exprimée clairement». Après tout, la protection des biens

regarded as one of the fundamental values of a liberal society. [Emphasis added.]

Later in that same case, Twaddle J.A., in separate concurring reasons, articulated this same principle as follows, at p. 46, “[i]t is a long-established principle of law that, in the absence of clear language to the contrary, a tax on one person cannot be collected out of property belonging to another”.

Thus, while s. 227(5) can be seen as a provision enacted to solve the conceptual dilemma precipitated by an intermingling of unremitted payroll deductions with a tax debtor’s general assets, it is a legal vehicle not without its own conceptual limitations. Namely, while the s. 227(5) deemed trust permits Her Majesty to attach Her beneficial interest to property of the tax debtor upon liquidation (assignment, receivership or bankruptcy), it does not permit the expropriation of property which may belong to a third party creditor at the time the subsection becomes engaged.

However, as will be discussed in further detail, *infra*, it is my opinion that the licence theory may, in certain cases, create an exception to this general principle. In particular, where a secured creditor consents to the disposition of his collateral in order to pay wage deductions, that consent, coupled with the statutory trust provisions here at issue, may act to divest that creditor of its proprietary interest in that collateral at the time of liquidation, assignment, receivership or bankruptcy. Indeed, it is my view that this exception is engaged in the present case such that the s. 227(5) claim of Her Majesty must prevail.

(C) *The Nature of the Bank’s Security Interests*

I begin from the observation that Parliament, in enacting s. 227(4) and (5), has chosen to secure Her Majesty’s claims to unremitted payroll deductions through employing the concept of a deemed trust. Therefore, the proper analysis to follow in

d’une personne est généralement considérée comme l’une des valeurs fondamentales d’une société libérale. [Je souligne.]

Plus loin, dans le même arrêt, le juge Twaddle énonce ainsi ce même principe, dans des motifs concordants distincts (à la p. 46): [TRADUCTION] «[i]l est établi depuis longtemps en droit que, en l’absence de termes clairs exprimant le contraire, l’impôt dû par une personne ne peut pas être perçu sur les biens d’une autre personne».

Ainsi, bien que le par. 227(5) puisse être considéré comme une disposition adoptée pour résoudre le dilemme conceptuel engendré par la confusion des retenues sur la paye non versées avec l’ensemble de l’actif du débiteur fiscal, c’est un mécanisme juridique qui n’est pas sans avoir ses propres limites conceptuelles. Autrement dit, bien que la fiducie réputée du par. 227(5) permette à Sa Majesté de faire valoir le droit qu’elle possède à titre bénéficiaire sur les biens du débiteur fiscal lors de la liquidation (cession, mise sous séquestre ou faillite), elle ne permet pas l’expropriation de biens qui peuvent appartenir à un tiers créancier au moment où le paragraphe entre en application.

Cependant, comme nous le verrons plus en détail ci-dessous, je suis d’avis que la thèse de la permission peut, dans certains cas, créer une exception à ce principe général. Plus particulièrement, lorsqu’un créancier garanti consent à la vente du bien qu’il a donné en garantie, pour payer des retenues sur la paye, ce consentement, conjugué aux dispositions relatives à la fiducie légale ici en cause, peut, au moment de la liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite, avoir pour effet de dépouiller ce créancier de son droit de propriété sur le bien donné en garantie. En fait, j’estime que cette exception joue en l’espèce de sorte que la créance de Sa Majesté, fondée sur le par. 227(5), doit l’emporter.

(C) *La nature des garanties de la banque*

Je pars de la constatation qu’en adoptant les par. 227(4) et (5) le législateur a choisi de garantir, au moyen du concept de la fiducie réputée, les créances de Sa Majesté relatives aux retenues sur la paye non versées. Par conséquent, pour détermi-

40

41

42

determining whether Her Majesty is entitled to priority pursuant to these subsections must utilize principles of property law. For this reason, it becomes relevant and indeed essential to scrutinize the nature of the interests which compete with Her Majesty's trust in order to determine whether and to what extent such interests have title in the disputed fund. As I mentioned previously, Her Majesty's trust can attach to the disputed collateral only to the extent that that collateral is not in law the property of a party other than the tax debtor at the time the deemed trust is engaged. More specifically, subject to the application of the licence theory, if it is found that legal title in the collateral is in the bank, and not Sparrow, Her Majesty's deemed trust could only attach to Sparrow's equity of redemption: see *Avco, supra*, at p. 706.

ner si Sa Majesté a droit à la priorité de rang en vertu de ces paragraphes, il faut recourir aux principes du droit des biens. Pour ce motif, il devient pertinent, voire essentiel, d'examiner en profondeur la nature des droits qui sont en concurrence avec la fiducie de Sa Majesté, afin de déterminer dans quelle mesure, le cas échéant, ces droits s'appliquent aux fonds en litige. Comme je l'ai déjà mentionné, la fiducie de Sa Majesté ne peut grever le bien en litige donné en garantie que dans la mesure où, en droit, il n'appartient pas à une autre partie que le débiteur fiscal au moment où la fiducie réputée entre en application. Plus précisément, sous réserve de l'application de la thèse de la permission, si l'on conclut que c'est la banque, et non Sparrow, qui est légalement propriétaire du bien donné en garantie, la fiducie réputée de Sa Majesté ne pourra grever que le droit de rachat que possède Sparrow: voir *Avco*, précité, à la p. 706.

43

This "statutory trust" approach can be distinguished from other legislative methods which are used to secure an interest to unremitted payroll deductions, namely, through employing an explicit "Crown priority" provision. An example of such a provision can be found in s. 224(1.2) *ITA*, a subsection which was recently the subject of consideration of this Court in *Alberta (Treasury Branches)*, *supra*. That provision reads:

224. . . .

(1.2) Notwithstanding any other provision of this Act, the *Bankruptcy Act*, any other enactment of Canada, any enactment of a province or any law, where the Minister has knowledge or suspects that a particular person is or will become, within 90 days, liable to make a payment

(a) to another person . . . who is liable to pay an amount assessed under subsection 227(10.1) or a similar provision, or

(b) to a secured creditor who has a right to receive the payment that, but for a security interest in favour of the secured creditor, would be payable to the tax debtor,

the Minister may, by registered letter or by a letter served personally, require the particular person to pay forthwith, where the moneys are immediately payable, and in any other case, as and when the moneys become payable, the moneys otherwise payable to the tax debtor or the secured creditor in whole or in part to the

Cette méthode de la «fiducie légale» peut être distinguée d'autres méthodes que le législateur utilise pour garantir un droit à des retenues sur la paye non versées, dont le recours à une disposition expresse de la «priorité de rang de Sa Majesté». Un exemple d'une telle disposition se trouve au par. 224(1.2) *LIR*, que notre Cour a récemment examiné dans *Alberta (Treasury Branches)*, précité. Cette disposition se lit ainsi:

224. . . .

(1.2) Malgré les autres dispositions de la présente loi, la *Loi sur la faillite*, tout autre texte législatif fédéral, tout texte législatif provincial et toute règle de droit, s'il sait ou soupçonne qu'une personne donnée est ou deviendra, dans les 90 jours, débiteur d'une somme:

a) soit à [. . .] une personne redevable d'un montant cotisé en application du paragraphe 227(10.1) ou d'une disposition semblable;

b) soit à un créancier garanti, à savoir une personne qui, grâce à une garantie en sa faveur, a le droit de recevoir la somme autrement payable au débiteur fiscal,

le ministre peut, par lettre recommandée ou signifiée à personne, obliger la personne donnée à payer au receveur général tout ou partie de cette somme, sans délai si la somme est payable immédiatement, sinon dès qu'elle devient payable, au titre du montant de la cotisation en application du paragraphe 227(10.1) ou d'une disposi-

Receiver General on account of the tax debtor's liability under subsection 227(10.1) or a similar provision, and on receipt of that letter by the particular person, the amount of those moneys that is required by that letter to be paid to the Receiver General shall, notwithstanding any security interest in those moneys, become the property of Her Majesty and shall be paid to the Receiver General in priority to any such security interest. [Emphasis added.]

In contrast to the "deemed trust" approach, the application of this section to a priority competition can proceed without regard to the quality of the "security interest" which competes with Her Majesty's claim. Indeed, s. 224(1.2) simply transfers title in the collateral to Her Majesty regardless of whose interest may compete with it, so long as the requirements of s. 224(1.2) are met: see, e.g., *Alberta (Treasury Branches)*, *supra*. For a general discussion of these two distinct analytical methods of determining priority between non-consensual security interests (such as statutory trusts) and consensual security interests, see Wood and Wylie, "Non-Consensual Security Interests in Personal Property", *supra*, at pp. 1072-83.

In the present case, it therefore becomes necessary to characterize the bank's interest in Sparrow's inventory as either a floating, or a fixed and specific charge.

The basic distinction between fixed and floating charges was articulated by Lord Macnaghten in *Illingworth v. Houldsworth*, [1904] A.C. 355 (H.L.), at p. 358:

A specific charge, I think, is one that without more fastens on ascertained and definite property or property capable of being ascertained and defined; a floating charge, on the other hand, is ambulatory and shifting in its nature, hovering over and so to speak floating with the property which it is intended to affect until some event occurs or some act is done which causes it to settle and fasten on the subject of the charge within its reach and grasp.

tion semblable dont le débiteur fiscal est redevable. Sur réception de la lettre par la personne donnée, la somme qui y est indiquée comme devant être payée devient, malgré toute autre garantie au titre de cette somme, la propriété de Sa Majesté et doit être payée au receveur général par priorité sur toute autre garantie au titre de cette somme. [Je souligne.]

Contrairement à la méthode de la «fiducie réputée», l'application de ce paragraphe dans une situation de concurrence pour la priorité de rang peut avoir lieu sans égard à la qualité de la «garantie» qui est en concurrence avec la créance de Sa Majesté. En fait, le par. 224(1.2) transfère simplement à Sa Majesté le droit de propriété sur le bien donné en garantie sans égard aux droits de qui que ce soit qui peuvent être en concurrence avec ce droit de propriété, pourvu que l'on ait satisfait aux exigences du par. 224(1.2): voir, par exemple, *Alberta (Treasury Branches)*, précité. Pour une discussion générale de ces deux méthodes d'analyse distinctes qui servent à déterminer l'ordre de priorité entre des garanties non consensuelles (comme les fiducies légales) et des garanties consensuelles, voir Wood et Wylie, «Non-Consensual Security Interests in Personal Property», *loc. cit.*, aux pp. 1072 à 1083.

En l'espèce, il devient donc nécessaire de qualifier soit de privilège flottant, soit de privilège fixe et spécifique, le droit de la banque sur les biens figurant dans l'inventaire de Sparrow.

La distinction fondamentale entre un privilège fixe et un privilège flottant a été exposée par lord Macnaghten dans *Illingworth c. Houldsworth*, [1904] A.C. 355 (H.L.), à la p. 358:

[TRADUCTION] Je crois qu'un privilège spécifique grève, sans plus, certains biens déterminés ou qui peuvent être déterminés; un privilège flottant, par contre, d'une nature mobile et changeante, reste suspendu et flotte, pour ainsi dire, au-dessus des biens qu'il est destiné à grever, jusqu'à ce qu'un événement ou un acte le fasse fixer sur l'objet du privilège qui est à sa portée.

44

45

The “event ... or ... act” to which Lord Macnaghten refers to as causing the floating interest to “settle and fasten” is described in the modern authorities as “crystallization”. Generally speaking, crystallization occurs upon the default of the debtor. Once the floating interest has been said to crystallize, that interest is transformed into a fixed and specific charge over the inventory. See Wood, “The Floating Charge in Canada”, *supra*, at pp. 204-8.

46 The critical significance of the characterization of an interest as being fixed or floating, of course, is that it describes the extent to which a creditor can be said to have a proprietary interest in the collateral. In particular, during the period in which a charge over inventory is floating, the creditor possesses no legal title to that collateral. For this reason, if a statutory trust or lien attaches during this time, it will attach to the debtor’s interest and take priority over a subsequently crystallized floating charge. However, if a security interest can be characterized as a fixed and specific charge, it will take priority over a subsequent statutory lien or charge; in such a case, all that the lien can attach to is the debtor’s equity of redemption in the collateral: *Avco*, *supra*, at p. 706. This correlative relationship between fixed charges and legal ownership was articulated by this Court in *Dauphin Plains*, *supra*, at p. 1199, where Pigeon J. stated:

It should first be observed that, for reasons similar to those on which the decision in the *Avco* case, *supra*, was based, the claim for Pension Plan and Unemployment Insurance deductions cannot affect the proceeds of realization of property subject to a fixed and specific charge. From the moment such charge was created, the assets subject thereto, were no longer the property of the debtor except subject to that charge. [Emphasis added.]

See also *Avco*, *supra*.

47 There has been much debate as to whether it is appropriate to characterize a security interest over inventory which permits the debtor to sell that inventory in the ordinary course of business as a

L’«événement ou [...] acte» qui, selon lord Macnaghten, fait en sorte que le droit flottant «[se] fix[e]» constitue selon la jurisprudence contemporaine de la «cristallisation». En général, la cristallisation survient dès que le débiteur est en défaut. Une fois que l’on a dit que le droit flottant s’est cristallisé, ce droit se transforme en un privilège fixe et spécifique sur les biens figurant dans l’inventaire. Voir Wood, «The Floating Charge in Canada», *loc. cit.*, aux pp. 204 à 208.

L’importance cruciale de qualifier un droit de fixe ou de flottant réside, évidemment, dans le fait que cette qualification décrit la mesure dans laquelle on peut dire qu’un créancier possède un droit de propriété sur le bien donné en garantie. Plus particulièrement, pendant la période où un privilège sur les biens figurant dans un inventaire est flottant, le créancier ne possède aucun droit de propriété sur ces biens donnés en garantie. C’est pour cette raison que, si une fiducie ou un privilège légal grève ces biens pendant cette période, cette fiducie ou ce privilège légal grèvera le droit du débiteur et aura priorité de rang sur le privilège flottant subséquentment cristallisé. Cependant, si une garantie est qualifiée de privilège fixe et spécifique, elle aura priorité de rang sur un privilège légal subséquent; dans ce cas, tout ce que le privilège peut grever, c’est le droit de rachat que le débiteur possède sur le bien donné en garantie: *Avco*, précité, à la p. 706. Cette corrélation entre privilèges fixes et propriété légale a été exposée par notre Cour dans l’arrêt *Dauphin Plains*, précité, à la p. 1199, où le juge Pigeon a affirmé:

Il faut d’abord faire remarquer que, pour des raisons analogues à celles qui motivent l’arrêt *Avco*, précité, la réclamation des déductions au titre du Régime de pensions et de l’assurance-chômage ne peut affecter le produit de la réalisation de biens grevés d’un privilège fixe et spécifique. À partir de la création de cette charge, l’actif qui en est grevé n’est plus la propriété du débiteur qu’à charge de ce privilège. [Je souligne.]

Voir aussi l’arrêt *Avco*, précité.

Il y a eu de longs débats quant à savoir s’il est exact de qualifier de privilège flottant une garantie sur les biens figurant dans un inventaire, qui permet au débiteur de vendre ces biens dans le cours

floating charge. The debate centres around the ability to characterize a security interest as fixed, in the presence of a licence given to the debtor to sell the collateral, where such an arrangement involves “no final and irrevocable appropriation of property to the creditor”: *FBDB, supra*, at p. 33. McLachlin J.A. (as she then was) in *FBDB, supra*, fully considered the conflicting authorities on this point and concluded at pp. 37-38 and 40:

In short, the answer to the question of whether the courts have recognized a fixed charge subject to a licence to sell in the ordinary course of business is no, with the exception of the line of cases confirming the right of a chattel mortgagor to sell mortgaged stock in the ordinary course of business.

If a charge conferred on the debtor the right to deal with the goods in the ordinary course of business then, regardless of what the parties chose to call it, it was regarded as floating, with the result that third party interests acquired prior to crystallization of the charge had priority over the chargeholder.

Adopting this “either-or” doctrine, McLachlin J.A. chose to characterize the security agreement in *FBDB*, which permitted the debtor to sell the secured collateral in the ordinary course of the debtor’s business, as a floating charge.

I note also that this Court very recently referred to the decision of McLachlin J.A. in *FBDB, supra*, with approval: *Alberta (Treasury Branches), supra*. While the issue in that case was different from that in *FBDB*, the comments of Cory J. can, I think, be taken as affirming the “either-or” doctrine as applied in *FBDB*.

The relevance of the “either-or” doctrine to the present case, of course, lies in the fact that Sparrow had been granted by the bank, both expressly and impliedly, a licence to sell the inventory over which the bank held a security interest. It therefore

normal des affaires. La question tourne autour de la capacité de qualifier de fixe une garantie lorsque le débiteur est autorisé à vendre le bien donné en garantie, sans que cela ne comporte [TRADUCTION] «aucun transfert irrévocable et définitif de la propriété au créancier»: *FBDB*, précité, à la p. 33. Dans cet arrêt, le juge McLachlin (maintenant juge de notre Cour), a examiné au complet les précédents contradictoires sur cette question et a conclu, aux pp. 37, 38 et 40:

[TRADUCTION] En bref, la réponse à la question de savoir si les tribunaux ont reconnu l’existence d’un privilège fixe assujéti à la permission de vendre dans le cours normal des affaires est négative, à l’exception du courant de jurisprudence qui confirme le droit du débiteur d’une hypothèque mobilière de vendre, dans le cours normal des affaires, les stocks hypothéqués.

Si un privilège accordait au débiteur le droit d’aliéner les biens dans le cours normal des affaires, alors, indépendamment de la façon dont les parties avaient convenu de l’appeler, ce privilège était considéré comme flottant, de sorte que les droits acquis par un tiers avant la cristallisation du privilège avaient priorité sur le détenteur du privilège.

Adoptant cette règle du «soit l’un, soit l’autre», le juge McLachlin a choisi, dans *FBDB*, de qualifier de privilège flottant la convention de garantie qui permettait au débiteur de vendre, dans le cours normal de ses affaires, les biens donnés en garantie.

Je constate aussi que notre Cour a mentionné tout dernièrement, en les approuvant, les motifs du juge McLachlin dans l’arrêt *FBDB*, précité: *Alberta (Treasury Branches)*, précité. Bien que, dans ce dernier arrêt, la question en litige ait été différente de celle soulevée dans *FBDB*, les commentaires du juge Cory peuvent, à mon sens, être interprétés comme confirmant la règle du «soit l’un, soit l’autre» appliquée dans *FBDB*.

La pertinence de la règle du «soit l’un, soit l’autre» en l’espèce, tient évidemment au fait que Sparrow avait reçu de la banque, tant expressément qu’implicitement, la permission de vendre les biens figurant dans son inventaire, sur lesquels la

could be argued that such a licence renders the interest of the bank in the nature of a floating charge, an interest which must yield to a statutory trust which attaches prior to the charge's crystallization.

banque détenait une garantie. On pourrait donc soutenir que cette permission fait en sorte que le droit de la banque tient d'un privilège flottant, lequel droit doit céder le pas à une fiducie légale qui grevait les biens avant la cristallisation du privilège.

50 I do not find it necessary to comment on *FBDB* to the extent that that decision suggests that in the present case the interests of the bank should be characterized as a floating charge. It should be noted that the decision of McLachlin J.A. in the *FBDB* case predated the enactment of personal property security legislation in British Columbia, and so does not speak to the state of the law in a *PPSA* jurisdiction. Nor did that case deal with any other statutory enactment, such as the *Bank Act*, which could affect the characterization of the security agreement there at issue. For these reasons, I consider the comments of McLachlin J.A. in *FBDB* to be directed to the common law position with regard to the characterization of fixed and floating charges. Whatever those common law principles may be, they cannot be taken to alter the effect that legislation may have on the characterization of security interests. As it is my view that the Alberta *PPSA* and the *Bank Act* are determinative of the characterization of the bank's GSA and BAS, respectively, I do not need to address the common law view articulated in *FBDB*.

Je ne juge pas nécessaire de commenter l'arrêt *FBDB* dans la mesure où il laisse entendre qu'en l'espèce les droits de la banque devraient être qualifiés de privilège flottant. Il y a lieu de souligner que les motifs du juge McLachlin, dans *FBDB*, ont précédé l'adoption de la loi sur les sûretés mobilières en Colombie-Britannique et qu'ils ne témoignent donc pas de l'état du droit dans un ressort régi par une telle loi. Dans cet arrêt, il n'était pas question non plus d'une autre loi, comme la *Loi sur les banques*, qui pouvait affecter la qualification de la convention de garantie en cause. Pour ces motifs, je considère que les commentaires du juge McLachlin, dans *FBDB*, se rapportaient à l'état de la common law concernant la qualification des privilèges fixes et des privilèges flottant. Quels que puissent être ces principes de common law, on ne peut pas considérer qu'ils modifient l'effet que ces lois peuvent avoir sur la qualification des garanties. Étant donné que je suis d'avis que la *PPSA* de l'Alberta et la *Loi sur les banques* sont déterminantes pour ce qui est de qualifier, respectivement, la CGG et la GLB de la banque, je n'ai pas à examiner le point de vue de common law exprimé dans *FBDB*.

51 I turn now to consider each of the bank's security interests.

Je passe maintenant à l'examen de chacune des garanties de la banque.

(i) The General Security Agreement (GSA)

(i) La convention de garantie générale (CGG)

52 Counsel for the appellant, Her Majesty, argued in his factum that the bank's GSA is to be considered in the nature of a floating charge. In support of this proposition, counsel advances the decision of the Ontario Court of Appeal in *Re Urman* (1983), 44 O.R. (2d) 248. In that case, involving a general assignment of book debts perfected under the Ontario *Personal Property Security Act*, the security interest was characterized as a floating charge.

L'avocat de l'appelante, Sa Majesté, allègue dans son mémoire que la CGG de la banque doit être considérée comme tenant d'un privilège flottant. À l'appui de cet argument, il invoque l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Re Urman* (1983), 44 O.R. (2d) 248. Dans cette affaire, où il était question d'une cession générale de créances comptables fondée sur la *Personal Property Security Act* de l'Ontario, la garantie a été qualifiée de privilège flottant.

For the reasons which follow, I cannot accept this submission. In my view, the general security agreement in this case, which was subject to the Alberta personal property security legislation, must be characterized as a fixed and specific charge subject to a licence to sell the inventory.

It is of course true that the *PPSA* does not govern the priority competition between a statutory trust and a security interest. Subsection 4(a) explicitly removes statutory trusts such as the one created by s. 227 *ITA* from the province of the Alberta *PPSA*:

4 Except as otherwise provided in this Act, this Act does not apply to the following:

- (a) a lien, charge or other interest given by an Act or rule of law in force in Alberta;

However, this does not mean that the *PPSA* does not affect the characterization of a charge executed in a jurisdiction which is subject to such an Act. To the contrary, the effect of personal property security legislation has been said to have “fundamentally changed the characterization of security interests”: Wood and Wylie, “Non-Consensual Security Interests in Personal Property”, *supra*, at p. 1082. In particular, while pre-*PPSA*, a security agreement purporting to create a floating charge could be said to remain unattached to the collateral until crystallization, s. 12(1) of the Alberta *PPSA* manifestly alters this situation. That subsection reads:

12(1) A security interest, including a security interest in the nature of a floating charge, attaches when

- (a) value is given,
- (b) the debtor has rights in the collateral, and
- (c) except for the purpose of enforcing rights between the parties to the security agreement, the security interest becomes enforceable within the meaning of section 10,

Pour les motifs qui suivent, je ne puis être d'accord. À mon avis, la convention de garantie générale conclue en l'espèce, qui était régie par la loi sur les sûretés mobilières de l'Alberta, doit être qualifiée de privilège fixe et spécifique assujéti à une permission de vendre les biens figurant dans l'inventaire.

Il est vrai, bien sûr, que la *PPSA* ne s'applique pas pour déterminer l'ordre de priorité entre une fiducie légale et une garantie. L'alinéa 4a) soustrait explicitement à l'application de la *PPSA* de l'Alberta les fiducies légales comme celle créée par l'art. 227 *LIR*:

[TRADUCTION]

4 Sauf disposition contraire de la présente loi, la présente loi ne s'applique pas à:

- a) un privilège ou autre droit conféré par une loi ou une règle de droit en vigueur en Alberta;

Cependant, cela ne veut pas dire que la *PPSA* n'influe pas sur la qualification d'un privilège consenti dans un ressort assujéti à une telle loi. Au contraire, on a affirmé que la *PPSA* avait eu pour effet de [TRADUCTION] «changer fondamentalement la qualification des garanties»: Wood et Wylie, «Non-Consensual Security Interests in Personal Property», *loc. cit.*, à la p. 1082. Plus particulièrement, alors qu'avant l'adoption de la *PPSA* on pouvait dire qu'une convention de garantie ayant pour effet de créer un privilège flottant ne s'appliquait pas aux biens donnés en garantie tant qu'il n'y avait pas eu cristallisation, le par. 12(1) de la *PPSA* de l'Alberta modifie manifestement cette situation. Ce paragraphe se lit ainsi:

[TRADUCTION]

12(1) Une garantie, y compris celle qui tient d'un privilège flottant, grève un bien lorsque:

- a) une contrepartie est fournie,
- b) le débiteur a des droits sur le bien donné en garantie,
- c) sauf aux fins de l'exécution des droits entre les parties à la convention de garantie, la garantie devient réalisable au sens de l'article 10,

unless the parties specifically agree in writing to postpone the time for attachment, in which case the security interest attaches at the time specified in the agreement.

The relevant portion of s. 10 for our purposes states:

10(1) Subject to subsection (2), a security interest is enforceable against a third party only where

- (a) the collateral is in the possession of the secured party, or
- (b) the debtor has signed a security agreement that contains

(ii) a statement that a security interest is taken in all of the debtor's present and after-acquired personal property

Generally speaking, therefore, absent an express intention to the contrary, a security interest in all present and after-acquired personal property will attach when that agreement is executed by the parties. Once attachment has occurred, in my view, the GSA then becomes in law a fixed and specific charge over the collateral.

55

I find support in this conclusion as to the effect of personal property security legislation upon security interests from the fact that the academic literature is unanimous on this point. For example, Professor Jacob S. Ziegel in his article "Symposium: Recent and Prospective Developments in the Personal Property Security Law Area" (1985), 10 *Can. Bus. L.J.* 131, commented as follows, at p. 152:

It is of the first importance to determine whether a security interest under the PPSA retains any of the common law characteristics of a floating charge and if so which. My own view is that once a security interest has attached under the PPSA it has no "floating" attributes even though the security agreement, expressly or impliedly, gives the debtor considerable powers to dispose of the collateral in the course of his business. In brief, the PPSA only recognizes specific or fixed security interests although admittedly the collateral itself may often change its character because of the express or

Toutefois, si les parties conviennent expressément par écrit que la garantie ne grèvera le bien que plus tard, la garantie ne le grèvera qu'au moment convenu.

Aux fins du présent pourvoi, les parties pertinentes de l'art. 10 sont les suivantes:

[TRADUCTION]

10(1) Sous réserve du paragraphe (2), une garantie n'est opposable à une tierce partie que

- a) si le bien donné en garantie est en la possession du créancier garanti, ou
- b) si le débiteur a signé une convention de garantie qui contient

(ii) une stipulation qu'une garantie est accordée sur tous les biens meubles actuels du débiteur et sur ceux qu'il acquerra après la date de la convention . . .

De façon générale, par conséquent, en l'absence d'intention contraire explicite, une garantie accordée sur tous les biens meubles actuels et sur ceux acquis après la date de la convention grèvera ces biens dès la conclusion de la convention par les parties. À mon avis, dès que la garantie grève un bien, la CGG devient alors, en droit, un privilège fixe et spécifique sur le bien donné en garantie.

La conclusion que je tire quant à l'effet des lois en matière de sûretés mobilières sur les garanties s'appuie sur le fait que la doctrine est unanime sur ce point. Par exemple, le professeur Jacob S. Ziegel, dans son article intitulé «Symposium: Recent and Prospective Developments in the Personal Property Security Law Area» (1985), 10 *Can. Bus. L.J.* 131, fait le commentaire suivant, à la p. 152:

[TRADUCTION] Il est très important de déterminer si une garantie accordée en vertu de la PPSA conserve l'une ou l'autre des caractéristiques que la common law attribue au privilège flottant et, dans l'affirmative, lesquelles. Je suis d'avis que, une fois qu'une garantie grève un bien en vertu de la PPSA, elle ne peut être qualifiée de «flottante», même si la convention de garantie accorde, expressément ou implicitement, au débiteur de vastes pouvoirs d'aliéner, dans le cours de ses affaires, le bien donné en garantie. Bref, la PPSA reconnaît seulement l'existence de garanties fixes ou spécifiques, bien que,

implied powers of disposition given the debtor. [Emphasis added.]

This opinion is echoed by Professor Wood in his recent article “Revenue Canada’s Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*”, *supra*, at p. 433:

Under pre-PPSA law, a plausible argument could be made that a security interest in the form of a fixed charge combined with a licence to deal is, in effect nothing more than a floating charge. However, this argument [is] untenable in the cases involving PPSA security interests

Similarly, Professor Ronald C. C. Cuming, in “Commercial Law — Floating Charges and Fixed Charges of After-Acquired Property: *The Queen in the Right of British Columbia v. Federal Business Development Bank*” (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 506, at pp. 510-11, opined:

In effect, [PPS] legislation treats all charges, including floating securities, as fixed charges. The legislatures that have enacted Personal Property Security Acts have implicitly declared that, as a matter of public policy, there is nothing objectionable to having a fixed charge on stock-in-trade of a debtor coupled with a licence to deal with the collateral in the ordinary course of business. [Emphasis added.]

At p. 519, the learned author concludes “there can be no such thing as a floating charge under a Personal Property Security Act”.

Applying this principle to the case at bar, the GSA held by the respondent bank must certainly be characterized as a fixed and specific charge. It attached at the time the agreement was executed, February 25, 1992. More specifically, however, because of the permission granted by the bank which allowed Sparrow to sell the encumbered inventory, the GSA is in the nature of a fixed charge with a licence to deal with the inventory.

de l’aveu général, les attributs du bien donné en garantie puissent souvent changer en raison des pouvoirs d’aliénation exprès ou implicites conférés au débiteur. [Je souligne.]

Le professeur Wood reprend cette opinion dans son article récent «Revenue Canada’s Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*», *loc. cit.*, à la p. 433:

[TRADUCTION] Avant l’adoption de la PPSA, il était plausible d’avancer qu’une garantie sous forme de privilège fixe assorti d’une permission d’aliéner n’était, en fait, rien de plus qu’un privilège flottant. Cependant, cet argument ne tient plus dans les cas où il est question d’une garantie accordée en vertu de la PPSA

De même, le professeur Ronald C. C. Cuming, dans «Commercial Law — Floating Charges and Fixed Charges of After-Acquired Property: *The Queen in the Right of British Columbia v. Federal Business Development Bank*» (1988), 67 *R. du B. can.* 506, aux pp. 510 et 511, opine:

[TRADUCTION] En fait, les lois [sur les sûretés mobilières] considèrent tous les privilèges, y compris les garanties flottantes, comme des privilèges fixes. Les législatures qui ont adopté des lois sur les sûretés mobilières ont implicitement déclaré que, pour des motifs d’ordre public, il n’y a rien de répréhensible à ce qu’un privilège fixe greève les stocks d’un débiteur et que ce privilège soit assorti d’une permission d’aliéner, dans le cours normal des affaires, les biens donnés en garantie. [Je souligne.]

À la page 519, l’auteur conclut qu’[TRADUCTION] «il ne saurait y avoir de privilège flottant sous le régime d’une loi sur les sûretés mobilières».

Si on applique ce principe à la présente affaire, la CGG de la banque intimée doit certainement être qualifiée de privilège fixe et spécifique. Elle a grevé les biens en cause dès la conclusion de la convention, le 25 février 1992. Plus précisément, toutefois, en raison de la permission de vendre les biens d’inventaire grevés, que la banque a accordée à Sparrow, la CGG tient d’un privilège fixe assorti d’une permission d’aliéner les biens figurant dans l’inventaire.

(ii) Bank Act Security (BAS)

57 The appellant has further submitted that the respondent bank's BAS is in the nature of a floating charge over the inventory. Several lower court decisions have been relied upon in support of this proposition: *Abraham, supra* (under appeal); *Armstrong, supra*; and *North Sky Trading Inc. (Bankrupt), Re* (1994), 158 A.R. 117 (Q.B.) (under appeal).

58 The earliest authority to comment upon the nature of BAS is the decision of this Court in *Royal Bank of Canada v. Workmen's Compensation Board of Nova Scotia*, [1936] S.C.R. 560. That case involved a priority competition between security under s. 88 of the *Bank Act*, R.S.C. 1927, c. 12, the predecessor of s. 427, and a lien created by s. 79(2) of *The Workmen's Compensation Act*, R.S.N.S. 1923, c. 129. In his concurring judgment, Davis J. observed the effect of s. 88 security as follows, at p. 567:

... the security [does] not operate to transfer absolutely the ownership in the goods but ... the transaction [is] essentially a mortgage transaction and subject to the general law of mortgages except where the statute has otherwise expressly provided ... Section 88 set up by the *Bank Act* enables manufacturers, who desire to obtain large loans from their bankers in order to carry on their industrial activities, to give to the bank a special and convenient form of security for the bank's protection in the large banking transactions necessary in the carrying on of industry throughout the country. Until the moneys are repaid, the bank is the legal owner of the goods but sale before default is prohibited and provision is made for the manufacturer regaining title upon repayment. To say that Parliament did not use language to expressly provide that the bank shall have a first lien on the goods is beside the mark. The bank acquires ownership in the goods by the statute. [Emphasis added.]

59 More recently, this Court had occasion to consider the attributes of *Bank Act* security in *Hall, supra*. In that case, La Forest J. underlined this Court's previous ruling in *Workmen's Compensation Board of Nova Scotia, supra*, that BAS gives

(ii) La garantie de la Loi sur les banques (GLB)

L'appelante a fait valoir, en outre, que la GLB de la banque intimée tient d'un privilège flottant sur les biens figurant dans l'inventaire. Elle invoque, à l'appui de cet argument, plusieurs décisions de tribunaux d'instance inférieure: *Abraham, précitée* (en appel), *Armstrong, précitée*, et *North Sky Trading Inc. (Bankrupt), Re* (1994), 158 A.R. 117 (B.R.) (en appel).

L'arrêt *Royal Bank of Canada c. Workmen's Compensation Board of Nova Scotia*, [1936] R.C.S. 560 est le plus ancien précédent à commenter la nature d'une GLB. Il y était question de la concurrence, quant à l'ordre de priorité, entre une garantie fondée sur l'art. 88 de la *Loi des banques*, S.R.C. 1927, ch. 12, qui a précédé l'art. 427, et un privilège créé par le par. 79(2) de *The Workmen's Compensation Act*, R.S.N.S. 1923, ch. 129. Dans ses motifs concordants, le juge Davis souligne ainsi l'effet de l'art. 88 (à la p. 567):

[TRADUCTION] ... la garantie n'[a] pas pour effet de transférer de façon absolue le droit de propriété sur les biens mais [...] l'opération est essentiellement une opération hypothécaire assujettie à la common law applicable de façon générale aux hypothèques, sauf disposition contraire expresse de la Loi [...] L'article 88 de la *Loi sur les banques* permet aux fabricants qui désirent obtenir des prêts importants de leurs banques en vue d'exercer leurs activités industrielles de donner à la banque une forme de sûreté particulière et commode pour protéger celle-ci à l'égard des opérations bancaires importantes nécessaires à l'activité industrielle partout au pays. Jusqu'à ce que les sommes soient remboursées, la banque est le propriétaire en droit des marchandises, mais ne peut les vendre que s'il y a défaut de paiement et sous réserve du droit du fabricant de reprendre son titre après remboursement. Affirmer que le Parlement n'a pas utilisé des termes exprès pour prévoir que la banque détient un privilège de premier rang sur les marchandises n'a rien à voir avec la question. La banque acquiert le titre de propriété des marchandises en vertu de la Loi. [Je souligne.]

Plus récemment, notre Cour a examiné les attributs d'une garantie de la *Loi sur les banques* dans l'arrêt *Hall, précité*. Dans cet arrêt, le juge La Forest a souligné l'arrêt *Workmen's Compensation Board of Nova Scotia, précité*, dans lequel notre

to the lender legal title in the collateral. At pp. 133-34, La Forest J. stated:

By section 178(2) [now s. 427(2)], a bank may take security in property owned by the borrower at the time of the loan transaction, and any property acquired during the pendency of the security agreement. The rights and powers of the bank with respect to the secured property are set out in s. 178(2)(c). By the terms of s. 178(2)(c), these rights and powers are stated to be “the same rights and powers as if the bank had acquired a warehouse receipt or bill of lading in which such property was described”. These powers are defined, in turn, in s. 186 [now s. 435] of the Act where it is specified that any warehouse receipt or bill acquired by a bank as security for the payment of a debt, vests in the bank all the right and title to goods, wares and merchandise covered by the holder or owner thereof.

The nature of the rights and powers vested in the bank by the delivery of the document giving the security interest has been the object of some debate. Argument has centred on whether the security interest should be likened to a pledge or bailment, or whether it is more in the nature of a chattel mortgage. I find the most precise description of this interest to be that given by Professor Moull in his article “Security Under Sections 177 and 178 of the Bank Act” (1986), 65 *Can. Bar Rev.* 242, at p. 251. Professor Moull, correctly in my view, stresses that the effect of the interest is to vest title to the property in question in the bank when the security interest is taken out. He states, at p. 251:

The result, then, is that a bank taking security under section 178 effectively acquires legal title to the borrower’s interest in the present and after-acquired property assigned to it by the borrower. The bank’s interest attaches to the assigned property when the security is given or the property is acquired by the borrower and remains attached until released by the bank, despite changes in the attributes or composition of the assigned property. The borrower retains an equitable right of redemption, of course, but the bank effectively acquires legal title to whatever rights the borrower holds in the assigned property from time to time. [Emphasis added.]

It follows from the comments of this Court regarding the ownership rights in inventory conferred by the *Bank Act* that security taken under that Act must be considered to be in the nature of a fixed and specific charge. As stated above, the

Cour a décidé qu’une GLB confère au prêteur la propriété du bien donné en garantie. Aux pages 133 et 134, le juge La Forest affirme:

En vertu du par. 178(2) [maintenant le par. 427(2)], une banque peut obtenir une garantie portant sur des biens appartenant à l’emprunteur au moment de l’emprunt et sur tous les biens acquis pendant la durée du contrat de sûreté. Les droits de la banque à l’égard des biens visés par la sûreté sont énoncés à l’al. 178(2)c). Selon les termes de l’al. 178(2)c), ces droits sont «les mêmes droits que si la banque avait acquis un récépissé d’entrepôt ou un connaissance visant ces biens». Ces droits sont à leur tour définis à l’art. 186 [maintenant l’art. 435] de la Loi où il est dit que tout récépissé d’entrepôt ou connaissance acquis par une banque à titre de garantie du paiement d’une dette confère à la banque tous les droit et titre de propriété sur les effets, denrées ou marchandises que le détenteur ou propriétaire avait sur ceux-ci.

La nature des droits conférés à la banque par la remise du document accordant la sûreté a fait l’objet de certaines discussions. Les débats ont porté sur la question de savoir si la sûreté devrait être comparée à un gage ou à un dépôt en garantie, ou si elle tient davantage d’une hypothèque mobilière. J’estime que la description la plus précise de cette sûreté est celle que donne le professeur Moull dans son article intitulé «Security Under Sections 177 and 178 of the Bank Act» (1986), 65 *R. du B. can.* 242, à la p. 251. Le professeur Moull souligne, à juste titre à mon avis, que l’effet de la sûreté est de conférer à la banque le titre de propriété sur le bien en question lorsque la sûreté est réalisée. Il affirme, à la p. 251:

[TRADUCTION] Il en résulte donc que la banque qui prend une sûreté en vertu de l’art. 178 acquiert effectivement les droits que l’emprunteur avait dans les biens actuels et acquis après coup qu’il a cédés à la banque. Le droit de la banque grève les biens cédés dès que la sûreté est consentie ou dès que l’emprunteur acquiert les biens et ceux-ci demeurent grevés jusqu’à ce que la banque accorde mainlevée, malgré les changements apportés aux attributs ou aux éléments des biens cédés. L’emprunteur conserve évidemment un droit de rachat en equity, mais la banque devient effectivement titulaire de tous les droits que l’emprunteur avait sur les biens cédés. [Je souligne.]

Suivant les commentaires de notre Cour concernant les droits de propriété que la *Loi sur les banques* confère sur les biens figurant dans un inventaire, une garantie consentie en vertu de cette loi doit être considérée comme tenant d’un privi-

concept of the fixed charge is correlative to the notion of a creditor's having legal proprietary rights in the collateral. I add that this view has been adopted by academic literature in this area: R. J. Wood, "Revenue Canada's Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*", *supra*, at p. 433; and William D. Moull, "Security Under Sections 177 and 178 of the Bank Act" (1986), 65 *Can. Bar Rev.* 242. I find this following passage, at p. 251, from the article written by Professor Moull which was cited with approval by this Court in *Hall, supra*, particularly persuasive:

Because of its scope and flexibility, some commentators have suggested that section 178 [now 427] security is in the nature of a floating charge. This can be misleading, however. Because the bank effectively acquires legal title, section 178 security is really in the nature of a fixed charge on the present and after-acquired property of the borrower assigned to the bank. One attribute that section 178 security may be said to share with a floating charge is its application to all property of a specified class held by the borrower from time to time. But while a floating charge may apply to all property of a specified kind held by the borrower from time to time, it does not affix itself specifically upon any particular item of property until it crystallizes upon default by the borrower. Conversely, a section 178 security is a fixed charge on each item of assigned property held from time to time whether or not the loan is in default. This gives a bank significantly greater rights than it would hold under a floating charge debenture on inventory.

61 For these reasons, I consider the security interest of the bank in the form of BAS to be in the nature of a fixed and specific charge with a licence to sell the inventory.

(iii) Summary — Fixed and Specific Charge Over Inventory

62 It would seem appropriate at this point, before leaving the present discussion, to comment briefly upon this novel and perhaps abstract notion of possessing a fixed charge over all of the present and

lège fixe et spécifique. Comme je l'ai déjà dit, le concept du privilège fixe correspond à la notion d'un créancier qui a les droits de propriété sur le bien donné en garantie. J'ajoute que ce point de vue a été adopté par des auteurs de doctrine en la matière: R. J. Wood, «Revenue Canada's Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*», *loc. cit.*, à la p. 433, et William D. Moull, «Security Under Sections 177 and 178 of the Bank Act» (1986), 65 *R. du B. can.* 242. Je juge particulièrement convaincant l'extrait suivant de la p. 251 de l'article du professeur Moull, que notre Cour a mentionné, en l'approuvant, dans *Hall*, précité:

[TRADUCTION] Certains commentateurs ont laissé entendre qu'en raison de sa portée et de sa souplesse la garantie prévue par l'art. 178 [maintenant l'art. 427] tient d'un privilège flottant. Cela peut toutefois être trompeur. Parce que la banque acquiert effectivement le droit de propriété, la garantie consentie en vertu de l'art. 178 tient vraiment d'un privilège fixe sur les biens actuels et acquis après coup que l'emprunteur a cédés à la banque. On peut affirmer qu'une garantie consentie en vertu de l'art. 178 partage un attribut avec un privilège flottant du fait qu'elle s'applique à l'ensemble des biens d'une catégorie donnée que l'emprunteur détient. Mais, alors qu'un privilège flottant peut s'appliquer à tous les biens d'une catégorie donnée que l'emprunteur détient, il ne grève pas spécifiquement l'un de ces biens tant qu'il ne s'est pas cristallisé à la suite du défaut de l'emprunteur. À l'inverse, la garantie consentie en vertu de l'art. 178 est un privilège fixe qui s'applique à chacun des biens cédés, peu importe que l'emprunteur soit en défaut ou non. Cela confère à la banque des droits beaucoup plus grands que s'il s'agissait d'une obligation à charge flottante s'appliquant aux biens de l'inventaire.

Pour ces motifs, je considère que la garantie que la banque détient sous forme de GLB tient d'un privilège fixe et spécifique assorti d'une permission de vendre les biens figurant dans l'inventaire.

(iii) Résumé — Privilège fixe et spécifique applicable aux biens figurant dans un inventaire

À ce stade, il semblerait approprié, avant de clore cette partie de l'analyse, de commenter brièvement cette notion nouvelle et peut-être abstraite de la possession d'un privilège fixe sur tous les

future inventory of a debtor. To begin with, I note that traditional definitions of the fixed charge, as for example the one I previously quoted above from *Illingworth, supra*, emphasize the ability to “settle and fasten” upon ascertainable and defined property as being an integral attribute to this particular form of charge. This type of attachment to tangible and ascertainable property, of course, is impossible to achieve in the case of an assignment of inventory, where that collateral is changing constantly. In short, the traditional concept of the fixed charge seems to be at odds with the notion of having a proprietary right over collateral such as after-acquired inventory which, by definition, is not yet in existence at the time the security agreement is executed.

In my view, however, a fixed charge over all present and future inventory represents a proprietary interest over a dynamic collective of present and future assets. To this extent, as stated above, this form of security interest challenges our traditional conception of a fixed charge; to the same extent, in my opinion, our conception of this form of charge must change to meet the modern realities of commercial law, and in particular the legislative provisions which have been brought to bear in this appeal.

In effect, the fixed and specific charge gives to the secured creditor the title (subject, of course, to the debtor’s equitable right of redemption) to the present inventory of the debtor, as well as the after-acquired inventory of the debtor. In this way, the secured creditor becomes the legal owner of inventory as it comes into possession of the debtor. I note that the Alberta *PPSA* contains a specific provision securing a creditor’s proprietary right to after-acquired property in this way:

13(1) Except as provided in subsection (2), where a security agreement provides for a security interest in after-acquired property, the security interest attaches in

biens actuels et futurs de l’inventaire d’un débiteur. Pour commencer, je souligne que les définitions traditionnelles du privilège fixe comme, par exemple, celle tirée de l’arrêt *Illingworth*, précité, que j’ai citée plus haut, insistent sur le fait que la capacité de «se fixer» sur des biens déterminables et définis est un attribut essentiel de cette forme particulière de privilège. Cette façon de grever des biens tangibles et déterminables est évidemment impossible dans le cas d’une cession de biens figurant dans un inventaire, où les biens donnés en garantie changent constamment. Bref, le concept traditionnel du privilège fixe semble incompatible avec l’idée de possession d’un droit de propriété sur des biens donnés en garantie tels que les biens d’inventaire acquis après coup qui, par définition, n’existent pas encore au moment où la convention de garantie est conclue.

Je suis cependant d’avis qu’un privilège fixe sur tous les biens présents et futurs d’un inventaire représente un droit de propriété sur un ensemble dynamique d’éléments d’actif présents et futurs. Dans cette mesure, comme je l’ai déjà dit, cette forme de garantie met en question notre conception traditionnelle d’un privilège fixe; de même, j’estime que notre conception de cette forme de privilège doit évoluer en fonction des réalités contemporaines du droit commercial et, en particulier, des dispositions législatives qui ont été invoquées en l’espèce.

En effet, le privilège fixe et spécifique confère au créancier garanti (sous réserve, évidemment, du droit de rachat que le débiteur possède en *equity*) le droit de propriété sur les biens actuels de l’inventaire du débiteur, de même que sur les biens de l’inventaire que ce dernier acquiert après coup. Le créancier garanti devient ainsi légalement propriétaire des biens de l’inventaire au fur et à mesure qu’ils entrent en la possession du débiteur. Je remarque que la *PPSA* de l’Alberta contient une disposition particulière qui garantit ainsi le droit de propriété du créancier sur les biens acquis après coup:

[TRADUCTION] 13(1) Sous réserve du paragraphe (2), lorsqu’une convention de garantie prévoit une garantie s’appliquant à des biens qui seront acquis ultérieure-

63

64

accordance with section 12, without the need for specific appropriation. [Emphasis added.]

Professors Cuming and Wood, in their published annotation of the Alberta PPSA, observe that by virtue of this subsection “the security interest in after-acquired property has equal status with a security interest in collateral in existence at the time the security agreement is executed”: Cuming and Wood, *Alberta Personal Property Security Act Handbook* (2nd ed. 1993), at p. 121 (emphasis added). Similarly, the BAS has the effect of presently attaching the secured creditor’s interest to the after-acquired inventory of the debtor. In *Hall, supra*, La Forest J. approved of Professor Moull’s description of the effect of the relevant provisions of the *Bank Act*, at p. 134, which is particularly apposite to the present discussion:

The result, then, is that a bank taking security under section 178 [now s. 427] effectively acquires legal title to the borrower’s interest in the present and after-acquired property assigned to it by the borrower. The bank’s interest attaches to the assigned property when the security is given or the property is acquired by the borrower and remains attached until released by the bank, despite changes in the attributes or composition of the assigned property. The borrower retains an equitable right of redemption, of course, but the bank effectively acquires legal title to whatever rights the borrower holds in the assigned property from time to time. [Emphasis added.]

65

It follows from these observations that where, as here, a secured creditor holds a fixed charge over a debtor’s inventory, that charge will have the effect of ensuring the creditor has legal title to any and all inventory subject to the charge at any given point in time. This, of course, is subject to the caveat (not operative in this case) that no outstanding statutory payroll deductions had in fact been made prior to the attachment of the fixed charge. Thus, in the present case, the inventory which was subject to the liquidation sale belonged in law to the respondent bank: both under its GSA and its BAS the bank held a fixed charge over Sparrow’s inventory. As such, all that Her Majesty’s beneficial interest could attach to, before its sale, was

ment, la garantie grève ces biens conformément à l’article 12, sans qu’une affectation précise soit nécessaire. [Je souligne.]

Dans le commentaire de la PPSA de l’Alberta qu’ils ont publié, les professeurs Cuming et Wood font observer qu’en vertu de ce paragraphe [TRADUCTION] «la garantie s’appliquant aux biens acquis après coup a le même statut qu’une garantie relative aux biens existant au moment de la conclusion de la convention»: Cuming et Wood, *Alberta Personal Property Security Act Handbook* (2^e éd. 1993), à la p. 121 (je souligne). De même, la GLB fait en sorte que la garantie du créancier grève immédiatement les biens d’inventaire acquis après coup par le débiteur. À la page 134 de l’arrêt *Hall*, précité, le juge La Forest approuve la description par le professeur Moull de l’effet des dispositions pertinentes de la *Loi sur les banques*, description qui est particulièrement appropriée dans la présente analyse:

[TRADUCTION] Il en résulte donc que la banque qui prend une sûreté en vertu de l’art. 178 [maintenant l’art. 427] acquiert effectivement les droits que l’emprunteur avait dans les biens actuels et acquis après coup qu’il a cédés à la banque. Le droit de la banque grève les biens cédés dès que la sûreté est consentie ou dès que l’emprunteur acquiert les biens et ceux-ci demeurent grevés jusqu’à ce que la banque accorde mainlevée, malgré les changements apportés aux attributs ou aux éléments des biens cédés. L’emprunteur conserve évidemment un droit de rachat en *equity*, mais la banque devient effectivement titulaire de tous les droits que l’emprunteur avait sur les biens cédés. [Je souligne.]

Il découle de ces observations que, lorsque, comme en l’espèce, un créancier garanti détient un privilège fixe sur les biens figurant dans l’inventaire d’un débiteur, ce privilège aura en tout temps pour effet d’assurer que le créancier possède un droit de propriété sur tous les biens d’inventaire assujettis au privilège. Il en est ainsi, bien sûr, à la condition (non applicable en l’espèce) qu’aucune retenue sur la paye n’ait été effectuée, sans être versée, avant l’application du privilège fixe. Par conséquent, les biens figurant dans l’inventaire qui ont fait l’objet d’une vente de liquidation, en l’espèce, appartenaient en droit à la banque intimée: la banque détenait, tant en vertu de sa CGG que de sa GLB, un privilège fixe sur les biens de l’inventaire

Sparrow's equity of redemption in the property: *Avco, supra*; *C.I.B.C. v. Klymchuk* (1990), 74 Alta. L.R. (2d) 232 (C.A.), at p. 240.

But this of course does not end the matter. While it is true that the bank held legal title in the inventory which is the subject of the dispute in this case, it is also true that at the time the deductions were made the bank had given its permission to Sparrow to sell this inventory in the course of its business. The GSA contained an express licence to this effect; and the BAS impliedly contained such a licence. In this way, the bank had consented, contractually, to the divestment of their interest in the collateral taken in inventory and the usage of the proceeds of that collateral for certain purposes. The critical issue which falls to be decided is, then, what is the scope of this contractual licence? In particular, if this bank's consent included the right to sell the inventory in order to pay wages, then that consent by necessity included the right to sell inventory to remit payroll deductions. In such a situation, for the following reasons, Her Majesty's interest would be able to attach to the proceeds of the inventory, and in this way take priority over the bank's interest.

As stated previously, at para. 41, it is my opinion that the licence theory may operate, in the context of the statutory scheme at issue in the present appeal, as an exception to the general rule that at the time of "liquidation, assignment, receivership or bankruptcy" Her Majesty's interest cannot attach to property which is at that time the property of a secured creditor. More specifically, where it can be said that at the time the deductions were made a secured creditor had consented to the use of its collateral in order to pay the statutory deductions which are the object of a deemed trust, it may also be said that that creditor has bound itself by the statutory requirements relating to those deductions. Here, therefore, if it can be said that at the time the wage deductions at issue were made the

de Sparrow. C'est pourquoi tout ce à quoi le droit que Sa Majesté possédait à titre bénéficiaire pouvait s'appliquer avant la vente était le droit de rachat que Sparrow détenait en *equity* sur les biens: *Avco*, précité; *C.I.B.C. c. Klymchuk* (1990), 74 Alta. L.R. (2d) 232 (C.A.), à la p. 240.

Toutefois, il va sans dire que cela ne règle pas la question. Bien qu'il soit vrai que la banque détenait le droit de propriété sur les biens de l'inventaire qui font l'objet du litige en l'espèce, il est également vrai qu'au moment où les retenues ont été faites la banque avait donné à Sparrow la permission de vendre ces biens dans le cours de ses affaires. Une permission à cet égard était accordée expressément dans la CGG et implicitement dans la GLB. De cette façon, la banque avait consenti, par contrat, à se dépouiller de son droit sur les biens de l'inventaire donnés en garantie et à ce que le produit de la vente de ces biens soit utilisé à certaines fins. La question cruciale est donc celle de la portée de cette permission contractuelle. En particulier, si ce consentement de la banque comprenait le droit de vendre les biens de l'inventaire pour payer les salaires, alors ce consentement comprenait nécessairement le droit de vendre ces mêmes biens pour verser les retenues sur la paye. Pour les motifs qui suivent, le droit de Sa Majesté pourrait alors s'appliquer au produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire et, ainsi, avoir priorité sur le droit de la banque.

Comme je l'ai déjà indiqué au par. 41, je suis d'avis que, dans le contexte du régime législatif en cause dans le présent pourvoi, la thèse de la permission peut constituer exception à la règle générale voulant qu'au moment de la «liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite», le droit de Sa Majesté ne puisse pas grever des biens qui sont la propriété d'un créancier garanti. Plus précisément, si l'on peut affirmer qu'au moment où les retenues ont été effectuées le créancier garanti avait consenti à ce que les biens qui lui ont été donnés en garantie servent à verser les retenues exigées par la loi qui font l'objet de la fiducie réputée, on peut également affirmer que le créancier s'est assujéti aux obligations légales relatives à ces retenues. Par conséquent, si on peut affirmer, en l'espèce, qu'au

bank had permitted the sale of inventory in order to pay wages, and thus wage deductions, it will be possible for s. 227(5) to attach to the bank's inventory existent at the time of receivership. With regard to this approach to the licence theory, see *FBDB, supra*, at pp. 40-41, *Roynat, supra*, at pp. 649-50, and *G.M. Homes Inc., supra*, at pp. 252-54.

68

In short, where the bank has consented to the reduction in the value of its security in order to pay statutory deductions at the time those deductions are made, they have to the same extent, by virtue of s. 227(5), consented to the reduction in their security at the time of receivership. The critical question which falls to be decided in this case, then, is what was the scope of the bank's consent to sell inventory at the time the deductions were made?

(D) *Whether on the Facts the Licence to Sell Included the Right to Use the Proceeds to Pay Wages?*

69

I underline at the outset that the critical factor in the "licence to sell" argument is the permission which must be found to have been granted with respect to the usage of the proceeds of the disputed collateral. Thus, while licences may often be mouthed in terms of a "right to sell in the ordinary course of business", it must not be forgotten that it is permission with respect to the usage of proceeds, and not necessarily the circumstances of sale, which is the proper focus of the inquiry.

70

When interpreting the contractual provisions which gave Sparrow the right to sell the encumbered inventory, it is necessary to look at the words of the contract, the nature of the transaction which the parties entered into, and all of the surrounding circumstances.

71

The express provisions of the GSA establishes that Sparrow was granted a licence to sell the

moment où les retenues sur la paye qui sont en cause ont été effectuées, la banque avait permis la vente des biens figurant dans l'inventaire pour payer les salaires et, ainsi, les retenues sur la paye, le par. 227(5) pourra s'appliquer aux biens qui figuraient dans l'inventaire de la banque au moment de la mise sous séquestre. En ce qui concerne cette façon d'aborder la thèse de la permission, voir *FBDB*, précité, aux pp. 40 et 41, *Roynat*, précité, aux pp. 649 et 650, et *G.M. Homes Inc.*, précité, aux pp. 252 à 254.

Bref, dans le cas où la banque a consenti à la diminution de la valeur de sa garantie pour payer les retenues légales sur la paye au moment où elles seraient effectuées, elle a du même coup consenti, en vertu du par. 227(5), à la réduction de sa garantie au moment de la mise sous séquestre. Alors, la question cruciale à trancher en l'espèce est de savoir quelle était la portée du consentement de la banque à la vente des biens figurant dans l'inventaire au moment où les retenues ont été effectuées.

(D) *D'après les faits, la permission de vendre incluait-elle le droit d'utiliser le produit de la vente pour payer les salaires?*

Je souligne, au départ, que le facteur déterminant dans l'argument de la «permission de vendre» est la conclusion que cette permission a été accordée quant à l'utilisation du produit de la vente des biens en litige donnés en garantie. Ainsi, bien que les permissions soient souvent données sous la forme d'un «droit de vendre dans le cours normal des affaires», il ne faut pas oublier que c'est la permission quant à l'utilisation du produit, et non pas nécessairement les circonstances de la vente, qui doit être au centre de l'examen.

En interprétant les dispositions contractuelles qui accordent à Sparrow le droit de vendre les biens de l'inventaire donnés en garantie, il faut examiner les termes du contrat, la nature de l'opération conclue par les parties et toutes les circonstances de l'affaire.

D'après les dispositions expresses de la CGG, Sparrow a obtenu la permission de vendre les biens

encumbered inventory. In particular, the licence stated that:

... until default, Debtor may, in the ordinary course of Debtor's business, sell or lease inventory and, subject to Clause 7 hereof, use Money available to Debtor. [Emphasis added.]

Therefore, Sparrow was permitted to sell its inventory in the ordinary course of its business and "use" the proceeds generated therefrom. The critical question is what "us[age]" this licence to sell in the "ordinary course of . . . business" contemplated. In this connection, I find two of the express covenants in Sparrow's contractual arrangements to be salient. Paragraph 4(e) of the GSA required Sparrow:

(e) to pay all taxes, rates, levies, assessments and other charges of every nature which may be lawfully levied, assessed or imposed against or in respect of Debtor or Collateral as and when the same become due and payable; [Emphasis added.]

In addition, in the Credit Facilities Agreement, Sparrow covenanted to the bank as follows:

(3) it will promptly pay when due all business, income and other taxes properly levied on its operations and property and remit all statutory employee deductions when due; [Emphasis added.]

Looking at these express provisions of the contractual arrangements between Sparrow and the bank, I conclude that the payment of payroll deductions would be a usage to which the bank contemplated Sparrow would use the proceeds of inventory sold in the "ordinary course of . . . business". My conclusion in this respect is buttressed when the nature of the dealings between Sparrow and the bank, and all the surrounding circumstances, are observed.

The bank was Sparrow's primary lender; it held a security interest in most, if not all, of Sparrow's assets. In particular, the bank held various security interests in Sparrow's inventory. It was of course in the bank's best interest that Sparrow function as

de l'inventaire donnés en garantie. Plus particulièrement, il était précisé que:

[TRADUCTION] . . . à moins d'être en défaut, le débiteur [peut], dans le cours normal de ses affaires, vendre ou louer les biens figurant dans l'inventaire et, sous réserve de la clause 7 des présentes, utiliser les sommes d'argent dont il dispose. [Je souligne.]

Par conséquent, Sparrow avait la permission de vendre les biens de l'inventaire dans le cours normal de ses affaires et d'«utiliser» le produit de cette vente. La question cruciale est de savoir quelle «utilis[ation]» était envisagée par cette permission de vendre «dans le cours normal de[s] affaires». À ce propos, je considère que deux clauses explicites des arrangements contractuels de Sparrow ressortent. Aux termes de l'al. 4e) de la CGG, Sparrow est tenue:

e) de payer tous les impôts, tarifs, redevances, cotisations et autres sommes de toute nature qui peuvent être légalement perçues, cotisées ou imposées à l'égard du débiteur ou d'un bien donné en garantie, lorsque ces sommes sont dues et exigibles; [Je souligne.]

De plus, dans la convention de crédit, Sparrow a pris l'engagement suivant envers la banque:

(3) elle paiera promptement, lorsqu'ils seront dus, toutes les taxes d'affaires, impôts sur le revenu et autres taxes perçues à bon droit sur ses affaires et ses biens et versera toutes les retenues légales sur le salaire des employés, lorsqu'elles seront dues; [Je souligne.]

Compte tenu de ces dispositions explicites des arrangements contractuels entre Sparrow et la banque, je conclus que le versement des retenues sur la paye serait une utilisation que, suivant ce que la banque a envisagé, Sparrow ferait du produit de la vente des biens de l'inventaire, effectuée «dans le cours normal de[s] affaires». Ma conclusion à cet égard est étayée par la nature des opérations survenues entre Sparrow et la banque, et par toutes les circonstances de l'affaire.

La banque était le prêteur principal de Sparrow, elle détenait une garantie sur la plupart, sinon la totalité, des éléments d'actif de Sparrow. Plus particulièrement, la banque détenait diverses garanties sur les biens figurant dans l'inventaire de Sparrow.

a viable economic unit. To do so, Sparrow was required to sell its services as an electrical contractor and, necessarily, sell its inventory. From the sales of the inventory, Sparrow could generate revenues to, *inter alia*, pay its outstanding operating debts. If it failed to do so, Sparrow could be petitioned into bankruptcy, with the result that Sparrow could no longer generate the profits necessary to pay its loan obligations to the bank in the long term. One of Sparrow's ongoing obligations, its costs of doing business, was the paying of wages. In order to stay in business, and operate as a profitable business enterprise, Sparrow would have to pay its employees. This is a necessary requirement of continuing in business. It would be reasonable that the bank expect, taking into consideration all the circumstances of this arrangement, that revenue from the sale of inventory would be used to pay wages.

Il était évidemment dans l'intérêt de la banque que Sparrow fonctionne comme une entité économiquement rentable. À cette fin, Sparrow devait vendre ses services comme entrepreneur électricien et, nécessairement, vendre les biens de son inventaire. Ces ventes permettraient à Sparrow de tirer des revenus qui serviraient notamment à payer ses dettes de fonctionnement. Si elle ne le faisait pas, Sparrow pourrait faire l'objet d'une pétition en faillite, de sorte qu'elle ne pourrait plus à long terme générer les profits nécessaires au paiement de ses emprunts à la banque. L'une des obligations que Sparrow devait remplir, comme dépense d'affaires, était le paiement des salaires. Pour rester en affaires et fonctionner comme une entreprise rentable, Sparrow devrait payer ses employés. C'est là une condition nécessaire pour rester en affaires. Il serait raisonnable que la banque s'attende, compte tenu de toutes les circonstances de l'arrangement pris, que le produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire soit utilisé pour payer les salaires.

74

From these observations, I consider the licence to sell inventory in the ordinary course of business in this case necessarily included a licence to sell inventory to pay wages, and remit wage deductions, in the course of its business. Where, as here, the secured party has security over the majority of the assets of the debtor, the security interest over the inventory must permit the debtor to sell the inventory and put it to the general use of its business, including towards the payment of wages. Indeed, the express terms of the licence intimates this, providing Sparrow could, "in the ordinary course of . . . business, . . . use Money available". The scope of the licence can thus be ascertained either from the express terms of the security agreement, or from the nature of the agreement and the conduct of the parties. To be clear, however, the scope of the licence in this case flows not merely from a right to sell inventory *per se*. Instead, it is the licence to sell inventory in the "ordinary course of [Sparrow's] business . . . and use [the proceeds]" which renders it of such a quality as to include a right to use the proceeds to pay wages. As Professor Wood has correctly observed in "Revenue Canada's Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Elec-*

Compte tenu de ces observations, je considère que la permission de vendre les biens de l'inventaire dans le cours normal des affaires comprenait nécessairement, en l'espèce, la permission de vendre pour payer les salaires et verser les retenues sur la paye dans le cours des affaires de Sparrow. Lorsque, comme en l'espèce, le créancier garanti détient une garantie sur la majorité des éléments d'actif du débiteur, la garantie applicable aux biens de l'inventaire doit permettre au débiteur de vendre ces biens et d'utiliser le produit pour les fins générales de son entreprise, y compris pour payer les salaires. En fait, c'est ce qu'indiquent les termes mêmes de la permission qui prévoient que Sparrow pourrait, «dans le cours normal de[s] affaires [...] utiliser les sommes d'argent dont [elle] dispose[rait]». La portée de la permission peut donc être déterminée soit à partir des termes mêmes de la convention de garantie, soit à partir de la nature de la convention et de la conduite des parties. Plus précisément, la portée de la permission, en l'espèce, ne découle pas simplement d'un droit comme tel de vendre les biens figurant dans l'inventaire. Il s'agit plutôt d'une permission de vendre les biens de l'inventaire dans le «cours normal de[s] affaires [de Sparrow] [...] et [...]

tric Corp.”, *supra*, at p. 435, a licence to sell inventory may in certain circumstances be circumscribed so as to not include a right to use the proceeds to pay wages:

The fact that the secured party permits the debtor to sell the inventory does not in itself imply that the secured party permits the debtor to use these proceeds to pay employees. In some cases the secured party will not restrict the debtor’s ability to use the proceeds in the ordinary course of business, but this depends entirely on the security arrangement negotiated between the debtor and the secured party. Consider the following scenario:

SP finances the acquisition of inventory by an automobile dealer (D), and is granted a security interest in the inventory. The wholesale security agreement provides that D may sell the inventory in the ordinary course of business and that upon doing so D must immediately remit the wholesale purchase price of the automobile to SP.

In this scenario, SP clearly does not permit the debtor to use the proceeds of inventory to pay its employees. Indeed, it is common for SP to regularly monitor the debtor to ensure that the debtor is not “out of trust” by failing to remit the proceeds of sale.

In summary, the true test of whether the licence to sell inventory includes the right to pay wages must therefore be a matter of interpreting the contractual arrangement between the parties. The focus is not so much on the circumstances of the selling of inventory, but rather the permitted usage of the proceeds of inventory. As in Professor Wood’s example, where the licence has a limited scope, that licence may not include the right to use proceeds to pay wages. However, the expression of a limited use for proceeds of inventory cannot prevail if the arrangement between the parties is such as to allow, in practice, the debtor to use the inventory proceeds in the course of its business. In this respect, I agree with Professor Wood’s comments regarding the appropriate test for determining

[d’]utiliser [le produit]», qui fait en sorte qu’elle inclut le droit d’utiliser le produit pour payer les salaires. Comme le professeur Wood l’a fait observer à juste titre, dans «Revenue Canada’s Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*», *loc. cit.*, à la p. 435, la permission de vendre les biens d’un inventaire peut, dans certaines circonstances, être limitée de manière à ne pas inclure le droit d’utiliser le produit pour payer des salaires:

[TRADUCTION] Le fait que le créancier garanti permette au débiteur de vendre les biens de l’inventaire n’implique pas en soi que le créancier garanti permet au débiteur d’utiliser le produit de cette vente pour payer les employés. Dans certains cas, le créancier garanti ne limitera pas la capacité du débiteur d’utiliser le produit dans le cours normal des affaires, mais cela dépend entièrement du type de garantie négocié entre le débiteur et le créancier garanti. Examinons l’hypothèse suivante:

SP finance l’acquisition des biens d’un inventaire par un concessionnaire d’automobiles (D), et obtient une garantie sur ces biens. La convention de garantie de vente en gros prévoit que D peut vendre les biens de l’inventaire dans le cours normal des affaires et qu’après l’avoir fait D doit immédiatement verser à SP le prix d’achat en gros de l’automobile.

Dans cette hypothèse, il est clair que SP ne permet pas au débiteur d’utiliser le produit de la vente des biens de l’inventaire pour payer ses employés. En fait, SP a l’habitude de contrôler régulièrement les opérations du débiteur pour s’assurer que ce dernier ne «trahit pas sa confiance» en omettant de verser le produit de la vente.

En résumé, le véritable critère pour déterminer si la permission de vendre les biens figurant dans un inventaire inclut le droit de payer les salaires doit donc être une question d’interprétation de l’arrangement contractuel intervenu entre les parties. L’attention ne doit pas tant porter sur les circonstances de la vente des biens de l’inventaire que sur l’utilisation permise du produit de la vente de ces biens. Comme dans l’exemple donné par le professeur Wood, lorsque la permission a une portée limitée, il se peut qu’elle n’inclue pas le droit d’utiliser le produit de la vente pour payer les salaires. Toutefois, l’expression de restrictions quant à l’utilisation du produit de la vente des biens figurant dans l’inventaire ne saurait prévaloir si l’arrangement entre les parties est de nature à

whether a licence to sell inventory includes permission to pay wages with the proceeds (“Revenue Canada’s Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*”, *supra*, at pp. 435-36):

This is not to say that the analysis should hinge on the existence of a trust proceeds clause or other contractual provision requiring the debtor to remit proceeds. A contractual provision of this type should not govern if the real arrangement between the parties is such that the debtor has the freedom to use the proceeds of inventory in the ordinary course of business.

To make any sense at all, the licence theory must, at the very least, be restricted to cases where the secured party permits the debtor to pay employees either out of its collateral or out of the proceeds of its collateral. This permission cannot be derived merely from the existence of a licence to sell inventory. The test should be whether the debtor had the freedom to use these funds in the ordinary course of business as opposed to being under an obligation to remit them to the secured party. [Emphasis added.]

76

In the case at bar, the GSA contained an express licence permitting Sparrow to sell inventory in the course of its business and use the proceeds available; the BAS contained an implied licence to this effect. While it is true that the GSA contained a trust proceeds clause, I find that this cannot have the effect of limiting the scope of the licence where the real arrangement between the parties was, as expressly stated, that Sparrow could use the proceeds of inventory in the course of its business. The bank in this case was not a small inventory financier who required Sparrow to immediately remit proceeds of inventory to it. To the contrary, the bank was a large scale lender who permitted Sparrow to use inventory sales to maintain the viability of its enterprise. For these reasons, applying Professor Wood’s test, I find that under the licence to “sell . . . inventory” “in the

permettre, en pratique, au débiteur d’utiliser le produit de cette vente dans le cours de ses affaires. À cet égard, je suis d’accord avec les commentaires du professeur Wood au sujet du critère approprié pour déterminer si la permission de vendre les biens d’un inventaire inclut la permission d’utiliser le produit de cette vente pour payer des salaires («Revenue Canada’s Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*», *loc. cit.*, aux pp. 435 et 436):

[TRADUCTION] Cela ne veut pas dire que l’analyse devrait dépendre de l’existence d’une clause de produit en fiducie ou d’une autre disposition contractuelle exigeant que le débiteur verse ce produit. Une disposition contractuelle de ce type ne devrait pas s’appliquer si l’arrangement réel entre les parties est tel que le débiteur est libre d’utiliser le produit de la vente des biens de l’inventaire dans le cours normal des affaires.

Pour avoir du sens, la thèse de la permission doit, à tout le moins, se limiter aux cas où le créancier garanti permet au débiteur de payer les employés soit au moyen des biens donnés en garantie, soit au moyen du produit de la vente de ces biens. Cette permission ne peut pas simplement découler de l’existence d’une permission de vendre les biens de l’inventaire. Le critère devrait consister à déterminer si le débiteur était libre d’utiliser ces fonds dans le cours normal des affaires, au lieu d’être obligé de les verser au créancier garanti. [Je souligne.]

En l’espèce, la CGG accordait expressément à Sparrow la permission de vendre les biens de l’inventaire dans le cours de ses affaires et d’utiliser le produit dont elle disposerait; la GLB comportait implicitement la même permission. Bien qu’il soit vrai que la CGG comportait une clause de produit en fiducie, je considère que cela ne peut pas avoir pour effet de limiter la portée de la permission alors que l’arrangement réel intervenu entre les parties voulait, comme cela a été précisé, que Sparrow puisse utiliser le produit de la vente des biens de l’inventaire dans le cours de ses affaires. Dans cette affaire, la banque n’était pas un petit financier de biens d’inventaire, qui exigeait que Sparrow lui verse immédiatement le produit de la vente des biens de l’inventaire. Au contraire, la banque était un gros bailleur de fonds qui permettait à Sparrow d’utiliser le produit de la vente des biens

ordinary course of . . . business” and “use [the] [m]oneys available” the bank permitted Sparrow to sell inventory to pay wages and, necessarily, payroll deduction obligations.

For all these reasons, through the application of the licence theory, it is my conclusion that the appellant’s s. 227(5) deemed trust must take priority over the bank’s security interests in the disputed collateral. The trust fund representing the deducted amounts, while without identified subject matter from the date of its inception, is capable of identifying property subject to that trust *ex post facto*. To reiterate, the bank consented to the reduction in its security in inventory in order to pay wage deductions at the time those deductions were made, and s. 227(5) *ITA* has the effect of carrying forward that consent to the time of receivership. By consenting to the payment of wages out of the proceeds of inventory during the course of Sparrow’s business, the bank *ipso facto* consented to the statutory scheme under the *ITA* designed to cover unpaid wage deductions. In short, in the present case the licence to deal with inventory proceeds coupled with the statutory scheme in s. 227(4) and (5) *ITA* gives priority to Her Majesty’s claims for statutory wage deductions. This result is obtained both in regard to the bank’s GSA, and its BAS.

The respondent bank has submitted that this result is necessarily precluded with regard to their BAS by virtue of s. 428(1) of the *Bank Act*, which provides as follows:

428. (1) All the rights and powers of a bank in respect of the property mentioned in or covered by a warehouse receipt or bill of lading acquired and held by the bank, and the rights and powers of the bank in respect of the property covered by a security given to the bank under

de l’inventaire pour maintenir la viabilité de son entreprise. Pour ces motifs, appliquant le critère du professeur Wood, je conclus que, en vertu de la permission de «vendre [. . .] les biens figurant dans l’inventaire» «dans le cours normal de[s] affaires» et d’«utiliser les sommes d’argent dont [elle] dispose[rait]», la banque permettait à Sparrow de vendre les biens de l’inventaire pour payer des salaires et, nécessairement, pour verser des retenues sur la paye.

Pour tous ces motifs, en application de la thèse de la permission, je conclus que la fiducie réputée dont bénéficie l’appelante en vertu du par. 227(5) doit avoir priorité de rang sur les garanties que la banque détient sur les biens en litige donnés en garantie. Le fonds en fiducie constitué des retenues effectuées, bien que sans objet identifié au moment de sa constitution, est capable de viser après coup les biens faisant l’objet de cette fiducie. Encore une fois, la banque a consenti à la diminution de sa garantie sur les biens de l’inventaire pour payer les retenues sur la paye au moment où elles ont été effectuées, et le par. 227(5) *LIR* a pour effet de reporter ce consentement jusqu’au moment de la mise sous séquestre. En consentant à ce que Sparrow paie les salaires au moyen du produit de la vente des biens de l’inventaire dans le cours de ses affaires, la banque consentait par le fait même au régime légal de recouvrement des retenues sur la paye non versées, établi par la *LIR*. Bref, en l’espèce, la permission d’aliéner le produit de la vente des biens figurant dans l’inventaire, conjuguée au régime légal des par. 227(4) et (5) *LIR*, accorde priorité de rang aux demandes de Sa Majesté relatives aux retenues légales sur la paye. Cela vaut tant à l’égard de la CGG de la banque que de sa GLB.

La banque intimée a fait valoir que ce résultat est nécessairement écarté en ce qui concerne sa GLB, en raison du par. 428(1) de la *Loi sur les banques*, qui prévoit ceci:

428. (1) Tous les droits de la banque sur les biens mentionnés ou visés dans un récépissé d’entrepôt ou un connaissement qu’elle a acquis ou détient, ainsi que ses droits sur les biens affectés à une garantie reçue en vertu de l’article 427, et qui équivalent aux droits découlant

section 427 that are the same as if the bank had acquired a warehouse receipt or bill of lading in which that property was described, have, subject to subsection 427(4) and subsections (3) to (6) of this section, priority over all rights subsequently acquired in, on or in respect of that property, and also over the claim of any unpaid vendor. [Emphasis added.]

I cannot agree with this submission. It is true that s. 428(1) secures the respondent bank's proprietary right to the disputed collateral. However, for the reasons I have expressed, the fact remains that the bank has consented to the divestment of this interest. Such a waiver of priority, in my view, renders s. 428(1) of no assistance to the respondent bank.

79

I add as a final matter that in addition to providing certainty in disputes between consensual and non-consensual security interests, the licence theory has the virtue of achieving fairness in commercial law. Here, the respondent bank had permitted Sparrow to sell its inventory in the course of its business in order to, among other things, pay wages and wage deductions. To this extent, therefore, the bank permitted the reduction in the value of its security interest in Sparrow's inventory, during the ordinary course of Sparrow's business. Implicit in the bank's consent is the assumption that in so doing, Sparrow would generate profits from the conversion of inventory into revenues; this economic process, as I noted above, ensures that interest payments owing to the bank would be paid to them on a sustainable basis. In short, the bank benefitted in a general sense from Sparrow's carrying on its business operations, an endeavour which required Sparrow to pay wages and wage deductions. More specifically, however, when Sparrow stopped paying its wage deductions, as required, the bank could be said to benefit from the artificial increase in Sparrow's working capital, allowing an extension of the life of Sparrow's business.

80

Now, when Sparrow's business is no longer a viable enterprise, the bank says that it is entitled to the very payments which allowed Sparrow, in part

d'un récépissé d'entrepôt ou un connaissance visant ces biens priment, sous réserve du paragraphe 427(4) et des paragraphes (3) à (6) du présent article, tous les droits subséquentment acquis sur ces biens, ainsi que la créance de tout vendeur impayé. [Je souligne.]

Je ne puis souscrire à cet argument. Il est vrai que le par. 428(1) garantit le droit de propriété de la banque intimée sur les biens en litige donnés en garantie. Toutefois, pour les motifs que j'ai exposés, il reste que la banque a accepté d'être dépouillée de ce droit. À mon avis, une telle renonciation à la priorité de rang fait en sorte que le par. 428(1) n'est d'aucun secours à la banque intimée.

J'ajoute, comme dernier point, qu'en plus d'offrir un élément de certitude dans les litiges opposant des garanties consensuelles et des garanties non consensuelles, la thèse de la permission permet d'assurer l'équité en droit commercial. En l'espèce, la banque intimée avait permis à Sparrow de vendre les biens de son inventaire dans le cours de ses affaires afin, notamment, de payer les salaires et les retenues sur la paye. Dans cette mesure, la banque a donc permis que la valeur de la garantie qu'elle détenait sur les biens de l'inventaire de Sparrow soit réduite dans le cours normal des affaires de cette dernière. Ce consentement reposait sur l'expectative implicite de la banque que Sparrow réaliserait des profits en convertissant des biens de son inventaire en recettes; ce processus économique, comme je l'ai déjà noté, garantissait que les paiements d'intérêts dus à la banque seraient effectués de façon continue. Bref, la banque profitait, d'une manière générale, de la poursuite des affaires de Sparrow qui obligeaient cette dernière à payer des salaires et des retenues sur la paye. Plus précisément, toutefois, lorsque Sparrow a cessé d'effectuer les versements requis des retenues sur la paye, on pouvait affirmer que la banque a profité de l'augmentation artificielle du fonds de roulement de Sparrow qui a permis à cette dernière de rester en affaires plus longtemps.

Maintenant que Sparrow n'est plus une entreprise viable, la banque affirme qu'elle a droit aux sommes mêmes qui, du moins en partie, ont per-

at least, to stay in business longer than was legally economical. In essence, the bank is willing to accept the benefits of Sparrow's non-payment of statutory deductions, and can be said to have reasonably permitted the use of its collateral to pay these deductions at the time they should have lawfully been paid, but refuses to accept the burden of Sparrow's unlawful action at the time of its receivership. In my view, it should be the policy of the law that the respondent bank be held accountable for Sparrow's outstanding statutory obligations. The licence theory, as I have developed it, ensures that in appropriate circumstances this result will obtain. In this way, in my opinion the licence theory is grounded not only in legal principles, but also in sound policy.

Since writing the foregoing, I have had the benefit of reading the careful reasons of my colleague, Mr. Justice Iacobucci. With deference however, I do not share his views or his concerns.

I note that Iacobucci J., in his reasons, has taken me to have adopted the licence theory in extremely broad terms. Specifically, when summarizing the conceptual basis of my reasoning, he states at para. 91:

Consequently, says the [licence] theory, the bank's claim to the inventory must give way to any debts incurred in the ordinary course of business. [Emphasis added.]

Similarly, Iacobucci J. writes at para. 97:

The satisfaction of any legitimate debt or obligation, whenever incurred, is arguably "in the ordinary course of business". Certainly, the payment of creditors is a permissible "use" of the proceeds of a sale of inventory. Following my colleague's reasoning, this would mean that every subsequent claim should prevail over the respondent's general security agreement, because every rival claim might have been satisfied out of the proceeds

mis à Sparrow de rester en affaires plus longtemps qu'il n'était économiquement possible de le faire sur le plan légal. La banque est essentiellement disposée à accepter les bénéfices du non-versement par Sparrow des retenues légales sur la paye, et l'on peut dire qu'elle a raisonnablement permis que les biens qui lui avaient été donnés en garantie soient utilisés pour verser ces retenues au moment où elles devaient l'être légalement, mais qu'elle refuse d'assumer le fardeau de l'acte illégal accompli par Sparrow au moment de sa mise sous séquestre. À mon avis, ce devrait être une politique de la loi que la banque intimée soit tenue responsable des obligations légales auxquelles Sparrow a manqué. La thèse de la permission, comme je l'ai expliqué, garantit ce résultat dans les circonstances appropriées. J'estime ainsi que la thèse de la permission repose non seulement sur des principes juridiques, mais aussi sur une politique saine.

Depuis que j'ai rédigé ce qui précède, j'ai pris connaissance des motifs soigneusement étayés de mon collègue le juge Iacobucci. En toute déférence, cependant, je ne partage ni son opinion ni ses préoccupations.

Je remarque que le juge Iacobucci considère, dans ses motifs, que j'ai adopté la thèse de la permission de manière extrêmement générale. Plus précisément, lorsqu'il résume le fondement conceptuel de mon raisonnement, il affirme (au par. 91):

Donc, selon cette thèse [de la permission], les droits que la banque peut faire valoir sur les biens figurant dans l'inventaire doivent céder le pas aux dettes contractées dans le cours normal des affaires. [Je souligne.]

De même, le juge Iacobucci écrit (au par. 97):

On peut soutenir que c'est «dans le cours normal des affaires» que l'on s'acquitte d'une dette ou d'une obligation légitime, quel que soit le moment où elle a pris naissance. Le paiement des créanciers est sûrement une «utilis[ation]» permise du produit de la vente des biens figurant dans un inventaire. Selon le raisonnement de mon collègue, cela signifierait que toute créance ultérieure devrait avoir préséance sur la convention de garantie générale de l'intimée, parce qu'il se pourrait que chacune des créances concurrentes ait été acquittée

81

82

of a hypothetical sale of the inventory. [Emphasis added.]

sur le produit d'une vente hypothétique des biens figurant dans l'inventaire. [Je souligne.]

83

With respect, as he acknowledges, my reasons do not go this far. It is not the consent to payment of wage deductions from the proceeds of inventory *simpliciter* which drives me to the conclusion that Her Majesty's interest must prevail. This is a necessary, but not sufficient, condition. In addition, however, what is significant to the outcome of this case is that the bank has consented to payment of wages including deductions, out of inventory which, at the time of the deductions, are by statute deemed to be taken out of the estate of the debtor (see ss. 153(3) and 227(4) *ITA*). Section 227(5) carries that consent forward to the time of liquidation, assignment, receivership or bankruptcy, to realize Her Majesty's claim out of the bank's inventory.

En toute déférence, comme il le reconnaît, mes motifs ne vont pas aussi loin. Ce n'est pas le consentement même au paiement de retenues sur la paye sur le produit des biens figurant dans l'inventaire qui m'amène à conclure que c'est l'intérêt de Sa Majesté qui doit prévaloir. C'est une condition nécessaire, mais non suffisante. De plus, cependant, ce qui est important pour l'issue du présent pourvoi, c'est que la banque a consenti au paiement de salaires comportant des retenues, sur des biens figurant dans l'inventaire qui, au moment des retenues, sont réputés par la loi être retranchés du patrimoine du débiteur (voir les par. 153(3) et 227(4) *LIR*). Le paragraphe 227(5) reporte ce consentement au moment de la liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite, de manière à réaliser la créance de Sa Majesté sur les biens figurant dans l'inventaire de la banque.

84

Therefore, the unique nature of the statutory provisions applicable to wage deductions, and the bank's consent thereto, are integral to the success of the s. 227(5) claim in the case at bar. In this way, the licence theory, as I have employed it, is circumscribed.

Par conséquent, la nature exceptionnelle des dispositions législatives applicables aux retenues sur la paye, et le consentement de la banque aux retenues, contribuent au succès de la demande fondée sur le par. 227(5) en l'espèce. De cette façon, la thèse de la permission, à laquelle j'ai eu recours, est circonscrite.

85

It must be stressed that the issue relates to wages actually paid to employees — not a simple obligation to pay wages — a portion of which has been deducted from the amount remitted to the employee and must be remitted to Her Majesty. Pending such remittance, the amount deducted is deemed under s. 227(4) to be held in trust for Her Majesty. By virtue of these *ITA* provisions, and unlike ordinary debts and obligations, unpaid wage deductions are, in law, performed obligations. The consent by the bank to the payment of wages out of the proceeds of the sale of inventory must be taken to cover the wages paid according to law including that portion which has been deducted from the remittance to the employee, pursuant to the *ITA*, in order that it be remitted to Her Majesty. While the value of the bank's security in the inventory may be thereby reduced, this is by virtue of specific statutory requirements under well-defined

Il faut souligner que la question concerne les salaires réellement payés à des employés — non pas une simple obligation de payer des salaires — dont une partie a été déduite du montant versé à l'employé et doit être remise à Sa Majesté. Avant cette remise, le montant déduit est réputé, en vertu du par. 227(4), être détenu en fiducie pour Sa Majesté. En vertu de ces dispositions de la *LIR*, et contrairement aux dettes et obligations ordinaires, les retenues sur la paye non versées sont, en droit, des obligations exécutées. Le consentement de la banque au paiement des salaires sur le produit de la vente de biens figurant dans l'inventaire doit être considéré comme visant les salaires payés conformément à la loi, y compris la partie qui, conformément à la *LIR*, a été déduite du montant versé à l'employé, en vue d'être remise à Sa Majesté. Bien que la valeur de la garantie de la banque sur les biens figurant dans l'inventaire

rules limited in their application to actual payment of wages. These requirements are well known and are encompassed by the bank's consent to the payment of wages in the ordinary course of business and do not open the door to uncertainty as to the value of security. Any risk to the bank's security is part of the very risk involved in consenting to the payment of wages. This does not open the door to any uncertainty as to the value of the bank's security arising from unperformed obligations incurred by the debtor in the ordinary course of business.

For these reasons, I cannot agree with the premise underlying Iacobucci J.'s reasons, namely, that the licence theory as I have employed it is inimical to the integrity of commercial law. It does not have the extensive application suggested by my colleague; it does not create uncertainty in commercial transactions. Instead, the licence theory operates narrowly, in conjunction with unique statutory provisions, so as to actualize legally performed obligations when they, in fact, exist.

VI — Conclusion

It is possible to summarize my conclusions in this case into the following five propositions:

1. Priorities between statutory trusts and consensual security interests are resolved by determining which interest has an attached interest in the disputed collateral at the time the statutory trust becomes operative.
2. The s. 227(5) *ITA* deemed trust attaches to any property of the debtor which exists upon liquidation, assignment, bankruptcy or receivership.
3. For example, if deductions are made prior to the attachment of a fixed charge over collateral, the s. 227(5) deemed trust will engage to retroactively attach Her Majesty's beneficial interest to that collateral. The fixed charge over that collateral will thereafter be subject to Her

puisse être ainsi réduite, cette possibilité découle d'exigences légales particulières qui reposent sur des règles bien définies dont l'application est limitée au paiement réel de salaires. Ces exigences sont bien connues et sont visées par le consentement de la banque au paiement de salaires dans le cours normal des affaires, et elles n'ouvrent pas la porte à l'incertitude quant à la valeur de la garantie. Tout risque auquel est exposée la garantie de la banque fait partie du risque même qu'entraîne le consentement au paiement de salaires. Cela n'ouvre la porte à aucune incertitude quant à la valeur de la garantie de la banque, qui résulterait de l'omission d'exécuter des obligations contractées par le débiteur dans le cours normal des affaires.

Pour ces motifs, je ne peux pas accepter la prémissesur laquelle reposent les motifs du juge Iacobucci, à savoir que la thèse de la permission, que j'ai utilisée, compromet l'intégrité du droit commercial. Elle n'a pas l'application étendue que décrit mon collègue; elle ne crée pas d'incertitude dans les opérations commerciales. Au contraire, la thèse de la permission s'applique de manière restreinte, de concert avec des dispositions législatives exceptionnelles, de façon à actualiser des obligations légalement exécutées lorsqu'elles existent réellement.

VI — Conclusion

Il est possible de résumer mes conclusions en l'espèce au moyen des cinq propositions suivantes:

1. On résout la question de la priorité de rang entre des fiducies légales et des garanties consensuelles en déterminant quel droit grève les biens en litige donnés en garantie, au moment où la fiducie légale devient opérante.
2. La fiducie réputée du par. 227(5) *LIR* grève tous les biens du débiteur qui existent au moment de la liquidation, cession, faillite ou mise sous séquestre.
3. Par exemple, si des retenues sont effectuées avant qu'un privilège fixe grève les biens donnés en garantie, la fiducie réputée du par. 227(5) fera en sorte que le droit que Sa Majesté possède à titre bénéficiaire grèvera rétroactivement ces biens. Le privilège fixe applicable à

Majesty's pre-existing claims for unremitted payroll deductions.

4. Otherwise, if a security interest is in the nature of a fixed and specific charge, that interest gives the holder legal title to the collateral, such that a subsequent competing statutory trust will not be able to attach its interest. In such a case, all the statutory trust can attach to is the equity of redemption in the collateral.
5. However, as an exception to propositions 2 and 4, where the holder of a fixed security interest permits the debtor to sell the collateral, this may provide an opportunity for the statutory trust to attach. Whether this actually occurs depends entirely on the facts of each case. The test is whether, at the time the deductions occurred, the debtor had the right to sell the collateral and use the proceeds to pay the obligation to which the statutory trust is related.

88 I have found that, on the facts of this case, the licence invoked to sell inventory included the permission to use its proceeds to pay wages or wage deductions. The test in proposition 5 has therefore been made out. Accordingly, I would allow the appeal with costs.

The judgment of Sopinka, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

89 IACOBUCCI J. — I have read the lucid reasons of my colleague, Justice Gonthier, and although I agree with much of his reasoning, I cannot, with respect, accept the conclusion that he reaches. In particular, I do not accept that the deemed trust that arises in favour of the Crown by operation of s. 227(4) of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.) (hereinafter "ITA"), takes priority over the security interests that the respondent has under the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46, and the *Personal Property Security Act*, S.A. 1988, c. P-4.05 (here-

ces biens sera, par la suite, assujetti aux créances préexistantes de Sa Majesté relatives aux retenues sur la paye non versées.

4. Sous cette réserve, si une garantie tient d'un privilège fixe et spécifique, elle confère à son détenteur le droit de propriété sur les biens donnés en garantie, de sorte qu'une fiducie légale concurrente subséquente ne pourra pas s'y appliquer. Dans ce cas, tout ce que la fiducie légale peut grever est le droit de rachat que l'*equity* reconnaît relativement aux biens donnés en garantie.
5. Cependant, à titre d'exception aux deuxième et quatrième propositions, si le détenteur d'une garantie fixe permet au débiteur de vendre les biens donnés en garantie, cela peut donner ouverture à l'application de la fiducie légale. Cette éventualité dépend entièrement des faits de chaque affaire. Le critère applicable consiste à déterminer si, au moment où les retenues ont été effectuées, le débiteur avait le droit de vendre les biens donnés en garantie et d'utiliser le produit de cette vente pour exécuter l'obligation liée à la fiducie légale.

J'ai conclu que, d'après les faits de la présente affaire, la permission, qui a été invoquée, de vendre les biens de l'inventaire incluait la permission d'utiliser le produit de la vente pour payer des salaires ou verser des retenues sur la paye. On a donc satisfait au critère de la cinquième proposition. Par conséquent, je serais d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens.

Version française du jugement des juges Sopinka, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — J'ai pris connaissance des motifs limpides de mon collègue le juge Gonthier et, bien que je souscrive à la majeure partie de son raisonnement, je ne puis, en toute déférence, accepter la conclusion qu'il tire. En particulier, je n'accepte pas que la fiducie réputée, qui prend naissance en faveur de Sa Majesté en vertu du par. 227(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.) (ci-après «LIR»), a priorité de rang sur les garanties ou sûretés que l'intimée possède en vertu de la *Loi sur les*

inafter “PPSA”). Even conceding that the latter interests are subject to a licence to sell, the licence is not nearly so broad as to encompass the satisfaction of income tax obligations. As I will discuss below, a licence to sell inventory authorizes at most only the satisfaction of obligations that are immediately incidental to an actual sale of the inventory.

Because my only disagreement with my colleague is in his application of the licence-to-sell approach to this case, I do not propose to discuss the facts or background that he has so ably described or to dwell on any other part of his reasons. I need not say anything more about the character of the respondent’s security interests than that they are fixed and specific.

My colleague disposes of this appeal on the basis of the so-called “licence theory”. Briefly, the licence theory holds that a bank’s security interest in a debtor’s inventory, though it be fixed and specific, is subject nevertheless to a licence in the debtor to deal with that inventory in the ordinary course of business. Consequently, says the theory, the bank’s claim to the inventory must give way to any debts incurred in the ordinary course of business. The leading articulation of the licence theory appears in McLachlin J.A.’s (as she then was) reasons in *R. in Right of B.C. v. F.B.D.B.*, [1988] 1 W.W.R. 1 (B.C.C.A.) (hereinafter “FBDB”), at p. 40.

The theoretical basis of the licence theory seems to be that a creditor who has granted a licence to sell inventory has thereby consented to the subjection of his security interest to other obligations that may arise “in the ordinary course of business”. My colleague says this in his reasons, at para. 68:

In short, where the bank has consented to the reduction in the value of its security in order to pay statutory

banques, L.C. 1991, ch. 46, et de la *Personal Property Security Act*, S.A. 1988, ch. P-4.05 (ci-après «PPSA»). Même en admettant que ces dernières garanties sont assujetties à une permission de vendre, cette permission est loin d’avoir une portée assez large pour englober l’exécution d’obligations fiscales. Comme nous le verrons plus loin, la permission de vendre des biens figurant dans un inventaire permet tout au plus d’exécuter les obligations directement rattachées à la vente réelle de ces biens.

Vu que mon désaccord avec mon collègue ne concerne que l’utilisation qu’il fait, en l’espèce, de la méthode de la permission de vendre, je ne compte pas analyser les faits ou l’historique de l’affaire qu’il a si bien exposés, ni m’attarder à toute autre partie de ses motifs. Je n’ai pas à ajouter quoi que ce soit au sujet de la nature des garanties de l’intimée, si ce n’est qu’elles sont fixes et spécifiques.

Mon collègue statue sur le présent pourvoi en se fondant sur ce qu’on est convenu d’appeler la «thèse de la permission». En bref, cette thèse veut que, bien que la garantie qu’une banque possède sur les biens figurant dans l’inventaire d’un débiteur soit fixe et spécifique, elle soit néanmoins assujettie à la permission qu’a le débiteur d’aliéner ces biens dans le cours normal de ses affaires. Donc, selon cette thèse, les droits que la banque peut faire valoir sur les biens figurant dans l’inventaire doivent céder le pas aux dettes contractées dans le cours normal des affaires. La principale formulation de la thèse de la permission se trouve dans les motifs du juge McLachlin dans *R. in Right of B.C. c. F.B.D.B.*, [1988] 1 W.W.R. 1 (C.A.C.-B.) (ci-après «FBDB»), à la p. 40.

Le fondement théorique de cette thèse semble être qu’un créancier qui a accordé la permission de vendre les biens figurant dans un inventaire a, de ce fait, consenti à ce que sa garantie soit assujettie à d’autres obligations pouvant prendre naissance «dans le cours normal des affaires». Mon collègue écrit, au par. 68 de ses motifs:

Bref, dans le cas où la banque a consenti à la diminution de la valeur de sa garantie pour payer les retenues

90

91

92

deductions at the time those deductions are made, they have to the same extent, by virtue of s. 227(5) [ITA], consented to the reduction in their security at the time of receivership.

This is sensible, because it is only if the licence is understood as a kind of tacit lessening of the creditor's security interest that the appellant's cause is advanced. Certainly the actual operation of the licence is not relevant, because in this case the inventory in question was never actually sold pursuant to the licence. Rather, the receiver sold it by court order. If the licence is to have anything to do with the disposition of this appeal, it must be by virtue of the evidence it affords of the respondent's intention to take less than an entire security interest in the inventory.

légales sur la paye au moment où elles seraient effectuées, elle a du même coup consenti, en vertu du par. 227(5) [LIR], à la réduction de sa garantie au moment de la mise sous séquestre.

Cela est sensé car seule la perception de la permission comme une sorte de réduction tacite de la garantie du créancier servira la cause de l'appelante. Certes, la question de la mise à exécution de la permission n'est pas pertinente étant donné qu'en l'espèce les biens figurant dans l'inventaire n'ont jamais été vendus conformément à la permission donnée. C'est plutôt le séquestre qui les a vendus conformément à une ordonnance judiciaire. Si la permission doit jouer un rôle dans la décision à rendre au sujet du présent pourvoi, ce doit être en raison de la preuve qu'elle fournit de l'intention de l'intimée d'accepter moins qu'une garantie intégrale sur les biens de l'inventaire.

93

In my view, the licence affords no such evidence. My colleague seems to think that the potential sale of the inventory amounts to an actual limitation of the security interest. For my part, I do not see what the one thing has to do with the other. There is a great difference between saying, on the one hand, that if a debtor sells inventory and applies the proceeds to a debt to a third party, then the third party takes the proceeds free of any security interest and saying, on the other hand, that because a third party could take the proceeds free of any security interest, no security interest exists in the proceeds as against that third party. A licence to sell inventory in the ordinary course of business is a condition of the former kind. The consequent (defeasance of the security interest) follows only if the antecedent (sale of the inventory and application of proceeds to an obligation to a third party) is satisfied. In other words, the security interest in the inventory disappears only if the debtor actually sells the inventory and applies the proceeds to a debt to a third party.

À mon sens, la permission ne prouve rien de tel. Mon collègue semble croire que la vente potentielle des biens figurant dans l'inventaire équivaut à une restriction réelle de la garantie. Pour ma part, je ne vois aucun lien entre les deux. Il existe une différence considérable entre affirmer, d'une part, que si un débiteur vend des biens de son inventaire et en utilise le produit pour rembourser une dette envers un tiers, ce tiers accepte alors ce produit libre de toute garantie, et affirmer, d'autre part, que puisque un tiers pourrait accepter le produit de la vente libre de toute garantie, le produit n'est grevé d'aucune garantie opposable à ce tiers. La permission de vendre les biens figurant dans un inventaire dans le cours normal des affaires est une condition du premier genre. La conséquence (l'extinction de la garantie) ne s'ensuit que si la condition préalable (la vente des biens figurant dans l'inventaire et l'utilisation du produit en découlant pour exécuter une obligation envers un tiers) est remplie. Autrement dit, la garantie sur les biens figurant dans l'inventaire ne disparaît que si le débiteur vend réellement ces biens et utilise le produit de la vente pour rembourser une dette envers un tiers.

That this is so is suggested by s. 28(1) *PPSA*, which provides:

28(1) Subject to this Act, where collateral is dealt with or otherwise gives rise to proceeds, the security interest

(a) continues in the collateral, unless the secured party expressly or impliedly authorized the dealing, and

(b) extends to the proceeds,

but where the secured party enforces a security interest against both the collateral and the proceeds, the amount secured by the security interest in the collateral and the proceeds is limited to the market value of the collateral at the date of the dealing.

In accordance with this provision, the result of a sale of inventory is to give the purchaser an unencumbered interest in the inventory and the licensor a continuing security interest in the proceeds of the sale. It is only if the debtor subsequently uses the proceeds to satisfy an obligation to a third party that the proceeds will be removed from the scope of the licensor's security interest in them. Accordingly, what a security agreement with a licence to sell creates is a defeasible interest; but the event of defeasance is the actual sale of the inventory and the actual application of the proceeds against an obligation to a third party.

I recognize that the operation of s. 28(1) *PPSA* is not necessarily inconsistent with the broad interpretation of the licence to sell that my colleague advances. However, it seems to me that this is an appropriate case for the invocation of the maxim *expressio unius est exclusio alterius*. The statute prescribes certain consequences for the security interest that follow a dealing with inventory. In particular, the statute contemplates defeasance of the interest if the debtor actually sells the inventory and applies the proceeds to an obligation to a third party. Significantly, the statute does not contemplate a defeasance on the happening of any other event. In my view, the statute occupies the field and crowds out other possible interpretations

C'est ce que laisse entendre le par. 28(1) *PPSA*, qui se lit ainsi:

[TRADUCTION]

28(1) Sous réserve des dispositions de la présente loi, la garantie sur des biens qui sont aliénés ou qui donnent par ailleurs lieu à un produit:

a) continue de grever les biens, sauf si le créancier garanti a expressément ou implicitement autorisé l'aliénation;

b) grève aussi le produit.

Cependant, lorsque le créancier garanti réalise une garantie sur les biens grevés et sur le produit, le montant visé par la garantie sur les biens et le produit se limite à la valeur marchande des biens grevés à la date de l'aliénation.

Conformément à cette disposition, la vente des biens figurant dans un inventaire a pour effet de conférer à l'acquéreur un droit libre de toute charge sur ces biens, et à la partie qui a donné la permission de vendre, une garantie permanente sur le produit de la vente. Ce n'est que si le débiteur utilise ensuite le produit pour s'acquitter d'une obligation envers un tiers que ce produit sera soustrait à la garantie que la partie qui a donné la permission de vendre possède sur celui-ci. Par conséquent, la convention de garantie assortie d'une permission de vendre crée un droit défectible, mais l'événement qui provoque l'extinction du droit est la vente réelle des biens figurant dans l'inventaire, suivie de l'utilisation réelle du produit en découlant pour exécuter une obligation envers un tiers.

Je reconnais que l'application du par. 28(1) *PPSA* n'est pas nécessairement incompatible avec l'interprétation large de la permission de vendre, que propose mon collègue. Il me semble toutefois qu'il convient, en l'espèce, d'invoquer la maxime *expressio unius est exclusio alterius*. La Loi prévoit que l'aliénation de biens figurant dans un inventaire a certaines conséquences sur la garantie. Elle prévoit, notamment, l'extinction de la garantie si le débiteur vend réellement ces biens et utilise le produit de la vente pour exécuter une obligation envers un tiers. Fait révélateur, la Loi ne prévoit pas d'autres événements susceptibles d'entraîner l'extinction. À mon avis, la Loi est exhaustive et exclut toute autre interprétation de la permission

of the licence, including the one that Gonthier J. favours.

de vendre, y compris celle que préconise le juge Gonthier.

96 Because in this case there was no actual sale of the inventory in question, let alone any disposition of the proceeds, the licence can have had no effect on the respondent's security interest. What the debtor might have done with the licence does not matter.

Vu qu'il n'y a eu, en l'espèce, aucune vente des biens figurant dans l'inventaire en question, et encore moins utilisation du produit, la permission n'a pu avoir aucun effet sur la garantie de l'intimée. Il n'importe pas de savoir ce que le débiteur aurait pu faire de la permission.

97 If it were otherwise, the licence to sell inventory would entirely eviscerate the respondent's general security agreement. The satisfaction of any legitimate debt or obligation, whenever incurred, is arguably "in the ordinary course of business". Certainly the payment of creditors is a permissible "use" of the proceeds of a sale of inventory. Following my colleague's reasoning, this would mean that every subsequent claim should prevail over the respondent's general security agreement, because every rival claim might have been satisfied out of the proceeds of a hypothetical sale of the inventory. Moreover, the priority rules of the *PPSA*, whose general policy is to assign priority to the earliest registered security interest, would be turned on their head. Presuming that every charge against inventory is subject to a licence to sell — a presumption that accords with the interest of creditors in ensuring the debtor's continued vitality — the last security interest would take priority over all earlier ones, because only the last interest would not be subject to some charge arising in the ordinary course of business. In answer to this objection, it might be said that as between two *PPSA* securities, the rules in the Act should be applied to determine priority. However, such an answer would not be consistent with the licence theory, which supposes that the original security interest in the inventory ends where obligations incurred in the ordinary course of business begin. The subsequent interest would prevail because the earlier interest would disappear before it.

S'il en était autrement, la permission de vendre les biens d'un inventaire ferait perdre tout son sens à la convention de garantie générale de l'intimée. On peut soutenir que c'est «dans le cours normal des affaires» que l'on s'acquitte d'une dette ou d'une obligation légitime, quel que soit le moment où elle a pris naissance. Le paiement des créanciers est sûrement une «utilisation» permise du produit de la vente des biens figurant dans un inventaire. Selon le raisonnement de mon collègue, cela signifierait que toute créance ultérieure devrait avoir préséance sur la convention de garantie générale de l'intimée, parce qu'il se pourrait que chacune des créances concurrentes ait été acquittée sur le produit d'une vente hypothétique des biens figurant dans l'inventaire. De plus, il y aurait renversement des règles en matière de priorité établies par la *PPSA*, qui a pour politique générale d'accorder la priorité à la première garantie enregistrée. À supposer que tout privilège grevant les biens figurant dans un inventaire soit assujéti à une permission de vendre — une hypothèse compatible avec le droit des créanciers de veiller au maintien de la vitalité de leurs débiteurs —, la dernière garantie aurait priorité sur toutes les garanties antérieures parce que seule la dernière ne serait pas assujétié à un privilège qui prend naissance dans le cours normal des affaires. On pourrait répondre à cette objection que les règles de la *PPSA* devraient s'appliquer pour déterminer laquelle de deux garanties consenties en vertu de cette loi a priorité de rang. Toutefois, cette réponse ne serait pas compatible avec la thèse de la permission, qui suppose que la garantie initiale sur les biens figurant dans un inventaire prend fin là où commencent des obligations contractées dans le cours normal des affaires. La garantie subséquente l'emporterait parce que la précédente s'effacerait devant elle.

It is open to my colleague to distinguish the fact situation in this appeal from the hypothetical priority contests I have mentioned on the ground that the Crown's interest in the inventory is unlike other charges against inventory in that it depends on the fictional device of deeming. What makes this case different, it might be said, is that the *ITA* deems to have been done what could have been done. On this understanding, it does not matter that the inventory was not actually sold and the proceeds were not actually remitted to the Receiver General, because s. 227(4) and (5) *ITA* deem these things to have been done. But in my view, this answer cannot succeed because the inventory was not an unencumbered asset at the moment the taxes came due. It was subject to the respondent's security interest and therefore was legally the respondent's and not attachable by the deemed trust. As Gonthier J. himself says (at para. 39):

... [s. 227(4)] does not permit Her Majesty to attach Her beneficial interest to property which, at the time of liquidation, assignment, receivership or bankruptcy, in law belongs to a party other than the tax debtor.

The deeming is thus not a mechanism for undoing an existing security interest, but rather a device for going back in time and seeking out an asset that was not, at the moment the income taxes came due, subject to any competing security interest. In short, the deemed trust provision cannot be effective unless it is first determined that there is some unencumbered asset out of which the trust may be deemed. The deeming follows the answering of the chattel security question; it does not determine the answer.

Indeed, Gonthier J. does seize on the peculiar nature of the deemed trust as a possible ground for distinguishing the Crown's interest from rival interests. However, his argument differs from the one I have outlined to the extent that it emphasizes

Il est loisible à mon collègue de distinguer la situation de fait en l'espèce d'avec les luttes hypothétiques pour obtenir la priorité de rang, que j'ai mentionnées, parce que le droit que Sa Majesté possède sur les biens figurant dans l'inventaire diffère des autres privilèges dont ils sont grevés du fait qu'il repose sur l'instrument fictif de la présomption. Ce qui distingue la présente affaire, pourrait-on affirmer, est le fait que la *LIR* présume que ce qui aurait pu être accompli a été accompli. Suivant cette interprétation, il importe peu, que les biens figurant dans l'inventaire n'aient pas été réellement vendus et que le produit n'ait pas été réellement versé au receveur général, parce que les par. 227(4) et (5) *LIR* présument que ces actes ont été accomplis. Mais à mon avis, cette réponse ne saurait être retenue parce que les biens figurant dans l'inventaire n'étaient pas un actif libre de toute charge au moment où l'impôt est devenu exigible. Ils étaient assujettis à la garantie de l'intimée et appartenaient donc légalement à cette dernière et ne pouvaient être visés par la fiducie réputée. Comme le juge Gonthier le dit lui-même (au par. 39):

... [le paragraphe 227(4)] ne permet pas à Sa Majesté de faire valoir son droit à titre bénéficiaire sur un bien qui, au moment de la liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite, appartient à quelqu'un d'autre que le débiteur fiscal.

La présomption n'est donc pas un moyen de supprimer une garantie existante. Elle permet plutôt de retourner en arrière pour chercher un élément d'actif qui, au moment où l'impôt est devenu exigible, n'était pas assujetti à une garantie opposée. Bref, la disposition en matière de fiducie réputée ne peut s'appliquer que s'il est préalablement déterminé qu'il existe des éléments d'actifs libres de toute charge qui peuvent faire l'objet d'une fiducie réputée. La présomption suit la réponse à la question de la garantie mobilière; elle ne détermine pas cette réponse.

En fait, le juge Gonthier considère que la nature particulière de la fiducie réputée peut justifier l'établissement d'une distinction entre le droit de Sa Majesté et les droits opposés. Toutefois, son argument diffère de celui que j'ai exposé dans la

the deemed performance of the obligation to the Crown. It appears to be my colleague's position that the licence to sell represents a reduction in the value of the security interest only with respect to performed obligations but not with respect to unperformed ones. In his view, this represents a sufficient check on the licence theory. I agree that, if the distinction between performed and unperformed obligations were maintainable, then the likelihood of the licence consuming the security interest would be greatly reduced. However, in my view, the distinction cannot be maintained. As Gonthier J. says more than once in his reasons, the licence theory rests on the consent of the parties. But the parties to this case consented to the sale of inventory "in the ordinary course of Debtor's business". The language is unqualified. No distinction is drawn between performed and unperformed obligations. The only performance that is contemplated in the licence is the actual sale of the inventory and the application of the proceeds to a debt. And, as I have already argued, the deeming mechanism does not furnish the needed actual sale. Accordingly, I conclude that if the words of the licence are to be given their due as an *indicium* of the parties' intent, then there can be no distinction between performed and unperformed obligations.

mesure où il met l'accent sur l'exécution réputée de l'obligation qui existe envers Sa Majesté. Mon collègue semble considérer que la permission de vendre ne contribue à réduire la valeur de la garantie qu'à l'égard des obligations exécutées et non à l'égard des obligations inexécutées. À son avis, cela représente un obstacle suffisant à la thèse de la permission. Je conviens que, si la distinction entre les obligations exécutées et les obligations inexécutées pouvait être maintenue, la probabilité que la permission anéantisse la garantie serait alors considérablement réduite. J'estime cependant que cette distinction ne saurait être maintenue. Comme le juge Gonthier l'affirme à plus d'une reprise dans ses motifs, la thèse de la permission repose sur le consentement des parties. Toutefois, les parties en l'espèce ont consenti à ce que les biens figurant dans l'inventaire soient vendus [TRADUCTION] «dans le cours normal de[s] affaires [du débiteur]». Les termes utilisés sont formels. Aucune distinction n'est établie entre les obligations exécutées et les obligations inexécutées. La seule exécution prévue par la permission est la vente réelle des biens figurant dans l'inventaire et l'utilisation du produit de cette vente pour rembourser une dette. Comme je l'ai déjà affirmé, le mécanisme de la présomption ne satisfait pas à l'exigence de vente réelle. Je conclus donc que si l'on veut rendre justice au libellé de la permission en tant qu'indice de l'intention des parties, il ne saurait y avoir de distinction entre les obligations exécutées et les obligations inexécutées.

101

My colleague places great emphasis on the fact that the debtor covenanted, in the general security agreement, "to pay all taxes, rates, levies, assessments and other charges of every nature which may be lawfully levied, assessed or imposed against or in respect of Debtor or Collateral as and when the same become due and payable". But this covenant is not part of the licence. And in any event, it is merely a covenant to obey the law. It adds nothing to s. 153(1) *ITA*. Furthermore, it does not prescribe the outcome of a priority contest. What is more, the covenant to pay taxes is only one of several in the agreement. Another covenant provides that the debtor shall "carry on and conduct the business of Debtor in a proper and effi-

Mon collègue attache beaucoup d'importance au fait que le débiteur s'est engagé, dans la convention de garantie générale, à [TRADUCTION] «payer tous les impôts, tarifs, redevances, cotisations et autres sommes de toute nature qui peuvent être légalement perçues, cotisées ou imposées à l'égard du débiteur ou d'un bien donné en garantie, lorsque ces sommes sont dues et exigibles». Toutefois, cet engagement qui, du reste, n'est qu'un engagement à respecter la loi, ne fait pas partie de la permission donnée. Il n'ajoute rien au par. 153(1) *LIR*. Il ne prescrit pas non plus l'issue d'une lutte pour obtenir la priorité de rang. Qui plus est, l'engagement à payer des impôts n'est qu'un seul parmi plusieurs engagements contenus dans la con-

cient manner". Presumably the debtor might incur subsequent debts in the course of carrying on and conducting its business. Gonthier J. advances no principle that might permit the settlement of priority disputes as between the Crown and subsequent lenders. In the event of a dispute, both would have the benefit of the licence to sell inventory and of express covenants, so that some other criterion would have to be found to determine which takes priority. Here, as before, the prospect of a reversal of the ordinary priority rules is immediate and troubling.

My colleague also relies on comments made in *FBDB*. In that case, the British Columbia Court of Appeal said, after having disposed of the appeal on another ground, that a licence to sell inventory carries with it a requirement that the licensee should satisfy obligations incurred in "dealing with the stock in the ordinary course of business": *FBDB*, *supra*, at p. 40. Because the obligation to set aside provincial sales taxes is a "legal incident" of the sale of inventory, a lien for unpaid sales taxes comes within the scope of the licence and so is excepted from any security interest that is subject to it: *idem*.

As I understand the comments in *FBDB*, a licence to sell inventory permits the satisfaction of obligations out of the proceeds only to the extent of the "legal incidents" of the sale. In itself, this greatly limits the scope of the theory. Because the payment of wages, except perhaps to the sales agent, is not a "legal incident" of the sale of inventory, deduction of income taxes from wages does not come within the scope of the licence. This

vention. Un autre engagement veut que le débiteur [TRADUCTION] «exploite [son] entreprise [...] d'une manière appropriée et efficiente». Le débiteur pourrait vraisemblablement contracter des dettes subséquentes en exploitant son entreprise. Le juge Gonthier n'énonce aucun principe qui pourrait permettre de régler les luttes que Sa Majesté et des prêteurs subséquents se feraient pour obtenir la priorité de rang. En cas de conflit, chacun d'eux bénéficierait de la permission de vendre les biens figurant dans l'inventaire ainsi que d'engagements explicites, de sorte qu'il faudrait trouver un autre critère pour déterminer qui a priorité. Ici, comme auparavant, la perspective d'un renversement des règles ordinaires en matière de priorité est immédiate et inquiétante.

Mon collègue s'appuie également sur des commentaires formulés dans l'arrêt *FBDB*. Dans cette affaire, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a affirmé, après s'être fondée sur un autre motif pour statuer sur l'appel, qu'une permission de vendre les biens figurant dans un inventaire est assortie de l'exigence que le bénéficiaire de l'autorisation s'acquitte des obligations contractées en [TRADUCTION] «aliénant les stocks dans le cours normal des affaires»: *FBDB*, précité, à la p. 40. Parce que l'obligation de mettre de côté le montant de la taxe de vente provinciale constitue une «particularité juridique» de la vente de biens figurant dans un inventaire, un privilège pour taxe de vente impayée est visé par la permission et, partant, exempté de toute garantie qui y est assujettie: *idem*.

Si je comprends bien les commentaires formulés dans *FBDB*, la permission de vendre les biens figurant dans un inventaire autorise l'exécution d'obligations sur le produit de cette vente dans la mesure seulement où celles-ci constituent des «particularités juridiques» de la vente. La portée de la thèse de la permission de vendre s'en trouve donc considérablement limitée. Étant donné que le versement d'un salaire n'est pas une «particularité juridique» de la vente de biens figurant dans un inventaire, sauf peut-être pour les agents de vente, la retenue d'impôt sur le revenu effectuée sur un salaire n'est pas visée par la permission. Ce facteur

102

103

alone would appear sufficient to distinguish *FBDB* from the instant appeal.

paraîtrait, à lui seul, suffisant pour distinguer l'affaire *FBDB* d'avec le présent pourvoi.

104

However, I think that on closer examination it turns out that *FBDB* does not even depend on a licence theory, or at least does not depend on a licence theory of the kind advanced by my colleague. I say this because his reasons posit a charge that arises against the value of the inventory as a result of the operation of the licence. But the sales taxes that were at issue in *FBDB* were not against the value of the inventory. Rather, they were superadded to the underlying value, which is to say that they were calculated on the basis of the sale price of the inventory. Thus, the sales taxes that attend a sale of inventory represent something over and above the value of the inventory. Because a bank's charge is against the inventory, it does not extend so far as the sales taxes generated by a sale of inventory. But income taxes are not like sales taxes in that they are not as directly related to sales of inventory as sales taxes are. To the extent that income taxes have anything to do with the proceeds of a sale of inventory, they are payable out of the monies received for the value of the inventory. A bank's charge against the inventory is therefore adequate to defeat subsequent claims for the payment of income taxes. For this reason, McLachlin J.'s reasoning in *FBDB* is not contrary to what I am advancing herein.

Je crois cependant qu'un examen plus approfondi de l'arrêt *FBDB* permet de constater qu'il ne repose même pas sur une thèse de la permission, ou du moins pas sur une thèse de la permission comme celle avancée par mon collègue. J'affirme cela parce qu'il envisage, dans ses motifs, un privilège grevant la valeur des biens qui figurent dans l'inventaire par suite de la mise à exécution de la permission. Mais la taxe de vente qui était en cause dans *FBDB* ne grevait pas la valeur des biens figurant dans l'inventaire. Elle était plutôt surajoutée à la valeur sous-jacente, en ce sens qu'elle était calculée à partir du prix de vente de ces biens. Ainsi, la taxe de vente applicable à la vente des biens figurant dans un inventaire est quelque chose qui s'ajoute à la valeur de ces biens. Parce que le privilège d'une banque grève les biens figurant dans un inventaire, il n'a pas une portée aussi large que la taxe de vente générée par la vente de ces biens. Toutefois, l'impôt sur le revenu diffère de la taxe de vente du fait qu'il n'est pas lié aussi directement à la vente des biens figurant dans un inventaire que l'est la taxe de vente. Dans la mesure où il existe un lien entre l'impôt sur le revenu et le produit de la vente des biens figurant dans un inventaire, l'impôt est payable sur les sommes équivalant à la valeur de ces biens qui ont été vendus. Le privilège d'une banque sur les biens figurant dans un inventaire est donc suffisant pour faire échouer les réclamations subséquentes au titre de l'impôt sur le revenu. C'est pourquoi le raisonnement du juge McLachlin dans *FBDB* n'est pas contraire à ce que j'avance ici.

105

I should also mention that in 1988, when the *FBDB* case was decided, British Columbia's *Personal Property Security Act*, S.B.C. 1989, c. 36, was not in force. As a consequence, the British Columbia Court of Appeal did not have to contend with the legislative considerations that we face in this appeal. In particular, there was at the time no equivalent in British Columbia law to s. 28(1) of Alberta's *PPSA*. The Court of Appeal therefore had greater latitude than we have to interpret a licence to sell as a tacit consent to a reduction of

Je tiens également à mentionner que, lorsque l'arrêt *FBDB* a été rendu en 1988, la *Personal Property Security Act* de la Colombie-Britannique, S.B.C. 1989, ch. 36, n'était pas en vigueur. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique n'est donc pas aux prises avec les facteurs législatifs auxquels nous devons faire face en l'espèce. En particulier, les lois de la Colombie-Britannique ne comportaient, à l'époque, aucune disposition équivalente au par. 28(1) de la *PPSA* de l'Alberta. La Cour d'appel jouissait donc d'une plus grande

the security interest in the inventory. It seems to me that as a result of the enactment of the *PPSA*, something more than an unadorned licence to sell is needed to justify the conclusion that a creditor intended to abridge considerably its security interest in inventory.

And so I conclude that the licence to sell inventory is not an exception to the respondent's fixed and specific charge against the debtor's inventory. To hold otherwise would be to eviscerate the respondent's security interest. This is not to say, however, that Parliament could not legislate otherwise. Parliament has shown that it knows how to assert priority over rival security interests. See *Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.*; *Toronto-Dominion Bank v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 963, at p. 975. All that is needed to overtake a fixed and specific charge is clear language to that effect.

Though I consider the above legal arguments sufficient to dispose of this appeal, I observe that policy considerations also tell in favour of the conclusion I have reached.

In this respect, the first thing to notice is that the security agreement that the debtor and the respondent had in this case is an example of a very common and important financing device. To a considerable extent, commerce in our country depends on the vitality of such agreements. As several leading academics have observed, the amounts at stake run into the billions of dollars each year. And though not every creditor seeks security, the incentives to do so are powerful. See Jacob S. Ziegel, Benjamin Geva and R. C. C. Cuming, *Commercial and Consumer Transactions* (Rev. 2nd ed. 1990), at pp. 957-60. Accordingly, tinkering with security interests is a dangerous business. The risks of judicial innovation in this neighbourhood of the law are considerable.

latitude que nous pour interpréter la permission de vendre comme un consentement tacite à la réduction de la garantie sur les biens figurant dans l'inventaire. Il me semble que, par suite de l'adoption de la *PPSA*, il faut plus qu'une simple permission de vendre pour justifier la conclusion qu'un créancier a voulu réduire considérablement la garantie qu'il possède sur les biens figurant dans un inventaire.

C'est ainsi que je conclus que la permission de vendre les biens figurant dans l'inventaire du débiteur n'est pas une exception au privilège fixe et spécifique que l'intimée détient sur ces biens. Conclure le contraire ferait perdre tout son sens à la garantie de l'intimée. Cela ne veut pas dire, toutefois, que le législateur fédéral ne pourrait pas légiférer autrement. Celui-ci a montré qu'il sait comment revendiquer la priorité de rang sur des garanties opposées. Voir *Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.*; *Banque Toronto-Dominion c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 963, à la p. 975. Tout ce qui est nécessaire pour devancer un privilège fixe et spécifique est un langage clair en ce sens.

Bien que je considère que les arguments juridiques susmentionnés sont suffisants pour trancher le présent pourvoi, je constate que des considérations de principe militent également en faveur de la conclusion à laquelle je suis parvenu.

À cet égard, la première chose à noter est que la convention de garantie liant le débiteur et l'intimée en l'espèce est un exemple de mécanisme de financement très courant et important. Le commerce, dans notre pays, dépend en grande partie de la vitalité de ces conventions. Comme plusieurs auteurs importants l'ont fait remarquer, les sommes en jeu s'élèvent à des milliards de dollars chaque année, et même si les créanciers ne demandent pas tous des garanties, des facteurs puissants les incitent à le faire. Voir Jacob S. Ziegel, Benjamin Geva et R. C. C. Cuming, *Commercial and Consumer Transactions* (2^e éd. rév. 1990), aux pp. 957 à 960. Il est donc dangereux de remanier des garanties. L'innovation judiciaire dans ce domaine du droit comporte des risques considérables.

106

107

108

109 Chief among these is the risk that attends legal uncertainty. If the legal rule is not clear, then inventory financiers will have to provide against the risk that their security interest might be defeated by some rival claim. The danger is particularly acute where as here, the language is as broad as “in the ordinary course of business”. In this regard, I agree with what Professor Roderick J. Wood said in his article (“Revenue Canada’s Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*” (1995), 10 *B.F.L.R.* 429, at p. 429) that my colleague cites:

... there is little controversy with the proposition that a priority rule should be capable of producing reasonably predictable results. An unclear priority rule imposes a number of social costs. It means that creditors must plan their affairs against less certain outcomes. Uncertain rules generate more litigation than clear rules. Over time an uncertain rule is sometimes transformed into a clear rule through the process of judicial interpretation. However, this is a piecemeal approach which often occurs at a glacial pace.

110 Indeed, the consequences of my colleague’s approach might be more dire than even Professor Wood supposes. For, as I have observed, almost any subsequent financial arrangement might be in the ordinary course of business. Accordingly, the possibility is real that my colleague’s proposed rule would effectively obliterate the *PPSA* charge against inventory. As insurance against this outcome, the costs of financing would presumably increase. I agree that if Parliament mandated this outcome, the courts must perforce accept it. However, judges should not rush to embrace such a weighty consequence unless the statutory language requiring them to do so is unequivocal.

111 Moreover, and for reasons I have already given, there is every likelihood that a broad interpretation of the licence theory would do violence to the *PPSA*. The Act clearly contemplates that inventory

Parmi ceux-ci, le plus important est le risque qui découle de l’incertitude juridique. Si la règle de droit n’est pas claire, les financiers de biens figurant dans un inventaire devront se prémunir contre le risque qu’une réclamation opposée fasse obstacle à leur garantie. Le danger est d’autant plus grave lorsque, comme c’est le cas en l’espèce, on utilise une expression aussi générale que «dans le cours normal des affaires». À cet égard, je souscris aux propos que le professeur Roderick J. Wood tient dans son article intitulé «Revenue Canada’s Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*» (1995), 10 *B.F.L.R.* 429, à la p. 429, que mentionne mon collègue:

[TRADUCTION] ... la proposition selon laquelle une règle en matière de priorité doit être susceptible de produire des résultats raisonnablement prévisibles est peu controversée. Une règle obscure en matière de priorité engendre un certain nombre de coûts sociaux. Elle force les créanciers à planifier leurs affaires en fonction de résultats moins sûrs. Les règles obscures génèrent plus de litiges que les règles claires. Une règle obscure finit parfois par devenir une règle claire grâce au processus d’interprétation judiciaire. Cependant, il s’agit là d’un processus fragmentaire qui est souvent très lent.

En fait, les conséquences de la méthode adoptée par mon collègue pourraient être encore plus terribles que ne le suppose le professeur Wood, du fait que, comme je l’ai signalé, presque tous les arrangements financiers subséquents pourraient être pris dans le cours normal des affaires. Il se peut donc réellement que la règle proposée par mon collègue réduise à néant le privilège constitué, en vertu de la *PPSA* sur les biens figurant dans un inventaire. Il faudrait probablement augmenter les coûts du financement pour se prémunir contre ce résultat. Je conviens que si le législateur prescrivait un tel résultat, les tribunaux devraient forcément l’accepter. Cependant, les juges ne devraient pas s’empresse de souscrire à une conséquence aussi grave à moins que le législateur ne les oblige clairement à le faire.

De plus, pour les raisons que j’ai déjà exposées, il est fort probable qu’une interprétation large de la thèse de la permission contreviendrait à la *PPSA*. La Loi prévoit clairement que le financement des

financing will be an important commercial device. But allowing the mere potential operation of a licence to sell to defeat a security interest in inventory would deprive the interest of all efficacy. It would not be any sort of security against subsequent obligations.

Finally, I wish to emphasize that it is open to Parliament to step in and assign absolute priority to the deemed trust. A clear illustration of how this might be done is afforded by s. 224(1.2) *ITA*, which vests certain moneys in the Crown “notwithstanding any security interest in those moneys” and provides that they “shall be paid to the Receiver General in priority to any such security interest”. All that is needed to effect the desired result is clear language of that kind. In the absence of such clear language, judicial innovation is undesirable, both because the issue is policy charged and because a legislative mandate is apt to be clearer than a rule whose precise bounds will become fixed only as a result of expensive and lengthy litigation.

It remains to make a few remarks by way of conclusion. Because I believe that the respondent’s general security agreement gave it a fixed and specific charge against the debtor’s inventory, and because I conclude that the licence to sell that inventory does not derogate from the respondent’s security interest, I conclude that this appeal should be dismissed. I do not need to decide whether the *Bank Act* security would have priority over the deemed trust as well; though given that the licence to sell inventory under the *Bank Act* security is only implied, I do not see how the Crown could have a greater claim under the *Bank Act* than it has under the *PPSA*.

Therefore I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs, LA FOREST, GONTHIER and CORY JJ. dissenting.

biens figurant dans un inventaire est un outil commercial important. Toutefois, permettre que la simple mise à exécution potentielle d’une permission de vendre fasse obstacle à une garantie sur les biens figurant dans un inventaire dépouillerait cette garantie de toute efficacité. Ce ne serait plus une garantie contre des obligations subséquentes.

Finalement, je tiens à souligner qu’il est loisible au législateur d’intervenir et d’accorder la priorité absolue à la fiducie réputée. Le paragraphe 224(1.2) *LIR* illustre clairement comment cela pourrait se faire. Cette disposition attribuée à Sa Majesté certaines sommes «malgré toute autre garantie au titre de ce[s] somme[s]», et prévoit qu’elles «doi[vent] être payée[s] au receveur général par priorité sur toute autre garantie au titre de ce[s] somme[s]». Pour obtenir le résultat souhaité, il suffit d’utiliser des termes aussi clairs. En l’absence de pareils termes, l’innovation judiciaire n’est pas souhaitable parce qu’il s’agit d’une question qui regorge de considérations de principe et parce qu’une prescription du législateur est plus susceptible d’être claire qu’une règle dont les limites précises ne seront établies que par suite d’une longue et coûteuse série de poursuites.

Il reste à formuler quelques remarques en guise de conclusion. Parce que je crois que la convention de garantie générale de l’intimée lui a conféré un privilège fixe et spécifique sur les biens figurant dans l’inventaire du débiteur, et parce que je conclus que la permission de vendre ces biens ne diminue pas la garantie de l’intimée, je suis d’avis qu’il y a lieu de rejeter le présent pourvoi. Je n’ai pas à décider si la garantie de la *Loi sur les banques* aurait aussi priorité sur la fiducie réputée, même si, compte tenu du fait que la permission de vendre des biens figurant dans l’inventaire, sous le régime de cette dernière garantie, n’est qu’implicite, je ne vois pas comment Sa Majesté pourrait détenir un droit plus important en vertu de la *Loi sur les banques* qu’en vertu de la *PPSA*.

Par conséquent, je rejetterais le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges LA FOREST, GONTHIER et CORY sont dissidents.

112

113

114

Solicitor for the appellant: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Procureur de l'appelante: Le procureur général du Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Milner, Fenerty, Edmonton.

Procureurs de l'intimée: Milner, Fenerty, Edmonton.

The Board of Education for the City of Toronto *Appellant*

v.

Ontario Secondary School Teachers' Federation, District 15 (Toronto), Owen Shime, Q.C., A. S. Merritt and L. A. Jones *Respondents*

INDEXED AS: TORONTO (CITY) BOARD OF EDUCATION v. O.S.S.T.F., DISTRICT 15

File No.: 24724.

1996: November 6; 1997: February 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Labour relations — Grievance arbitration — Judicial review — Standard of review — Teacher discharged by education board after writing abusive and threatening letters — Teacher filing grievance alleging that he had been disciplined without just cause — Majority of arbitration board ordering teacher's conditional reinstatement — Whether arbitration board's decision patently unreasonable.

B taught for the appellant Board of Education for nearly 20 years. Between 1981 and 1984, he applied for the position of Vice-Principal 39 times, but was not promoted. In 1984, he filed a complaint with the Ontario Human Rights Commission alleging that the Board's hiring practices systemically discriminated against persons of South Asian origin, but following lengthy hearings the board of inquiry appointed to decide the complaint found that his claim had not been made out. While the hearings were still continuing, B wrote a letter to the Board of Education containing a number of very disturbing accusations and what could be perceived as veiled threats to the lives of the Director of Education and others. As a result of these disquieting comments, B was asked to submit to an assessment by a psychiatrist, who found that there were no signs of mental illness and concluded that B had exhibited very bad judgment, but that he "would always limit his aggressive activities to words". It was his opinion that B was likely to continue

Le Conseil de l'éducation de la cité de Toronto *Appelant*

c.

Fédération des enseignants-enseignantes des écoles secondaires de l'Ontario, district 15 (Toronto), Owen Shime, c.r., A. S. Merritt et L. A. Jones *Intimés*

RÉPERTORIÉ: CONSEIL DE L'ÉDUCATION DE TORONTO (CITÉ) c. F.E.E.E.S.O., DISTRICT 15

N° du greffe: 24724.

1996: 6 novembre; 1997: 27 février.

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

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

Relations de travail — Arbitrage de grief — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Enseignant congédié par le conseil de l'éducation après avoir écrit des lettres injurieuses et menaçantes — Dépôt par l'enseignant d'un grief invoquant l'application de mesures disciplinaires sans cause juste — Réintégration conditionnelle de l'enseignant ordonnée par le conseil d'arbitrage à la majorité — La décision du conseil d'arbitrage est-elle manifestement déraisonnable?

B a enseigné pour le Conseil de l'éducation appelant pendant presque 20 ans. Entre 1981 et 1984, il a postulé l'emploi de directeur adjoint à 39 reprises, mais il n'a pas été promu. En 1984, il a déposé une plainte auprès de la Commission ontarienne des droits de la personne, soutenant que les pratiques en matière d'embauche du Conseil de l'éducation créaient de la discrimination systémique à l'endroit des personnes d'origine sud-asiatique. Cependant, après de longues audiences, la commission d'enquête constituée pour trancher la plainte a conclu que l'allégation n'avait pas été prouvée. Pendant que se poursuivaient les audiences de la commission d'enquête, B a écrit au Conseil de l'éducation une lettre renfermant des accusations fort troublantes, et ce que l'on pourrait considérer comme des menaces de mort voilées contre le directeur de l'éducation et d'autres personnes. Par suite de ces remarques inquiétantes, on a demandé à B de se soumettre à une évaluation psychiatrique. Le psychiatre n'a décelé aucun signe

to "issue very strong verbal commentaries". B then wrote a second letter which was equally abusive, and more explicitly threatening than the first. Following a second assessment, the psychiatrist repeated his opinion that B was not likely to be physically violent, but that his verbal harassment would continue. A second opinion obtained from another psychiatrist and a personality assessment by a psychologist confirmed that no mental illness was present, and that B posed no danger of physical violence. The psychologist concluded that B would "continue to be a thorn in the side" of his employers. The Board discharged B "for reasons of unprofessional conduct, poor judgment, and attitudes which indicate he is no longer capable of fulfilling his duties as a Teacher under the Education Act and the Regulations". B filed a grievance alleging that he had been disciplined without just cause. Before the hearings were scheduled to begin, B wrote a third letter to the Board which, while less abusive and threatening than the earlier ones, continued to exhibit an all-consuming bitterness. A majority of the arbitration board determined that the employer's decision to dismiss B should be set aside. They ordered his conditional reinstatement, subject to stringent monitoring and summary dismissal if the previous conduct was repeated. The award was unanimously quashed by the Divisional Court on the basis that there was no evidence before the arbitrators which would support the grievor's conditional reinstatement. The Court of Appeal unanimously restored the arbitration award.

Held: The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major J.J.: Curial deference is of essential importance in the context of labour relations where the decision of the tribunal is protected by a broad privative clause, as is the case here. A decision as to whether there is "just cause" for discipline of an employee comes within the jurisdiction of an arbitration board, and therefore can only be set aside if it is patently unreasonable. At the time the letters were written, B certainly did not meet the standards of conduct set out in s. 264(1)(c) of the *Education Act*. The essen-

de maladie mentale et il a conclu que B avait fait montre d'un très mauvais jugement, mais qu'il «limiterait toujours ses manifestations d'agressivité à des paroles». Il était d'avis que B continuerait probablement à «faire des commentaires très virulents». B a rédigé une deuxième lettre tout aussi offensante et plus explicitement menaçante que la première. À la suite d'une deuxième évaluation, le psychiatre a réitéré son opinion qu'il était improbable que B ait recours à la violence physique, mais que son harcèlement verbal allait se poursuivre. Une deuxième opinion obtenue d'un autre psychiatre ainsi qu'une évaluation de la personnalité effectuée par une psychologue ont confirmé que B ne souffrait d'aucune maladie mentale et qu'il ne présentait aucun risque de violence physique. La psychologue a conclu que B «continuera d'être une source d'irritation constante» pour ses employeurs. Le Conseil de l'éducation a congédié B «parce qu'il ne s'est pas conduit de façon professionnelle, qu'il a fait preuve de mauvais jugement et qu'il a démontré une attitude indiquant qu'il n'est plus en mesure de s'acquitter de ses fonctions d'enseignant en vertu de la Loi sur l'éducation et de ses règlements d'application». B a déposé un grief, soutenant qu'on lui avait imposé des mesures disciplinaires sans cause juste. Avant la date fixée pour le début des audiences, B a écrit au Conseil de l'éducation une troisième lettre qui, même si elle était moins injurieuse et menaçante que les précédentes, témoignait-elle aussi d'une amertume dévorante. Le conseil d'arbitrage à la majorité a statué que la décision de l'employeur de congédier B devait être annulée, et il a ordonné sa réintégration, à certaines conditions, l'assujettissant à des mesures de surveillance rigoureuses et à un avertissement de congédiement sommaire en cas de récidive. À l'unanimité, la Cour divisionnaire a cassé cette décision pour le motif que les arbitres ne disposaient d'aucune preuve justifiant de réintégrer sous conditions l'auteur du grief. La Cour d'appel à l'unanimité a rétabli la décision arbitrale.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Il est d'une importance capitale, dans le contexte des relations du travail, de faire preuve de retenue judiciaire dans les cas où la décision du tribunal, comme celle en l'espèce, est protégée par une clause privative de large portée. La décision concernant la question de savoir s'il existe une «cause juste» de prendre des mesures disciplinaires contre un employé relève de la compétence d'un conseil d'arbitrage et ne peut, en conséquence, être annulée que si elle est manifestement

tial question before the arbitration board was whether the failure to meet these standards was temporary and whether discharge was appropriate. Since there is no doubt that B was guilty of misconduct, and the arbitrators clearly found that there was "just cause" for discipline, the only question was whether the disciplinary measure of dismissal was too harsh. The opinions expressed and the wording used in B's letters clearly constituted very significant if not extreme misconduct. The fact that the letters may have been written outside the hours of teaching duty cannot either excuse or alleviate the seriousness of the misconduct. It is essential that arbitrators recognize the sensitivity of the educational setting and ensure that a person who is clearly incapable of adequately fulfilling the duties of a teacher both inside and outside the classroom is not returned to the classroom.

The arbitration board's conclusion that B was capable of returning to the classroom was based solely on two key findings of fact: the finding that his unacceptable conduct was temporary because it could be attributed to the stress and frustration of the board of inquiry hearings, and the related finding that B was not beyond redemption. All the evidence before the board not only contradicted the inference made by the majority that his conduct was temporary but rather confirmed that it persisted. The overwhelming evidence that B's conduct was not temporary can be found in the assessments of the psychiatrists and the psychologist and in the third letter. While the third letter is to some extent "subsequent event evidence" since it was written after B's dismissal, it was a serious error for the arbitrators not to consider it. Furthermore, B did not demonstrate any remorse for his conduct, or any understanding of its effects on the recipients of the letters. The absence of any evidence to support the conclusion that B's misconduct was temporary renders the arbitrators' decision patently unreasonable.

Per L'Heureux-Dubé J.: Cory J.'s conclusion as regards the applicable standard of review is agreed with, even though the pragmatic and functional approach could very well support a standard closer to that of correctness in this case. The arbitration board failed to

déraisonnable. Au moment où les lettres ont été écrites, B ne respectait certainement pas les normes de conduite énoncées à l'al. 264(1)c) de la *Loi sur l'éducation*. Essentiellement, le conseil d'arbitrage devait déterminer si l'absence de respect de ces normes était temporaire et si le congédiement était une mesure appropriée. Puisqu'il ne fait aucun doute que B était coupable de la mauvaise conduite reprochée et que les arbitres ont clairement conclu à l'existence d'une «cause juste» justifiant les mesures disciplinaires, la seule question était de savoir si le congédiement était une mesure disciplinaire trop sévère. Le libellé des lettres de B et les opinions y exprimées constituaient une mauvaise conduite fort importante, voire extrême. Le fait que ces lettres ont pu être rédigées en dehors des heures d'enseignement ne saurait excuser ni atténuer la gravité de cette mauvaise conduite. Il est essentiel que les arbitres reconnaissent le caractère délicat du milieu scolaire et fassent en sorte qu'une personne qui est clairement incapable de s'acquitter adéquatement de ses fonctions d'enseignant, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des salles de cours, ne puisse y retourner.

La conclusion du conseil d'arbitrage que B était capable de retourner en salle de cours reposait uniquement sur deux constatations de fait fondamentales: la première était que sa conduite inacceptable était temporaire, étant donné qu'elle pouvait être attribuée au stress et à la frustration résultant des audiences de la commission d'enquête, et la deuxième — connexe à la première — était que B n'était pas irrécupérable. Non seulement les divers éléments de preuve dont disposait le conseil d'arbitrage contredisaient l'inférence de la majorité que la conduite de B était temporaire, mais au contraire ils confirmaient qu'elle persistait. La preuve accablante que la conduite de B n'était pas temporaire ressort en partie des rapports des psychiatres et de la psychologue, ainsi que de la troisième lettre. Bien que la troisième lettre soit, dans une certaine mesure, la «preuve d'événements subséquents», puisqu'elle a été rédigée après le congédiement de B, les arbitres ont commis une erreur grave en ne la prenant pas en considération. De plus, B n'a manifesté aucun remords à l'égard de sa conduite ni aucune compréhension des effets de celle-ci sur les destinataires des lettres. L'absence de preuve pour étayer la conclusion que la mauvaise conduite de B était temporaire rend la décision des arbitres manifestement déraisonnable.

Le juge L'Heureux-Dubé: La conclusion du juge Cory relativement à la norme de contrôle applicable est acceptée, même si l'analyse pragmatique et fonctionnelle pourrait fort bien appuyer, en l'espèce, une norme de contrôle se rapprochant davantage de celle de la déci-

address the initial question of whether or not the two letters constituted just cause for discharge, and instead went on to address the subsidiary question of whether the grievor was no longer capable of fulfilling his duties. Once it is found that the conduct in question is deserving of disciplinary action, the appropriate next question is whether the offence was serious enough to warrant discharge. The seriousness of a specific offence may vary depending on the particular occupational group or profession concerned, and on the circumstances and the consequences. In the case of teachers, while it is clear that not every kind of misconduct will be so grave as to warrant the strictest forms of discipline, in some cases a single offence can constitute just cause for discharge. The board should have asked whether the two letters were of a gravity such that the grievor's status as a role model was seriously prejudiced. Whether or not there is some chance that the grievor's effectiveness as a teacher may not have been completely destroyed is not the proper test to be applied in the circumstances of this case. Determination of "just cause" does not necessarily imply an automatic acceptance of the employee's seniority and service record as mitigating factors in all cases. Here the two offensive letters are of such gravity as to seriously prejudice the grievor's status as a role model, and therefore in themselves constitute just cause for discharge. Accordingly, the subsidiary question as to whether this kind of aberrant behaviour was temporary or permanent is irrelevant. Failure on the part of the arbitration board to formulate the questions properly, to address the primary legal issue, and to make the findings of just cause on the two letters *per se* was not merely incorrect, but was patently unreasonable.

Cases Cited

By Cory J.

Referred to: *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; *Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission*, [1979] 2 S.C.R. 768; *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Rela-*

*sion correcte. Le conseil d'arbitrage a omis d'examiner la première question, celle de savoir si les deux lettres constituaient, en elles-mêmes, une cause juste, et il s'est plutôt posé la question subsidiaire de savoir si le plaignant n'était plus capable de s'acquitter de ses fonctions. Une fois qu'il est acquis que l'acte «justifie des mesures disciplinaires», la question suivante est de savoir si l'acte était suffisamment grave pour justifier un congédiement. La gravité d'une infraction donnée peut varier selon la profession ou le groupe de professions en cause, et selon les circonstances et les conséquences. Pour ce qui est des enseignants, même s'il est évident que ce ne sont pas tous les types de mauvaise conduite qui seront suffisamment graves pour justifier les mesures disciplinaires les plus sévères, une seule infraction peut, dans certains cas, constituer une cause juste de congédiement. Le conseil d'arbitrage aurait dû se demander si les deux lettres étaient d'une gravité telle que le statut de l'auteur du grief comme modèle de comportement était sérieusement compromis. La question de savoir s'il y a des chances que l'efficacité de l'auteur du grief comme enseignant n'ait pas été complètement détruite n'est pas le test approprié en l'espèce. Conclure à l'existence d'une «cause valable» n'emporte pas nécessairement acceptation d'emblée de l'ancienneté et des états de service d'un employé en tant que facteurs atténuants dans tous les cas. En l'espèce, les deux lettres offensantes sont d'une gravité telle qu'elles compromettent sérieusement le statut de l'auteur du grief comme modèle de comportement et constituent, en elles-mêmes, une cause juste de congédiement. En conséquence, la question subsidiaire de savoir si ce type de comportement aberrant était temporaire ou permanent n'est pas pertinente. Il était non seulement incorrect mais manifestement déraisonnable pour le conseil d'arbitrage de ne pas avoir formulé les bonnes questions, de ne pas avoir examiné la principale question de droit en litige et de ne pas avoir conclu à l'existence d'une cause juste fondée sur les deux lettres *per se*.*

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts mentionnés: *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; *Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768; *Blanchard c. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 R.C.S. 476; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S.

tions Board), [1995] 1 S.C.R. 157; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245; *Lester (W. W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Re Etobicoke Board of Education and Ontario Secondary School Teachers' Federation, District 12* (1981), 2 L.A.C. (3d) 265; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *R. v. Audet*, [1996] 2 S.C.R. 171; *Re Wellington Board of Education and O.S.S.T.F.* (1991), 24 L.A.C. (4th) 110; *Board of Education for City of London and O.S.S.T.F., District 4*, October 7, 1986, unreported (Teplitsky), aff'd Ont. Ct. (Gen. Div.) (unreported endorsement); *Cie minière Québec Cartier v. Québec (Grievances Arbitrator)*, [1995] 2 S.C.R. 1095.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission*, [1979] 2 S.C.R. 768; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Greenaway v. Seven Oaks School No. 10* (1990), 70 Man. R. (2d) 2, leave refused, [1991] 1 S.C.R. ix; *Kraychy v. Edmonton Public School District No. 7* (1990), 73 Alta. L.R. (2d) 69.

Statutes and Regulations Cited

Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, s. 264(1) [formerly s. 235(1)(c)].
School Boards and Teachers Collective Negotiations Act, R.S.O. 1990, c. S.2, s. 72.

Authors Cited

Stubbs, William. *The Constitutional History of England*, vol. I, 4th ed. Buffalo, N.Y.: W. S. Hein, 1987 (reprint).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1995), 80 O.A.C. 153, allowing the respondent union's appeal from a decision of the Divisional Court (1991), 52 O.A.C. 8, 83 D.L.R.

316; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Douglas Aircraft Co. of Canada c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245; *Lester (W. W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Re Etobicoke Board of Education and Ontario Secondary School Teachers' Federation, District 12* (1981), 2 L.A.C. (3d) 265; *Ross c. Conseil scolaire du district N° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *R. c. Audet*, [1996] 2 R.C.S. 171; *Re Wellington Board of Education and O.S.S.T.F.* (1991), 24 L.A.C. (4th) 110; *Board of Education for City of London and O.S.S.T.F., District 4*, 7 octobre 1986, décision inédite (Teplitsky), conf. par C. div. Ont. (jugement manuscrit inédit); *Cie minière Québec Cartier c. Québec (Arbitre des griefs)*, [1995] 2 R.C.S. 1095.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768; *Ross c. Conseil scolaire du district N° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Greenaway c. Seven Oaks School No. 10* (1990), 70 Man. R. (2d) 2, autorisation de pourvoi refusée, [1991] 1 R.C.S. ix; *Kraychy c. Edmonton Public School District No. 7* (1990), 73 Alta. L.R. (2d) 69.

Lois et règlements cités

Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2, art. 264(1) [anciennement l'art. 235(1)(c)].
Loi sur la négociation collective entre conseils scolaires et enseignants, L.R.O. 1990, ch. S.2, art. 72.

Doctrine citée

Stubbs, William. *The Constitutional History of England*, vol. I, 4th ed. Buffalo, N.Y.: W. S. Hein, 1987 (reprint).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1995), 80 O.A.C. 153, qui a accueilli l'appel du syndicat intimé contre une décision de la Cour divisionnaire (1991), 52 O.A.C. 8, 83

(4th) 552, quashing an arbitration award ordering the conditional reinstatement of the grievor. Appeal allowed.

Christopher G. Riggs, Q.C., Andrea F. Raso and Timothy P. Liznick, for the appellant.

Maurice A. Green and Margaret Correia, for the respondent Ontario Secondary School Teachers' Federation, District 15 (Toronto).

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

1 CORY J. — The sole issue in this appeal is whether the Board of Arbitration made a patently unreasonable decision in ordering that Mr. Bhadauria be conditionally reinstated in his position as a teacher with the appellant Board of Education.

Factual Background

2 The facts must be set out in detail since they will determine the reasonableness of the Board's decision.

3 The grievor, Jagdish Bhadauria, taught for the appellant Board of Education for nearly 20 years. Between 1981 and 1984, he applied for the position of Vice-Principal 39 times. Although he was granted several interviews, he was not promoted. In 1984, he filed a complaint with the Ontario Human Rights Commission, alleging that the hiring practices of the appellant Board of Education systemically discriminated against persons of South Asian origin. Hearings before the Board of Inquiry appointed to decide the complaint were lengthy, extending from 1987 to 1990. In April 1990, the Board of Inquiry released its decision. Although it indicated that there were flaws in the

D.L.R. (4th) 552, qui avait cassé une décision arbitrale ordonnant la réintégration sous conditions de l'auteur du grief. Pourvoi accueilli.

Christopher G. Riggs, c.r., Andrea F. Raso et Timothy P. Liznick, pour l'appelant.

Maurice A. Green et Margaret Correia, pour l'intimée la Fédération des enseignants-enseignantes des écoles secondaires de l'Ontario, district 15 (Toronto).

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE CORY — La seule question en litige dans le présent pourvoi consiste à déterminer si le conseil d'arbitrage a commis une erreur manifestement déraisonnable en ordonnant que M. Bhadauria soit réintégré, sous conditions, dans son poste d'enseignant auprès du Conseil de l'éducation appelant.

Le contexte factuel

Il convient d'exposer les faits en détail, car ils permettront de déterminer le caractère raisonnable de la décision du conseil d'arbitrage.

Le plaignant, Jagdish Bhadauria, a enseigné pour le Conseil de l'éducation appelant pendant presque 20 ans. Entre 1981 et 1984, il a postulé l'emploi de directeur adjoint à 39 reprises. Bien qu'il ait été convoqué plusieurs fois à une entrevue, il n'a jamais été promu. En 1984, il a déposé une plainte auprès de la Commission ontarienne des droits de la personne, soutenant que les pratiques en matière d'embauche du Conseil de l'éducation appelant créaient de la discrimination systémique à l'endroit des personnes d'origine sud-asiatique. Les audiences de la commission d'enquête constituée pour trancher la plainte ont été longues, débutant en 1987 et se terminant en 1990. La commission d'enquête a rendu sa décision en avril 1990. Bien qu'elle ait indiqué que le processus d'embauche comportait des lacunes, la commission d'enquête a conclu que l'allégation de dis-

hiring process, it found that Mr. Bhadauria's claim of systemic discrimination had not been made out.

On October 17, 1989, while the hearings before the Board of Inquiry were still continuing, Mr. Bhadauria wrote a letter to Dr. E. M. McKeown, the outgoing Director of Education for the appellant Board of Education. A copy of the letter was sent to the Chairman of the Board of Education, the trustees of the Board of Education and "Concerned Political Leaders". The letter described the Board of Education as "the Reichstag of racial persecution". It contained a number of very disturbing accusations directed at Dr. McKeown and other management personnel, including the following:

A condemned Jewish person would have received more mercy from Hitler than I got from you. You know that Idi Amin or Pinochet never murdered anyone personally, nor did Noriega sold [*sic*] drugs himself. The dirty work of these tyrants was done by their hatchet-men. From the evidence that exists, I have every reason to believe that you never counselled the gang of rogues and rascals including Hayes, Banks, Choma, Sissons, Snell, and others, let alone reprimand them for their atrocities.

If I were to compare sadist Sissons, Hayes, Choma, Snell, Banks and others to world-class oppressors, I would place their deeds above the atrocities of Idi Amin, Pinochet, and Marcos, and at a level comparable to that of Hitler and Stalin, both of whom exterminated the dissenters ruthlessly.

Under your guidance and leadership, the board has built up a huge propaganda machinery that has been very effective in convincing the world that Toronto Board is a pioneer in race relations. Even Goebbels would not have been as successful in performing this feat.

The same letter contained what could be perceived as veiled threats to the lives of Dr.

crimination systémique formulée par M. Bhadauria n'avait pas été prouvée.

Le 17 octobre 1989, pendant que se poursuivaient les audiences de la commission d'enquête, M. Bhadauria a écrit une lettre à M. E. M. McKeown, directeur de l'éducation sortant du Conseil de l'éducation appelant. Une copie de cette lettre a été envoyée au président du Conseil de l'éducation, ainsi qu'aux commissaires d'école du Conseil de l'éducation et aux [TRADUCTION] «dirigeants politiques concernés». Dans cette lettre, le Conseil de l'éducation était qualifié de [TRADUCTION] «Reichstag de la persécution raciale». La lettre renfermait un certain nombre d'accusations fort troublantes visant M. McKeown et d'autres membres de la direction, notamment les accusations suivantes:

[TRADUCTION] Une personne juive condamnée aurait eu droit à plus de clémence de la part d'Hitler que vous ne m'en avez témoignée. Vous savez bien qu'Idi Amin ou que Pinochet n'ont jamais tué qui que ce soit de leurs propres mains, et que Noriega n'a jamais vendu de drogues personnellement. Le sale travail de ces tyrans était exécuté par leurs hommes de main. Selon la preuve existante, j'ai toutes les raisons de croire que vous n'avez jamais conseillé cette bande de crapules et de vauriens, notamment Hayes, Banks, Choma, Sissons, Snell, et que vous les avez encore moins réprimandés pour leurs atrocités.

Si je devais comparer le sadisme de Sissons, Hayes, Choma, Snell, Banks et autres à celui d'opresseurs de calibre international, je dirais que leurs actes surpassent les atrocités d'Idi Amin, de Pinochet et de Marcos, et qu'ils sont comparables à ceux d'Hitler et de Staline, qui exterminaient sans pitié les dissidents.

Sous votre gouverne et votre direction, le conseil a mis sur pied une vaste machine de propagande qui a très bien su convaincre le monde entier que le Conseil de l'éducation de Toronto est un pionnier en matière de relations raciales. Même Goebbels n'aurait pas eu autant de succès.

Cette lettre contenait également des propos qui pourraient être perçus comme des menaces voilées

McKeown and others that were phrased in this way:

Another newspaper article that I have enclosed for your attention relates to human behaviour when the limit of tolerance is reached. It is entitled, "Disgruntled Employee kills 7, wounds 13."

This and many more incidents of similar nature that are reported from time to time simply point out the fragility of human tolerance. Based on my extensive experience in human suffering, I can safely predict that such an incident will happen at the board. But at that time it would be too late to rationalize the motives of the assailant.

6 As a result of these disquieting comments, Mr. Bhadauria was asked to submit to a psychiatric assessment. It was conducted by Dr. A. I. Malcolm at the end of October 1989. He found that there were no signs of mental illness. Dr. Malcolm concluded that Mr. Bhadauria had exhibited very bad judgment, but that he "would always limit his aggressive activities to words". It was his opinion that Mr. Bhadauria was likely to continue to "issue very strong verbal commentaries in diverse media".

7 On December 15, 1989, Mr. Bhadauria wrote a second letter which was equally abusive, and more explicitly threatening than the first. He referred to the "Montreal Massacre" of 14 women which had recently occurred, identified himself with the victims, and expressed grief over its occurrence. He wrote:

Having overcome the grief, I became extremely disappointed that the massacre occurred in Montreal but not at 155 College Street, the Canadian epicentre for racial bigotry and tokenism. I wish that Lapine [*sic*] should have lined up you and your crony superintendents, including Snell, Hayes, Sissons, Banks, Choma, and other co-conspirators, against the wall and shot all of you. That would have been the most satisfying day of my life. I can assure you that I would not have shed a tear at [the] untimely and gruesome demise of all of you.

de mort contre M. McKeown et d'autres personnes. Ces propos étaient formulés ainsi:

[TRADUCTION] Dans un autre article de journal que vous trouverez ci-joint, à titre d'information, il est question du comportement humain lorsque le seuil de tolérance est atteint. Cet article s'intitule: «Disgruntled Employee kills 7, wounds 13».

Cet incident et de nombreux autres de nature similaire rapportés à l'occasion font tout simplement ressortir la fragilité de la tolérance humaine. Si je me fonde sur ma vaste expérience de la souffrance humaine, je peux sans risque prédire qu'un tel incident se produira au sein du conseil. Mais il sera alors trop tard pour essayer de comprendre les motifs de l'agresseur.

Par suite de ces remarques inquiétantes, on a demandé à M. Bhadauria de se soumettre à une évaluation psychiatrique qui a été effectuée à la fin d'octobre 1989 par le Dr A. I. Malcolm. Ce dernier n'a décelé aucun signe de maladie mentale. Le Dr Malcolm a conclu que M. Bhadauria avait fait montre d'un très mauvais jugement, mais qu'il [TRADUCTION] «limiterait toujours ses manifestations d'agressivité à des paroles». Il était d'avis que M. Bhadauria continuerait probablement à [TRADUCTION] «faire des commentaires très virulents dans divers médias».

Le 15 décembre 1989, M. Bhadauria a rédigé une deuxième lettre tout aussi offensante et plus explicitement menaçante que la première. Il parlait du récent [TRADUCTION] «massacre à Montréal» de 14 femmes; il s'identifiait aux victimes et exprimait son chagrin relativement à l'événement. Il a écrit ceci:

[TRADUCTION] Une fois surmontée la douleur, je suis devenu extrêmement déçu que le massacre se soit produit à Montréal et non au 155 de la rue Collège, l'épicentre de l'ouverture raciale symbolique et de l'intolérance raciale au Canada. J'aurais aimé que Lapine (*sic*) vous aligne contre le mur, vous et vos laquais de directeurs, dont Snell, Hayes, Sissons, Banks, Choma et autres complices, et vous descende tous. Cela aurait été la journée la plus gratifiante de ma vie. Je puis vous assurer que je n'aurais pas versé une larme sur votre disparition violente et prématurée.

For eight years, Count Dracula-Hayes and the draconian gang under your guidance sucked my blood and turned me into an emotionless human stone for whom the massacre of all or some of the gang would be a just and acceptable revenge.

He referred to the effect of the perceived discrimination against him on his personality and his teaching ability:

I was one of the most competent, caring, and kind teachers until the scoundrel superintendents began their heinous atrocities against me. Eight years of continual persecution has transformed me into a blood-thirsty and revengeful devil. The persecution has totally destroyed my teaching ability, my memory, and my gentleness.

The conclusion of the letter was extremely disturbing. He wrote:

This is the Christmas Season, a season filled with joy, happiness, and understanding. For me, I have suffered ten agony-filled Christmas seasons. Lépine should have changed all this. May be [*sic*] somebody else will at some time in the future.

Now that you are leaving the board, I will make sure that you never forget what you and your gang did to me. It is not a threat, but a promise that as long as you live, I will haunt you and remind you at every Christmas that you were the funeral director of my career. For you there will be no escaping from this yearly reminder.

Not surprisingly, after the second letter, Mr. Bhadauria was again asked to submit to a psychiatric assessment. Dr. Malcolm saw him at the end of December 1989. In his second report, Dr. Malcolm noted that he did not believe Mr. Bhadauria's claim that he had not intended to frighten Dr. McKeown or the others mentioned in the letter. Dr. Malcolm was of the opinion that "the whole purpose of the letter was to engender uncertainty and fear in the minds of the retiring director and other members of the Board". Nonetheless, he remained of the view that Mr. Bhadauria was not likely to be violent, and that although his harassment would continue, it would be verbal in nature. However, he was concerned with his conclusion

Pendant huit ans, le Comte Dracula Hayes et la bande de sbires sous votre direction ont sucé mon sang et ont fait de moi un être de marbre, dépourvu de sentiments, pour qui le massacre de l'ensemble ou de certains des membres de votre bande serait une revanche juste et acceptable.

Dans sa lettre, il fait allusion à l'incidence, sur sa personnalité et sa capacité d'enseigner, de la discrimination dont il se sent victime:

[TRADUCTION] J'étais l'un des enseignants les plus compétents, les plus dévoués et les plus affables jusqu'à ce que ces crapules de directeurs commencent leurs haineuses atrocités à mon endroit. Huit années de persécution continuelle m'ont transformé en démon assoiffé de sang et de vengeance. Cette persécution a totalement détruit ma capacité d'enseigner, ma mémoire et ma gentillesse.

La conclusion de sa lettre était extrêmement troublante. Voici ce qu'il a dit:

[TRADUCTION] C'est le temps de Noël, période remplie de joie, de bonheur et de compréhension. En ce qui me concerne, j'ai vécu dix périodes de Noël remplies de douleurs. Lépine aurait dû changer cela. Peut-être quelqu'un d'autre le fera-t-il dans l'avenir.

Maintenant que vous quittez le conseil, je vais m'assurer que vous n'oublierez jamais ce que vous et votre bande m'avez fait. Ce n'est pas une menace, mais une promesse que je vais vous hanter jusqu'à la fin de vos jours et vous rappeler à chaque Noël que vous avez présidé à l'enterrement de ma carrière. Vous ne pourrez jamais échapper à ce rappel annuel.

Il n'est pas étonnant, après cette deuxième lettre, que l'on ait de nouveau demandé à M. Bhadauria de se soumettre à une évaluation psychiatrique. Le Dr Malcolm l'a vu à la fin de décembre 1989. Dans son deuxième rapport, le Dr Malcolm a indiqué qu'il ne croyait pas M. Bhadauria lorsqu'il affirmait qu'il n'avait pas eu l'intention d'effrayer M. McKeown ou les autres personnes mentionnées dans la lettre. Le Dr Malcolm était d'avis que [TRADUCTION] «l'objet général de la lettre était de semer l'incertitude et la crainte dans l'esprit du directeur sortant et des autres membres du conseil». Néanmoins, il demeurait d'avis qu'il était improbable que M. Bhadauria ait recours à la violence, et que, quoi qu'il poursuivrait son harcèle-

8

9

10

and recommended that a second opinion be obtained from another psychiatrist and that a personality assessment be made by a psychologist.

ment, ce serait verbalement. Cependant, il était préoccupé par la conclusion de la lettre et il a recommandé qu'on consulte un autre psychiatre et que l'on fasse procéder une évaluation de la personnalité par un psychologue.

11 Mr. Bhadauria was evaluated by Dr. Ruth Bray, a psychologist, in January 1990. Her conclusions were that he had no conscious intention to cause physical harm to those he had mentioned in the letter. She expressed some concerns about his personality "adjustment" but thought that it would not be productive to recommend therapy or counselling. She then concluded that "Mr. Bhadauria will continue to be a thorn in the side of those whom he perceives as either taking advantage of minorities or not giving them their due". She agreed that there was no identifiable mental illness.

En janvier 1990, le Dr Ruth Bray, une psychologue, a évalué M. Bhadauria. Elle a conclu qu'il n'avait aucune intention consciente de causer un préjudice physique aux personnes qu'il avait mentionnées dans la lettre. Elle a exprimé certaines préoccupations relativement à l'«adaptation» de sa personnalité, mais a estimé qu'il ne serait pas productif de recommander une thérapie ou du counselling. Elle a ensuite conclu en disant que [TRADUCTION] «M. Bhadauria continuera d'être une source d'irritation constante pour ceux qui, dans son esprit, profitent des minorités ou ne leur accordent pas ce qui leur revient». Elle était d'accord qu'il ne souffrait d'aucune maladie mentale identifiable.

12 Subsequently, Mr. Bhadauria saw a psychiatrist, Dr. G. A. da Costa. His report confirmed that no mental illness was present, and that Mr. Bhadauria posed no danger of physical violence.

Par la suite, M. Bhadauria a rencontré un psychiatre, le Dr G. A. da Costa. Dans son rapport, ce dernier a confirmé que M. Bhadauria ne souffrait d'aucune maladie mentale et qu'il ne présentait aucun risque de violence physique.

13 On January 25, 1990, after both letters had been received, the Board of Education discharged Mr. Bhadauria. The reasons for this decision were set out in a letter to him from Ms. Joan Green who was then the Director of Education. It stated:

Le 25 janvier 1990, après la réception des deux lettres, le Conseil de l'éducation a congédié M. Bhadauria. Les motifs de cette décision étaient exposés dans une lettre qui lui a été envoyée par M^{me} Joan Green, directrice de l'éducation à cette date, et dont voici un extrait:

Further to my letter dated January 18, 1990 I wish to advise that the Board, at its regular meeting on January 25, 1990, approved the following recommendations:

[TRADUCTION] Pour faire suite à ma lettre en date du 18 janvier 1990, je désire vous informer que, à sa réunion ordinaire du 25 janvier 1990, le Conseil a approuvé les recommandations suivantes:

(a) That Jagdish Bhadauria, a permanent Teacher assigned to West Toronto Secondary School, be suspended with pay, effective January 2, 1990;

a) que Jagdish Bhadauria, enseignant permanent affecté à l'école secondaire de West Toronto, soit suspendu avec traitement à compter du 2 janvier 1990;

(b) That the Board terminate the permanent contract of Jagdish Bhadauria, effective August 31, 1990;

b) que le Conseil mette fin au contrat d'emploi permanent de Jagdish Bhadauria à compter du 31 août 1990;

(c) That Jagdish Bhadauria be advised, in writing, that his permanent contract is terminated for reasons of unprofessional conduct, poor judgment, and attitudes which indicate he is no longer capable of fulfil-

c) que Jagdish Bhadauria soit informé par écrit que son contrat d'emploi permanent est résilié parce qu'il ne s'est pas conduit de façon professionnelle, qu'il a fait preuve de mauvais jugement et qu'il a démontré

ling his duties as a Teacher under the Education Act and the Regulations. . . .

On February 16, 1990, Mr. Bhadauria filed a grievance under the governing collective agreement alleging that he had been disciplined without just cause. The matter was heard by a tripartite Board of Arbitration in October 1990. On August 25, 1990, before the hearings of the Board of Arbitration were scheduled to begin, Mr. Bhadauria wrote a third letter to the Board of Education. The letter began:

In spite of the advice of my counsels [*sic*] to refrain from writing any letters to the board's administrators, I am unable to curb my natural urge of putting my thoughts on paper and sending them to the concerned parties on this occasion.

Although the letter was less abusive and threatening than the earlier ones, it continued to exhibit an all-consuming bitterness. Mr. Bhadauria expressed anger at his dismissal, and accused the Board of Education of lawlessness. Comparisons were made between the Board of Education and oppressive regimes such as those in South Africa and Russia. He compared his dismissal to "the punishment meted out by the late tyrant Ayatollah Khomeini to Salman Rushdie".

When the grievance was heard, two members of the Arbitration Board determined that the employer's decision to dismiss Mr. Bhadauria should be set aside. They ordered his conditional reinstatement, subject to stringent monitoring and summary dismissal if the previous conduct was repeated. The dissenting member would have upheld the dismissal.

The appellant Board of Education sought judicial review of the award in the Divisional Court alleging that jurisdictional and patently unreasonable errors had been made by the arbitrators. The award was unanimously quashed by the Divisional Court on the basis that there was no evidence before the arbitrators which would support the

une attitude indiquant qu'il n'est plus en mesure de s'acquitter de ses fonctions d'enseignant en vertu de la Loi sur l'éducation et de ses règlements d'application. . . .

Le 16 février 1990, M. Bhadauria a déposé un grief en vertu de la convention collective applicable, soutenant qu'on lui avait imposé des mesures disciplinaires sans cause juste. L'affaire a été entendue par un conseil d'arbitrage tripartite en octobre 1990. Le 25 août 1990, avant la date fixée pour le début des audiences du conseil d'arbitrage, M. Bhadauria a écrit au Conseil de l'éducation une troisième lettre, qui commençait ainsi:

[TRADUCTION] Bien que mes avocats m'aient conseillé de m'abstenir d'écrire quelque lettre aux administrateurs du conseil, je ne puis refréner mon désir naturel de coucher mes pensées sur papier et de les transmettre aux parties concernées à ce moment-ci.

Même si cette lettre était moins injurieuse et menaçante que les précédentes, elle témoignait aussi d'une amertume dévorante. Monsieur Bhadauria y exprimait sa colère relativement à son congédiement et accusait le Conseil de l'éducation de faire fi de la loi. Il faisait des comparaisons entre le Conseil de l'éducation et des régimes oppressifs comme ceux d'Afrique du Sud et de Russie. Il a comparé son congédiement à [TRADUCTION] «la peine infligée à Salman Rushdie par le défunt tyran Ayatollah Khomeini».

Au terme de l'audition du grief, deux des membres du conseil d'arbitrage ont statué que la décision de l'employeur de congédier M. Bhadauria devait être annulée. Ils ont ordonné sa réintégration, à certaines conditions, l'assujettissant à des mesures de surveillance rigoureuses et à un avertissement de congédiement sommaire en cas de récidive. Le membre dissident aurait confirmé le congédiement.

Le Conseil de l'éducation appelant a demandé le contrôle judiciaire de cette décision à la Cour divisionnaire, soutenant que les arbitres avaient commis des erreurs de compétence et des erreurs manifestement déraisonnables. À l'unanimité, la Cour divisionnaire a annulé la décision pour le motif que les arbitres ne disposaient d'aucune preuve justi-

14

15

16

17

conditional reinstatement of the grievor: (1991), 52 O.A.C. 8, 83 D.L.R. (4th) 552. The respondent union appealed this finding to the Ontario Court of Appeal, which unanimously restored the arbitration award: (1995), 80 O.A.C. 153.

Applicable Legislation

18 The high professional standards that teachers are required to meet are set out in the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, particularly s. 264(1), which provides:

264. (1) It is the duty of a teacher and a temporary teacher,

- (a) to teach diligently and faithfully the classes or subjects assigned to the teacher by the principal;
- (b) to encourage the pupils in the pursuit of learning;
- (c) to inculcate by precept and example respect for religion and the principles of Judaeo-Christian morality and the highest regard for truth, justice, loyalty, love of country, humanity, benevolence, sobriety, industry, frugality, purity, temperance and all other virtues;

19 The relationship of the parties is governed by a collective agreement, which sets out the procedure for settling grievances arising during its term. The following provisions of the agreement are relevant:

1.4.11.0.0... The arbitrator or the arbitration board shall hear and determine the grievance, shall issue a decision and the decision shall be final and binding on the parties. . . .

1.4.21.0.0. A Teacher may be disciplined only for just cause.

1.4.22.0.0. If a grievance concerns the discipline of a Teacher, including disciplinary dismissal, or discharge for incompetence, or just cause, the arbitration board may confirm the decision of the Board or reinstate the Teacher with or without full compensation or otherwise modify the penalty.

20 The collective agreement in turn is governed by the *School Boards and Teachers Collective Negotiations Act*, R.S.O. 1990, c. S.2, which provides a

fiant la réintégration sous conditions de l'auteur du grief: (1991), 52 O.A.C. 8, 83 D.L.R. (4th) 552. Le syndicat intimé a interjeté appel de cette décision à la Cour d'appel de l'Ontario, qui, à l'unanimité, a rétabli la décision arbitrale: (1995), 80 O.A.C. 153.

Les dispositions législatives applicables

Les normes professionnelles élevées auxquelles doivent se conformer les enseignants sont énoncées dans la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, plus particulièrement à son par. 264(1), qui prévoit notamment ce qui suit:

264. (1) L'enseignant, même temporaire, exerce les fonctions suivantes:

- a) enseigner avec application et loyauté aux classes que lui assigne le directeur d'école, et enseigner ainsi les matières que lui assigne celui-ci;
- b) encourager les élèves à poursuivre leur apprentissage;
- c) inculquer, par les préceptes et l'exemple, le respect de la religion et les principes de la morale judéo-chrétienne et la plus haute considération pour la vérité, la justice, la loyauté, le patriotisme, l'humanité, la bienveillance, la sobriété, le zèle, la frugalité, la pureté, la modération et toutes les autres vertus;

Les rapports entre les parties sont régies par une convention collective qui établit la procédure de règlement des griefs présentés pendant sa durée. En voici certaines dispositions pertinentes:

[TRADUCTION]

1.4.11.0.0. . . . L'arbitre ou le conseil d'arbitrage entend et tranche tout grief, rend une décision finale et exécutoire pour les parties. . . .

1.4.21.0.0. Un enseignant ne peut faire l'objet de mesures disciplinaires que pour une cause juste.

1.4.22.0.0. Si un grief porte sur une mesure disciplinaire infligée à un enseignant, y compris un renvoi disciplinaire, ou un congédiement pour incompetence, ou cause juste, le conseil d'arbitrage peut soit confirmer la décision du conseil, soit réintégrer l'enseignant dans son poste avec ou sans indemnité complète, ou encore modifier la sanction infligée.

Quant à la convention collective, elle est régie par la *Loi sur la négociation collective entre conseils scolaires et enseignants*, L.R.O. 1990, ch. S.2,

complete code governing collective bargaining relationships for teachers in Ontario. All collective agreements covered by the Act must contain a clause for the submission of disputes to arbitration for final and binding resolution. The decisions of the arbitrators are protected by a strong privative clause, set out in s. 72:

72. Except in respect of section 51, no decision, order, determination, direction, declaration or ruling of the Commission, a fact finder, an arbitrator or board of arbitration, a selector or the Ontario Labour Relations Board shall be questioned or reviewed in any court, and no order shall be made or process entered, or proceedings taken in any court, whether by way of injunction, declaratory judgment, certiorari, mandamus, prohibition, quo warranto, application for judicial review or otherwise, to question, review, prohibit or restrain the Commission, fact finder, arbitrator or board of arbitration, selector or the Ontario Labour Relations Board or the proceedings of any of them.

Decisions Below

Board of Arbitration

Owen B. Shime, Q.C. (Chairperson) and L. A. Jones (Nominee for the Federation)

The majority of the Board of Arbitration noted first that the decision made by the Board of Inquiry in Mr. Bhadauria's claim for systemic discrimination constituted agreed facts between the parties. The arbitrators were therefore able to take note of the Board of Inquiry's extensive findings relating to the earlier excellent teaching record of Mr. Bhadauria. However, the majority also took into account the Board of Inquiry's observation that the failure to receive a promotion had detrimentally affected him. This was demonstrated in part by his discontinuance of all extra-curricular school activities, by his separation from his wife and by his seeking treatment from a psychiatrist.

The majority referred only to the first two letters written by Mr. Bhadauria. They considered as well the reports of the various medical professionals who evaluated Mr. Bhadauria after these letters

qui établit un code exhaustif en vue de la négociation des conventions collectives des enseignants en Ontario. Toutes les conventions collectives visées par la Loi doivent contenir une disposition prévoyant le règlement définitif des différends par arbitrage. Les décisions des arbitres sont protégées par une clause privative solide, énoncée à l'art. 72:

72 Sauf en ce qui concerne l'article 51, sont irrecevables devant un tribunal les requêtes en contestation ou en révision des décisions, ordres, ordonnances, directives ou déclarations de la Commission, d'un enquêteur, d'un arbitre ou d'un conseil d'arbitrage, d'un arbitre des dernières offres ou de la Commission des relations de travail de l'Ontario. Sont également irrecevables les instances visant la contestation, la révision, la limitation ou l'interdiction de leurs activités, par voie notamment d'injonction, de jugement déclaratoire, de brefs de *certiorari*, *mandamus*, prohibition ou *quo warranto* ou de requête en révision judiciaire. Aucun tribunal ne rend une ordonnance donnant suite à une telle instance.

Les décisions des juridictions inférieures

Le conseil d'arbitrage

Owen B. Shime, c.r., (président) et L. A. Jones (représentant désigné de la Fédération)

Les membres de la majorité du conseil d'arbitrage ont tout d'abord souligné que la décision rendue par la commission d'enquête sur l'allégation de discrimination systémique formulée par M. Bhadauria faisait partie des faits dont convenaient les parties. Les arbitres ont donc pu prendre note des constatations exhaustives de la commission d'enquête au sujet de l'excellent dossier professionnel de M. Bhadauria jusque là. Cependant, les membres de la majorité ont aussi tenu compte de l'observation de la commission d'enquête que l'absence de promotion avait eu un effet négatif sur ce dernier, situation dont témoignait en partie le fait qu'il avait cessé toute activité parascolaire, qu'il s'était séparé de son épouse et qu'il avait consulté un psychiatre.

Les membres de la majorité n'ont fait état que des deux premières lettres de M. Bhadauria. Ils ont aussi pris en considération les rapports des divers professionnels de la santé qui ont évalué

were written. They specifically accepted the evidence of Ms. Joan Green, the current Director of Education, who was of the opinion that the grievor was not fit to teach. Further, they stated that they were not prepared to accept Mr. Bhadauria's testimony.

23 Nonetheless, the majority was of the view that the length of the proceedings before the Board of Inquiry, Mr. Bhadauria's disappointment and frustration at his failure to receive a promotion, and the resulting stress caused him to lose perspective. They then concluded that since the proceedings before the Board of Inquiry were no longer hanging over the grievor's head, that "there is a good chance that the grievor will return to a calmer state". Further, the majority held that:

It is a reasonable inference from the evidence that the grievor's aberrant conduct took place at a time of great stress and that it was conduct which was temporary and not likely to be repeated in the future.

24 In light of the grievor's long history of teaching and his excellent reputation, the majority concluded that dismissal was too harsh a penalty. They observed that although the letters were threatening, demonstrated a lack of judgment, and "portrayed a person who ought not to be in the classroom", these factors had to be balanced against the grievor's lengthy service and seniority. The majority were therefore of the view that "the grievor is not beyond redemption", and "there is some chance that the grievor's effectiveness as a teacher may not have been completely destroyed". As a result, the penalty of dismissal was overturned. Mr. Bhadauria was reinstated, subject to stringent conditions, including a suspension without pay, monitoring of his teaching for two years, and summary dismissal if he repeated his misconduct.

M. Bhadauria après qu'il ait rédigé ces deux lettres. Ils ont spécifiquement accepté le témoignage de M^{me} Joan Green, directrice de l'éducation, qui était d'avis que l'auteur du grief n'était pas apte à enseigner. De plus, ils ont mentionné qu'ils n'étaient pas disposés à accepter le témoignage de M. Bhadauria.

Néanmoins, les membres de la majorité ont dit être d'avis que M. Bhadauria avait perdu tout sens des proportions en raison de la durée des procédures de la commission d'enquête, de la déception et de la frustration provoquées par l'absence de promotion et du stress en résultant. Ils ont ensuite conclu qu'il [TRADUCTION] «y a[vait] de bonnes chances que l'auteur du grief redevienne plus calme», puisque les procédures de la commission d'enquête étaient maintenant chose du passé. Les membres de la majorité sont aussi arrivés à la conclusion suivante:

[TRADUCTION] Il est raisonnable d'inférer, à la lumière de la preuve, que la conduite aberrante de l'auteur du grief est survenue au cours d'une période de grand stress, que cette conduite était temporaire et qu'elle ne devrait pas se reproduire dans l'avenir.

Vu les longs états de service de l'auteur du grief dans l'enseignement et son excellente réputation, les membres de la majorité ont conclu que son congédiement était une sanction trop sévère. Ils ont souligné que même si les lettres étaient menaçantes, témoignaient d'un manque de jugement et [TRADUCTION] «révélaient une personne qui ne devrait pas être en salle de cours», ces facteurs devaient être examinés en regard des longs états de service et de l'ancienneté de l'auteur du grief. En conséquence, les membres de la majorité ont dit être d'avis que [TRADUCTION] «l'auteur du grief n'[était] pas irrécupérable», et «qu'il y a[vait] des chances que l'efficacité de l'auteur du grief comme enseignant n'ait pas été complètement détruite». La sanction — en l'occurrence le congédiement — a en conséquence été annulée. Monsieur Bhadauria a été réintégré, sous réserve de conditions strictes, dont une suspension sans traitement, des mesures de surveillance de ses activités d'enseignement pendant deux ans et un avertissement de congédiement sommaire en cas de récidive.

A. S. Merritt (Nominee for the Board) (dissenting)

Mr. Merritt stressed the extreme, cruel and vitriolic nature of the letters. He emphasized the grievor's own description of himself as a "revengeful beast" and questioned the ability of such a person to teach children. In his opinion, the timing of the letters demonstrated a striking lack of judgment in that they jeopardized the human rights hearing that the grievor believed would vindicate his claims.

A significant factor for Mr. Merritt was the failure of the grievor to show any remorse or contrition for writing the letters, either before or during the arbitration hearings. Mr. Bhadauria's only expressions of regret appeared to relate to the fact that his actions had placed his livelihood at risk. Further, Mr. Bhadauria had admitted in cross-examination that the views expressed in the letters were not appropriate for a person responsible for teaching young people.

The dissenting member was also of the view that the evidence did not show that the grievor's feelings were temporary in nature or that they were momentary aberrations. Rather, he believed that the contrary was demonstrated when the grievor wrote the third letter following his dismissal.

Mr. Merritt considered the professional standards for teachers embodied in s. 264(1)(c) of the *Education Act* (formerly s. 235(1)(c)). Although he recognized that these standards establish goals rather than absolute requirements, they nonetheless reflect the fact that parents entrust their children to teachers *in loco parentis*, and require them to lead by example. He expressed concern that the anger, bitterness and hatred expressed in the letters would emerge in subtle ways in the classroom. As a result, he was unable to agree "with the great leap of faith which one must take to agree to his

A. S. Merritt (représentant désigné du Conseil) (dissident)

Monsieur Merritt a fait état du caractère extrême, cruel et vitriolique des lettres en question. Il a souligné que le plaignant se décrivait lui-même comme une [TRADUCTION] «bête assoiffée de vengeance», il a mis en doute la capacité d'une telle personne d'enseigner à des enfants. À son avis, le moment auquel avaient été écrites ces lettres témoignait d'un manque de jugement flagrant, en ce qu'elles compromettaient l'audience sur les droits de la personne qui, estimait l'auteur du grief, lui permettrait de prouver le bien-fondé de ses prétentions.

Un facteur important pour M. Merritt était le fait que le plaignant n'avait affiché aucun remords d'avoir écrit ces lettres, que ce soit avant ou pendant la procédure d'arbitrage. Les seules expressions de regret de M. Bhadauria semblaient se rapporter au fait que ses actes avaient mis en péril son gagne-pain. Qui plus est, au cours du contre-interrogatoire, M. Bhadauria avait admis que les vues exprimées dans les lettres étaient inconvenantes de la part d'une personne chargée d'enseigner à des jeunes.

Le membre dissident était aussi d'avis que la preuve ne démontrait pas que les sentiments du plaignant étaient temporaires ou constituaient des aberrations momentanées. Il estimait plutôt que le contraire avait été démontré lorsque le plaignant avait rédigé la troisième lettre à la suite de son congédiement.

Monsieur Merritt a examiné les normes professionnelles applicables aux enseignants, qui sont énoncées à l'al. 264(1)c) de la *Loi sur l'éducation* (anciennement l'al. 235(1)c)). Même s'il a reconnu que ces normes établissent des objectifs plutôt que des exigences absolues, il a néanmoins affirmé qu'elles traduisent le fait que les parents confient leurs enfants aux enseignants, pour que ceux-ci agissent en leur lieu et place, et qu'ils exigent d'eux qu'ils donnent l'exemple. Monsieur Merritt a dit craindre que la colère, l'amertume et la haine exprimées dans les lettres ne transpirent de façon

25

26

27

28

reinstatement". He would have upheld the employer's dismissal of the grievor.

Divisional Court

29 Steele J., writing for the court, examined the applicable law and concluded that the arbitration board had the jurisdiction to overturn the dismissal of the grievor and substitute a different penalty. The only question was whether the decision to do so was patently unreasonable.

30 Steele J. canvassed the evidence that formed the basis for the arbitral award, and concluded (at p. 12 O.A.C.) that there "was no evidence to support the temporary nature of the conduct. In fact the evidence was non-existent or entirely to the contrary." He noted that the arbitrators gave no credence to Mr. Bhadauria's own testimony. As well the evidence as to the grievor's good reputation ended in 1984, and the grievor himself indicated that his personality changed in that year. Further, the grievor showed no remorse, and the psychiatric evidence indicated that his conduct was likely to continue.

31 He observed that if there was evidence on which the Board of Arbitration could conclude that the grievor was fit to teach at the time of the hearing, then it would have been open to the arbitrators to exercise their discretion as to whether the grievor would be allowed to do so. However, since the letters demonstrated that he was not fit to teach, and there was no evidence to indicate that this was temporary, the substitution of the penalty by the arbitrators could not be upheld. Steele J. therefore quashed the award.

subtile dans la salle de cours. En conséquence, il n'a pu accepter [TRADUCTION] «le grand acte de foi qui doit être fait pour convenir de sa réintégration». Il aurait confirmé le congédiement de l'auteur du grief par l'employeur.

La Cour divisionnaire

Le juge Steele, s'exprimant au nom de la cour, a examiné le droit applicable et conclu que le conseil d'arbitrage avait compétence pour annuler le congédiement de l'auteur du grief et lui substituer une sanction différente. La seule question était de savoir si la décision de le faire était manifestement déraisonnable.

Le juge Steele a étudié soigneusement la preuve constituant le fondement de la décision arbitrale et il a conclu (à la p. 12 O.A.C.) qu'il n'y avait [TRADUCTION] «aucun élément de preuve étayant le caractère temporaire de la conduite. En fait, il n'y en avait pas ou ceux qui existaient étaient entièrement à l'effet contraire.» Le juge a fait remarquer que les arbitres n'avaient pas ajouté foi au témoignage de M. Bhadauria. De plus, la preuve de la bonne réputation de l'auteur du grief s'arrêtait à 1984, et ce dernier a lui-même indiqué que sa personnalité avait changé au cours de l'année en question. Qui plus est, l'auteur du grief n'a affiché aucun remords, et la preuve psychiatrique indiquait qu'il allait vraisemblablement continuer de se conduire de cette façon.

Le juge Steele a mentionné qu'il aurait été loisible au conseil d'arbitrage, s'il y avait eu des éléments de preuve permettant de conclure que l'auteur du grief était apte à enseigner à l'époque de l'audience, d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour décider si celui-ci devait être autorisé à le faire. Cependant, comme les lettres démontraient que le plaignant n'était pas apte à enseigner et qu'il n'existait aucune preuve indiquant que cette inaptitude était temporaire, le remplacement de la sanction par les arbitres ne pouvait être confirmé. Le juge Steele a en conséquence annulé la décision arbitrale.

Ontario Court of Appeal

The appeal from this decision was allowed by the Court of Appeal on the basis that “in applying the ‘patently unreasonable’ test, the Divisional Court permitted itself to review the merits to a greater extent than is appropriate under the definition of ‘patently unreasonable’ stipulated by the Supreme Court of Canada” (p. 154). The court determined that although a reviewing court might not agree with the arbitrators’ conclusion, it was not patently unreasonable. The order of the majority of the Board of Arbitration was therefore restored.

Issues

The sole issue to be decided on this appeal is whether the decision of the Board of Arbitration to overturn the employer’s dismissal of the grievor is patently unreasonable.

Analysis*Duty of Deference Owed to All Administrative Tribunals*

At the outset, it should be stressed that no new principle of law arises in this appeal. Rather, it must be resolved by the application of established principles. A brief review of the applicable principles may be of assistance. In *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, Iacobucci J., on behalf of the Court, considered the degree of judicial deference owed to the various categories of administrative tribunals. He described the position that should be adopted by courts in this way at pp. 589-90:

There exist various standards of review with respect to the myriad of administrative agencies that exist in our country. The central question in ascertaining the standard of review is to determine the legislative intent in conferring jurisdiction on the administrative tribunal. In answering this question, the courts have looked at

La Cour d’appel de l’Ontario

La Cour d’appel a accueilli l’appel de la décision de la Cour divisionnaire pour le motif que, [TRADUCTION] «dans l’application du critère de la décision «manifestement déraisonnable», la Cour divisionnaire s’était permis d’examiner le fond de l’affaire d’une manière plus approfondie qu’il ne convient de le faire selon la définition de l’expression «manifestement déraisonnable» formulée par la Cour suprême du Canada» (p. 154). La Cour d’appel a statué que, même s’il était possible qu’un tribunal siégeant en révision ne souscrive pas à la conclusion des arbitres, celle-ci n’était pas manifestement déraisonnable. Elle a en conséquence rétabli l’ordonnance des membres de la majorité du conseil d’arbitrage.

La question en litige

La seule question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si la décision du conseil d’arbitrage d’annuler le congédiement de l’auteur du grief par l’employeur est manifestement déraisonnable.

L’analyse*L’obligation de retenue envers les tribunaux administratifs*

Au départ, il convient de souligner que le présent pourvoi ne soulève aucun nouveau principe de droit. Il doit plutôt être tranché par application des principes reconnus. Il pourrait être utile de revoir brièvement ces principes. Dans *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, le juge Iacobucci, s’exprimant au nom de notre Cour, a examiné le degré de retenue judiciaire dont il faut faire preuve envers les diverses catégories de tribunaux administratifs. Il a décrit ainsi la position que les tribunaux devraient adopter, aux pp. 589 et 590:

Il existe diverses normes de contrôle applicables à la myriade d’organismes administratifs qui existent au Canada. Dans l’examen de la norme de contrôle applicable, il faut avant tout déterminer quelle était l’intention du législateur lorsqu’il a conféré compétence au tribunal administratif. Pour répondre à cette question, les

32

33

34

various factors. Included in the analysis is an examination of the tribunal's role or function. Also crucial is whether or not the agency's decisions are protected by a privative clause. Finally, of fundamental importance, is whether or not the question goes to the jurisdiction of the tribunal involved.

Having regard to the large number of factors relevant in determining the applicable standard of review, the courts have developed a spectrum that ranges from the standard of reasonableness to that of correctness. Courts have also enunciated a principle of deference that applies not just to the facts as found by the tribunal, but also to the legal questions before the tribunal in the light of its role and expertise. At the reasonableness end of the spectrum, where deference is at its highest, are those cases where a tribunal protected by a true privative clause is deciding a matter within its jurisdiction and where there is no statutory right of appeal. . . .

At the correctness end of the spectrum, where deference in terms of legal questions is at its lowest, are those cases where the issues concern the interpretation of a provision limiting the tribunal's jurisdiction (jurisdictional error) or where there is a statutory right of appeal which allows the reviewing court to substitute its opinion for that of the tribunal and where the tribunal has no greater expertise than the court on the issue in question, as for example in the area of human rights.

Very High Degree of Deference Owed to Labour Arbitration Boards

35

Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada, [1993] 1 S.C.R. 941 (PSAC No. 2), emphasized the essential importance of curial deference in the context of labour relations where the decision of the tribunal, like the Board of Arbitration in the instant appeal, is protected by a broad privative clause. There are a great many reasons why curial deference must be observed in such decisions. The field of labour relations is sensitive and volatile. It is essential that there be a means of providing speedy decisions by experts in the field who are sensitive to the situation, and

tribunaux ont examiné divers facteurs, dont le rôle ou la fonction du tribunal. Il est également essentiel de savoir si les décisions de l'organisme sont protégées par une clause privative. Enfin, il est d'une importance fondamentale de savoir si la question touche la compétence du tribunal concerné.

Compte tenu du grand nombre de facteurs pertinents pour la détermination de la norme de contrôle applicable, les tribunaux ont élaboré toute une gamme de normes allant de celle de la décision manifestement déraisonnable à celle de la décision correcte. Les tribunaux ont également formulé un principe de retenue judiciaire qui s'applique à l'égard non seulement des faits constatés par le tribunal, mais aussi des questions de droit dont le tribunal est saisi en raison de son rôle et de son expertise. À une extrémité de la gamme, où la norme du caractère raisonnable de la décision appelle le plus haut degré de retenue, ce sont les cas où un tribunal protégé par une véritable clause privative rend une décision relevant de sa compétence et où il n'existe aucun droit d'appel prévu par la loi. . . .

À l'autre extrémité de la gamme, où la norme de la décision correcte requiert le moins de retenue relativement aux questions juridiques, ce sont les cas où les questions en litige portent sur l'interprétation d'une disposition limitant la compétence du tribunal (erreur dans l'exercice de la compétence) ou encore les cas où la loi prévoit un droit d'appel qui permet au tribunal siégeant en révision de substituer son opinion à celle du tribunal, et où le tribunal ne possède pas une expertise plus grande que la cour de justice sur la question soulevée, par exemple dans le domaine des droits de la personne.

Le très haut degré de retenue envers les tribunaux d'arbitrage en matière de relations du travail

L'arrêt *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941 (AFPC n° 2), a fait ressortir qu'il est d'une importance capitale, dans le contexte des relations du travail, de faire preuve de retenue judiciaire dans les cas où la décision du tribunal, comme celle du conseil d'arbitrage en l'espèce, est protégée par une clause privative de large portée. Il existe de nombreuses raisons pour lesquelles il y a lieu de faire preuve de retenue judiciaire dans ces cas. Le domaine des relations de travail est délicat et explosif. Il est essentiel de disposer d'un moyen de pourvoir à la prise de décisions rapides, par des experts du domaine sensibles à la situation,

which can be considered by both sides to be final and binding.

In particular, it has been held that the whole purpose of a system of grievance arbitration is to secure prompt, final and binding settlement of disputes arising out of the interpretation or application of collective agreements and the disciplinary actions taken by an employer. This is a basic requirement for peace in industrial relations which is important to the parties and to society as a whole. See for example *Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission*, [1979] 2 S.C.R. 768, at p. 781; *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476, at p. 489, *per* Lamer J. (as he then was).

It was for these reasons that *PSAC No. 2* stressed that decisions of labour relations tribunals acting within their jurisdiction can only be set aside if they are patently unreasonable. That is very properly an extremely high standard, and there must not be any retreat from this position. Anything else would give rise to the endless protraction of labour disputes resulting in unrest and discontent. Indeed the principle of judicial deference is no more than the recognition by courts that legislators have determined that members of an arbitration board with their experience and expert knowledge should be those who resolve labour disputes arising under a collective agreement.

Jurisdiction of Arbitration Boards to Determine "Just Cause" and the Propriety of the Disciplinary Action of the Employer

A decision as to whether there is "just cause" for discipline of an employee comes within the jurisdiction of an arbitration board, and therefore can only be set aside if it is patently unreasonable. See the reasons of Beetz J. (for the majority) and the separate concurring reasons of Lamer J. in *Blanchard*, *supra*, at pp. 479 and 491-92.

décisions qui peuvent être considérées définitives par les deux parties.

De façon plus particulière, il a été jugé que le but de l'arbitrage des griefs est d'assurer un règlement rapide, définitif et exécutoire des différends concernant l'interprétation ou l'application d'une convention collective, ainsi que les mesures disciplinaires prises par les employeurs. Il s'agit d'une exigence fondamentale de la paix dans le domaine des relations industrielles, paix qui est importante pour les parties et l'ensemble de la société. Voir, par exemple, *Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768, à la p. 781; *Blanchard c. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 R.C.S. 476, à la p. 489, le juge Lamer (maintenant Juge en chef).

C'est pour ces motifs que, dans l'arrêt *AFPC no 2*, il a été souligné que les décisions prises par les tribunaux administratifs en matière de relations de travail, dans les limites de leur compétence, ne peuvent être annulées que si elles sont manifestement déraisonnables. Il s'agit d'une norme qui est à juste titre extrêmement exigeante, et elle ne doit pas être atténuée. Le faire entraînerait des conflits de travail interminables, qui seraient source d'agitation et d'insatisfaction. De fait, le principe de la retenue judiciaire n'est rien d'autre que la reconnaissance, par les cours de justice, du fait que les législateurs ont décidé que les conflits de travail découlant d'une convention collective devraient être réglés par un conseil d'arbitrage formé de membres possédant de l'expérience et des connaissances spécialisées en la matière.

La compétence des conseils d'arbitrage de statuer sur l'existence d'une «cause juste» et le bien-fondé des mesures disciplinaires prises par l'employeur

La décision concernant la question de savoir s'il existe une «cause juste» de prendre des mesures disciplinaires contre un employé relève de la compétence d'un conseil d'arbitrage et ne peut, en conséquence, être annulée que si elle est manifestement déraisonnable. Voir les motifs du juge Beetz (au nom de la majorité) ainsi que les motifs concordants du juge Lamer dans l'arrêt *Blanchard*, précité, aux pp. 479, 491 et 492.

36

37

38

39

In this case, the only unique aspect of the assessment of “just cause” and the determination of the appropriate penalty is that the arbitrators were required to interpret a provision of the *Education Act*. Section 264(1) of that Act sets out the standards of conduct for teachers. It is against the background of these provisions that the concept of “just cause” in the collective agreement must be considered. It has been held on several occasions that the expert skill and knowledge which an arbitration board exercises in interpreting a collective agreement does not usually extend to the interpretation of “outside” legislation. The findings of a board pertaining to the interpretation of a statute or the common law are generally reviewable on a correctness standard. See *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at pp. 336-37. An exception to this rule may occur where the external statute is intimately connected with the mandate of the tribunal and is encountered frequently as a result. See *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157, at p. 187, per Iacobucci J.

40

However, the resolution of this appeal does not require a determination as to whether the arbitrators hearing Mr. Bhadauria’s grievance were required to be correct in deciding whether the grievor’s misconduct breached the standards of conduct set out in s. 264(1)(c) of the *Education Act*. This is so since both the appellant and the respondent union agree, correctly in my view, that at the time that the letters were written, Mr. Bhadauria certainly did not exhibit the characteristics statutorily required of a person who is responsible for teaching young people. The essential question before the Board was whether the failure to meet these standards was temporary and whether discharge was appropriate. These issues were within the jurisdiction of the Board. Thus their decision can only be set aside if it was patently unreasonable.

En l’espèce, le seul aspect particulier de l’examen de la «cause juste» et de la détermination de la sanction appropriée est que les arbitres ont dû interpréter une disposition de la *Loi sur l’éducation*. Le paragraphe 264(1) de la Loi énonce les normes de conduite qui doivent respecter les enseignants. C’est contre la toile de fond établie par ces dispositions que doit être examiné le concept de «cause juste» dans la convention collective. Il a été statué à plusieurs reprises que les connaissances et l’expertise que possède un conseil d’arbitrage en matière d’interprétation d’une convention collective ne s’étendent habituellement pas à l’interprétation de mesures législatives extrinsèques. Les conclusions d’un conseil sur l’interprétation d’une loi ou de la common law peuvent généralement faire l’objet d’un examen selon la norme de la décision correcte. Voir *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d’Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, aux pp. 336 et 337. Il peut y avoir dérogation à cette règle dans des cas où la loi est intimement liée au mandat du tribunal et où celui-ci est souvent appelé à l’examiner. Voir *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, à la p. 187, le juge Iacobucci.

Cependant, il n’est pas nécessaire, pour trancher le présent pourvoi, de déterminer si les arbitres saisis du grief de M. Bhadauria étaient tenus de rendre une décision correcte lorsqu’ils ont décidé si la mauvaise conduite de l’auteur du grief violait les normes de conduite énoncées à l’al. 264(1)(c) de la *Loi sur l’éducation*. Il en est ainsi parce que l’appelant et le syndicat intimé conviennent, à juste titre à mon avis, qu’au moment où les lettres ont été écrites, M. Bhadauria ne montrait certes pas les qualités que la loi exige d’une personne chargée d’enseigner à des jeunes. Essentiellement, le conseil d’arbitrage devait déterminer si l’absence de respect de ces normes était temporaire et si le congédiement était une mesure appropriée. Ces questions relevaient de la compétence du conseil d’arbitrage. En conséquence, sa décision ne peut être annulée que si elle est manifestement déraisonnable.

What Constitutes a Patently Unreasonable Decision?

A number of decisions of this Court have considered the circumstances which will give rise to a finding that a decision of an administrative body is patently unreasonable. The test has been articulated somewhat differently for findings of fact and findings of law.

Where a tribunal is interpreting a legislative provision, the test is:

... was the Board's interpretation so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review?

See *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, at p. 237.

A slight variation of this test applies to arbitrators interpreting a collective agreement. In those circumstances, a court will not intervene "so long as the words of that agreement have not been given an interpretation which those words cannot reasonably bear": *Bradco, supra*, at p. 341.

It has been held that a finding based on "no evidence" is patently unreasonable. However, it is clear that a court should not intervene where the evidence is simply insufficient. As Estey J., dissenting in part, noted in *Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245, at p. 277:

... a decision without any evidence whatever in support is reviewable as being arbitrary; but on the other hand, insufficiency of evidence in the sense of appellate review is not jurisdictional, and while it may at one time have amounted to an error reviewable on the face of the record, in present day law and practice such error falls within the operational area of the statutory board, is included in the cryptic statement that the board has the right to be wrong within its jurisdiction, and hence is free from judicial review.

En quoi consiste une décision manifestement déraisonnable?

Dans un certain nombre d'arrêts, notre Cour a examiné les circonstances qui amènent à conclure que la décision d'un organisme administratif est manifestement déraisonnable. Ce critère a été formulé quelque peu différemment selon qu'il s'agit de conclusions de fait ou de conclusions de droit.

Lorsqu'un tribunal interprète une disposition législative, le critère applicable est le suivant:

... l'interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire?

Voir *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, à la p. 237.

Le critère varie légèrement dans le cas des arbitres interprétant une convention collective. Dans de telles circonstances, une cour de justice n'interviendra pas «dans la mesure où les termes de celle-ci [la convention collective] n'ont pas été interprétés d'une façon inacceptable»: *Bradco*, précité, à la p. 341.

Il a été jugé qu'une conclusion ne reposant sur «aucune preuve» est manifestement déraisonnable. Cependant, il est clair que la cour ne devrait pas intervenir lorsque la preuve est simplement insuffisante. Comme l'a affirmé le juge Estey, dissident en partie, dans *Douglas Aircraft Co. of Canada c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245, à la p. 277:

... une décision qui ne serait étayée par aucune preuve pourrait être révisée parce qu'elle est arbitraire; cependant, l'insuffisance de la preuve au sens donné à cette expression en matière d'appel ne comporte pas un excès de compétence et, bien qu'à une certaine époque elle ait pu équivaloir à une erreur de droit apparente à la lecture du dossier, le droit et la pratique actuels considèrent qu'une telle erreur fait partie du domaine opérationnel d'un conseil établi en vertu d'une loi, ce que traduit l'énoncé sibyllin suivant lequel le conseil a le privilège de se tromper dans les limites de sa compétence, et son erreur n'est donc pas soumise au contrôle judiciaire.

41

42

43

44

45 When a court is reviewing a tribunal's findings of fact or the inferences made on the basis of the evidence, it can only intervene "where the evidence, viewed reasonably, is incapable of supporting a tribunal's findings of fact": *Lester (W. W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644, at p. 669 per McLachlin J.

46 All these tests are strict: see *Blanchard, supra*, at p. 481 per Beetz J. and at p. 493 per Lamer J. In *PSAC No. 2, supra*, it was put in this way at pp. 963-64:

It is said that it is difficult to know what "patently unreasonable" means. What is patently unreasonable to one judge may be eminently reasonable to another. Yet any test can only be defined by words, the building blocks of all reasons. Obviously, the patently unreasonable test sets a high standard of review. In the *Shorter Oxford English Dictionary* "patently", an adverb, is defined as "openly, evidently, clearly". "Unreasonable" is defined as "[n]ot having the faculty of reason; irrational. . . . Not acting in accordance with reason or good sense". Thus, based on the dictionary definition of the words "patently unreasonable", it is apparent that if the decision the Board reached, acting within its jurisdiction, is not clearly irrational, that is to say evidently not in accordance with reason, then it cannot be said that there was a loss of jurisdiction. This is clearly a very strict test.

Yet courts also have a duty to protect parties from a decision which is patently unreasonable.

The Review of the Record

47 In order to decide whether a decision of an administrative tribunal is patently unreasonable, a court may examine the record to determine the basis for the challenged findings of fact or law made by the tribunal. As Gonthier J., writing for the majority in *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at p. 1370, observed "[i]n some cases, the unrea-

Lorsqu'une cour de justice contrôle les conclusions de fait d'un tribunal administratif ou les inférences qu'il a tirées de la preuve, elle ne peut intervenir que «lorsque les éléments de preuve, perçus de façon raisonnable, ne peuvent étayer les conclusions de fait du tribunal»: *Lester (W. W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644, à la p. 669, le juge McLachlin.

Tous ces critères sont stricts: voir *Blanchard*, précité, à la p. 481, le juge Beetz, et à la p. 493, le juge Lamer. Dans *AFPC n° 2*, précité, la description suivante a été donnée aux pp. 963 et 964:

Le sens de l'expression «manifestement déraisonnable», fait-on valoir, est difficile à cerner. Ce qui est manifestement déraisonnable pour un juge peut paraître éminemment raisonnable pour un autre. Pourtant, pour définir un critère nous ne disposons que de mots, qui forment, eux, les éléments de base de tous les motifs. Le critère du caractère manifestement déraisonnable représente, de toute évidence, une norme de contrôle sévère. Dans le *Grand Larousse de la langue française*, l'adjectif manifeste est ainsi défini: «Se dit d'une chose que l'on ne peut contester, qui est tout à fait évidente». On y trouve pour le terme déraisonnable la définition suivante: «Qui n'est pas conforme à la raison; qui est contraire au bon sens». Eu égard donc à ces définitions des mots «manifeste» et «déraisonnable», il appert que si la décision qu'a rendue la Commission, agissant dans le cadre de sa compétence, n'est pas clairement irrationnelle, c'est-à-dire, de toute évidence non conforme à la raison, on ne saurait prétendre qu'il y a eu perte de compétence. Visiblement, il s'agit là d'un critère très strict.

Néanmoins, les cours de justice ont également le devoir de protéger les parties contre une décision qui est manifestement déraisonnable.

L'examen du dossier

Pour déterminer si la décision d'un tribunal administratif est manifestement déraisonnable, une cour de justice peut examiner le dossier afin de découvrir le fondement des conclusions de fait ou de droit qu'a tirées le tribunal et qui sont contestées. Comme a fait observer le juge Gonthier, s'exprimant au nom de la majorité dans *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importa-*

sonableness of a decision may be apparent without detailed examination of the record. In others, it may be no less unreasonable but this can only be understood upon an in-depth analysis." In *Lester*, *supra*, this Court conducted a review of the record to determine if there was any evidence which could reasonably support a particular factual finding made by a labour relations board.

Therefore, in those circumstances where the arbitral findings in issue are based upon inferences made from the evidence, it is necessary for a reviewing court to examine the evidence that formed the basis for the inference. I would stress that this is not to say that a court should weigh the evidence as if the matter were before it for the first time. It must be remembered that even if a court disagrees with the way in which the tribunal has weighed the evidence and reached its conclusions, it can only substitute its opinion for that of the tribunal where the evidence viewed reasonably is incapable of supporting the tribunal's findings.

Application of these Principles to the Case at Bar

Finding of "Just Cause" for Discipline

The first step in any inquiry as to whether an employee has been dismissed for "just cause" is to ask whether the employee is actually responsible for the misconduct alleged by the employer. The second step is to assess whether the misconduct gives rise to just cause for discipline. The final step is to determine whether the disciplinary measures selected by the employer are appropriate in light of the misconduct and the other relevant circumstances. See *Heustis*, *supra*, at p. 772.

There is no doubt that Mr. Bhadauria was guilty of misconduct. Furthermore, the arbitrators clearly found that there was "just cause" for discipline.

tions), [1990] 2 R.C.S. 1324, à la p. 1370, «[d]ans certains cas, le caractère déraisonnable d'une décision peut ressortir sans qu'il soit nécessaire d'examiner en détail le dossier. Dans d'autres cas, il se peut qu'elle ne soit pas moins déraisonnable mais que cela ne puisse être constaté qu'après une analyse en profondeur.» Dans *Lester*, précité, notre Cour a examiné le dossier pour déterminer s'il existait quelque élément de preuve pouvant raisonnablement étayer une conclusion de fait particulière tirée par une commission des relations du travail.

En conséquence, dans les cas où les conclusions arbitrales en litige reposent sur des inférences tirées de la preuve, il est nécessaire que la cour de justice qui contrôle la décision examine cette preuve. Je précise que cela ne veut pas dire que la cour doit apprécier la preuve comme si elle avait été saisie de la question en premier lieu. Il faut se rappeler que, même si la cour de justice n'est pas d'accord avec la façon dont le tribunal administratif a apprécié la preuve et tiré ses conclusions, c'est uniquement dans le cas où la preuve, appréciée raisonnablement, est incapable d'étayer les conclusions du tribunal que la cour peut substituer son opinion à celle du tribunal.

L'application des principes à l'espèce

Conclure à l'existence d'une «cause juste» justifiant les mesures disciplinaires

La première étape de tout examen de la question de savoir si un employé a été congédié pour une «cause juste» consiste à se demander si l'employé est effectivement responsable de la mauvaise conduite que lui reproche l'employeur. La deuxième étape est de déterminer si la mauvaise conduite constitue une cause juste justifiant les mesures disciplinaires. La dernière étape consiste à décider si les mesures disciplinaires choisies par l'employeur sont appropriées compte tenu de la mauvaise conduite et des autres circonstances pertinentes. Voir *Heustis*, précité, à la p. 772.

Il ne fait aucun doute que M. Bhadauria était coupable de la mauvaise conduite reprochée. Qui plus est, les arbitres ont clairement conclu à

48

49

50

The only question was whether the disciplinary measure of dismissal was too harsh.

51 The standards of conduct that everyone agrees were breached by Mr. Bhadauria are set out in s. 264(1)(c) of the *Education Act*. It may be helpful to set out that section once again:

264. (1) It is the duty of a teacher and a temporary teacher,

- (a) to teach diligently and faithfully the classes or subjects assigned to the teacher by the principal;
- (b) to encourage the pupils in the pursuit of learning;
- (c) to inculcate by precept and example respect for religion and the principles of Judaeo-Christian morality and the highest regard for truth, justice, loyalty, love of country, humanity, benevolence, sobriety, industry, frugality, purity, temperance and all other virtues;

52 The language is that of another era. The requirements it sets for teachers reflect the ideal and not the minimal standard. They are so idealistically high that even the most conscientious, earnest and diligent teacher could not meet all of them at all times. Angels might comply but not mere mortals. It follows that every breach of the section cannot be considered to infringe upon the values that are essential to the make-up of a good teacher. However, the section does indicate that teachers are very properly expected to maintain a higher standard of conduct than other employees because they occupy such an extremely important position in society. The function of the section was aptly described in *Re Etobicoke Board of Education and Ontario Secondary School Teachers' Federation, District 12* (1981), 2 L.A.C. (3d) 265, at p. 271, in these words:

... even though s. 229(1)(c) [now 264(1)(c)] cannot be enforced to the letter by use of disciplinary sanctions, it does stand as an exhortation to teachers to aspire to the impossible role assigned to them. The legislation,

l'existence d'une «cause juste» justifiant les mesures disciplinaires. La seule question était de savoir si le congédiement était une mesure disciplinaire trop sévère.

Les normes de conduite qui, comme tous l'ont reconnu, ont été violées par M. Bhadauria sont énoncées à l'al. 264(1)c) de la *Loi sur l'éducation*. Il est utile de les reproduire à nouveau:

264. (1) L'enseignant, même temporaire, exerce les fonctions suivantes:

- a) enseigner avec application et loyauté aux classes que lui assigne le directeur d'école, et enseigner ainsi les matières que lui assigne celui-ci;
- b) encourager les élèves à poursuivre leur apprentissage;
- c) inculquer, par les préceptes et l'exemple, le respect de la religion et les principes de la morale judéo-chrétienne et la plus haute considération pour la vérité, la justice, la loyauté, le patriotisme, l'humanité, la bienveillance, la sobriété, le zèle, la frugalité, la pureté, la modération et toutes les autres vertus;

Le langage de cette disposition appartient à une autre époque. Les exigences qu'il fixe aux enseignants reflètent un idéal et non une norme minimale. Elles sont si idéalement élevées que même l'enseignant le plus consciencieux, le plus sérieux et le plus diligent ne pourrait à tout moment les satisfaire toutes. Les anges pourraient s'y conformer, mais non de simples mortels. Il s'ensuit que tout manquement à cette disposition ne peut être considéré comme une atteinte aux valeurs essentielles que doit respecter un bon enseignant. Cependant, cette disposition indique effectivement que l'on attend à bon droit des enseignants qu'ils maintiennent une norme de conduite plus élevée que d'autres employés en raison de la position extrêmement importante qu'ils occupent dans la société. Le rôle de cette disposition a été décrit avec justesse dans *Re Etobicoke Board of Education and Ontario Secondary School Teachers' Federation, District 12* (1981), 2 L.A.C. (3d) 265, à la p. 271:

[TRADUCTION] ... même si l'al. 229(1)c) [maintenant l'al. 264(1)c)] ne peut être appliqué à la lettre par le recours à des sanctions disciplinaires, il exhorte néanmoins les enseignants à se montrer à la hauteur de

properly understood, does not require teachers to be saints; it does, however, indicate the need for a higher standard of conduct than that required of other employees. Such high standards are not uncommon in the professions, nor is it uncommon that a failure to achieve them results in the loss of professional status or employment.

It follows that an employer will only be justified in disciplining a teacher in cases of a significant breach of the section. There can be no doubt that the opinions expressed and the wording used in the letters of Mr. Bhadauria constituted very significant if not extreme misconduct. The letters did not simply express dissatisfaction with working conditions; they were threats of violence. The fact that they may have been written outside the hours of teaching duty cannot either excuse or alleviate the seriousness of the misconduct.

Significance of Misconduct Outside the Classroom

Section 264(1)(c) requires teachers to inculcate by precept and example the highest regard for truth, justice, loyalty, love of country, humanity and benevolence. These are values that all parents wish their children to learn. In their position of trust, teachers must teach by example as well as by lesson, and that example is set just as much by their conduct outside the classroom as by their performance within it. Thus misconduct which occurs outside regular teaching hours can be the basis for discipline proceedings.

Ross v. New Brunswick School District No. 15, [1996] 1 S.C.R. 825, upheld the portions of an order by a Board of Inquiry under human rights legislation that required a Board of Education to dismiss a teacher who publicly espoused and published extreme anti-Semitic views. La Forest J., writing for the Court, emphasized the sensitive environment of a school and the need to hold

l'impossible rôle qui leur est confié. La loi, interprétée correctement, n'exige pas des enseignants qu'ils soient des saints; cependant, elle témoigne effectivement de la nécessité d'une norme de conduite plus élevée que celle requise d'autres employés. De telles normes élevées ne sont pas rares dans le monde des professions, et il n'est pas rare non plus que le fait de ne pas les respecter entraîne la perte du statut professionnel ou d'un emploi.

Il s'ensuit qu'un employeur n'est justifié de prendre des mesures disciplinaires contre un enseignant qu'en cas de violation importante de la disposition. Il ne fait aucun doute que le libellé des lettres de M. Bhadauria et les opinions y exprimées constituaient une mauvaise conduite fort importante, voire extrême. Les lettres n'étaient pas simplement l'expression d'une insatisfaction à l'égard des conditions de travail; elles étaient des menaces de violence. Le fait que ces lettres ont pu être rédigées en dehors des heures d'enseignement ne saurait excuser ni atténuer la gravité de cette mauvaise conduite.

L'importance des actes de mauvaise conduite en dehors des salles de cours

L'alinéa 264(1)c) exige des enseignants qu'ils inculquent, par les préceptes et l'exemple, la plus haute considération pour la vérité, la justice, la loyauté, le patriotisme, l'humanité et la bienveillance. Ce sont des valeurs que tout parent désire que son enfant apprenne. Du fait de leur situation de confiance, les enseignants doivent prêcher par l'exemple et par leur enseignement, et ils donnent l'exemple autant par leur conduite en dehors des salles de cours que par leur prestation dans celles-ci. En conséquence, toute mauvaise conduite en dehors des heures normales d'enseignement peut constituer le fondement de procédures disciplinaires.

Dans *Ross c. Conseil scolaire du district N° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, notre Cour a confirmé les passages d'une ordonnance d'une commission d'enquête constituée en vertu d'une loi sur les droits de la personne qui intimait à un Conseil de l'éducation de congédier un enseignant qui embrassait publiquement et publiait des opinions antisémites extrêmes. Le juge La Forest,

53

54

55

teachers to high standards of professional conduct inside and outside the school. At pp. 856-58 he wrote:

A school is a communication centre for a whole range of values and aspirations of a society. In large part, it defines the values that transcend society through the educational medium. The school is an arena for the exchange of ideas and must, therefore, be premised upon principles of tolerance and impartiality so that all persons within the school environment feel equally free to participate. As the Board of Inquiry stated, a school board has a duty to maintain a positive school environment for all persons served by it.

Teachers are inextricably linked to the integrity of the school system. Teachers occupy positions of trust and confidence, and exert considerable influence over their students as a result of their positions. The conduct of a teacher bears directly upon the community's perception of the ability of the teacher to fulfill such a position of trust and influence, and upon the community's confidence in the public school system as a whole. . . .

By their conduct, teachers as "medium" must be perceived to uphold the values, beliefs and knowledge sought to be transmitted by the school system. The conduct of a teacher is evaluated on the basis of his or her position, rather than whether the conduct occurs within the classroom or beyond. Teachers are seen by the community to be the medium for the educational message and because of the community position they occupy, they are not able to "choose which hat they will wear on what occasion" (see *Re Cromer and British Columbia Teachers' Federation* (1986), 29 D.L.R. (4th) 641 (B.C.C.A.), at p. 660); teachers do not necessarily check their teaching hats at the school yard gate and may be perceived to be wearing their teaching hats even off duty.

The same principles were affirmed in *R. v. Audet*, [1996] 2 S.C.R. 171.

56

A conviction for a criminal offence is a common example of "off duty" conduct that gives rise to professional disciplinary measures for teachers. See for example *Re Wellington Board of Education*

s'exprimant au nom de notre Cour, a souligné le caractère délicat du milieu scolaire ainsi que la nécessité de tenir les enseignants à des normes élevées de conduite professionnelle, et ce tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'école. Il a écrit ceci, aux pp. 856 à 858:

Une école est un centre de communication de toute une gamme de valeurs et d'aspirations sociales. Par l'entremise de l'éducation, elle définit, dans une large mesure, les valeurs qui transcendent la société. Lieu d'échange d'idées, l'école doit reposer sur des principes de tolérance et d'impartialité de sorte que toutes les personnes qui se trouvent en milieu scolaire se sentent également libres de participer. Comme l'a dit la commission d'enquête, le conseil scolaire a l'obligation de maintenir un milieu scolaire positif pour toutes les personnes qu'il sert.

Les enseignants sont inextricablement liés à l'intégrité du système scolaire. En raison de la position de confiance qu'ils occupent, ils exercent une influence considérable sur leurs élèves. Le comportement d'un enseignant influe directement sur la perception qu'a la collectivité de sa capacité d'occuper une telle position de confiance et d'influence, ainsi que sur la confiance des citoyens dans le système scolaire public en général. . . .

Le comportement de l'intermédiaire qu'est l'enseignant doit traduire son adhésion à ces valeurs, croyances et connaissances que le système scolaire cherche à communiquer. Son comportement est évalué en fonction de la position même qu'il occupe, et non en fonction de la question de savoir si le comportement en cause a été adopté en classe ou ailleurs. L'enseignant est perçu dans la collectivité comme l'intermédiaire par lequel passe le message éducatif, et en raison de la position qu'il y occupe, il n'est pas en mesure de [TRADUCTION] «choisir le chapeau qu'il portera et dans quelle occasion» (voir *Re Cromer and British Columbia Teachers' Federation* (1986), 29 D.L.R. (4th) 641 (C.A.C.-B.), à la p. 660); ce chapeau d'enseignant, il ne l'enlève donc pas nécessairement à la sortie de l'école et, pour certains, il continue à le porter même après les heures de travail. . . .

Les mêmes principes ont été confirmés dans *R. c. Audet*, [1996] 2 R.C.S. 171.

Une déclaration de culpabilité relativement à une infraction criminelle est un exemple courant de conduite «en dehors des heures de travail» donnant lieu à des mesures disciplinaires contre un

and *O.S.S.T.F.* (1991), 24 L.A.C. (4th) 110, at p. 115, where it was held that “a school board may discipline and even discharge a teacher for off-duty conduct because of the particular position he or she occupies in the community”. See also *Board of Education for the City of London and O.S.S.T.F., District 4*, October 7, 1986, unreported (Teplitsky), upheld on judicial review to the Ontario Divisional Court (unreported endorsement).

In deciding whether there is just cause for the imposition of the particular form of discipline selected by the employer, arbitrators must assess the seriousness of the misconduct in the context of the existing circumstances. These circumstances include, where appropriate, such matters as the seniority and the past performance of the teacher. As well, it is essential that arbitrators recognize the sensitivity of the educational setting and ensure that a person who is clearly incapable of adequately fulfilling the duties of a teacher both inside and outside the classroom is not returned to the classroom. Both the vulnerability of students and the need for public confidence in the education system demand such caution. It is significant that the majority of the Board made no reference to the effect the letters of Mr. Bhadauria might have had upon public confidence in the education system. In reviewing the decision of this Board of Arbitration to reinstate Mr. Bhadauria it is therefore necessary and indeed essential to ensure that there was a reasonable basis for concluding that Mr. Bhadauria was fit to return to teaching.

Was the Decision to Return Mr. Bhadauria to the Classroom Patently Unreasonable?

In making their “leap of faith” and holding that Mr. Bhadauria should be given another chance to demonstrate that his teaching ability had not been

enseignant. Voir, par exemple, l'affaire *Re Wellington Board of Education and O.S.S.T.F.* (1991), 24 L.A.C. (4th) 110, à la p. 115, dans laquelle il a été jugé qu'un [TRADUCTION] «Conseil de l'éducation peut, vu la position particulière qu'occupent les enseignants dans la collectivité, prendre des mesures disciplinaires contre un enseignant, voire le congédier, pour sa conduite en dehors des heures de travail.» Voir aussi *Board of Education for the City of London and O.S.S.T.F., District 4*, 7 octobre 1986, décision inédite (Teplitsky), confirmée à la suite d'un contrôle judiciaire de la Cour divisionnaire de l'Ontario (jugement manuscrit inédit).

Lorsqu'ils décident s'il existe une cause juste justifiant la mesure disciplinaire particulière choisie par l'employeur, les arbitres doivent apprécier la gravité de la mauvaise conduite dans le contexte des circonstances existantes. Parmi ces circonstances, mentionnons, dans les cas appropriés, des aspects comme l'ancienneté de l'enseignant et son rendement jusque là. De plus, il est essentiel que les arbitres reconnaissent le caractère délicat du milieu scolaire et fassent en sorte qu'une personne qui est clairement incapable de s'acquitter adéquatement de ses fonctions d'enseignant, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des salles de cours, ne puisse y retourner. Tant la vulnérabilité des élèves que la nécessité de préserver la confiance du public dans le système d'éducation commandent une telle prudence. Le fait que les membres de la majorité du conseil d'arbitrage n'ont fait aucune mention de l'incidence des lettres de M. Bhadauria sur la confiance du public dans le système de l'éducation est important. Dans l'examen de la décision du conseil d'arbitrage de réintégrer M. Bhadauria, il est donc nécessaire, de fait il est essentiel de s'assurer que le conseil était raisonnablement fondé à conclure que M. Bhadauria était apte à reprendre ses fonctions d'enseignant.

La décision de permettre à M. Bhadauria de retourner en salle de cours était-elle manifestement déraisonnable?

En faisant leur «acte de foi» et en statuant que M. Bhadauria devait recevoir une autre chance de démontrer que sa capacité d'enseigner n'avait pas

“completely destroyed”, the majority of the Board of Arbitration made two key findings of fact. These findings are, in my view, the sole basis for the Board’s conclusion that the grievor was capable of returning to the classroom. The first was the finding that his unacceptable conduct was temporary because it could be attributed to the stress and frustration of the Board of Inquiry hearings. The second and related finding was that Mr. Bhadauria was “not beyond redemption”. If these findings were patently unreasonable in that there was no evidence upon which they could be based, then the decision of the arbitrators should be quashed.

été «complètement détruite», la majorité du conseil d’arbitrage a tiré deux constatations de fait fondamentales, qui constituent, à mon avis, le seul fondement de la conclusion du conseil que l’auteur du grief était capable de retourner en salle de cours. La première constatation était que sa conduite inacceptable était temporaire, étant donné qu’elle pouvait être attribuée au stress et à la frustration résultant des audiences de la commission d’enquête. La deuxième — connexe à la première — était que M. Bhadauria n’était «pas irrécupérable». Si ces constatations étaient manifestement déraisonnables parce qu’il n’y avait pas de preuve pouvant les étayer, la décision des arbitres devrait être annulée.

59 In light of the importance of the role of teachers in our society, it was simply not open to the Board to conclude both that the grievor was unfit to be in the classroom and that he should be allowed to return in the absence of evidence that he was fit to do so. If there was any evidence that his conduct was temporary and aberrant, then it was certainly open to the Board to exercise its discretion and reinstate Mr. Bhadauria, with or without conditions. Alternatively, it could have concluded that the breach of professional standards was so grave that he should be dismissed, regardless of his ability to perform his duties. The reasonableness of the decision by the majority of the Board of Arbitration to return Mr. Bhadauria to his teaching duties hinges entirely on the inference made by the majority that his conduct was temporary.

Vu l’importance du rôle des enseignants dans notre société, il n’était tout simplement pas loisible au conseil d’arbitrage de conclure à la fois que le plaignant n’était pas apte à enseigner et qu’il devrait être autorisé à retourner en salle de cours, en l’absence de preuve qu’il était apte à le faire. S’il existait quelque élément de preuve que la conduite du plaignant était temporaire et aberrante, il était certainement loisible au conseil d’arbitrage d’exercer son pouvoir discrétionnaire et de prononcer la réintégration de M. Bhadauria, assortie ou non de conditions. Subsidiairement, le conseil d’arbitrage aurait pu conclure que la violation des normes professionnelles était si grave que l’auteur du grief devait être congédié, indépendamment de sa capacité de s’acquitter de ses fonctions. Le caractère raisonnable de la décision des membres de la majorité du conseil d’arbitrage de réintégrer M. Bhadauria dans ses fonctions d’enseignant repose entièrement sur leur inférence que sa conduite était temporaire.

60 It is essential to recall the salutary caution expressed by Lamer J. in *Blanchard, supra*, at p. 499:

... courts should always be mindful of the fact that an arbitrator is in a far better position to assess the impact of the award. . . . Often, too, the administrative “judge” is better trained and better informed on the area of his jurisdiction, and has access to information which more often than not does not find its way into the record submitted to the court. To this must be added the fact that the arbitrator saw and heard the parties.

Il est essentiel de rappeler la salutaire mise en garde faite par le juge Lamer dans *Blanchard*, précité, à la p. 499:

... les tribunaux [...] devraient [toujours se] rappel[er] que l’arbitre est éminemment mieux placé pour juger de l’impact de la décision. [...] Souvent, aussi, le «juge» administratif est mieux formé et mieux renseigné sur le milieu où s’exerce sa compétence, et a accès à des renseignements qui ne se retrouvent pas, plus souvent qu’autrement, au dossier soumis à la cour. À cela s’ajoute le fait que l’arbitre a vu et entendu les parties.

Nonetheless, I am of the view that, although the reasons of the majority of the Board of Arbitration are adequate from a legal perspective, they do contain a number of disquieting contradictions which are difficult to explain. These contradictions are obvious from a review of the significant items of evidence on which the arbitration board relied in making its determination.

All the evidence before the Board not only contradicted the inference made by the majority that his conduct was temporary but rather confirmed that it persisted. First, the majority of the Board of Arbitration accepted Ms. Green's evidence that Mr. Bhadauria was not capable of fulfilling the duties of a teacher, and they rejected Mr. Bhadauria's evidence explaining his conduct. Second, the medical evidence indicated that while Mr. Bhadauria was not likely to be physically violent, he was likely to continue his verbal attacks. Third, the majority had before them the third letter of Mr. Bhadauria which demonstrated a shocking lack of judgment and exhibited the same feelings of hatred and bitterness which prompted the first two letters.

i) The Testimony of Mr. Bhadauria and the Employer

The majority of the Board unequivocally accepted and agreed with the testimony of Ms. Green, the current Director of Education, that the grievor had failed to live up to the standards required of a teacher under s. 264(1)(c). They found her evidence to be "straightforward" and "difficult to fault". She testified "that the grievor was incapable of providing for the emotional growth and desirable self-esteem that was required when teaching young people and accordingly that he was unsuitable to be a classroom teacher". She added that as a parent she did not want her children in a classroom with a person such as Mr. Bhadauria, in light of his views and the hatred that he expressed in the letters.

Néanmoins, je suis d'avis que, même s'ils sont suffisants du point de vue juridique, les motifs de la majorité du conseil d'arbitrage renferment un certain nombre de contradictions troublantes et difficiles à expliquer. Ces contradictions ressortent clairement de l'examen des éléments de preuve importants sur lesquels s'est fondé le conseil d'arbitrage pour rendre sa décision.

Non seulement les divers éléments de preuve dont disposait le conseil d'arbitrage contredisaient l'inférence de la majorité que la conduite de M. Bhadauria était temporaire, mais au contraire ils confirmaient qu'elle persistait. Premièrement, les membres de la majorité du conseil d'arbitrage ont accepté le témoignage de M^{me} Green, qui était d'avis que M. Bhadauria n'était pas en mesure de remplir les fonctions d'enseignant, et ils ont rejeté le témoignage de M. Bhadauria expliquant sa conduite. Deuxièmement, la preuve médicale indiquait que, même si M. Bhadauria n'allait vraisemblablement pas recourir à la violence physique, il continuerait probablement ses attaques verbales. Troisièmement, les membres de la majorité avaient devant les yeux la troisième lettre de M. Bhadauria, dans laquelle ce dernier faisait montre d'un manque de jugement épouvantable et affichait les mêmes sentiments de haine et d'amertume qui avaient inspiré les deux premières lettres.

i) Le témoignage de M. Bhadauria et de l'employeur

Les membres de la majorité du conseil d'arbitrage ont clairement accepté le témoignage de M^{me} Green, actuelle directrice de l'éducation, qui a affirmé que l'auteur du grief n'avait pas satisfait aux normes requises d'un enseignant par l'al. 264(1)c). Ils ont conclu que son témoignage était [TRADUCTION] «franc» et «difficile à critiquer». Elle a témoigné [TRADUCTION] «que l'auteur du grief était incapable de favoriser le développement émotif et l'estime de soi souhaitable qui sont requis lorsqu'on enseigne aux jeunes, et que, de ce fait, il était inapte à l'enseignement». Elle a ajouté qu'elle ne voulait pas, en tant que parent, que ses enfants aient comme enseignant une personne comme M. Bhadauria, compte tenu de ses opinions et de la haine qu'il exprimait dans les lettres.

63 By contrast, the majority emphatically rejected Mr. Bhadauria's explanations of his conduct. They dismissed them as "shallow" and unable to "withstand the able cross examination of counsel for the Board". As a result, the majority was not prepared to "give any credence to the grievor's testimony in that regard". In fact, counsel for the appellant obtained an admission from the grievor on cross-examination that his actions in writing the first two letters were not those of a person who should be teaching young people. In light of this it is not surprising that the majority concluded that the grievor's testimony was not credible.

64 It is significant that the grievor himself stated in his letters that he was unfit to be in a classroom. He indicated that eight years of discrimination had turned him into "an emotionless human stone" and "a blood-thirsty and revengeful devil." He wrote that "persecution has totally destroyed my teaching ability, my memory, and my gentleness". Furthermore, Mr. Bhadauria promised at the end of the second letter that he would "haunt" Dr. McKeown, and remind him yearly at Christmas that he was the "funeral director" of Mr. Bhadauria's career and that "there [would] be no escaping" this reminder. The letters themselves suggest that his conduct will continue, and that he is therefore unfit to teach.

65 Despite this apparently overwhelming evidence, the majority concluded that the grievor's conduct could be attributed to the stress of the hearings before the human rights Board of Inquiry. They expressed the opinion that now that the Inquiry was over, it was likely that he would "return to a calmer state". In my view, this could only be a reasonable inference if some of the statements made by the experts who examined Mr. Bhadauria are taken out of context, and if the grievor had not sent the third letter. Evidence of Mr. Bhadauria's good

À l'opposé, les membres de la majorité ont catégoriquement rejeté les explications que M. Bhadauria a données de sa conduite. Ils les ont rejetées, les disant [TRADUCTION] «superficielles» et incapables de «résister à l'habile contre-interrogatoire de l'avocat du Conseil [de l'éducation]». En conséquence, les membres de la majorité n'étaient pas disposés à [TRADUCTION] «ajouter foi au témoignage de l'auteur du grief à cet égard». De fait, au cours du contre-interrogatoire, l'avocat de l'appellant a soutiré à l'auteur du grief un aveu indiquant que les gestes qu'il avait accomplis en écrivant les deux premières lettres n'étaient pas des gestes qui devraient être accomplis par une personne chargée d'enseigner à des jeunes. À la lumière de cet élément, il n'est pas étonnant que les membres de la majorité aient conclu que le témoignage de l'auteur du grief n'était pas crédible.

Le fait que l'auteur du grief ait lui-même affirmé, dans ses lettres, qu'il n'était pas apte à enseigner est important. Il a indiqué que huit années de discrimination avaient fait de lui [TRADUCTION] «un être de marbre, dépourvu de sentiments» et un «démon assoiffé de sang et de vengeance». Il a écrit que la «persécution a[vait] totalement détruit [s]a capacité d'enseigner, [s]a mémoire et [s]a gentillesse». En outre, à la fin de la deuxième lettre, M. Bhadauria a promis qu'il allait «hanter» M. McKeown, que chaque année, à Noël, il allait lui rappeler qu'il avait «présidé à l'enterrement» de sa carrière, et qu'il «ne pour[r]ait jamais échapper» à ce rappel annuel. Les lettres elles-mêmes tendent à indiquer que la conduite de M. Bhadauria se poursuivra, et qu'il est en conséquence inapte à enseigner.

Malgré cette preuve apparemment accablante, les membres de la majorité ont conclu que la conduite de l'auteur du grief pouvait être attribuée au stress des audiences de la commission d'enquête sur les droits de la personne. Ils ont exprimé l'avis que, comme l'enquête avait pris fin, il y avait de bonnes chances que l'auteur du grief «redevienne plus calme». À mon avis, cette opinion ne pourrait constituer une inférence raisonnable que si certaines des déclarations des experts qui ont examiné M. Bhadauria étaient prises hors contexte et si ce

character and teaching record, regardless of its duration, does not assist in determining if his incapacity to fulfill his duties as a teacher was temporary. The fact is that there was overwhelming evidence both in the medical reports and from other sources which indicated that even if the actions of Mr. Bhadauria had been caused by the stress of the Board of Inquiry hearings, his actions were not a temporary lapse. His personality, in his own words, had radically changed. There was no evidence that would suggest that his feelings of bitterness and resentment had dissipated after the Board of Inquiry found that there was no discrimination in the hiring practices of the appellant Board of Education. In fact, all the evidence was to the contrary.

ii) *The Psychiatric and Psychological Assessments*

The overwhelming evidence that Mr. Bhadauria's conduct was not temporary can be found in part in the assessments of the psychiatrists and the psychologist who assessed Mr. Bhadauria's mental state after he wrote the first two letters. Although the reports of these experts specifically addressed the question as to whether Mr. Bhadauria was likely to become physically violent, they contain statements that refer generally to his state of mind.

Dr. Malcolm's first report did attribute Mr. Bhadauria's actions to the stress of the hearings before the Board of Inquiry and to the perception, real or imagined, that he had been the victim of discrimination. But Dr. Malcolm certainly did not say that Mr. Bhadauria would return to his prior state once the aggravating factors were removed. Dr. Malcolm considered the likelihood of Mr. Bhadauria manifesting physical violence and concluded that he "would always limit his aggressive activities to words". However he went on to express the opinion that Mr. Bhadauria would very likely continue to "issue very strong verbal com-

dernier n'avait pas envoyé la troisième lettre. La preuve de la bonne moralité de M. Bhadauria et de son bon dossier comme enseignant, quelle qu'en soit la durée, n'aide pas à déterminer si son incapacité à s'acquitter de ses fonctions d'enseignant était temporaire. Le fait est qu'il existait une preuve accablante — ressortant des rapports médicaux et d'autres sources — indiquant que même si les actes de M. Bhadauria avaient été causés par le stress des audiences de la commission d'enquête, ils ne constituaient pas un épisode temporaire. Pour reprendre les paroles mêmes de l'auteur du grief, sa personnalité avait changé radicalement. Il n'y avait aucune preuve tendant à indiquer que les sentiments d'amertume et de rancœur de l'auteur du grief s'étaient dissipés après que la commission d'enquête ait conclu que les pratiques d'embauche du Conseil de l'éducation appelant n'étaient pas discriminatoires. De fait, toute la preuve était à l'effet contraire.

ii) *Les évaluations psychiatriques et psychologiques*

La preuve accablante que la conduite de M. Bhadauria n'était pas temporaire ressort en partie des rapports des psychiatres et de la psychologue qui ont évalué l'état mental de M. Bhadauria après ses deux premières lettres. Bien que les rapports de ces experts aient porté spécifiquement sur la question de savoir si M. Bhadauria était susceptible de devenir physiquement violent, ils renferment des déclarations se rapportant de façon générale à son état d'esprit.

Le premier rapport du Dr Malcolm attribue les actes de M. Bhadauria au stress créé par les audiences de la commission d'enquête et à sa perception, réelle ou imaginaire, qu'il avait été victime de discrimination. Cependant, le Dr Malcolm n'a certes pas dit que M. Bhadauria reviendrait à son état antérieur une fois les facteurs irritants éliminés. Le Dr Malcolm s'est demandé si M. Bhadauria était susceptible de recourir à la violence physique et il a conclu qu'il [TRADUCTION] «limiterait toujours ses manifestations d'agressivité à des paroles». Cependant, il a poursuivi en émettant l'opinion que M. Bhadauria continuerait probable-

mentaries in diverse media because that is his style”.

68 These two statements, which do not appear to have been challenged before the Board, are a strong indication that despite the threatening tone of the letters Mr. Bhadauria was not likely to become physically violent. Nevertheless, it is clear that he was going to continue to express these extreme positions in verbal attacks. It was the threatening manner in which he expressed his extreme views and sentiments and the total lack of judgment he demonstrated in sending the letters, rather than his potential for physical violence, that were the basis for the conclusion that Mr. Bhadauria was not fit to teach.

69 After the grievor sent the “Montreal Massacre” letter, he was assessed again by Dr. Malcolm. That report was also accepted by the majority. Dr. Malcolm concluded that in sending this letter Mr. Bhadauria had intended to engender fear in its recipients. He repeated his opinion that Mr. Bhadauria was not likely to be physically violent, but that his verbal harassment would continue. He certainly gave no indication that this situation would be one of short duration. Rather, the conclusion of Dr. Malcolm was that although it would be out of character for Mr. Bhadauria to be physically violent, it was clearly not out of character for him to express and to continue to express his feelings verbally.

70 The report of the psychologist Dr. Ruth Bray was also accepted unconditionally by the majority. She too concluded that he would “continue to be a thorn in the side” of his employers.

71 All of this evidence, accepted without qualification by the majority, indicates that Mr. Bhadauria would continue his verbal harassment.

ment à «faire des commentaires très virulents dans divers médias parce que c’est son genre».

Ces deux affirmations, qui ne paraissent pas avoir été contestées devant le conseil d’arbitrage, constituent une forte indication que, malgré le ton menaçant de ses lettres, M. Bhadauria n’était pas susceptible de recourir à la violence physique. Néanmoins, il est clair qu’il allait continuer d’exprimer ces positions extrêmes dans des attaques verbales. C’est le ton menaçant utilisé par M. Bhadauria pour exprimer ses sentiments et ses opinions extrêmes, ainsi que l’absence totale de jugement dont il a fait preuve en envoyant les lettres, et non le risque qu’il recoure à la violence physique, qui constituaient le fondement de la conclusion qu’il n’était pas apte à enseigner.

C’est après avoir envoyé la lettre dans laquelle il faisait allusion au «massacre à Montréal», que l’auteur du grief a été évalué par le Dr Malcolm. Ce rapport a également été accepté par les membres de la majorité du conseil d’arbitrage. Le Dr Malcolm concluait que, en envoyant cette lettre, M. Bhadauria avait eu l’intention d’engendrer la crainte dans l’esprit de ses destinataires. Il a réitéré son opinion que M. Bhadauria n’était pas susceptible de recourir à la violence physique, mais que son harcèlement verbal allait se poursuivre. Le Dr Malcolm n’a certes donné aucune indication que cette situation allait être de courte durée. Au contraire, sa conclusion était que, quoiqu’il serait inhabituel pour M. Bhadauria de recourir à la violence physique, ce serait clairement dans son caractère d’exprimer verbalement ses sentiments et de continuer à le faire.

Le rapport du Dr Ruth Bray, la psychologue, a également été accepté inconditionnellement par les membres de la majorité. Elle aussi avait conclu qu’il «continuera[it] d’être une source d’irritation constante» pour ses employeurs.

L’ensemble de ces éléments de preuve, acceptés sans réserve par les membres de la majorité, indiquent que M. Bhadauria continuerait son harcèlement verbal.

iii) *The Third Letter*

The final significant item of evidence which leads to the conclusion that the grievor's conduct was not temporary is the third letter. It was written several months after the Board of Inquiry's decision had been rendered, and a month and a half before the hearing before the Board of Arbitration was to begin. Curiously, the majority did not even refer to it.

The respondent submitted in argument that the appellant did not seek leave to appeal on the issue of the failure to refer to the third letter, and that this issue was not raised before either the Divisional Court or the Court of Appeal. However, the appellant sought and obtained judicial review before the Divisional Court on the basis that there was a lack of evidence to support the findings of fact of the Board of Arbitration. This same ground was maintained before the various appellate courts. The third letter was part of the evidence before the Board of Arbitration. Thus, it is appropriate to consider it in determining whether there was a basis for the inference drawn by the majority that Mr. Bhadauria's conduct was temporary.

It is true that the third letter is, to some extent, "subsequent-event evidence" since it was written after the dismissal of Mr. Bhadauria. However it has been decided that such evidence can properly be considered "if it helps to shed light on the reasonableness and appropriateness of the dismissal": *Cie minière Québec Cartier v. Québec (Grievances Arbitrator)*, [1995] 2 S.C.R. 1095, at p. 1101. In this case, it would not only have been reasonable for the arbitrators to consider the third letter, it was a serious error for them not to do so.

Although the third letter is less objectionable than the first two, it continues to exhibit the same extreme views, hyperbolic comparisons and total

iii) *La troisième lettre*

La troisième lettre est le dernier élément de preuve important qui mène à la conclusion que la conduite du plaignant n'était pas temporaire. Cette lettre a été rédigée plusieurs mois après la décision de la commission d'enquête, et un mois et demi après la date fixée pour le début de l'audience devant le conseil d'arbitrage. Curieusement, les membres de la majorité n'ont même pas fait mention de cette lettre.

Dans sa plaidoirie, l'intimée a soutenu que l'appelant n'avait pas sollicité l'autorisation de se pourvoir à l'égard de la question de l'omission de se référer à la troisième lettre, et que cette question n'avait pas été soulevée devant la Cour divisionnaire ou devant la Cour d'appel. Cependant, l'appelant a présenté avec succès une demande de contrôle judiciaire à la Cour divisionnaire sur le fondement qu'il n'y avait pas de preuve étayant les conclusions de fait du conseil d'arbitrage. On a continué de faire valoir ce même moyen devant les diverses cours d'appel. La troisième lettre faisait partie de la preuve dont disposait le conseil d'arbitrage. En conséquence, il convient d'en tenir compte pour décider si l'inférence des membres de la majorité du conseil d'arbitrage que la conduite de M. Bhadauria était temporaire était fondée.

Il est vrai que la troisième lettre est, dans une certaine mesure, la «preuve d'événements subséquents», puisqu'elle a été rédigée après le congédiement de M. Bhadauria. Cependant, il a été jugé qu'une telle preuve peut à juste titre être prise en considération «si elle aide à clarifier si le congédiement en question était raisonnable et approprié au moment où il a été ordonné»: *Cie minière Québec Cartier c. Québec (Arbitre des griefs)*, [1995] 2 R.C.S. 1095, à la p. 1101. En l'espèce, non seulement aurait-il été raisonnable que les arbitres prennent la troisième lettre en considération, mais ils ont commis une erreur grave en ne le faisant pas.

Bien que la troisième lettre soit moins offensive que les deux premières, elle présente les mêmes opinions extrêmes et comparaisons hyper-

72

73

74

75

lack of judgment. The lack of judgment is demonstrated by the opening words of the letter:

In spite of the advice of my counsels [sic] to refrain from writing any letters to the board's administrators, I am unable to curb my natural urge of putting my thoughts on paper and sending them to the concerned parties on this occasion. After a long interval of nearly eight months, I cannot resist and control my impulse of using the power of the pen. . . . [Emphasis added.]

76

This letter is an admission by Mr. Bhadauria that he was still unable to control either his feelings or his impulse to express those feelings, however inappropriate they may be. It provides incontrovertible evidence that Mr. Bhadauria had not returned to a "calmer state" several months after the Board of Inquiry process came to an end, and that his extreme feelings and lack of judgment persisted. In the face of this letter, it was patently unreasonable for the arbitrators to conclude that his conduct was temporary and to return him to the classroom.

77

In addition to the three factors stressed above that overwhelmingly contradict the findings of the majority that the conduct was temporary, I note one final issue that was mentioned by the dissenting member of the Board of Arbitration, but was not raised by the appellant in argument. It was noted by Mr. Merritt that the grievor did not demonstrate any remorse for his conduct, or any understanding of its effects on the recipients of the letters. The regret he expressed related entirely to himself, and to the fact that the letters jeopardized not only the Board of Inquiry hearing that had occupied so much of his time, energy and hope, but also his very livelihood. He was unable to appreciate that the letters were bound to engender fear in the recipients. Nor did he recognize the extreme nature of his views. Only before the Board of Arbitration did he concede that the views expressed were inappropriate for a person responsible for teaching young people. Even at this late stage no apologies were forthcoming and no contrition was apparent. This is yet another indication that Mr. Bhadauria's conduct was not temporary,

boliques, en plus de témoigner elle aussi d'une absence totale de jugement. Cette absence de jugement ressort des premiers mots de cette troisième lettre:

[TRADUCTION] Bien que mes avocats m'aient conseillé de m'abstenir d'écrire quelque lettre aux administrateurs du conseil, je ne puis réfréner mon désir naturel de coucher mes pensées sur papier et de les transmettre aux parties concernées à ce moment-ci. Après un long intervalle de près de huit mois, je suis incapable de repousser et de maîtriser mon désir d'utiliser le pouvoir de la plume. . . . [Je souligne.]

Cette lettre est un aveu par M. Bhadauria qu'il était encore incapable de maîtriser ses sentiments ou son désir de les exprimer, aussi déplacés qu'ils puissent être. Elle est une preuve irréfutable que M. Bhadauria n'était pas redevenu «plus calme» plusieurs mois après la fin des procédures de la commission d'enquête, et que ses sentiments extrêmes et son manque de jugement persistaient. Compte tenu de cette lettre, il était manifestement déraisonnable pour les arbitres de conclure que la conduite de M. Bhadauria était temporaire, et de le renvoyer en salle de cours.

Outre les trois facteurs susmentionnés, qui contredisent d'une façon accablante la conclusion des membres de la majorité que la conduite était temporaire, je tiens à souligner un dernier point qui a été mentionné par le membre dissident du conseil d'arbitrage, mais dont l'appelant n'a pas parlé dans sa plaidoirie. Monsieur Merritt a fait remarquer que le plaignant n'avait manifesté aucun remords à l'égard de sa conduite ni aucune compréhension des effets de celle-ci sur les destinataires des lettres. Les regrets qu'il a exprimés étaient entièrement axés sur lui-même et sur le fait que les lettres avaient compromis non seulement les audiences de la commission d'enquête — dans lesquelles il avait mis tellement de temps, d'énergie et d'espoir — mais aussi son gagne-pain. Il était incapable de se rendre compte que les lettres ne manqueraient pas d'engendrer la crainte dans l'esprit de leurs destinataires. Il ne reconnaissait pas non plus la nature extrême de ses opinions. Ce n'est que devant le conseil d'arbitrage qu'il a admis que les opinions qu'il avait exprimées étaient inconvenantes de la part d'une personne chargée d'enseigner à des

and that there was no basis for the conclusion that he was “not beyond redemption”.

The evidence that Mr. Bhadauria's misconduct was not temporary appears to be overwhelming. Yet that is not sufficient in itself to base a conclusion that the decision of the majority was patently unreasonable. What does lead to that conclusion is that I can find no other evidence reasonably capable of supporting the conclusion that the misconduct was a momentary aberration. There was certainly no onus on the employee to demonstrate that his misconduct was temporary. The reasons of the majority clearly indicate, however, that they accepted the employer's evidence that just cause had been established and that the employer had discharged its onus in that regard. Quite simply, the evidence that the arbitrators stated they were relying upon to support their findings pointed to the exact opposite conclusion. The absence of such evidence renders the decision patently unreasonable, and there was simply no basis for the “leap of faith” that he could return to the classroom.

Disposition

In the result, the appeal is allowed, the decision of the Court of Appeal is set aside, and the award of the Board of Arbitration is quashed. In light of the lengthy prior record of good conduct on the part of the teacher, there will be no order as to costs.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — I concur with the result my colleague Justice Cory reaches but I cannot share his views on the questions the board should have asked itself.

jeunes. Même à cette étape tardive, M. Bhadauria n'était pas disposé à faire des excuses et il n'avait apparemment aucun repentir. Voilà encore une autre indication que la conduite de M. Bhadauria n'était pas temporaire, et que la conclusion qu'il n'était «pas irrécupérable» ne reposait sur aucun fondement.

La preuve que la mauvaise conduite de M. Bhadauria n'était pas temporaire paraît accablante. Néanmoins, cela ne suffit pas pour fonder la conclusion que la décision des membres de la majorité du conseil d'arbitrage était manifestement déraisonnable. Ce qui m'amène à cette conclusion, c'est le fait que je ne peux trouver aucun autre élément de preuve qui puisse raisonnablement étayer la conclusion que la mauvaise conduite était une aberration passagère. Il n'incombait certainement pas à l'employé de démontrer que sa mauvaise conduite était temporaire. Cependant, les motifs des membres de la majorité indiquent clairement qu'ils ont retenu la preuve de l'employeur qu'une cause juste avait été établie, et que l'employeur s'était acquitté de son fardeau à cet égard. Les éléments de preuve sur lesquels les arbitres ont dit s'appuyer pour fonder leurs conclusions tendaient vers la conclusion contraire. Cette absence de preuve rend la décision manifestement déraisonnable, et il n'existait tout simplement aucun fondement justifiant «l'acte de foi» selon lequel l'auteur du grief pouvait retourner en salle de cours.

Le dispositif

En conséquence, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est annulé et la décision du conseil d'arbitrage est cassée. Compte tenu de la longue période de bonne conduite de l'enseignant avant les faits en litige, il n'y aura pas d'ordonnance concernant les dépens.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Je suis d'accord avec le résultat auquel arrive mon collègue le juge Cory, mais je ne puis souscrire à son opinion quant aux questions que le conseil d'arbitrage aurait dû se poser.

78

79

80

81

The principle of judicial deference is not automatic. This case is crying out for an application of the pragmatic and functional approach expounded in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, and *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, and followed in *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557. This test ascertains whether the legislator intended the question to be within the jurisdiction conferred on the tribunal. Whether the board or a court should answer the question depends upon an assessment of the rationale for deference, which is determined by an examination of the enabling statute, the specialization of the board and the nature of the problem under scrutiny. Although, in my view, the pragmatic and functional approach could very well support a standard of review closer to that of correctness in this case, I do not disagree with my colleague as regards the standard he applies.

82

A review of the way the arbitration board addressed the questions is in order. In this case, the principal cause for discharge is not that the offensive behaviour is permanent, but that the two letters, standing alone, are a critical incident. The fact that the two letters are the cause for the grievor's discharge was recognized by the three members of the arbitration board:

The grievor . . . was discharged . . . because of two letters. . . The [employer] considered the contents of the letters as indicative of a person whom it felt to be inappropriate as a teacher. [Majority]

It was this [second] letter which finally caused the [employer] to discharge the grievor. At this juncture it is important to note that the [employer] did not discharge the grievor because it was concerned about violent conduct on his part, rather, it was the contents of the letter which the [employer] considered inappropriate for a person teaching students and which was inimical to the concept of education which the [employer] wished to foster. [Majority]

Le principe de la retenue judiciaire ne s'applique pas automatiquement. Le présent pourvoi commande l'application de l'analyse pragmatique et fonctionnelle exposée dans les arrêts *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048 et *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, et suivie dans *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendant of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557. Ce test permet de déterminer si le législateur entendait que la question en cause relève de la compétence conférée au tribunal administratif. La question de savoir qui du tribunal administratif ou d'une cour de justice devrait répondre à cette question repose sur l'appréciation des motifs justifiant la retenue, motifs que l'on détermine par l'examen de la loi habilitante, de la spécialisation de la commission, et la nature du problème soulevé. Même si, à mon avis, l'analyse pragmatique et fonctionnelle pourrait fort bien appuyer une norme de contrôle se rapprochant davantage de celle de la décision correcte en l'espèce, je ne suis pas en désaccord avec mon collègue relativement à la norme qu'il applique.

Un examen de la façon dont le conseil d'arbitrage a abordé les questions en litige s'impose. Dans le présent cas, le principal motif du congédiement n'est pas le caractère permanent de la conduite offensante, mais le fait que les deux lettres, prises isolément, constituent un événement crucial. Le fait que les deux lettres soient la cause du congédiement de l'auteur du grief a été reconnu par les trois membres du conseil d'arbitrage:

[TRADUCTION] L'auteur du grief [. . .] a été congédié [. . .] à cause de deux lettres [. . .]. [L'employeur] a considéré que le contenu des lettres était indicatif d'une personne qui, a-t-il estimé, était inapte à enseigner. [Les membres de la majorité.]

Ce fut cette [deuxième] lettre qui a finalement amené [l'employeur] à congédier l'auteur du grief. Il importe, à ce moment-ci, de préciser que [l'employeur] n'a pas congédié l'auteur du grief parce qu'il craignait qu'il se comporte violemment, ce fut plutôt le contenu de la lettre que [l'employeur] a jugé inconvenant de la part d'une personne enseignant à des étudiants, et qui était incompatible avec le concept d'éducation que [l'employeur] désirait promouvoir. [Les membres de la majorité.]

Nothing can really justify those most bloodthirsty statements showing as they do the gravest lack of judgment, lack of empathy, and deep-rooted hatred for innocent people. One can hardly wonder that in the face of these letters, the [employer] dismissed [the grievor]. [Dissent]

and by the Divisional Court (1991), 52 O.A.C. 8, at p. 11:

The [arbitration] Board acknowledged, in its reasons, that the [employer] did not discharge the grievor because of concern about violent conduct, but rather because of its concern that the contents of the letters were inappropriate for a person teaching students and this was inimical to the concept of education that the [employer] wished to foster. [Emphasis added.]

Thus, it is agreed that the employer discharged the grievor primarily for the following cause: the two letters, because of their contents, are inappropriate for a teacher and inimical to the employer's concept of education. The grievor alleged in his grievance that "the Toronto Board of Education has . . . discharged me without just cause". Therefore, the first question that was properly before the arbitration board was: "are the two letters, in themselves, just cause for discharge?"

The employer also alleged a subsidiary ground for discharge: in the alternative, the two letters indicate that the grievor is no longer capable of fulfilling his duties (see reasons of the Divisional Court, at p. 10). Thus, the subsidiary question that was properly before the arbitration board was: "if the two letters, in themselves, are not just cause for discharge, then, in the alternative, is the grievor no longer capable of fulfilling his duties? If this condition is permanent, then there is just cause for discharge."

But the arbitration board failed to address the first question and, instead of answering whether or not the two letters constituted just cause, went on to address the subsidiary question as to whether the offensive behavior was temporary or permanent.

Rien ne peut réellement justifier ces déclarations on ne peut plus sanguinaires, qui témoignent du plus grave manque de jugement, d'une absence de compassion et d'une haine profonde envers des personnes innocentes. Il n'est guère étonnant que, au vu de ces lettres, [l'employeur] ait congédié [l'auteur du grief]. [Le membre dissident.]

et par la Cour divisionnaire (1991), 52 O.A.C. 8, à la p. 11:

[TRADUCTION] Le conseil [d'arbitrage] a reconnu, dans ses motifs, que [l'employeur] n'avait pas congédié le plaignant parce qu'il craignait qu'il se comporte violemment, mais parce qu'il considérait que le contenu des lettres était inconvenant de la part d'une personne enseignant à des étudiants et était incompatible avec le concept d'éducation que [l'employeur] désirait promouvoir. [Je souligne.]

En conséquence, il n'est pas contesté que l'employeur a congédié l'auteur du grief principalement pour le motif suivant: les deux lettres, en raison de leur contenu, sont inconvenantes de la part d'un enseignant et incompatible avec le concept d'éducation de l'employeur. L'auteur du grief a allégué ce qui suit dans son grief: [TRADUCTION] «le Conseil de l'éducation de Toronto m'a [. . .] congédié sans cause juste». En conséquence, la première question dont était saisi le conseil d'arbitrage est la suivante: «Est-ce que les deux lettres constituent, en elles-mêmes, une cause juste de congédiement?»

L'employeur a aussi fait valoir un motif subsidiaire de congédiement: alternativement, les deux lettres indiquent que le plaignant n'est plus capable de s'acquitter de ses fonctions (voir les motifs de la Cour divisionnaire, à la p. 10). Par conséquent, la question subsidiaire dont était saisi le conseil d'arbitrage est celle-ci: «Si les deux lettres ne constituent pas, en elles-mêmes, une cause juste de congédiement, alors, alternativement, est-ce que le plaignant n'est plus capable de s'acquitter de ses fonctions? S'il s'agit d'une situation permanente, il existe alors une cause juste de congédiement.»

Le conseil d'arbitrage a cependant omis d'examiner la première question et, plutôt que de déterminer si les deux lettres constituaient une cause juste, il s'est posé la question subsidiaire de savoir si la conduite offensante était temporaire ou

83

84

85

Before dealing with this subsidiary question, which I will do *infra*, it is necessary first to answer the question as to whether the two letters, in themselves, constitute just cause for discharge.

86 The test for “just cause to discharge”, set forth by Dickson J. in *Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission*, [1979] 2 S.C.R. 768, at p. 772, is formulated as follows:

First, did the employee engage in the conduct alleged? Second, was the conduct deserving of disciplinary action on the part of the employer? Third, if so, was the offence serious enough to warrant discharge? [Emphasis added.]

87 Thus, once it is found that the conduct is “deserving of disciplinary action”, the appropriate next question is not, as my colleague Cory J. puts it at para. 50: “is dismissal too harsh?”. The appropriate ensuing question is: “was the offence serious enough to warrant discharge?”. The seriousness of a specific offence may vary depending on the particular occupational group or profession concerned, and it may also vary depending on the circumstances and the consequences. As far as teachers are concerned, while it is clear that not every kind of misconduct will be so grave as to warrant the strictest forms of discipline, I must emphasize that, in some cases, a single offence can constitute just cause for discharge. Hence, in the present case, the primary issue is: “was the single offence of writing these two letters serious enough to warrant the discharge of a teacher?”

88 In my view, the conduct of a teacher bears directly upon the community’s perception of his or her ability to fulfill such a position of trust and influence, and upon the community’s confidence in the public school system as a whole. Thus, where a teacher commits acts of a gravity such that his or her status as a role model is seriously prejudiced, the relationship of trust and confidence which must exist between the school board and the

permanente. Avant d’examiner cette question subsidiaire, ce que je ferai plus loin, il faut tout d’abord répondre à la question de savoir si les deux lettres constituaient, en elles-mêmes, une cause juste de congédiement.

Le test de la «cause juste de congédiement» que le juge Dickson a exposé dans *Heustis c. Commission d’énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768, à la p. 772, est formulé comme suit:

Premièrement, l’employé a-t-il fait l’acte reproché? Deuxièmement, cet acte justifiait-il une mesure disciplinaire de la part de l’employeur? Troisièmement, le cas échéant, l’acte était-il suffisamment grave pour justifier un congédiement? [Je souligne.]

Ainsi, une fois qu’il est acquis que l’acte «justifie des mesures disciplinaires», la question suivante n’est pas de déterminer «si le congédiement était une mesure trop sévère», comme le dit mon collègue le juge Cory au par. 50, mais plutôt de savoir si «l’acte était suffisamment grave pour justifier un congédiement». La gravité d’une infraction donnée peut varier selon la profession ou le groupe de professions en cause. Elle peut également varier selon les circonstances et les conséquences. Pour ce qui est des enseignants, même s’il est évident que ce ne sont pas tous les types de mauvaise conduite qui seront suffisamment graves pour justifier les mesures disciplinaires les plus sévères, je dois souligner que, dans certains cas, une seule infraction peut constituer une cause juste de congédiement. En conséquence, dans le présent cas, la question principale est la suivante: «La seule infraction qui consiste à avoir écrit ces deux lettres était-elle suffisamment grave pour justifier le congédiement de l’enseignant?»

À mon avis, la conduite d’un enseignant influe directement, d’une part, sur la perception qu’a la collectivité de sa capacité d’occuper un tel poste de confiance et d’influence, et, d’autre part, sur la confiance de la collectivité à l’égard du système scolaire public en général. Par conséquent, lorsqu’un enseignant accomplit des actes d’une gravité telle que son statut comme modèle de comportement est sérieusement compromis, le rapport de

teacher is undermined and there is just cause for discharge, even where there might be positive evidence that the teacher could be fit to return to teaching duties: *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; see also generally *Greenaway v. Seven Oaks School No. 10* (1990), 70 Man. R. (2d) 2 (C.A.), leave to appeal refused, [1991] 1 S.C.R. ix; *Kraychy v. Edmonton Public School District No. 7* (1990), 73 Alta. L.R. (2d) 69 (Q.B.).

In view of the above, the questions the arbitration board should have asked itself in the case at bar are the following:

1. "Did the grievor engage in the conduct alleged?";
2. "Was the conduct deserving of disciplinary action?";
3. "Was the offence serious enough to warrant discharge — that is:
 - 3a. Are the two letters of a gravity such that the grievor's status as a role model is seriously prejudiced?". If so, the offence is serious enough to warrant discharge and there is just cause. If the offence is not serious enough for discharge, the next step is to ask:
4. "Are the circumstances such that a lesser penalty would be warranted?". At that stage, substitution of a lesser penalty would not come automatically: there might still be just cause for discharge, for instance where the offence is a culminating incident. If there is no just cause for discharge, then:
5. "What lesser penalty would be appropriate, having regard to the circumstances?".

But the arbitration board skipped questions 3, 3a and 4, and, without first making a determination as to whether or not the two letters, in themselves,

confiance qui doit exister entre le conseil scolaire et l'enseignant est miné et il y a alors une cause juste de congédiement, même s'il existait une preuve positive que l'enseignant pourrait être apte à reprendre ses fonctions. *Ross c. Conseil scolaire du district scolaire N° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; voir aussi généralement *Greenaway c. Seven Oaks School No. 10* (1990), 70 Man. R. (2d) 2 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1991] 1 R.C.S. ix; *Kraychy c. Edmonton Public School District No. 7* (1990), 73 Alta. L.R. (2d) 69 (B.R.).

Compte tenu de ce qui précède, voici les questions que le conseil d'arbitrage aurait dû se poser en l'espèce:

1. «L'auteur du grief a-t-il fait l'acte reproché?»
2. «La conduite justifiait-elle une mesure disciplinaire?»
3. «L'infraction était-elle suffisamment grave pour justifier un congédiement, c'est-à-dire:
 - 3a. Les deux lettres sont-elles d'une gravité telle que le statut comme modèle de comportement de l'auteur du grief est sérieusement compromis?» Si oui, l'infraction est suffisamment grave pour justifier le congédiement et il existe une cause juste. Si l'infraction n'est pas suffisamment grave pour justifier le congédiement, l'étape suivante consiste à se demander ceci:
4. «Est-ce que les circonstances sont telles qu'une sanction moins sévère serait justifiée?» À cette étape, la substitution d'une sanction moins sévère ne serait pas automatique: il pourrait néanmoins exister une cause juste de congédiement, par exemple si l'infraction constitue un événement culminant. S'il n'existe pas de cause juste, il faut alors se demander ceci:
5. «Quelle sanction moins sévère conviendrait-il d'infliger, eu égard aux circonstances?»

Le conseil d'arbitrage a, cependant, sauté les questions 3, 3a et 4, et, sans déterminer au préalable si les deux lettres constituaient, en elles-

constituted just cause for discharge, set out to decide what lesser penalty should be awarded:

Should then, a lengthy and positive career, be overthrown just short of retirement by two letters written by the grievor in late 1989, considering his state of mind and the lengthy and protracted proceedings that he was subjected to and which no doubt exacerbated the difficulties. There is no doubt that the letters were threatening, were lacking in judgment and portrayed a person who ought not to be in the classroom. But these letters must be looked at against the very positive reputation that the grievor enjoyed for twenty years as a teacher. Any concept of just cause must weigh in the balance the grievor's lengthy seniority and positive service with the [employer] as well as the incidents which prompted his dismissal. In our view the grievor is not beyond redemption. The purpose of discipline is not to punish the grievor but to correct his conduct. If the conduct cannot be corrected or the grievor is beyond rehabilitation he ought to be dismissed.

In this case, there is some chance that the grievor's effectiveness as a teacher may not have been completely destroyed. . . . Accordingly, it is our view that the grievor should be reinstated but subject to very stringent conditions. [Emphasis added.]

91

Whether or not "there is some chance that the grievor's effectiveness as a teacher may not have been completely destroyed" is not the proper test to be applied in the circumstances of this case. If a single offence, standing alone, is serious enough to constitute just cause for discharge under any circumstances whatsoever, then an employee's past record or his potential for future rehabilitation cannot turn that just cause into an unjust one. Therefore, contrary to the proposition set forth by the arbitration board, a "concept of just cause" does not necessarily imply an automatic acceptance of the employee's seniority and service record as mitigating factors in all cases. There can be some cases where an offence is so grave that no factor would be sufficient to mitigate the discharge, and other circumstances where an offence is so critical

mêmes, une cause juste de congédiement, il s'est demandé quelle sanction moins sévère devait être infligée:

[TRADUCTION] Par conséquent, est-ce qu'une carrière longue et fructueuse devrait, à la veille de la retraite, être réduite à néant par deux lettres que l'auteur du grief a écrites à la fin de 1989, compte tenu de son état d'esprit et des longues procédures qu'il a vécues et qui ont sans aucun doute exacerbé les difficultés. Il est indubitable que les lettres étaient menaçantes, qu'elles témoignaient d'un manque de jugement et qu'elles révélaient une personne qui ne devrait pas être en salle de cours. Mais ces lettres doivent être examinées en regard de la très bonne réputation dont l'auteur du grief a joui pendant vingt ans en tant qu'enseignant. Tout concept de cause juste doit tenir compte de sa longue période d'ancienneté et de bons états de service auprès de [l'employeur], ainsi que des incidents ayant amené son congédiement. À notre avis, l'auteur du grief n'est pas irrécupérable. L'objet des mesures disciplinaires n'est pas de punir la personne visée mais de corriger sa conduite. Si la conduite ne peut être corrigée ou si l'auteur du grief n'est pas réhabilitable, il devrait être congédié.

En l'espèce, il y a des chances que l'efficacité de l'auteur du grief comme enseignant n'ait pas été complètement détruite. . . . En conséquence, nous sommes d'avis que l'auteur du grief devrait être réintégré, mais à des conditions très strictes. [Je souligne.]

La question de savoir s'«il y a des chances que l'efficacité de l'auteur du grief comme enseignant n'ait pas été complètement détruite» n'est pas le test approprié en l'espèce. Si une seule infraction, considérée isolément, est suffisamment grave pour constituer une cause juste de congédiement, et ce quelles que soient les circonstances, alors le dossier professionnel d'un employé ou son potentiel de réadaptation ne peuvent transformer cette cause juste en cause injuste. En conséquence, contrairement à la proposition énoncée par le conseil d'arbitrage, un «concept de cause juste» ne comporte pas nécessairement acceptation d'emblée de l'ancienneté et des états de service d'un employé en tant que facteurs atténuants dans tous les cas. Il peut y avoir des cas où une infraction est si grave qu'aucun facteur ne justifierait d'atténuer la sanction et de ne pas congédier, et d'autres où l'infraction est si cruciale du point de vue des rapports

to the employment relationship that mitigation simply cannot come into play.

In my opinion, in the case at bar, the two offensive letters are of such gravity as to seriously prejudice the grievor's status as a role model, hence undermining the necessary relationship of trust and confidence. Therefore, the two letters, in themselves, constitute just cause for discharge and this penalty is warranted.

The gravity of the offence stems from the following underlying considerations. Since the ancient times, our polity has embodied a fundamental principle of peaceful conflict-resolution which was expressed thus: "no man may redress his own wrongs until he has appealed to the guardians of the peace for justice. Hence the peace is the great check on the practice of private war, blood feuds, and the so-called *lex talionis*": W. Stubbs, *The Constitutional History of England* (4th ed. 1987), vol. I, at p. 198. Hence, in our modern society, where one feels disappointed with the existing conflict-resolution systems, the next step is not to engage in a personal vendetta, but to bring about changes through the appropriate political processes.

However, instead of properly seeking redress as a law-abiding citizen, the grievor portrayed an incensed renegade who set out to "take justice in his own hands". In doing so, he crossed the line between what could perhaps be permissible for an employee — vigorously, but lawfully, hauling his employer before the court — and what was impermissible for a teacher: resorting to rather unsightly intimidation tactics calculated to shock individual officers of his employer, not *qua* officers, but in their capacity as private citizens. The grievor, of his own volition, seriously prejudiced his own status as a role model.

employeur-employé que les facteurs atténuants n'entrent tout simplement pas en jeu.

À mon avis, dans le cas qui nous occupe, les deux lettres offensantes sont d'une gravité telle qu'elles compromettent sérieusement le statut de l'auteur du grief comme modèle de comportement, minant ainsi le rapport de confiance qui doit exister. En conséquence, ces deux lettres constituent, en elles-mêmes, une cause juste de congédiement, et cette sanction est justifiée.

La gravité de l'infraction découle des considérations sous-jacentes qui suivent. Depuis les temps anciens, notre régime politique a adopté un principe fondamental, soit celui du règlement pacifique des conflits, qui a été exprimé en ces termes: [TRADUCTION] «nul ne peut redresser les torts qu'on lui a causés avant d'avoir demandé justice aux gardiens de la paix. En conséquence, la paix est le grand frein à la pratique des guerres privées, des vendettas et de ce qu'on appelle la *lex talionis*»: W. Stubbs, *The Constitutional History of England* (4^e éd. 1987), vol. I, à la p. 198. En conséquence, dans notre société moderne, pour la personne insatisfaite des mécanismes existants de règlement des conflits, l'étape suivante n'est pas de se lancer dans une vendetta personnelle, mais plutôt de susciter des changements par les voies politiques appropriées.

Cependant, au lieu de demander réparation comme tout bon citoyen respectueux des lois l'aurait fait, l'auteur du grief s'est comporté en hors-la-loi excédé et a décidé de [TRADUCTION] «se faire justice lui-même». Ce faisant, il a franchi la limite entre ce qui pourrait peut-être être acceptable de la part d'un employé — c'est-à-dire poursuivre vigoureusement mais légalement son employeur devant les tribunaux — et ce qui était inacceptable de la part d'un enseignant — soit utiliser des tactiques d'intimidation disgracieuses, destinées à offenser divers représentants de son employeur, non pas *qua* représentants, mais plutôt en leur capacité de citoyens ordinaires. L'auteur du grief a, de sa propre initiative, compromis sérieusement son statut comme modèle de comportement.

92

93

94

95

Serene conflict-resolution — indeed, one of the facets of the rule of law — lies within the most fundamental core values that the school system is trying to inculcate. It is self-evident that capriciously “taking justice in one’s own hands” when a remedy is a long time coming is not a subject that should be part of any school’s curriculum. As the grievor said himself: “Human rights has been my passion for 30 years . . . I’m a human rights crusader . . . I make no compromise” (emphasis added). What the school system is trying to inculcate is exactly the opposite: one may embark on a human rights crusade but this is subject to the compromise that, in doing so, one will respect the rule of law.

Le règlement paisible des conflits — qui, de fait, est l’une des facettes de la primauté du droit — fait partie des valeurs les plus fondamentales que le système scolaire tente d’inculquer. Il va de soi que le fait de «se faire justice soi-même» capricieusement lorsqu’une réparation tarde à venir n’est pas une matière qui devrait faire partie de quelque programme d’enseignement que ce soit. Comme l’auteur du grief l’a dit lui-même: [TRADUCTION] «Les droits de la personne sont ma passion depuis 30 ans [. . .] Je suis un militant fervent des droits de la personne [. . .] Je ne fais aucun compromis» (je souligne). Le système scolaire tente d’inculquer exactement le contraire: une personne peut toujours se lancer dans une croisade en faveur des droits de la personne, mais sous réserve du compromis que, ce faisant, elle respectera la primauté du droit.

96

In the context of the present case, because of their gruesome character, the two letters are *per se* sufficient evidence for a finding that the grievor has seriously prejudiced his status as a role model, and for the consequential finding of just cause for discharge. Accordingly, the subsidiary question as to whether this kind of aberrant behaviour was temporary or permanent is irrelevant in this case. Failure on the part of the arbitration board to formulate the questions properly, to address the primary legal issue, and to make the findings of just cause on the two letters *per se*, was not merely incorrect, it was patently unreasonable.

Dans le contexte du présent pourvoi, en raison de leur caractère sinistre, les deux lettres constituent *per se* une preuve suffisante pour étayer la conclusion que l’auteur du grief a sérieusement compromis son statut comme modèle de comportement, ainsi que la conclusion en découlant, soit qu’il existe une cause juste de congédiement. En conséquence, la question subsidiaire de savoir si ce type de comportement aberrant était temporaire ou permanent n’est pas pertinente en l’espèce. Il était non seulement incorrect mais manifestement déraisonnable pour le conseil d’arbitrage de ne pas avoir formulé les bonnes questions, de ne pas avoir examiné la principale question de droit en litige et de ne pas avoir conclu à l’existence d’une cause juste fondée sur les deux lettres *per se*.

97

Indeed, the arbitration board’s failure to address the primary question as to whether the two letters were, *per se*, just cause for discharge was one of the grounds for judicial review that were submitted to the Divisional Court:

De fait, l’omission du conseil d’arbitrage d’examiner la question fondamentale de savoir si les deux lettres constituaient, *per se*, une cause juste de congédiement est l’un des motifs de contrôle judiciaire qui ont été soumis à la Cour divisionnaire:

[TRADUCTION]

(d) The majority of the board of arbitration exceeded its jurisdiction by failing to address the issue before it, namely whether the contents of the letters were inappropriate for a person teaching students and

d) La majorité du conseil d’arbitrage a outrepassé sa compétence en omettant d’examiner la question dont celui-ci était saisi, c’est-à-dire celle de savoir si le contenu des lettres était inconvenant de la part d’un

inimical to the concept of education which the Applicant wished to foster; [Emphasis added.]

The Divisional Court did not address this ground at all. Rather, it focused exclusively on the subsidiary issue of the findings of fact concerning the future behaviour of the grievor (pp. 10, 12). The Divisional Court granted the application “on the ground that there was no evidence upon which the Board could have found that the conduct of the grievor was temporary” (p. 14).

With respect, I am unable to agree with the Divisional Court’s reasoning. Asking for positive evidence to support the temporariness of the grievor’s conduct disregards the fact that the employee has no burden of proving the temporariness of his conduct. It is trite law that the employer has the burden of proving just cause. If the employer does not satisfy its burden of proving “permanence”, then this ground for just cause fails, even in the absence of any evidence of “temporariness”. In my view, the arbitration board found that the subsidiary ground of “permanence” failed and, seeing no just cause for discharge, it exercised its discretion to substitute a lesser penalty. However, as stated above, the primary ground — the two letters *per se* — did constitute just cause for discharge, which makes the subsidiary ground of “permanence of conduct” redundant. Accordingly, I am not expressing any opinion as to whether or not, in this case, that subsidiary ground would constitute just cause for discharge.

Subject to the above considerations, I would dispose of the appeal as proposed by my colleague.

Appeal allowed without costs.

Solicitors for the appellant: Hicks Morley Hamilton Stewart Storie, Toronto.

enseignant et incompatible avec le concept d'éducation que le requérant désirait promouvoir; [Je souligne.]

La Cour divisionnaire n’a d’aucune façon examiné ce motif. Elle s’est plutôt attachée exclusivement à la question subsidiaire des conclusions de fait concernant le comportement futur de l’auteur du grief (pp. 10 et 12). La Cour divisionnaire a accueilli la demande [TRADUCTION] «pour le motif qu’il n’existait pas de preuve permettant au conseil d’arbitrage de conclure que la conduite de l’auteur du grief était temporaire» (p. 14).

En toute déférence, je ne puis souscrire au raisonnement de la Cour divisionnaire. Demander une preuve positive du caractère temporaire de la conduite de l’auteur du grief fait abstraction du fait qu’il n’incombe pas à l’employé de faire cette preuve. Il est bien établi en droit que l’employeur a le fardeau de prouver l’existence d’une cause juste. Si l’employeur ne s’acquitte pas du fardeau qu’il a d’établir le «caractère permanent» de la conduite, l’existence d’une cause juste ne peut être fondée sur ce moyen, même en l’absence de preuve du «caractère temporaire» de cette conduite. À mon avis, le conseil d’arbitrage a conclu que le moyen subsidiaire reposant sur le «caractère permanent» de la conduite n’était pas fondé et, ne voyant pas de cause juste de congédiement, il a exercé son pouvoir discrétionnaire et infligé une sanction moins sévère. Cependant, tel que noté précédemment, le principal moyen invoqué — c’est-à-dire les deux lettres *per se* — constituait effectivement une cause juste de congédiement, ce qui rend le moyen subsidiaire fondé sur le «caractère permanent de la conduite» superfétatoire. Par conséquent, je n’exprime pas d’opinion quant à savoir si, en l’espèce, ce moyen subsidiaire constituerait une cause juste de congédiement.

Sous réserve des considérations qui précèdent, je suis d’avis de trancher le présent pourvoi de la manière proposée par mon collègue.

Pourvoi accueilli sans dépens.

Procureurs de l’appellant: Hicks Morley Hamilton Stewart Storie, Toronto.

98

99

100

Solicitors for the respondent Ontario Secondary School Teachers' Federation, District 15 (Toronto): Golden, Green & Chercover, Toronto.

Procureurs de l'intimée la Fédération des enseignants-enseignantes des écoles secondaires de l'Ontario, district 15 (Toronto): Golden, Green & Chercover, Toronto.

The United States of America *Appellant*

v.

Roberto Barrientos *Respondent*

INDEXED AS: CANADA v. BARRIENTOS

File No.: 25085.

1996: March 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Extradition — Extraditable offence — “Punishable” — Accused wanted in U.S. for immigration offences — Extradition crimes limited to those punishable by mandatory imprisonment in excess of one year — Similar offences in Canada punishable by fine or imprisonment under 2 years or both — Offence extraditable — “Punishable” meaning “subject to” punishment.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1995), 36 Alta. L.R. (3d) 59, 178 A.R. 1, 110 W.A.C. 1, 103 C.C.C. (3d) 481, [1996] 3 W.W.R. 631, allowing an appeal from a judgment of Fruman J. issuing warrant of committal for extradition. Appeal allowed.

Kimberley Prost and Robert Prior, for the appellant.

Charles R. Darwent, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE — We are most grateful to you Mr. Darwent, for not having wasted the Court's time by belabouring the cases and precise points that needed to be raised, and which were fully, properly and adequately dealt with in keeping with the tradition of good advocacy that this

Les États-Unis d'Amérique *Appelant*

c.

Roberto Barrientos *Intimé*

RÉPERTORIÉ: CANADA c. BARRIENTOS

N° du greffe: 25085.

1996: 14 mars.

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

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

Extradition — Infraction justifiant l'extradition — «Punissable» — Accusé recherché aux É.-U. pour des infractions en matière d'immigration — Seules justifient l'extradition les infractions punissables d'une peine d'emprisonnement obligatoire de plus d'un an — Infractions similaires au Canada punissables d'une amende et d'une peine d'emprisonnement de moins de deux ans, ou de l'une de ces peines — L'infraction en cause justifie l'extradition — «Punissable» signifie «passible» d'une peine.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1995), 36 Alta. L.R. (3d) 59, 178 A.R. 1, 110 W.A.C. 1, 103 C.C.C. (3d) 481, [1996] 3 W.W.R. 631, qui a accueilli l'appel formé contre la décision du juge Fruman de décerner le mandat de dépôt en vue de l'extradition de l'intimé. Pourvoi accueilli.

Kimberley Prost et Robert Prior, pour l'appelant.

Charles R. Darwent, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF — Nous vous sommes très reconnaissants M^e Darwent de ne pas avoir retenu la Cour plus que de besoin en insistant inutilement sur les arrêts et les points particuliers qui devaient être soulevés, et qui l'ont d'ailleurs été de façon complète et adéquate, conformément à la tradition

Court is used to. Nevertheless we need not hear from your opponents as we are now ready to hand down judgment *sedia sedente*.

² For the reasons of Hetherington J.A. the appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal of Alberta (1995), 36 Alta. L.R. (3d) 59, is set aside, and the order of Fruman J. is restored.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Charles R. Darwent, Calgary.

d'habile plaidoirie à laquelle notre Cour est habituée. Nous n'avons toutefois pas besoin d'entendre vos adversaires, car nous sommes prêts à rendre jugement séance tenante.

Pour les motifs exposés par Madame le juge Hetherington, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1995), 36 Alta. L.R. (3d) 59, est annulé et l'ordonnance de Madame le juge Fruman est rétablie.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appellant: Le procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intimé: Charles R. Darwent, Calgary.

Paul Joseph Halnuck *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HALNUCK

File No.: 25408.

1997: March 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Criminal law — Full answer and defence — Accused appealing his conviction for first degree murder on ground that he was denied right to make full answer and defence by ineffective representation of counsel — Conviction upheld.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1996), 151 N.S.R. (2d) 81, 440 A.P.R. 81, 107 C.C.C. (3d) 401, dismissing the accused's appeal from his conviction for first degree murder. Appeal dismissed.

Kevin Drolet and Malcolm Campbell, for the appellant.

Kenneth W. F. Fiske, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE — We have serious doubts as to our jurisdiction in this matter but should prefer to deal with this matter in the following way.

We are granting leave to appeal in this case to the appellant and I believe that the appellant did seek leave. It is therefore granted.

The appeal is dismissed for the reasons given by Chief Justice Clarke.

Judgment accordingly.

Paul Joseph Halnuck *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. HALNUCK

N° du greffe: 25408.

1997: 19 mars.

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

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

Droit criminel — Défense pleine et entière — Accusé interjetant appel contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré pour le motif qu'il a été privé de son droit à une défense pleine et entière en raison d'une représentation inefficace par un avocat — Déclaration de culpabilité confirmée.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1996), 151 N.S.R. (2d) 81, 440 A.P.R. 81, 107 C.C.C. (3d) 401, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré. Pourvoi rejeté.

Kevin Drolet et Malcolm Campbell, pour l'appellant.

Kenneth W. F. Fiske, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF — Nous doutons sérieusement que nous ayons compétence en l'espèce, mais nous préférons traiter la question de la manière suivante.

Nous accordons à l'appellant l'autorisation de se pourvoir en l'espèce et je crois que l'appellant a effectivement demandé cette autorisation. Elle est donc accordée.

Le pourvoi est rejeté pour les raisons exposées par le juge en chef Clarke.

Jugement en conséquence.

1

2

3

Solicitor for the appellant: Nova Scotia Legal Aid, Halifax.

Procureur de l'appelant: Nova Scotia Legal Aid, Halifax.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

**Jure George Buric and John Steven
Parsniak** *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BURIC

File No.: 25365.

1997: March 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Trial — Evidence — Trial judge excluding key Crown witness from testifying on ground that his evidence was tainted — Accused acquitted of first degree murder — Trial judge erring in concluding that tainting was question of admissibility rather than weight — Court of Appeal judgment ordering new trial upheld.

Cases Cited

Distinguished: *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1996), 28 O.R. (3d) 737, 90 O.A.C. 321, 106 C.C.C. (3d) 97, 48 C.R. (4th) 149, 36 C.R.R. (2d) 62, allowing the Crown's appeal from the acquittal of the accused of first degree murder and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Brian H. Greenspan and Sharon E. Lavine, for the appellant Buric.

Edward L. Greenspan, Q.C., and *Alison J. Wheeler*, for the appellant Parsniak.

David Butt, for the respondent.

**Jure George Buric et John Steven
Parsniak** *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. BURIC

N^o du greffe: 25365.

1997: 20 mars.

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

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

Droit criminel — Procès — Preuve — Exclusion par le juge du procès de la déposition d'un témoin clé du ministère public pour le motif que cette déposition était viciée — Accusé acquitté de l'infraction de meurtre au premier degré — Le juge du procès a fait erreur en concluant que la question du caractère vicié du témoignage concernait l'admissibilité de cet élément de preuve plutôt que son poids — Arrêt de la Cour d'appel ordonnant un nouveau procès confirmé.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt: *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1996), 28 O.R. (3d) 737, 90 O.A.C. 321, 106 C.C.C. (3d) 97, 48 C.R. (4th) 149, 36 C.R.R. (2d) 62, qui a accueilli l'appel formé par le ministère public contre l'acquiescement de l'accusé à l'égard de l'infraction de meurtre au premier degré et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Brian H. Greenspan et Sharon E. Lavine, pour l'appelant Buric.

Edward L. Greenspan, c.r., et *Alison J. Wheeler*, pour l'appelant Parsniak.

David Butt, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered orally by

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

¹ SOPINKA J. — The appeal is dismissed for the reasons of Labrosse J.A. We would only add that reliance was placed on our decision in *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80, which was decided by this Court after the judgment of the Court of Appeal in this case was rendered. In our view, the principles in that case have no application by reason, *inter alia*, that there is no finding by the trial judge nor any evidence which would justify the conclusion that the police failed to make a record deliberately to avoid production.

LE JUGE SOPINKA — Le pourvoi est rejeté pour les motifs exposés par le juge Labrosse de la Cour d'appel. Nous tenons seulement à ajouter que l'on a invoqué l'arrêt de notre Cour *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, qui a été rendu après la décision de la Cour d'appel dans la présente affaire. À notre avis, les principes énoncés dans cet arrêt ne s'appliquent pas, notamment parce que le juge du procès n'a pas conclu que les policiers avaient délibérément omis de préparer un compte rendu pour éviter d'avoir à le produire, et qu'il n'y a aucune preuve qui justifierait une telle conclusion.

² Accordingly, the appeal is dismissed.

En conséquence, le pourvoi est rejeté.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant Buric: Greenspan, Humphrey, Toronto.

Procureurs de l'appelant Buric: Greenspan, Humphrey, Toronto.

Solicitors for the appellant Parsniak: Greenspan & Associates, Toronto.

Procureurs de l'appelant Parsniak: Greenspan & Associates, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

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

Gerald James Phillips and Roger James Parry *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CURRAGH INC.

File No.: 25075.

1996: November 26; 1997: March 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Criminal law — Trial — Reasonable apprehension of bias — Trial judge making private phone call to head of public prosecution service asking for removal of lead Crown counsel from case otherwise he would take steps to “secure that end” — Trial judge denying Crown’s motion for recusal and later allowing accused’s motion for stay of proceedings on manslaughter charges on basis of Crown’s failure to disclose relevant evidence — Whether trial judge’s conduct and words creating reasonable apprehension of bias.

Criminal law — Costs — Delays and legal costs incurred arising from systemic problems beyond control of accused — Problems largely occasioned by trial judge’s conduct which gave rise to apprehension of bias — Accused should recover their reasonable legal costs of proceedings to date and be paid reasonable legal costs incurred in new trial.

The trial judge ordered a stay of the manslaughter charges against the accused, two members of the managerial staff at a coal mine at which an explosion caused the deaths of 26 miners. He based his decision on the Crown’s non-disclosure or late disclosure of relevant material. Earlier during the trial, the judge had called the acting director of the public prosecution service and expressed his displeasure with the manner in which the Crown attorney was conducting the case. The trial judge recommended that he be removed from the case and

Gerald James Phillips et Roger James Parry *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. CURRAGH INC.

N° du greffe: 25075.

1996: 26 novembre; 1997: 20 mars.

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

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

Droit criminel — Procès — Crainte raisonnable de partialité — Appel téléphonique privé du juge du procès au chef du Service des poursuites publiques demandant le retrait du procureur principal de la poursuite à défaut de quoi il prendrait des mesures «pour arriver à cette fin» — Le juge du procès a rejeté la requête en récusation présentée par le ministère public et a plus tard accueilli la requête des accusés visant à obtenir l’arrêt des procédures relatives aux accusations d’homicide involontaire coupable parce que le ministère public avait omis de divulguer des éléments de preuve pertinents — La conduite et les propos du juge du procès ont-ils créé une crainte raisonnable de partialité?

Droit criminel — Dépens — Délais et frais de justice découlant de problèmes systémiques indépendants de la volonté des accusés — Problèmes résultant dans une large mesure de la conduite du juge du procès qui a suscité une crainte de partialité — Les accusés devraient recouvrer les dépens raisonnables qu’ils ont engagés jusqu’à ce jour pour les procédures, ainsi que les dépens raisonnables qu’ils engageront dans le cadre du nouveau procès.

Le juge du procès a ordonné l’arrêt des procédures relatives aux accusations d’homicide involontaire coupable portées contre les accusés, deux membres du personnel de gestion d’une mine de charbon où est survenue une explosion qui a causé la mort de 26 mineurs. Il a fondé sa décision sur la non-divulgaration ou la divulgation tardive de documents pertinents par le ministère public. Précédemment au cours du procès, le juge avait appelé le directeur intérimaire du Service des poursuites publiques et avait exprimé son mécontentement quant à

said that if he were not he would take steps "to secure that end". The Crown, supported by one of the accused, brought a motion for recusal, which the trial judge denied. The Crown sought unsuccessfully to appeal this interlocutory decision. That having failed, the trial continued until the trial judge entered a stay of proceedings due to the Crown's failure to disclose material information. The Crown raised the issue again in its appeal of the trial judge's order staying the proceedings. The Court of Appeal disagreed with the trial judge's conclusion that the material non-disclosure should result in a stay, found that there was a reasonable apprehension of bias and ordered a new trial.

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

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: Prior to the order staying the proceedings, the trial judge's actions and words during the trial created a reasonable apprehension of bias. In privately phoning a senior member of the Attorney General's staff to request the removal of the Crown attorney in charge of the case and stating that otherwise he would take steps "to secure that end", the trial judge interfered with the Crown's conduct of its case and became inappropriately involved in the fray. He should have recused himself, but denied the Crown's motion for recusal. Where a reasonable apprehension of bias is demonstrated, the trial judge has no further jurisdiction in the proceedings and the only appropriate remedy is a new trial. Generally the decision reached and the orders made in the course of a trial that is found by a court of appeal to be unfair as a result of bias are void and unenforceable. While the trial judge's order staying the charges in this case was enforceable until the court of appeal dealt with it, once the court of appeal ruled that the trial judge had demonstrated a reasonable apprehension of bias it retroactively rendered the order void and without effect. The Crown brought its motion for recusal in a timely, appropriate and reasonable manner and cannot be faulted on that score.

The accused should recover their reasonable legal costs of the proceedings to date and be paid the reasonable legal costs incurred in the new trial since the delays

la façon dont le substitut du procureur général menait l'affaire. Le juge du procès avait recommandé qu'il soit retiré du dossier sans quoi il prendrait des mesures «pour arriver à cette fin». Le ministère public, avec l'appui de l'un des appelants, a déposé une requête en récusation. Le juge du procès a rejeté cette requête. Le ministère public a cherché sans succès à appeler de cette décision interlocutoire et le procès s'est poursuivi jusqu'à ce que le juge qui le présidait inscrive un arrêt des procédures en raison de l'omission du ministère public de divulguer des renseignements substantiels. Le ministère public a soulevé de nouveau cette question dans l'appel qu'il a interjeté contre l'arrêt des procédures ordonné par le juge du procès. La Cour d'appel a rejeté la conclusion du juge du procès que la non-divulgaration substantielle exigeait un arrêt des procédures. Elle a conclu qu'il existait une crainte raisonnable de partialité et a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt (Les juges McLachlin et Major sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci: Les actes et les propos du juge du procès antérieurs à l'arrêt des procédures ont créé une crainte raisonnable de partialité. En téléphonant en privé à un haut fonctionnaire du bureau du procureur général pour demander le retrait du substitut du procureur général en charge du dossier, sans quoi il prendrait des mesures «pour arriver à cette fin», le juge du procès est intervenu dans la façon dont le ministère public menait son dossier et il est devenu impliqué à tort dans la mêlée. Il aurait dû se récuser, mais il a rejeté la requête en ce sens présentée par le ministère public. Lorsque l'existence d'une crainte raisonnable de partialité est démontrée, le juge du procès n'a plus compétence relativement aux procédures et la seule réparation convenable est la tenue d'un nouveau procès. Généralement, la décision rendue et les ordonnances prononcées au cours d'un procès déclaré inéquitable par une cour d'appel pour cause de partialité sont nulles et inexécutives. L'ordonnance du juge du procès demeurerait exécutoire jusqu'à ce que la Cour d'appel se soit prononcée sur sa validité. Cependant, lorsqu'elle a statué que le juge du procès avait fait naître une crainte raisonnable de partialité, la Cour d'appel a invalidé rétroactivement l'ordonnance. Le ministère public a présenté en temps opportun et d'une manière raisonnable et appropriée sa requête en récusation, et on ne peut lui reprocher quoique ce soit sur ce point.

Les accusés devraient recouvrer les dépens raisonnables qu'ils ont engagés jusqu'à ce jour pour les procédures et on devrait leur payer les dépens raisonnables

and much of the costs incurred arise from systemic problems beyond their control that were to a large extent occasioned by the conduct of the trial judge which gave rise to an apprehension of bias.

Per Sopinka J.: While the breach of the Crown's obligation to disclose was egregious, a stay is not the only appropriate remedy in the circumstances. Assuming that the trial judge was not *functus*, one of the circumstances that he did not take into account is the fact that there must be a new trial by reason of the apprehension of bias occasioned by his conduct. The trial judge may be satisfied that full disclosure has been made prior to the commencement of the new trial. While the trial judge proceeded on the basis that, absent a stay, the trial would continue, this Court must decide whether a stay is the only appropriate remedy having regard for the fact that a new trial will otherwise be held. Consequently, it is impossible to say what, if any, prejudice has been caused by the non-disclosure, or whether full disclosure will have been made prior to the commencement of the new trial. The order directing a new trial should be affirmed.

Per McLachlin and Major JJ. (dissenting): While as a general rule a judge should not discuss a case with one party outside the other party's presence, much less suggest to one party in the other's absence who counsel on the case should be, a conclusion of bias does not flow automatically from breach of this rule. The question is whether the content of the discussion in all the surrounding circumstances supports an inference that the trial judge favoured one party over the other. In this case Crown counsel's conduct was prejudicing a fair trial and might ultimately have caused the trial to be aborted. While the trial judge should not have stipulated that he be removed, it is questionable whether his doing so indicated partiality to either the Crown or the defence. Moreover, even if the inference could be drawn that the trial judge was biased against the Crown, it does not follow that he automatically lost jurisdiction. Judicial conduct giving rise to a reasonable apprehension of bias does not automatically deprive the judge of jurisdiction and render all proceedings thereafter void. The proper course for a party affected by the bias is to move promptly for recusal of the judge. Absent an order disqualifying the judge, the judge retains jurisdiction and the proceedings continue as before. While the issue has not often arisen in criminal proceedings, the authorities support the view that bias or apprehension of bias does

engagés dans le cadre du nouveau procès puisque les délais et une bonne partie des frais de justice engagés découlent de problèmes systémiques indépendants de leur volonté, qui résultaient, dans une large mesure, des propos et des actes du juge du procès qui ont suscité une crainte de partialité.

Le juge Sopinka: Bien que la violation de l'obligation de divulgation du ministère public ait été énorme, l'arrêt des procédures n'est pas la seule réparation convenable dans les circonstances. À supposer que le juge du procès n'ait pas été dessaisi de l'affaire, une des circonstances dont ce dernier n'a pas tenu compte est le fait qu'un nouveau procès doit avoir lieu en raison de la crainte de partialité qu'a soulevée sa conduite. Il est possible que le juge du procès soit convaincu qu'il y a eu divulgation complète avant le début du nouveau procès. Bien que le juge du procès se soit fondé sur l'hypothèse que, en l'absence d'un arrêt des procédures, le procès suivrait son cours, notre Cour doit décider si l'arrêt des procédures est la seule réparation convenable, en tenant compte du fait que, à défaut d'une telle réparation, un nouveau procès aura lieu. Par conséquent, il est impossible de dire quel préjudice, si préjudice il y a eu, a été causé, ni de dire s'il y aura eu divulgation complète avant le début du nouveau procès. L'ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès doit être confirmée.

Les juges McLachlin et Major (dissidents): Bien que, en règle générale, un juge doive s'abstenir de discuter d'une affaire avec une des parties, hors la présence de l'autre, et qu'il puisse encore moins suggérer à une partie, en l'absence de l'autre, quel avocat devrait occuper dans le dossier, la violation de cette règle n'entraîne pas inévitablement une conclusion de partialité. Il faut se demander si, eu égard à l'ensemble des circonstances, la teneur de la discussion permet d'inférer que le juge du procès favorisait une partie par rapport à l'autre. Dans le présent cas, la conduite du substitut du procureur général nuisait à la tenue d'un procès équitable et aurait pu, en bout de ligne, entraîner l'annulation du procès. Le juge du procès n'aurait pas dû suggérer qu'il soit retiré du dossier, mais ce fait ne prouve pas qu'il a ainsi fait montre de partialité soit à l'endroit du ministère public soit à l'endroit de la défense. De plus, même s'il était possible d'inférer que le juge du procès avait un parti pris contre le ministère public, il ne s'ensuit pas qu'il a automatiquement perdu compétence sur l'affaire. Une conduite judiciaire donnant naissance à une crainte raisonnable de partialité n'a pas automatiquement pour effet de priver le juge de sa compétence et de rendre nulles toutes les procédures subséquentes. La partie victime de la partialité doit demander promptement la récusation du juge. En l'absence d'une ordonnance déclarant

not automatically render the trial a nullity. This flows from the general principle that a court order must be obeyed until there is an order to the contrary. It follows that the trial judge in the present case retained jurisdiction after the telephone call alleged to give rise to an apprehension of bias against the Crown. This jurisdiction continued through the recusal motion and after its dismissal. The subsequent decisions of the judge were voidable, not void. Moreover, even if the trial judge lost jurisdiction by not recusing himself from the trial, it is open to this Court, in the interest of justice, to examine the circumstances of the proceedings and to enter a stay if that is the result required.

What occurred in this case was an abuse of process. While the trial judge believed that the non-disclosed evidence was material to the ability of the accused to make full answer and defence, the entire conduct of the trial has brought the administration of justice into disrepute and in the process violated s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Throughout the proceedings the Crown bent and broke rules, and attempted to cover up when it was caught. The Crown actively misled the court on a number of occasions, and ignored or failed to obey court orders. The conduct of Crown counsel at the trial violates the fundamental principles that underlie the community's sense of fair play and decency and constitutes an abuse of the court's process.

The trial judge was correct in determining that the only remedy for the conduct of the Crown in this case was a stay of proceedings. While a stay of proceedings is a last resort, only to be entered in the clearest of cases, the trial judge directed himself to consider other remedies, including the exclusion of evidence, an adjournment, or a mistrial. Throughout the pre-trial process and the trial itself, the trial judge utilized numerous remedies to ensure that the Crown was complying with its obligations, but none was effective. The trial judge granted a stay as a remedy for the prejudicial effect of the Crown's non-disclosures on the right of the accused to make full answer and defence. A stay should also be granted as a remedy for Crown conduct that was an

le juge inhabile, celui-ci garde compétence sur l'affaire et le procès suit normalement son cours. Bien que la question ne se soit pas posée souvent en matière criminelle, la jurisprudence appuie l'opinion selon laquelle la partialité ou la crainte de partialité n'entraînent pas nécessairement la nullité du procès. Cela découle du principe général qu'une ordonnance judiciaire doit être respectée tant qu'une ordonnance à l'effet contraire n'a pas été rendue. Il s'ensuit que, en l'espèce, le juge du procès a gardé compétence après l'appel téléphonique qui, prétend-on, aurait fait naître une crainte raisonnable de partialité contre le ministère public. Cette compétence a été maintenue pendant l'instruction de la requête en récusation et après son rejet. Les décisions subséquentes du juge étaient non pas nulles mais annulables. En outre, même si le juge du procès a perdu compétence en ne se récusant pas, il est loisible à notre Cour, dans l'intérêt de la justice, d'examiner les circonstances de ces procédures et d'en décréter l'arrêt si cette conclusion s'impose.

Il y a eu, en l'espèce, abus de procédure. Bien que le juge du procès ait estimé que la preuve non divulguée était substantielle relativement à la capacité des accusés de présenter une défense pleine et entière, le déroulement de ce procès dans son ensemble a déconsidéré l'administration de la justice et il y a eu, de ce fait, violation de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Tout au long des procédures, le ministère public a contourné et violé les règles, puis il a tenté de couvrir ses actes après avoir été découvert. Il a activement induit la cour en erreur, et ce à de nombreuses reprises. Il a fait fi des ordonnances de la cour ou ne s'y est pas conformé. La façon dont les substituts du procureur général se sont conduits au procès viole les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la collectivité, et elle constitue un abus des procédures de la cour.

Le juge du procès a eu raison de décider que la seule façon de remédier à la conduite du ministère public en l'espèce était d'ordonner l'arrêt des procédures. Bien que l'arrêt des procédures soit une mesure de dernier ressort, qui ne peut être ordonnée que dans les cas les plus manifestes, le juge du procès s'est rappelé d'examiner d'autres réparations, dont l'exclusion de la preuve, l'ajournement ou l'annulation du procès. Pendant toutes les étapes préliminaires et le procès lui-même, le juge du procès a eu recours à plusieurs mesures pour faire en sorte que le ministère public se conforme à ses obligations, mais aucune n'a été efficace. Le juge du procès a accordé un arrêt des procédures à titre de réparation pour l'effet préjudiciable que la non-divulgarion de la

abuse of process bringing the administration of justice into disrepute.

Cases Cited

By La Forest and Cory JJ.

Referred to: *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623.

By McLachlin and Major JJ. (dissenting)

R. v. Stinchcombe, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Livingstone* (1990), 57 C.C.C. (3d) 449; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Taylor*, [1987] 3 F.C. 593, aff'd [1990] 3 S.C.R. 892; *Canada Metal Co. v. Canadian Broadcasting Corp. (No. 2)* (1974), 4 O.R. (2d) 585; *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709; *R. v. Pastro* (1988), 66 Sask. R. 241; *R. v. Smith* (1995), 31 Alta. L.R. (3d) 227; *United States v. Daley*, 564 F.2d 645 (1977), certiorari denied 435 U.S. 933 (1979); *Smith v. Danyo*, 441 F.Supp. 171 (1977), aff'd 585 F.2d 83 (1978); *In re Martin-Trigona*, 573 F.Supp. 1237 (1983), aff'd 770 F.2d 157 (1985); *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Young* (1984), 46 O.R. (2d) 520.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(b), (d), 24(1).

Coal Mines Regulation Act, R.S.N.S. 1989, c. 73.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 220, 236, 587(1)(f), (g).

Occupational Health and Safety Act, R.S.N.S. 1989, c. 320.

Public Inquiries Act, R.S.N.S. 1989, c. 372.

Authors Cited

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated October 1996, release 17).

Stuesser, Lee. "Abuse of Process: The Need to Reconsider" (1994), 29 C.R. (4th) 92.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1995), 146 N.S.R. (2d) 161, 422

preuve par le ministère public a eu sur le droit des accusés de présenter une défense pleine et entière. L'arrêt des procédures doit également être accordé à titre de réparation à l'égard de la conduite du ministère public qui a constitué un abus de procédure ayant eu pour effet de déconsidérer l'administration de la justice.

Jurisprudence

Citée par les juges La Forest et Cory

Arrêt mentionné: *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623.

Citée par les juges McLachlin et Major (dissidents)

R. c. Stinchcombe, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Livingstone* (1990), 57 C.C.C. (3d) 449; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Taylor*, [1987] 3 C.F. 593, conf. par [1990] 3 R.C.S. 892; *Canada Metal Co. c. Canadian Broadcasting Corp. (No. 2)* (1974), 4 O.R. (2d) 585; *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709; *R. c. Pastro* (1988), 66 Sask. R. 241; *R. c. Smith* (1995), 31 Alta. L.R. (3d) 227; *United States c. Daley*, 564 F.2d 645 (1977), certiorari refusé 435 U.S. 933 (1979); *Smith c. Danyo*, 441 F.Supp. 171 (1977), conf. par 585 F.2d 83 (1978); *In re Martin-Trigona*, 573 F.Supp. 1237 (1983), conf. par 770 F.2d 157 (1985); *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Young* (1984), 46 O.R. (2d) 520.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(b), (d), 24(1).

Coal Mines Regulation Act, R.S.N.S. 1989, ch. 73.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 220, 236, 587(1)(f), (g).

Occupational Health and Safety Act, R.S.N.S. 1989, ch. 320.

Public Inquiries Act, R.S.N.S. 1989, ch. 372.

Doctrine citée

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated October 1996, release 17).

Stuesser, Lee. «Abuse of Process: The Need to Reconsider» (1994), 29 C.R. (4th) 92.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1995), 146 N.S.R. (2d) 161,

A.P.R. 161, 44 C.R. (4th) 274, allowing the Crown's appeal from an order of Anderson J. (1995), 146 N.S.R. (2d) 163, 422 A.P.R. 163, granting a stay of proceedings, and ordering a new trial. Appeal dismissed, McLachlin and Major JJ. dissenting.

Gordon R. Kelly and N. Kent Clarke, for the appellant Phillips.

Frank E. DeMont and John A. McKinlay, for the appellant Parry.

Craig M. Garson, G. Arthur Theuerkauf and Andrew S. Macdonald, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

1 LA FOREST AND CORY JJ. — On June 9, 1995, the trial judge ordered that the manslaughter charges brought against the appellants be stayed. He based his decision upon the failure of the Crown in some instances to disclose relevant material and in others its tardiness in disclosing material: (1995), 146 N.S.R. (2d) 163, 422 A.P.R. 163. The Court of Appeal for Nova Scotia set aside the stay and directed a new trial: (1995), 146 N.S.R. (2d) 161, 422 A.P.R. 161, 44 C.R. (4th) 274. The appellants have appealed that decision.

2 The respondent Crown alleges that prior to making the order staying the proceedings, the actions and words of the trial judge revealed actual bias. Although that may be correct, it is not necessary to consider the issue since it is clear that they certainly created a reasonable apprehension of bias.

3 In July 1994, before the trial commenced, the trial judge made a phone call to a senior member of the staff of the Attorney General. Disturbing as it was the call in itself did not create an apprehension of bias. However, on March 2, 1995, when the

422 A.P.R. 161, 44 C.R. (4th) 274, qui a accueilli l'appel du ministère public contre une ordonnance du juge Anderson (1995), 146 N.S.R. (2d) 163, 422 A.P.R. 163, accordant un arrêt des procédures, et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges McLachlin et Major sont dissidents.

Gordon R. Kelly et N. Kent Clarke, pour l'appellant Phillips.

Frank E. DeMont et John A. McKinlay, pour l'appellant Parry.

Craig M. Garson, G. Arthur Theuerkauf et Andrew S. Macdonald, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

LES JUGES LA FOREST ET CORY — Le 9 juin 1995, le juge du procès a ordonné l'arrêt des procédures relatives aux accusations d'homicide involontaire coupable portées contre les appelants. Il a fondé sa décision sur l'omission du ministère public, dans certains cas, de divulguer des documents pertinents et sur sa lenteur, dans d'autres cas, à divulguer des documents: (1995), 146 N.S.R. (2d) 163, 422 A.P.R. 163. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a annulé l'arrêt des procédures et ordonné la tenue d'un nouveau procès: (1995), 146 N.S.R. (2d) 161, 422 A.P.R. 161, 44 C.R. (4th) 274. Les appelants se pourvoient contre cette décision.

Le ministère public intimé allègue que les actes et les propos du juge du procès antérieurs à l'arrêt des procédures traduisaient l'existence de partialité chez lui. Bien que cela puisse être exact, il n'est pas nécessaire d'examiner cette question puisqu'il est évident que ces actes et propos ont sûrement créé une crainte raisonnable de partialité.

En juillet 1994, avant l'ouverture du procès, le juge du procès a téléphoné à un haut fonctionnaire du bureau du Procureur général. Si inquiétant fût-il, cet appel n'a pas créé en soi de crainte de partialité. Cependant, le 2 mars 1995, alors que le procès

trial was well under way, the judge again called the senior member of staff. To make such a call during the trial was, to say the least, unfortunate if not ill advised. It was sufficient in itself to raise the issue of apprehension of bias. Further, the words of the trial judge during this conversation confirmed that there was a reasonable apprehension of bias. He expressed his displeasure with the manner in which the Crown attorney was conducting the case. The trial judge recommended that he be removed from the case and if he were not he would take steps "to secure that end". He thereby interfered with the Crown's conduct of its case, and so became inappropriately involved in the fray.

The Crown, supported by one of the appellants, brought a motion for recusal. The trial judge should have recused himself, but he denied the motion. It is sufficient to observe that the Crown sought unsuccessfully to appeal this interlocutory decision. The Crown did not waive its rights to raise the issue later and quite properly did so in its appeal of the order of the trial judge staying the action. The Court of Appeal unanimously found that there was a reasonable apprehension of bias and ordered a new trial. We agree with this conclusion.

The properly drawn conclusion that there is a reasonable apprehension of bias will ordinarily lead inexorably to the decision that a new trial must be held. In circumstances where reasonable apprehension of bias is demonstrated the trial judge has no further jurisdiction in the proceedings and there is no alternative to a new trial.

The significance of a reasonable apprehension of bias was considered by this Court in *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, at p. 645:

As I have stated, it is impossible to have a fair hearing or to have procedural fairness if a reasonable apprehension of bias has been established. If there has been a

était en cours, le juge a de nouveau appelé le haut fonctionnaire. Un tel appel fait pendant le procès était à tout le moins malheureux, voire peu judiciaire. Il était suffisant en soi pour soulever la question de la crainte de partialité. En outre, les propos tenus par le juge du procès au cours de cette conversation ont confirmé l'existence d'une crainte raisonnable de partialité. Il a exprimé son mécontentement quant à la façon dont le substitut du procureur général menait l'affaire. Le juge du procès a recommandé qu'il soit retiré du dossier sans quoi il prendrait des mesures [TRADUCTION] «pour arriver à cette fin». Il intervenait ainsi dans la façon dont le ministère public menait son dossier et devenait impliqué à tort dans la mêlée.

Le ministère public, avec l'appui de l'un des appelants, a déposé une requête en récusation. Le juge du procès aurait dû se récuser, mais il a rejeté la requête. Il suffit de souligner que le ministère public a cherché sans succès à appeler de cette décision interlocutoire. Le ministère public n'a pas renoncé à ses droits de soulever la question plus tard et il l'a soulevée tout à fait à bon droit dans l'appel qu'il a interjeté contre l'arrêt des procédures ordonné par le juge du procès. La Cour d'appel a conclu, à l'unanimité, qu'il existait une crainte raisonnable de partialité et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Nous souscrivons à cette conclusion.

La conclusion correctement tirée qu'il existe une crainte raisonnable de partialité mène habituellement, de façon inexorable, à la décision qu'il doit y avoir un nouveau procès. Lorsque l'existence d'une crainte raisonnable de partialité est démontrée, le juge du procès n'a plus compétence relativement aux procédures et le seul choix qui s'offre est la tenue d'un nouveau procès.

Notre Cour a examiné l'importance d'une crainte raisonnable de partialité dans *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, à la p. 645:

Comme je l'ai déjà mentionné, du moment que la crainte raisonnable de partialité est établie, une audience équitable ou l'équité procédurale sont impossibles. S'il

4

5

6

denial of a right to a fair hearing it cannot be cured by the tribunal's subsequent decision. A decision of a tribunal which denied the parties a fair hearing cannot be simply voidable and rendered valid as a result of the subsequent decision of the tribunal. Procedural fairness is an essential aspect of any hearing before a tribunal. The damage created by apprehension of bias cannot be remedied. The hearing, and any subsequent order resulting from it, is void. [Emphasis added.]

If that be true of a proceeding before an administrative tribunal it must apply with even greater force to a criminal trial.

y a eu négation du droit à une audience équitable, la décision subséquente du tribunal ne peut y remédier. La décision d'un tribunal qui a refusé aux parties une audience équitable ne peut être simplement annulable et être validée ensuite par la décision subséquente du tribunal. L'équité procédurale est un élément essentiel de toute audience tenue devant un tribunal. Le préjudice résultant d'une crainte de partialité est irrémédiable. L'audience, ainsi que toute ordonnance à laquelle elle aboutit, est nulle. [Je souligne.]

Si cela est vrai d'une procédure devant un tribunal administratif, cela l'est d'autant plus d'un procès criminel.

7 The right to a trial before an impartial judge is of fundamental importance to our system of justice. Should it be concluded by an appellate court that the words or actions of a trial judge have exhibited bias or demonstrated a reasonable apprehension of bias then a basic right has been breached and the exhibited bias renders the trial unfair. Generally the decision reached and the orders made in the course of a trial that is found by a court of appeal to be unfair as a result of bias are void and unenforceable.

Le droit à un procès devant un juge impartial est d'une importance fondamentale pour notre système de justice. Si une cour d'appel conclut que les paroles ou les actes du juge qui a présidé le procès révèlent l'existence de partialité ou d'une crainte raisonnable de partialité, il y a alors eu violation d'un droit fondamental et la partialité dont il a été fait montre rend le procès inéquitable. Généralement, la décision rendue et les ordonnances prononcées au cours d'un procès déclaré inéquitable par une cour d'appel pour cause de partialité sont nulles et inexécutaires.

8 Certainly, every order of a trial court is enforceable and must be obeyed until it is declared void by an appellate court. In this sense the order may be viewed as voidable. However, when a court of appeal determines that the trial judge was biased or demonstrated a reasonable apprehension of bias, that finding retroactively renders all the decisions and orders made during the trial void and without effect.

Certes, toute ordonnance d'une cour de première instance est exécutoire et doit être respectée tant qu'elle n'est pas déclarée nulle par une cour d'appel. En ce sens, cette ordonnance peut être considérée comme annulable. Cependant, lorsqu'une cour d'appel détermine que le juge du procès a fait montre de partialité ou a fait naître une crainte raisonnable de partialité, cette conclusion invalide rétroactivement toutes les décisions et ordonnances rendues pendant le procès.

9 In the case at bar, the court of appeal correctly found the trial to be unfair as a result of the demonstrated apprehension of bias. The order of the trial judge staying the charges was void. It was made in the course of the trial after the impugned telephone call which clearly rendered the trial unfair. The order of the trial judge was enforceable until the court of appeal dealt with it. However there can be no doubt that once the court of appeal ruled that the trial judge had demonstrated a reasonable apprehension of bias it retroactively ren-

En l'espèce, la Cour d'appel a conclu à bon droit que le procès était inéquitable en raison de la crainte raisonnable de partialité soulevée. L'ordonnance du juge du procès intimant l'arrêt des procédures était nulle. Elle a été rendue au cours du procès, après l'appel téléphonique reproché, qui a clairement eu pour effet de rendre le procès inéquitable. L'ordonnance du juge du procès demeurait exécutoire jusqu'à ce que la Cour d'appel se soit prononcée sur sa validité. Cependant, il ne fait aucun doute que, lorsqu'elle a statué que le juge du

dered void and without effect the order staying the charges.

The Court of Appeal properly found that the trial judge ought to have recused himself when the motion was brought before him. Whether he might have had authority to grant a stay after the unfortunate phone call was made is not in issue. Whatever authority he may have had was retroactively removed by the finding that he had exhibited a reasonable apprehension of bias. The only appropriate remedy in this case is to order a new trial.

Our colleagues contend that allegations of bias should be made in a timely fashion and cite American cases for this proposition. We accept that in order to maintain the integrity of the court's authority such allegations must, as a general rule, be brought forward as soon as it is reasonably possible to do so. However, in this case, the Crown took the courageous position of moving to have the trial judge recuse himself within five days of his demonstration of bias or at least the reasonable apprehension of bias. Thus it moved in a timely, appropriate and reasonable manner. The Crown certainly cannot be faulted on that score.

It is important that a new trial be held, and as a result as little as possible should be said regarding the issues that may arise or the evidence. Like our colleagues Justices McLachlin and Major, we have carefully considered the facts. We refrain from commenting upon them. We do this so that the judge presiding at the new trial is not inhibited in any way in dealing with any of the issues that may arise. Particularly the trial judge should not be inhibited either by our colleagues' views of the evidence and issues or by ours, which could well be different. At the new trial, both the Crown and the defence can take whatever steps and raise whatever issues they consider appropriate. The trial of these accused like all who face criminal

procès avait fait naître une crainte raisonnable de partialité, la Cour d'appel a invalidé rétroactivement l'ordonnance intimant l'arrêt des procédures.

La Cour d'appel a à juste titre statué que le juge du procès aurait dû se récuser lorsque la requête en ce sens lui a été présentée. La question de savoir s'il avait compétence pour accorder l'arrêt des procédures après le regrettable appel téléphonique n'est pas en litige. Tout pouvoir dont il a pu disposer a été supprimé rétroactivement par la conclusion qu'il avait fait naître une crainte raisonnable de partialité. La seule réparation convenable dans le présent cas consiste à ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Nos collègues affirment que les allégations de partialité doivent être formulées en temps opportun, et ils citent des arrêts américains à l'appui de cette affirmation. Nous reconnaissons que, pour maintenir l'intégrité de l'autorité des tribunaux, ces allégations doivent, en règle générale, être présentées dès qu'il est raisonnablement possible de le faire. En l'espèce, toutefois, le ministère public a fait preuve d'une attitude courageuse et, par voie de requête, a demandé la récusation du juge du procès dans les cinq jours qui ont suivi les propos et les actes qui ont démontré sa partialité ou, du moins, donné naissance à une crainte raisonnable de partialité. Le ministère public a donc agi en temps opportun et d'une manière raisonnable et appropriée. On ne peut certes reprocher quoique ce soit au ministère public sur ce point.

Il est important qu'un nouveau procès ait lieu, et, en conséquence, le moins possible doit être dit sur les questions susceptibles de se soulever ou sur la preuve. À l'instar de nos collègues les juges McLachlin et Major, nous avons soigneusement examiné les faits. Nous nous abstenons de les commenter. Nous agissons ainsi pour faire en sorte que le juge qui présidera le nouveau procès ne soit d'aucune façon empêché de traiter de quelque question qui pourrait se présenter. Tout particulièrement, le juge du procès ne devrait pas être paralysé par les opinions de nos collègues sur la preuve et les questions en litige, ou par les nôtres, qui peuvent fort bien être différentes. Au nouveau procès, le ministère public et la défense pourront prendre

10

11

12

charges should be fair and be perceived to be fair. To achieve this goal the issues raised at the new trial and the facts upon which they rest must be determined by a judge who is not only impartial but is seen by all to be impartial. This is clearly in the best interests of the accused and the community.

toutes les mesures et soulever toutes les questions qu'ils jugeront appropriées. Le procès des accusés visés par le présent pourvoi, comme celui de toute personne faisant l'objet d'accusations criminelles, doit être équitable et être perçu comme tel. Pour réaliser cet objectif, les questions soulevées au nouveau procès et les faits sur lesquels elles reposent doivent être respectivement tranchées et constatées par un juge qui non seulement est impartial mais qui en outre est perçu comme tel par tous. Une telle situation est clairement dans l'intérêt des accusés et de la collectivité.

13 It only remains to resolve the issue as to costs. The proceedings in the first trial were complex and lengthy. The new trial will be equally difficult. The appellants have suffered and will continue to suffer from the grievous financial burden of legal costs. Ordinarily this is something which must be accepted by those charged with criminal offences. Yet, in this case the delays and much of the legal costs incurred arise from systemic problems that were beyond the control of the appellants. They were to a large extent occasioned by the words and actions of the trial judge which gave rise to an apprehension of bias. This was followed by his refusal to grant the motion for recusal. In these unique circumstances the appellants should recover their reasonable legal costs of the proceedings to date. As well they should be paid the reasonable legal costs incurred in the new trial for which they cannot in any way be held responsible.

Reste la question des dépens. Le premier procès a été long et complexe. Le nouveau procès sera tout aussi difficile. Les appelants ont assumé et continueront d'assumer le lourd fardeau financier des frais de justice. Ordinairement, il s'agit là d'une réalité que les personnes accusées d'infractions criminelles doivent accepter. En l'espèce, cependant, les délais et une bonne partie des frais de justice engagés découlent de problèmes systémiques indépendants de la volonté des appelants. Ils résultaient, dans une grande mesure, des propos et des actes du juge du procès qui ont suscité une crainte de partialité. À cela s'est ajouté son refus d'accueillir la requête en récusation. Dans ces circonstances tout à fait particulières, les appelants devraient recouvrer les dépens raisonnables qu'ils ont engagés jusqu'à ce jour pour les procédures. De même, on devrait leur payer les dépens raisonnables engagés dans le cadre du nouveau procès pour lequel ils ne peuvent en aucune façon être tenus responsables.

14 In the result, subject to the direction regarding costs, the appeal is dismissed and the order directing the new trial is confirmed.

En définitive, sous réserve de la directive concernant les dépens, le pourvoi est rejeté et l'ordonnance enjoignant de tenir un nouveau procès est confirmée.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

15 SOPINKA J. — I have read the reasons of La Forest and Cory JJ. and of McLachlin and Major JJ. and agree with the disposition of this appeal proposed by La Forest and Cory JJ. Although I agree with McLachlin and Major JJ. that the breach of the crown's obligation to dis-

LE JUGE SOPINKA — J'ai lu les motifs des juges La Forest et Cory et ceux des juges McLachlin et Major, et je suis d'accord avec la manière dont les premiers proposent de trancher le présent pourvoi. Bien que je convienne avec les juges McLachlin et Major qu'il y a eu violation énorme de l'obligation

close was egregious, I cannot say that in the circumstances a stay is the only appropriate remedy.

Assuming that McLachlin and Major JJ. are right that the trial judge was not *functus*, one of the circumstances that the trial judge did not take into account that must be considered is the fact that, independently of the issue of a stay for non-disclosure, there must be a new trial by reason of the apprehension of bias occasioned by the conduct of the trial judge. In view of this fact, I cannot say what prejudice has been caused by the non-disclosure. Certainly, the situation would be different if the original trial were to proceed. Witnesses would have been called and cross-examined by the appellants without the benefit of full disclosure. If these witnesses are called at the new trial, the appellants will have the benefit of not only the matters disclosed to date but any additional material that may be disclosed prior to the commencement of the new trial. Indeed, it may transpire that before that time, the trial judge will be satisfied that full disclosure has been made.

Quite apart from whether the trial judge was *functus*, I do not see how we can uphold the decision of the trial judge who granted the stay, given the fact that in considering the crucial issue of whether a stay was the only remedy, he proceeded on the basis that, absent a stay, the trial would continue. We cannot do so. We must decide whether a stay is the only appropriate remedy having regard for the fact that a new trial will otherwise be held. While this Court has the jurisdiction to make the order that was appropriate and we could impose a stay, by reason of the circumstances referred to above we are not in a position to say what, if any, prejudice has been caused nor whether full disclosure will have been made prior to the commencement of the new trial.

de divulgation du ministère public, je ne peux affirmer que, dans les circonstances, l'arrêt des procédures est la seule réparation convenable.

À supposer que les juges McLachlin et Major aient raison de dire que le juge du procès n'était pas dessaisi de l'affaire, une des circonstances dont ce dernier n'a pas tenu compte et qui doit l'être est le fait que, indépendamment de la question de l'arrêt des procédures pour cause de non-divulgation, un nouveau procès doit avoir lieu en raison de la crainte de partialité qu'a soulevée la conduite du juge du procès. À la lumière de ce fait, je ne peux dire quel préjudice a été causé par la non-divulgation. Certes, la situation serait différente si le procès initial avait suivi son cours. Des témoins auraient été appelés à la barre puis contre-interrogés par les appelants, sans le bénéfice toutefois d'une divulgation complète de la preuve. Si ces témoins sont assignés au nouveau procès, les appelants profiteront non seulement de ce qui a été divulgué jusqu'à maintenant, mais aussi de tout ce qui pourra l'avoir été avant le début du nouveau procès. De fait, il est possible que, avant cette date, le juge du procès soit convaincu qu'il y a eu divulgation complète.

Indépendamment de la question de savoir si le juge du procès était dessaisi de l'affaire, je ne vois pas comment nous pourrions confirmer sa décision d'accorder l'arrêt des procédures, compte tenu du fait que, dans l'examen de la question cruciale de savoir si l'arrêt des procédures était la seule réparation, il s'est fondé sur l'hypothèse que, en l'absence de cette réparation, le procès suivrait son cours. Nous ne pouvons faire comme lui. Nous devons décider si l'arrêt des procédures est la seule réparation convenable, en tenant compte du fait que, à défaut d'une telle réparation, un nouveau procès aura lieu. Même si notre Cour a compétence pour rendre l'ordonnance qui aurait dû être rendue, et que nous pouvons imposer l'arrêt des procédures, vu les circonstances mentionnées précédemment nous ne sommes pas en mesure de dire quel préjudice, si préjudice il y a eu, a été causé, ni de dire s'il y aura eu divulgation complète avant le début du nouveau procès.

16

17

18 I would dispose of the appeal as proposed by La Forest and Cory JJ.

The following are the reasons delivered by

19 MCLACHLIN AND MAJOR JJ. (dissenting) — On May 9, 1992 an explosion at the Westray Coal Mine in Plymouth, Nova Scotia caused the deaths of 26 miners. Immediately, a search began for the cause of this tragedy.

20 Charges were brought in the present case against Messrs. Phillips and Parry, two of the mine's managerial staff, in an attempt to affix blame on them for the explosion and deaths. The trial, however, was halted in mid-course by a decision of the trial judge to stay the proceedings. This decision flowed from his finding that the prosecution had conducted the proceedings in such a way as to deny the accused their right to a fair trial.

21 While society demands to know the cause of the events at Westray, it does not demand the sacrifice of the standard of fairness our society accords to a person accused of committing a crime. The history of the proceedings against Roger James Parry and Gerald James Phillips creates the impression of a prosecution seemingly prepared to obtain a conviction at all costs. A detailed examination of the facts is necessary to ensure this impression is supported by evidence.

Factual and Procedural Background

22 To appreciate the complicated background and procedural activity that occurred throughout the course of this case it is helpful to follow a time line. Everything in the sequence has relevance to the trial judge's final decision to enter a stay of proceedings.

23 May 9, 1992 — the fatal explosion at the Westray Coal Mine occurred.

24 May 11, 1992 — the Department of Labour of Nova Scotia took control of the mine and initiated the first of three separate governmental investiga-

Je suis d'avis de trancher le pourvoi de la manière proposée par les juges La Forest et Cory.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES MCLACHLIN ET MAJOR (dissidents) — Le 9 mai 1992, une explosion à la mine de charbon Westray à Plymouth, en Nouvelle-Écosse, a causé la mort de 26 mineurs. Il y a immédiatement eu enquête sur la cause de cette tragédie.

En l'espèce, des accusations ont été portées contre MM. Phillips et Parry, deux membres du personnel de gestion de la mine, en vue de leur imputer la responsabilité de l'explosion et des décès. Le procès a toutefois été interrompu, à mi-chemin, par suite de la décision du juge qui le présidait d'arrêter les procédures. Cette décision découlait de sa conclusion que la poursuite avait mené les procédures d'une manière qui avait privé les accusés de leur droit à un procès équitable.

Même si la société exige de connaître la cause des événements survenus à Westray, elle ne demande pas que l'on sacrifie, à cette fin, la norme d'équité qu'elle reconnaît par ailleurs à toute personne accusée d'avoir commis un crime. Or l'historique des procédures contre Roger James Parry et Gerald James Phillips donne l'impression d'une poursuite apparemment déterminée à obtenir une déclaration de culpabilité à tout prix. Un examen détaillé des faits est nécessaire pour vérifier si cette impression est étayée par la preuve.

Les faits et les procédures

Pour bien comprendre les événements complexes — faits et procédures — qui ont marqué toute cette affaire, il est utile d'en faire la chronologie. Tous les éléments de cette chronologie sont pertinents en ce qui a trait à la décision ultime du juge du procès d'ordonner l'arrêt des procédures.

9 mai 1992 — Date de l'explosion fatale à la mine de charbon Westray.

11 mai 1992 — Le ministère du Travail de la Nouvelle-Écosse prend la mine en charge et amorce la première de trois enquêtes gouverne-

tions. Harry Murphy, an ex-RCMP officer, led the investigation for the Department of Labour.

May 15, 1992 — the Westray Mine Public Inquiry was initiated. Justice K. Peter Richard was appointed Commissioner under the *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1989, c. 372, and Special Examiner under the *Coal Mines Regulation Act*, R.S.N.S. 1989, c. 73.

May 21, 1992 — the Royal Canadian Mounted Police (the “RCMP”) began their investigation. In the course of the investigation, the RCMP made application for, and obtained, 18 search warrants, including warrants for the offices of Westray Coal at the mine site, the underground mine site, the offices of the Westray Mine Public Inquiry, and the offices of Curragh Inc. in Toronto. Staff Sergeant Ches MacDonald was named officer in charge of the RCMP investigation.

The existence of three separate inquiries initiated into this matter was a cause, but not the only cause, of the problems which took place in the criminal trial. It was difficult enough that the case ultimately required the introduction into evidence of an estimated half million pages of documents. Added to the bulk of the documents was the movement of them between multiple places and the numerous reproductions this entailed.

May 25, 1992 — the Commissioner of the Public Inquiry issued an order requiring Curragh Resources Inc., the Government of Nova Scotia and the Government of Canada to deliver to the Commission of Inquiry all documents, records and files that might have relevance.

Almost a year later, on April 2, 1993, the Commissioner ordered that all documents, records, files, statements, and other information or evidence obtained by the Commission was to be held in confidence by the Commission staff and that such evidence could not be released or made available to any person other than Commission staff, except upon a further order of the Commissioner. This may have been helpful for the Commission’s

mentales distinctes. Harry Murphy, ex-agent de la GRC, dirige l’enquête pour le ministère du Travail.

15 mai 1992 — L’enquête publique sur la mine Westray est mise sur pied. Le juge K. Peter Richard est nommé commissaire en vertu de la *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 372, et enquêteur spécial en vertu de la *Coal Mines Regulation Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 73.

21 mai 1992 — La Gendarmerie royale du Canada (la «GRC») amorce son enquête. Au cours de cette enquête, la GRC a demandé et obtenu 18 mandats de perquisition visant notamment les bureaux de la Westray Coal situés à la mine, la mine elle-même, les bureaux de la commission d’enquête publique sur la mine Westray et les bureaux de la société Curragh Inc. à Toronto. Le sergent d’état-major Ches MacDonald est nommé officier responsable de l’enquête de la GRC.

L’existence de trois enquêtes distinctes est l’une des causes, mais non la seule, des problèmes qui ont surgi pendant le procès criminel. L’affaire posait déjà suffisamment de difficultés du fait qu’environ un demi million de pages de documents ont été produits en preuve. À cette masse de documents s’ajoutaient leur circulation entre de multiples endroits et les nombreuses reproductions que cela rendait nécessaires.

25 mai 1992 — Le commissaire de l’enquête publique rend une ordonnance enjoignant à Curragh Resources Inc. ainsi qu’au gouvernement de la Nouvelle-Écosse et au gouvernement du Canada de communiquer à la commission d’enquête tous les documents, registres et dossiers susceptibles d’être pertinents.

Presqu’un an plus tard, le 2 avril 1993, le commissaire ordonne que l’ensemble des documents, registres, dossiers, déclarations et autres renseignements ou éléments de preuve obtenus par la commission soient traités comme des documents confidentiels par le personnel de la commission et ne soient communiqués à personne d’autre, sauf ordonnance contraire du commissaire. Cette mesure était peut-être utile pour les fins de la com-

25

26

27

28

29

purposes, but it hampered the document management in the criminal prosecutions.

mission, mais elle a gêné la gestion des documents dans le cadre des poursuites criminelles.

30 October 5, 1992 — the appellants and others were charged with 52 offences under the *Occupational Health and Safety Act*, R.S.N.S. 1989, c. 320 (the “*OHSA*”), a provincial statute. These charges arose out of the Department of Labour investigation and were laid by the Attorney General and prosecuted by the Public Prosecution Service.

5 octobre 1992 — Les appelants et d’autres personnes sont accusés de 52 infractions prévues par l’*Occupational Health and Safety Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 320 (l’«*OHSA*»), une loi provinciale. Ces accusations résultaient de l’enquête du ministère du Travail. Elles ont été déposées par le procureur général et poursuivies par le Service des poursuites publiques.

31 October 21, 1992 — defence counsel for Mr. Phillips made his first request for full and complete disclosure. A letter was sent to John Pearson, Director of Public Prosecutions, the lead prosecutor for the offences under the *OHSA*, extensively detailing all the types of disclosure required. This was the first in a series of requests for full disclosure made by defence counsel. These requests continued throughout the course of this case and were never fully complied with.

21 octobre 1992 — L’avocat de la défense occupant pour M. Phillips présente sa première demande de divulgation complète. Il fait parvenir à M. John Pearson, directeur du Service des poursuites publiques et procureur principal pour les infractions poursuivies en vertu de l’*OHSA*, une lettre donnant le détail des renseignements et documents demandés. C’était la première d’une série de demandes de divulgation complète présentées par les avocats de la défense. De telles demandes ont continué d’être produites tout au long de l’instance et n’ont jamais été totalement satisfaites.

32 November 23, 1992 — counsel for Mr. Phillips objected to the limited form of disclosure provided in response to the first request and sent another letter reiterating the request for full and complete disclosure.

23 novembre 1992 — L’avocat de M. Phillips conteste la divulgation limitée faite en réponse à la première demande et fait parvenir une autre lettre réitérant la demande de divulgation complète.

33 November 30, 1992 — Mr. Pearson made an application for an adjournment of the arraignment of the appellants on the charges under the *OHSA* and the taking of a plea which had been set for December 10, 1992. In his application, he indicated that both the Department of Labour and the RCMP were conducting investigations, the RCMP investigation being of offences under the *Criminal Code*. Pearson indicated that the investigation by the RCMP and the basis for the charges under the *OHSA* were basically the same. He stated, in written material filed supporting his application, that:

30 novembre 1992 — M. Pearson présente une requête en ajournement de la mise en accusation des appelants sous le régime de l’*OHSA* et de l’inscription des plaidoyers, qui avaient été fixées au 10 décembre 1992. Dans sa requête, il indiquait que le ministère du Travail et la GRC menaient tous deux des enquêtes, celle de la GRC portant sur des infractions au *Code criminel*. Expliquant que l’enquête de la GRC et les accusations portées en vertu de l’*OHSA* avaient essentiellement le même fondement, il a dit ce qui suit dans un document présenté à l’appui de sa requête:

... the defendants are entitled to disclosure prior to plea. The defendants have requested disclosure of all information gathered by the R.C.M.P. during the criminal investigation. Adjourning the taking of a plea until after the criminal investigation is complete will avoid the possibility that disclosure at this time might

[TRADUCTION] ... les défendeurs ont droit à la divulgation de la preuve avant d’inscrire leur plaidoyer. Les défendeurs ont demandé la divulgation de toute l’information recueillie par la GRC durant l’enquête criminelle. Ajourner l’inscription du plaidoyer jusqu’à la fin de l’enquête criminelle permettra d’éviter que le fait de

prejudice the police investigation and will ensure that the defendants receive full disclosure prior to entering their plea.

What we take from Mr. Pearson's submission is that since the appellants were entitled to full disclosure before making a plea in response to the charges under the *OHS*A, he wanted to delay the taking of that plea until all of the evidence had been gathered with respect to the criminal investigation. We fail to understand Mr. Pearson's concern. The police were investigating the same events that formed the basis of the charges under the *OHS*A. How could disclosure of information they gathered possibly "prejudice" that police investigation? If Mr. Pearson was concerned that not all of the information had been gathered in relation to the charges, it raises the question of why the charges were laid at the time.

On the same day in November of 1992, the appellants and their co-accused requested disclosure of all information gathered by the RCMP during their criminal investigation. As well, they requested disclosure of all documents pertaining to the Westray Coal Mine, and files of the provincial Department of Labour, Natural Resources and Economic Development. Mr. Pearson replied to them by letter on November 30, 1992, stating that all documents from all provincial departments were now in the hands of the Westray Public Inquiry. Counsel for Mr. Phillips continued in his attempt to obtain disclosure, writing again on December 10, 1992 and January 21, 1993.

February 11, 1993 — the application by the Crown to adjourn the arraignment and take a plea for the charges under the *OHS*A was denied, and 34 of the 52 charges were stayed by order of Judge Clyde F. MacDonald of the Provincial Court. The Crown was ordered to provide particulars of how the offences were alleged to have been committed in relation to several of the remaining charges to

procéder à la divulgation à ce moment-ci porte préjudice à l'enquête policière, mais que les défendeurs obtiennent divulgation complète avant d'inscrire leur plaidoyer.

Ce que nous comprenons de l'argument de M. Pearson, c'est que comme les appelants avaient droit à la divulgation complète avant d'inscrire leur plaidoyer en réponse aux accusations portées en vertu de l'*OHS*A, il désirait reporter l'inscription de ces plaidoyers jusqu'à ce que toute la preuve relative à l'enquête criminelle ait été recueillie. Nous ne comprenons pas les inquiétudes de M. Pearson. Les policiers faisaient enquête sur les mêmes événements qui constituaient le fondement des accusations portées en vertu de l'*OHS*A. Comment la divulgation des renseignements qu'ils recueillaient pouvait-elle porter «préjudice» à l'enquête policière? Si M. Pearson s'inquiétait de la possibilité que tous les renseignements relatifs aux accusations n'aient pas été recueillis, cela soulève la question de savoir pourquoi les accusations avaient déjà été portées.

Ce même jour de novembre 1992, les appelants et leurs co-accusés ont demandé la divulgation de toute l'information recueillie par la GRC durant son enquête criminelle. Ils ont également demandé la divulgation de tous les documents se rapportant à la mine de charbon Westray, ainsi que des dossiers des ministères provinciaux du Travail, des Ressources naturelles et du Développement économique. Monsieur Pearson leur a répondu, dans une lettre datée du 30 novembre 1992, que tous les documents émanant des divers ministères provinciaux étaient maintenant entre les mains de la commission d'enquête Westray. L'avocat de M. Phillips a poursuivi ses efforts pour obtenir la divulgation de la preuve, écrivant à nouveau le 10 décembre 1992 et le 21 janvier 1993.

11 février 1993 — La demande du ministère public visant l'ajournement de la mise en accusation et de l'inscription des plaidoyers à l'égard des accusations portées en vertu de l'*OHS*A est rejetée, et 34 des 52 accusations sont suspendues par ordonnance du juge Clyde F. MacDonald de la Cour provinciale. Il est ordonné au ministère public de fournir, relativement à plusieurs des

34

35

which not guilty pleas had been entered. With respect to disclosure, Judge MacDonald stated:

Failure by the Crown to comply with full disclosure (where lack of proper disclosure denies the accused of [sic] the ability to have a fair trial) may lead to the trial judge entering a stay of proceedings of the charge, which is tantamount to an acquittal.

36 March 3, 1993 — Mr. Pearson advised Judge MacDonald that the Crown was staying the remaining charges under the *OHSA*, this being some 10 months after the explosion. He expressed concern that proceeding with the provincial charges might jeopardize the Crown's ability to bring charges under the *Criminal Code*.

37 April 20, 1993 — eleven and a half months after the fatal explosion, the appellants were charged with the offence of manslaughter contrary to s. 236 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and of criminal negligence causing death, contrary to s. 220 of the *Criminal Code*. Senior Crown Attorney Herman C. Felderhof was the lead prosecutor for these charges.

38 Counsel for Mr. Phillips made an application to quash the charges on the ground of insufficient particulars on the same day.

39 July 20, 1993 — the appellant Phillips' application was granted by the Honourable Judge Patrick H. Curran of the Provincial Court and both charges were quashed. The judge held:

The information, and for that matter the crown's brief, implies that various things happened (or didn't happen) over an eight month period which, taken together, constituted the offence. The information altogether fails to give any indication what any of those things might be.

The crown's brief implies that the prosecution already knows the bases on which the counts allegedly rest. One

autres accusations à l'égard desquelles des plaidoyers de non-culpabilité ont été inscrits, des détails sur la façon dont les infractions reprochées auraient été commises. Le juge MacDonald a dit ceci au sujet de la question de la divulgation:

[TRADUCTION] Le défaut du ministère public de faire une divulgation complète (divulgation inadéquate ayant pour effet de priver l'accusé de son droit d'obtenir un procès équitable) peut amener le juge du procès à ordonner l'arrêt des procédures relatives à l'accusation, ce qui équivaut à un acquittement.

3 mars 1993 — Monsieur Pearson avise le juge MacDonald que le ministère public suspend les accusations restantes fondées sur l'*OHSA*, et cela environ 10 mois après l'explosion. Il fait valoir que les procédures relatives aux accusations portées en vertu de la loi provinciale pourraient compromettre la possibilité pour le ministère public de déposer des accusations en vertu du *Code criminel*.

20 avril 1993 — Onze mois et demi après l'explosion fatale, les appelants sont accusés d'homicide involontaire coupable et de négligence criminelle causant la mort, infractions respectivement prévues aux art. 236 et 220 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Herman C. Felderhof, substitut principal du procureur général, agissait comme procureur principal relativement à ces accusations.

Le même jour, l'avocat de M. Phillips demande l'annulation des accusations pour cause d'insuffisance de détails.

20 juillet 1993 — La demande de l'appellant Phillips est accueillie par le juge Patrick H. Curran de la Cour provinciale, et les deux chefs d'accusation sont annulés. Le juge a conclu ainsi:

[TRADUCTION] La dénonciation — et, quant à cela, le mémoire du ministère public — laisse entendre que diverses choses se sont produites (ou ne se sont pas produites) pendant une période de huit mois, choses qui, mises ensemble, ont constitué l'infraction. La dénonciation ne donne absolument aucune indication sur la nature de ces choses.

Le mémoire du ministère public laisse entendre que la poursuite connaît déjà les fondements sur lesquels

would hope that would be the case. The brief goes on to imply that the accused and the court will come to know those bases all in good time, whether as a result of disclosure, particulars or evidence on a preliminary inquiry or trial. That is simply not good enough. The accused are entitled to know those bases before being put to their election.

July 23, 1993 — fourteen and a half months after the fatal explosion, new charges were laid against the appellants, charging violations of the same sections of the *Criminal Code*. The appellants made an application to Judge Curran to quash the new charges and his decision was reserved.

October 26, 1993 — Judge Curran dismissed the application to quash. The appellants pled not guilty to the charges and a preliminary inquiry was set for March 1994.

November 12, 1993 — counsel for Mr. Phillips wrote to the Senior Crown Attorney, Mr. Felderhof, requesting full and complete disclosure with respect to these newest charges against the appellant. The letter contained the following paragraph:

We hereby request on behalf of Mr. Phillips full and complete disclosure by the Crown in accordance with the principles laid down by the Supreme Court of Canada in *Stinchcombe v. The Queen* and the Policy Directive on Disclosure issued by the Attorney General of the Province of Nova Scotia.

December 10, 1993 — the response to the November 12 letter did not satisfy the defence and counsel for Mr. Phillips wrote to Mr. Felderhof again requesting full disclosure. The letter contained the following paragraph:

As it appears the Crown's position is that the Preliminary Inquiry should proceed as scheduled we must insist on behalf of Mr. Phillips that we now have full and complete disclosure by the Crown in accordance with the principals [*sic*] laid down by the Supreme Court of Canada in the *Stinchcombe v. The Queen* and the Policy Directive on Disclosure issued by the Attorney General of the Province of Nova Scotia. We have approxi-

reposeraient les chefs d'accusation. C'est le moins qu'on puisse demander. Le mémoire indique en outre que les accusés et la cour seront mis au fait de ces fondements en temps et lieux, que ce soit par la divulgation de la preuve, par la fourniture de détails ou par la présentation de la preuve à l'enquête préliminaire ou au procès. Ce n'est tout simplement pas suffisant. Les accusés ont le droit de connaître ces fondements avant d'être tenus d'effectuer leur choix.

23 juillet 1993 — Quatorze mois et demi après l'explosion fatale, de nouvelles accusations sont portées contre les appelants, leur reprochant les infractions prévues aux mêmes articles du *Code criminel*. Les appelants demandent l'annulation des nouvelles accusations au juge Curran, qui réserve sa décision.

26 octobre 1993 — Le juge Curran rejette la demande d'annulation. Les appelants plaident non coupables aux accusations et l'enquête préliminaire est fixée au mois de mars 1994.

12 novembre 1993 — L'avocat de M. Phillips écrit à M. Felderhof, substitut principal du procureur général, et lui demande la divulgation complète de la preuve à l'égard des plus récentes accusations portées contre l'appellant. La lettre contient le paragraphe suivant:

[TRADUCTION] Nous sollicitons, au nom de M. Phillips, la divulgation complète de la preuve par le ministère public conformément aux principes énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Stinchcombe c. La Reine* et aux Directives en matière de divulgation de la preuve préparées par le procureur général de la province de la Nouvelle-Écosse.

10 décembre 1993 — Insatisfait de la réponse à la lettre du 12 novembre, l'avocat de M. Phillips écrit de nouveau à M. Felderhof pour demander la divulgation complète de la preuve. Cette lettre contient le paragraphe suivant:

[TRADUCTION] Comme le ministère public paraît être d'avis de tenir l'enquête préliminaire à la date prévue, nous devons insister, au nom de M. Phillips, sur la nécessité d'obtenir maintenant divulgation complète par le ministère public conformément aux principes énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Stinchcombe c. La Reine* et aux Directives en matière de divulgation de la preuve préparées par le procureur

40

41

42

43

mately three (3) months to prepare for the Preliminary Inquiry which the Crown estimates will take three to four (3-4) months. Anything less than full disclosure at this time will prejudice Mr. Phillips' defence.

général de la province de la Nouvelle-Écosse. Nous avons environ trois (3) mois pour nous préparer pour l'enquête préliminaire, laquelle devrait, selon le ministère public, durer de trois à quatre (3-4) mois. Toute divulgation incomplète à cette étape-ci portera préjudice à la défense de M. Phillips.

44 May 18, 1994 — the Crown, two years after the explosion, made the important decision to proceed by preferred indictment, thereby avoiding a preliminary inquiry. It is apparent that proceeding by preferred indictment and denying the accused the benefit of a preliminary inquiry increases the need for disclosure. This increased need for disclosure appeared to have little effect on the Crown.

18 mai 1994 — Deux ans après l'explosion, le ministère public prend l'importante décision de présenter un acte d'accusation, évitant ainsi la tenue d'une enquête préliminaire. Il est manifeste que le recours à cette procédure et le fait de refuser à l'accusé le bénéfice d'une enquête préliminaire accroissent la nécessité de la divulgation de la preuve. Cette nécessité accrue semble n'avoir eu que peu d'effet sur le ministère public.

45 June 16, 1994 — the appellants in response to the direct indictment entered a plea of not guilty to all charges, and elected to proceed to trial before a judge alone. At the election appearance, counsel for Mr. Phillips again raised the issue of disclosure with Senior Crown Counsel Mr. Felderhof.

16 juin 1994 — En réponse à la présentation de l'acte d'accusation, les appelants inscrivent un plaidoyer de non-culpabilité à toutes les accusations et choisissent d'être jugés par un juge sans jury. Lors de la comparution relatif à ce choix, l'avocat de M. Phillips mentionne de nouveau la question de la communication de la preuve au substitut principal du procureur général, M. Felderhof.

46 July 5, 1994 — a pre-trial conference was held by the Honourable Justice A. David MacAdam (not the trial judge) in the presence of counsel for each party. The use of case management techniques for the conduct of the trial was discussed. Justice MacAdam recommended that, separate from the actual trial, there be conducted "a series of case management type meetings for the purpose of dealing with the volumes of potential documentary evidence, including proof of authenticity, and with the number of possible expert witnesses". These meetings would have been held by a judge other than the trial judge, in order to facilitate the production of evidence and hopefully prevent the actual trial from becoming bogged down with disputes over evidence.

5 juillet 1994 — L'honorable juge A. David MacAdam (non le juge du procès) tient une conférence préparatoire au procès en présence des avocats de chacune des parties. On y discute de la possibilité de recourir aux techniques de gestion d'instance pour assurer le bon déroulement du procès. Le juge MacAdam recommande la tenue, parallèlement au procès lui-même, [TRADUCTION] «d'une série de rencontres de type gestion d'instance afin d'examiner les questions liées au volume considérable d'éléments de preuve documentaire potentiels, y compris la question de la preuve de leur authenticité, et de discuter du nombre de témoins experts possibles». Ces rencontres auraient été présidées par un juge autre que le juge du procès, afin de faciliter la production de la preuve et dans l'espoir d'empêcher le procès lui-même de s'enliser dans des débats concernant la preuve.

47 July 6, 1994 — Mr. Felderhof rejected case management and wrote to Justice MacAdam:

6 juillet 1994 — Monsieur Felderhof rejette les mesures de gestion d'instance et écrit ceci au juge MacAdam:

Upon considerable reflection, it is my opinion, with the greatest respect, that this approach could impinge on prosecutorial discretion as to the mode of presenting its case.

There is a great deal of public interest in this proceeding; in particular by the Westray Family Group. Given this situation, it is the Crown's preference that all conferences be recorded. Public perception is of major concern to the Crown.

July 8, 1994 — Justice MacAdam replied to Mr. Felderhof and copied the letter to counsel for the defence. He explained that, given the Crown's position, he had recommended to Chief Justice Glube that the use of case management techniques would not be practical.

July 13, 1994 — Chief Justice Glube wrote to Mr. Felderhof's superior, Mr. Martin E. Herschorn, Q.C., Deputy Director of Public Prosecutions. This letter was disclosed at trial but had not been copied to the defence at the time of its writing. The letter stated, in part:

It is most unfortunate that Mr. Felderhof feels that case management in a six month trial with a judge other than a trial judge is not appropriate. The Court is not looking to try to resolve this matter, but they are trying to make sure that the case proceeds in an orderly fashion. I really have difficulty with Mr. Felderhof's position on this, since what was being attempted was to ensure that the case proceeds with all due dispatch. I do not know about the prosecution and the defence, but certainly from the administration of justice and the efficient use of judges' time, it is important that trials progress in an orderly fashion as quickly as possible.

I doubt that we will see any reversal of Mr. Felderhof's position considering his letter of July 6th, but I did feel it important to let you know that we are certainly very disappointed in the outcome.

Chief Justice Glube's disappointment with the prosecution's position was prophetic. The trial

[TRADUCTION] Après mûre réflexion, je suis d'avis, en toute déférence, que cette manière de procéder empiéterait sur le pouvoir discrétionnaire de la poursuite quant au mode de présentation de sa preuve.

Le présent procès soulève un intérêt considérable dans le public, particulièrement en ce qui concerne le Westray Family Group. Vu la situation, le ministère public préfère que toutes les conférences soient enregistrées. Le ministère public est très soucieux de la perception du public.

8 juillet 1994 — Le juge MacAdam répond à M. Felderhof dans une lettre dont copie est adressée aux avocats de la défense. Il explique que, compte tenu de la position du ministère public, il a avisé le juge en chef Glube qu'il n'y aurait pas d'intérêt pratique à recourir aux techniques de gestion d'instance.

13 juillet 1994 — Le juge en chef Glube écrit au supérieur de M. Felderhof, M. Martin E. Herschorn, c.r., directeur adjoint du Service des poursuites publiques. Cette lettre a été divulguée au procès, mais copie n'en avait pas été transmise à la défense au moment où elle a été écrite. On y lisait notamment ce qui suit:

[TRADUCTION] Il est très regrettable que M. Felderhof n'estime pas approprié, dans le cadre d'un procès de six mois, de recourir à la gestion d'instance par un juge autre que le juge du procès. La cour n'essaie pas de trancher la question, mais de faire en sorte que l'affaire se déroule de façon ordonnée. J'ai vraiment de la difficulté à comprendre la position de M. Felderhof à ce sujet, puisque cette mesure visait simplement à assurer la bonne marche de l'affaire. Je ne veux pas parler pour la poursuite et la défense, mais en ce qui concerne l'administration de la justice et l'utilisation efficace du temps des juges, il importe que le procès se déroule de façon ordonnée et le plus rapidement possible.

Je doute que M. Felderhof revienne sur sa position, vu sa lettre du 6 juillet, mais je tenais à vous faire savoir que nous sommes très déçus de ce résultat.

La déception du juge en chef Glube devant l'attitude de la poursuite devait s'avérer prophétique.

48

49

50

became an endless dispute over the Crown's obligation to disclose. The prosecution, always reluctant, seemed to be trying to disclose as little as possible to the defence.

Le procès est en effet devenu le théâtre de débats interminables sur l'obligation de divulgation du ministère public. La poursuite, toujours aussi réticente, semblait tenter de divulguer le moins possible d'éléments à la défense.

51 September 6, 1994 — as the Crown had rejected case management, the first of a series of pre-trial conferences with the trial judge Mr. Justice Anderson began. There were eight conferences, during which the Crown refused written defence requests for certain disclosures on the basis that they would “fetter Crown discretion”. Crown Prosecutor Felderhof took the position in a brief that “[i]t is the Crown position that it has provided all disclosure it is legally obligated to provide”. This was a position the Crown would return to frequently.

6 septembre 1994 — Comme le ministère public avait rejeté le recours à la gestion d'instance, la première d'une série de conférences préparatoires commence sous la présidence du juge Anderson. Il y a eu huit conférences pendant lesquelles le ministère public a refusé les demandes écrites présentées par la défense en vue d'obtenir la divulgation de certains éléments, pour le motif que cela aurait pour effet de [TRADUCTION] «restreindre le pouvoir discrétionnaire du ministère public». Dans un mémoire, Felderhof, le substitut du procureur général a fait valoir que [TRADUCTION] «[l]e ministère public est d'avis qu'il a fourni tous les renseignements qu'il était légalement tenu de fournir». Le ministère public a fréquemment réitéré cette position.

52 As a result of the Crown's reluctance to disclose, it was necessary for the trial judge to specifically order disclosure of:

Par suite de la réticence du ministère public à divulguer la preuve, le juge du procès a dû explicitement ordonner la divulgation des renseignements suivants:

- (1) the Crown's intended witnesses (ordered September 2, 1994),
- (2) the order in which these witnesses (exceeding 200 in number) would be called (ordered December 2, 1994),
- (3) a list of all the exhibits to be tendered by the Crown (ordered September 27, 1994), and
- (4) all Crown expert reports by November 15, 1994 (ordered October 18, 1994).

- (1) le nom des témoins que le ministère public entendait produire (ordonnance en date du 2 septembre 1994);
- (2) l'ordre dans lequel ces témoins (plus de 200) seraient appelés à la barre (ordonnance en date du 2 décembre 1994);
- (3) la liste de toutes les pièces que le ministère public entendait produire (ordonnance en date du 27 septembre 1994); et
- (4) tous les rapports des experts du ministère public, au plus tard le 15 novembre 1994 (ordonnance en date du 18 octobre 1994).

53 January 18, 1995 — counsel for Mr. Phillips wrote to G. Arthur Theuerkauf, Assistant Crown Prosecutor and a member of the prosecution team, with respect to Crown disclosure. The letter stated:

18 janvier 1995 — L'avocat de M. Phillips écrit à G. Arthur Theuerkauf, substitut adjoint du procureur général et membre de l'équipe des procureurs de la poursuite, au sujet de la divulgation de la preuve par le ministère public. Il disait ceci dans sa lettre:

As you know throughout the pre-trial period of this case, we, on behalf of Mr. Phillips, have on numerous occasions asked for full disclosure of all relevant material in the possession of the Crown. You have on file previous requests in writing from us asking for same. This is consistent, as well, with the position that we have taken in pre-trial conferences.

We are greatly concerned that there is still a large volume of relevant material in the Crown's possession which has still not been disclosed to the defence. As you know, tomorrow we intend to meet with Sgt. MacDonald in Truro to review the material being stored at the Truro Detachment in an attempt to discover if such material has been deposited there.

Particularly, we are concerned that the Crown has still not disclosed material compiled by the Department of Labour concerning the mine and the May 9th explosion. We take the position that the Crown is singular and as part of the Crown's obligation to disclose, any information in the Department's possession must also be disclosed.

January 30, 1995 — for the first time, defence counsel received notice from the team of Crown Attorneys that they did not agree "that the Crown is singular" and accordingly that the files of the Department of Labour were not, for the purposes of disclosure, in the possession of the Public Prosecution Service.

February 1, 1995 — the Crown disclosed 17 new files of documents which they represented had been in their possession for at least two years and about which they had unilaterally made a decision that there would be no disclosure. These files were later subject to an order by the trial judge on February 27, 1995.

February 6, 1995 — the trial commenced before Anderson J.

February 13, 1995 — the trial judge ordered the Crown to disclose police officers' notes that had been in the possession of investigating officers and not previously disclosed. A banker's box of files

[TRADUCTION] Comme vous le savez, nous avons, au nom de M. Phillips, et ce à de nombreuses occasions tout au cours de la période préparatoire au procès dans la présente affaire, demandé la divulgation complète de tous les documents pertinents en la possession du ministère public. Vous trouverez dans votre dossier nos demandes antérieures à cette fin. Ceci est également conforme à la position que nous avons adoptée lors des conférences préparatoires.

Nous sommes très préoccupés par le fait qu'il y aurait toujours une quantité considérable de documents en la possession du ministère public qui n'ont pas encore été communiqués à la défense. Comme vous le savez, nous projetons de rencontrer demain le sergent MacDonald, à Truro, afin d'examiner les documents entreposés au détachement de l'endroit pour tenter de découvrir si de tels documents ont été déposés.

Tout particulièrement, nous nous inquiétons du fait que le ministère public n'a pas encore communiqué les documents compilés par le ministère du Travail concernant la mine et l'explosion du 9 mai. Nous considérons que la couronne forme une seule et même entité et que, dans le cadre de l'obligation de divulgation du ministère public, tout renseignement en la possession de ce ministère doit également être communiqué.

30 janvier 1995 — Pour la première fois, les avocats de la défense sont avisés que l'équipe des substituts du procureur général n'est pas d'accord avec l'opinion «que la couronne forme une seule et même entité», et que, en conséquence les dossiers du ministère du Travail ne sont pas, aux fins de la divulgation, en la possession du Service des poursuites publiques.

1^{er} février 1995 — Le ministère public divulgue 17 nouveaux dossiers qui, affirme-t-il, sont en sa possession depuis au moins deux ans et qu'il a unilatéralement décidé de ne pas divulguer. Ces dossiers ont par la suite fait l'objet d'une ordonnance du juge du procès le 27 février 1995.

6 février 1995 — Le procès s'ouvre devant le juge Anderson.

13 février 1995 — Le juge du procès ordonne au ministère public de divulguer les notes policières qui avaient été en la possession des agents-enquêteurs et qui n'avaient pas été divulguées jusque-là.

54

55

56

57

was delivered to defence counsel shortly thereafter.

58 February 27, 1995 — the trial judge directed the Crown to give five days' notice of the specific exhibits to be referred to each witness, excluding some obvious physical exhibits, photographs and diagrams. Counsel for the appellants had been seeking this disclosure for six months, having written for it on July 26, 1994. Despite the Court's order, the prosecution was slow in giving notice and this behaviour continued until the day the trial was halted.

59 Also on February 27, 1995, the trial judge ordered that the 17 files disclosed to the defence on February 1, 1995, which contained material deliberately withheld by the Crown for two years, be excluded from use by the Crown. He further ordered that any other material not disclosed by February 10, 1995 was excluded for use by the Crown without leave. The trial judge's order contained the following:

IT IS ORDERED that pursuant to Section 24(1) of the **Charter of Rights and Freedoms** all material disclosed by the Crown to counsel for the Defendants on February 1, 1995, being, Q&A [document index] files 13-042 to and including 13-057, shall be and are hereby excluded from use by the Crown in this proceeding.

IT IS FURTHER ORDERED that any information, materials or documents not disclosed to the Defendants as of February 10, 1995, shall be and is hereby excluded from use by the Crown in this proceeding, unless otherwise ordered by the Court.

IT IS FURTHER ORDERED that the Defendant, Gerald J. Phillips shall be and is hereby awarded costs in the amount of Five Hundred Dollars (\$500.00) against Her Majesty the Queen which costs shall be paid forthwith by Her Majesty the Queen to Gerald J. Phillips.

60 March 9, 1995 — the trial was interrupted for a period of several weeks as a result of a motion made by the prosecution requesting recusal of the trial judge. We conclude later in these reasons that

Peu après, une lourde boîte de dossiers est remise aux avocats de la défense.

27 février 1995 — Le juge du procès ordonne au ministère public de donner un préavis de cinq jours relativement aux diverses pièces devant être soumises à chaque témoin, à l'exclusion de certaines pièces évidentes — photos, diagrammes et autres objets. Les avocats des appelants sollicitaient la divulgation de cette information depuis six mois, l'ayant demandé dans une lettre le 26 juillet 1994. Malgré l'ordonnance de la cour, la poursuite a été lente à donner les préavis requis, comportement qui s'est poursuivi jusqu'au jour où le procès a été interrompu.

Toujours le 27 février 1995, le juge du procès a, par ordonnance, interdit au ministère public d'utiliser les 17 dossiers divulgués à la défense le 1^{er} février 1995, et qui contenaient des documents que le ministère avait délibérément soustraits à la divulgation depuis deux ans. Il a en outre interdit au ministère public d'utiliser, sauf autorisation contraire, tout autre élément de preuve non divulgué au 10 février 1995. Cette ordonnance du juge du procès était libellée ainsi:

[TRADUCTION] **IL EST ORDONNÉ** que, conformément au paragraphe 24(1) de la **Charte des droits et libertés**, tous les documents divulgués par le ministère public aux avocats des défendeurs le 1^{er} février 1995, soit les dossiers Q&A [index documentaire] 13-042 à 13-057 inclusivement, soient exclus de la preuve du ministère public dans la présente instance.

IL EST ORDONNÉ EN OUTRE que les renseignements, pièces ou documents non divulgués aux défendeurs au 10 février 1995 soient exclus de la preuve du ministère public dans la présente instance, sauf ordonnance contraire de la cour.

IL EST ORDONNÉ EN OUTRE que Sa Majesté la Reine verse sans délai au défendeur Gerald J. Phillips des dépens au montant de cinq cent dollars (500 \$).

9 mars 1995 — Le procès est interrompu pendant plusieurs semaines par suite de la présentation, par la poursuite, d'une requête en récusation du juge président le procès. Nous concluons, plus

a wrong decision on recusal does not necessarily go to jurisdiction and that any subsequent decisions of the trial judge are voidable, but not void. If the trial judge retained jurisdiction, then it is necessary to consider whether the stay of proceedings subsequently ordered by him was a proper exercise of his discretion. The exhibition of a reasonable apprehension of bias by a trial judge does not, in and of itself, bar appellate review of his subsequent decision.

The facts surrounding the recusal motion also have relevance to the stay proceeding in that they provide another example of unusual conduct on the part of the Crown. On March 2, 1995 the trial judge called Mr. Martin Herschorn, Q.C., then Acting Director of the Public Prosecution Service, and complained about the manner in which the lead Crown prosecutor, Mr. Felderhof, was conducting the trial. The trial judge advised Herschorn that if he did not remove Felderhof from the case, the trial judge would take steps to attain that end. Herschorn recorded the details of the conversation in a memo-to-file and advised Felderhof of the conversation as soon as he could reach him that day.

Five days later, on March 7, 1995, the Crown disclosed the phone call to the defence. During those five days completion of cross-examination of one Crown witness and the direct and cross-examination of another Crown witness took place. It was not until March 9, 1995 that Mr. Marc Chisholm, Chief Crown Attorney, appeared in court and made an application requesting the disqualification of the trial judge, the declaration of a mistrial, and ultimately the setting of a new trial date.

The application was denied by Anderson J. It is significant, with respect to the Crown's delay in bringing its application, that during the elapse of the five days, the Attorney General and the police witnesses were told about the phone call. Only the defence team were left in the dark.

loin dans les présents motifs, qu'une décision erronée en matière de récusation ne porte pas nécessairement atteinte à la compétence et que les décisions subséquentes du juge du procès sont non pas nulles mais annulables. Si le juge du procès avait conservé compétence sur l'affaire, il convient alors de se demander si, en ordonnant subséquentement l'arrêt des procédures, il a exercé judicieusement son pouvoir discrétionnaire. L'existence d'une crainte raisonnable de partialité de la part du juge du procès n'empêche pas, en soi, l'examen en appel de cette décision subséquente.

Les faits concernant la requête en récusation sont également pertinents pour ce qui est de l'arrêt des procédures en ce qu'ils fournissent un autre exemple de la conduite inhabituelle du ministère public. Le 2 mars 1995, le juge du procès a téléphoné à M. Martin Herschorn, c.r., alors directeur intérimaire du Service des poursuites publiques, pour se plaindre de la façon dont le procureur principal, M. Felderhof, menait les poursuites. Le juge du procès a avisé Herschorn que s'il ne retirait pas Felderhof du dossier, il prendrait des mesures pour arriver à cette fin. Monsieur Herschorn a consigné les détails de la conversation dans une note au dossier et en a informé M. Felderhof dès qu'il a pu le joindre ce jour-là.

Cinq jours plus tard, soit le 7 mars 1995, le ministère public a divulgué l'appel téléphonique à la défense. Durant cette période de cinq jours, on avait complété le contre-interrogatoire d'un témoin du ministère public ainsi que l'interrogatoire principal et le contre-interrogatoire d'un autre témoin du ministère public. Ce n'est que le 9 mars 1995 que M. Marc Chisholm, substitut en chef du procureur général, s'est présenté en cour et a demandé la récusation du juge du procès, l'annulation du procès et, enfin, la fixation d'une nouvelle date pour la tenue du procès.

La demande a été rejetée par le juge Anderson. Il est important de signaler, en ce qui concerne le temps mis par le ministère public à présenter sa demande, que durant cette période de cinq jours, le procureur général et les policiers témoins ont été mis au courant de l'appel téléphonique. Seule la défense a été laissée dans l'ignorance.

61

62

63

64 The appellants have submitted that the testimony heard by the trial judge in those two days was critical to the Crown's case. They further submit that the recusal motion was, in fact, a tactical ploy on the part of the Crown, as the Crown witnesses giving the critical evidence performed poorly and weakened the Crown's case. The appellant's position is that the recusal motion was not motivated by the Crown's belief that the trial judge was biased as much as simple trial tactics. If the trial judge was disqualified the Crown would have a fresh start on that portion of the trial. The Crown made no submission in rebuttal on these points.

65 April 18, 1995 — the trial, now almost three years after the explosion, had resumed when counsel for the appellants were provided with a copy of a letter of that date from Mr. Claude White, of the Department of Labour, to Staff Sergeant Ches MacDonald of the RCMP with respect to Department of Labour documentation relating to the Westray Mine. In the letter Mr. White stated:

As far as can be determined, all Department of Labour original documents relating to the Westray Mine, including all inspection reports and orders, in existence prior to the May 9, 1992 explosion, were sent to the Commission of Inquiry.

66 April 20, 1995 — the trial judge granted an adjournment and made an order to allow counsel for the appellants to examine the files of the Nova Scotia Department of Labour. The defence discovered files in the possession of the Department of Labour which had not been disclosed by the Crown or anyone else to the accused.

67 April 24, 1995 — the trial judge made a number of orders with respect to duplicated documents. The judge directed the Crown to identify original and duplicate documents listed in three separate exhibit indices maintained by the Crown. The trial judge further ordered the Crown not to introduce copies of documents for the truth of their contents. This order stemmed from continuing problems in

Les appelants prétendent que les témoignages que le juge du procès a entendus pendant ces deux jours étaient cruciaux pour la preuve du ministère public. Ils affirment en outre que la requête en récusation était en réalité une tactique du ministère public, car les témoins qui étaient censés rendre ces témoignages cruciaux s'en étaient mal tirés et avaient affaibli la preuve du ministère public. Selon les appelants, la requête en récusation était motivée non pas tant par la conviction du ministère public que le juge du procès était partial, mais par de simples considérations tactiques, car en cas de récusation du juge du procès, le ministère public pourrait reprendre à neuf cette partie du procès. Le ministère public n'a présenté aucune observation pour réfuter ces affirmations.

18 avril 1995 — Près de trois ans après l'explosion, le procès vient de reprendre lorsque les avocats des appelants reçoivent copie d'une lettre datée de ce jour et qu'a adressée M. Claude White, du ministère du Travail, au sergent d'état-major Ches MacDonald de la GRC, au sujet de la documentation de ce ministère concernant la mine Westray. Dans cette lettre, M. White dit ceci:

[TRADUCTION] Autant qu'il soit possible de le déterminer, tous les documents originaux du ministère du Travail concernant la mine Westray, y compris tous les rapports d'inspections et les ordres, antérieurs à l'explosion du 9 mai 1992, ont été transmis à la commission d'enquête.

20 avril 1995 — Le juge du procès accorde un ajournement et rend une ordonnance autorisant les avocats des appelants à examiner les dossiers du ministère du Travail de la Nouvelle-Écosse. La défense découvre que des dossiers en la possession du ministère du Travail n'ont pas été divulgués aux accusés par le ministère public ou par qui que ce soit.

24 avril 1995 — Le juge du procès rend un certain nombre d'ordonnances concernant les documents qui sont des copies. Il ordonne au ministère public d'identifier lesquels parmi les documents énumérés dans trois listes de pièces tenues par le ministère public sont des originaux et lesquels sont des copies. Il ordonne en outre au ministère public de ne pas produire de copies de documents pour

that regard, but particularly from the following incident.

There was an issue at trial as to whether the operators of the mine had complied with the occupational health and safety legislation of the Province of Nova Scotia. This legislation requires the creation of safety committees, a combination of union and management safety officers, that, from time to time, perform underground safety walks. The purpose of these committees is to discover and document potentially unsafe practices and potentially hazardous areas.

At trial, the Crown introduced into evidence a document which it offered as a safety walk report from the Westray Coal Mine. The document contained only the name "Roger Parry, mine superintendent" as safety officer, prompting the trial judge to comment that "this is a committee of one". It eventually was discovered, from defence searches of the Crown files, that this document had been altered from the original. The original document, in the possession of the Crown the entire time, also contained the names of the miner representative safety officers. These names had been edited out of the document that the Crown had attempted to introduce both for the truth of its contents and to draw a negative inference against the accused. In ordering the Crown from that point on to introduce only original documents, the trial judge emphasized that this was a matter of fundamental trial fairness.

May 7, 1995 — the Court raised the issue of a possible agreement between counsel relating to Department of Labour approvals for equipment. It was unclear exactly what theories were being advanced by the Crown to prove criminal negligence in relation to the operation of the mining equipment. The trial was adjourned and the matter

faire preuve de leur contenu. Cette ordonnance découlait des problèmes qui ne cessaient de surgir à cet égard, mais plus particulièrement de l'incident relaté ci-après.

Une des questions qui s'est soulevée au procès était de savoir si les exploitants de la mine s'étaient conformés à la législation sur la santé et la sécurité au travail de la province de la Nouvelle-Écosse. Ces mesures législatives exigent la création de comités de sécurité formés de délégués à la sécurité du syndicat et de la direction, qui, de temps à autre, effectuent des tournées de sécurité souterraines. Ces comités ont pour but de déceler les pratiques et les secteurs de travail susceptibles de présenter un danger, et de documenter leurs constatations.

Au procès, le ministère public a introduit en preuve un document qu'il a présenté comme un rapport de tournée de sécurité de la mine de charbon Westray. Le seul nom figurant sur ce document était celui de [TRADUCTION] «Roger Parry, surveillant de la mine», en sa qualité de délégué à la sécurité, ce qui a amené le juge du procès à dire ceci: [TRADUCTION] «c'est un comité d'une seule personne». L'examen des dossiers du ministère public par la défense a éventuellement permis de découvrir que ce document avait été modifié par rapport à l'original. L'original, qui a à tout moment été en la possession du ministère public, contenait aussi les noms des délégués à la sécurité représentant les mineurs. Ces noms avaient été supprimés du document que le ministère public avait tenté d'introduire, tant pour faire preuve de la véracité de son contenu que pour permettre de tirer une inférence défavorable aux accusés. En ordonnant au ministère de n'introduire désormais en preuve que des documents originaux, le juge du procès a souligné que cette question avait une incidence sur l'équité fondamentale du procès.

7 mai 1995 — La cour évoque la possibilité d'une entente entre les avocats au sujet des approbations données par le ministère du Travail en ce qui concerne le matériel. Il était impossible de déterminer exactement quelles étaient les théories avancées par le ministère public pour prouver la négligence criminelle dans l'utilisation du matériel

68

69

70

was left for discussion among counsel. However, the Crown would not advise the court or defence whether the issue of approvals for equipment did or did not form part of the allegations against the applicants. Counsel for the appellants made an application for particulars pursuant to s. 587(1)(f) and (g) of the *Criminal Code* and s. 7, 11(b), (d) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

71 May 9, 1995 — the trial judge granted the defence application for particulars, the order providing, *inter alia*:

IT IS ORDERED that the Crown shall forthwith furnish to Counsel for the Defendants full particulars of the equipment and materials alleged to have been used in an unsafe manner, as set out in the Indictment dated the 18th day of May, 1994.

72 May 9, 1995 — the Crown responded to the order for particulars by naming all possible equipment and materials. The particulars provided by the Crown read, in their entirety, as follows:

PURSUANT to the Order of the Honourable Justice N.R. Anderson, dated the 9th day of May 1995, at Pictou, Nova Scotia, and further to paragraph (e) of the first count of the Bill of Indictment herein, a copy of which is attached hereto, the Crown provides the following particulars:

A. Equipment

1. Bulldozers
2. Tractors
3. Boom Trucks
4. Scoop Trams
5. Continuous Miners
7. Shuttle Cars
8. Roof Bolters
9. Conveyor Belt Drives
10. Auxiliary Fans
11. Generators
12. Electric Arc Welders
13. Acetylene Torches

minier. Le procès a été ajourné pour permettre aux avocats de discuter de la question. Toutefois, le ministère public a refusé d'indiquer à la cour ou à la défense si la question des approbations concernant le matériel faisait ou non partie des allégations formulées contre les appelants. Les avocats des appelants ont demandé des détails en vertu des al. 587(1)f) et g) du *Code criminel*, ainsi que de l'art. 7, des al. 11b) et d) et du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

9 mai 1995 — Le juge du procès accueille la demande de détails de la défense. L'ordonnance prévoit notamment ce qui suit:

[TRADUCTION] **IL EST ORDONNÉ** au ministère public de fournir sans délai aux avocats des défendeurs tous les détails concernant le matériel et les produits qui auraient été utilisés de manière dangereuse, tel qu'il appert de l'acte d'accusation daté du 18 mai 1994.

9 mai 1995 — Le ministère public répond à l'ordonnance lui enjoignant de fournir des détails en énumérant tout le matériel et tous les produits possibles. Voici le texte complet des détails fournis par le ministère public:

[TRADUCTION] **CONFORMÉMENT** à l'ordonnance de l'honorable juge N.R. Anderson, datée du 9 mai 1995 et rendue à Pictou (Nouvelle-Écosse), et à l'alinéa e) du premier chef de l'acte d'accusation en l'espèce, dont une copie est jointe aux présentes, le ministère public fournit les détails suivants:

A. Matériel

1. Bulldozers
2. Tracteurs
3. Camions-grues
4. Chargeuses à pelle
5. Mineurs continus
7. Camions-navette
8. Boulonneuses
9. Convoyeurs à courroie
10. Ventilateurs secondaires
11. Génératrices
12. Soudeurs à l'arc électrique
13. Chalumeaux oxyacétyléniques

14. Gasoline Powered Water Pump

B. Materials

15. Gasoline

16. Diesel Fuel

It is obvious these particulars are a cynical response by the Crown and of no help in informing the accused how it was alleged that they were negligent in relation to the operation of the mining equipment.

Counsel for the appellants brought a motion the next day, May 10, 1995, for a determination of the sufficiency of the particulars provided by the Crown. The trial judge found that the particulars provided were insufficient, and ordered the Crown to specify the nature of the unsafe use for each piece of equipment or material. To the date of this appeal the appellants state they have not received the particulars Anderson J. ordered. However, this issue paled as other important disclosure matters arose.

On May 10, 1995, the trial judge had also ordered the RCMP to go to the offices of the Department of Labour and the Westray Mine Public Inquiry and obtain original documents. This order resulted in the disclosure by Crown counsel of previously undisclosed Department of Labour Inspection and Assessment Reports relating to the Westray Mine, and original reports that differed from copies previously disclosed. Counsel for the appellants then made an application to the trial judge for a stay of proceedings pursuant to a violation of their *Charter* rights. The trial judge requested briefs to be filed before May 18 for a hearing to commence on May 23.

May 11, 1995 — during the noon hour, Crown and defence counsel spoke by teleconference with Marian Tyson, Q.C., a solicitor with the Nova Scotia Department of Justice. In this call, Tyson admitted that more undisclosed documents had been

14. Pompes à eau actionnées à l'essence

B. Produits

15. Essence

16. Carburant diesel

Il est évident que ces détails constituent une réponse cynique de la part du ministère public, et qu'ils ne renseignent d'aucune façon les accusés sur la façon dont ils auraient été négligents dans l'exploitation du matériel minier.

Le jour suivant, le 10 mai 1995, les avocats des appelants ont présenté une requête demandant qu'il soit statué sur le caractère suffisant des détails fournis par le ministère public. Concluant que les détails étaient insuffisants, le juge du procès a ordonné au ministère public de préciser la nature de l'utilisation dangereuse de chaque appareil ou produit. En date du présent pourvoi, les appelants affirment ne pas avoir reçu les détails exigés dans l'ordonnance du juge Anderson. Toutefois, cette question s'est révélée insignifiante en regard des autres problèmes importants de divulgation qui se sont présentés.

Le 10 mai 1995, le juge du procès a également ordonné à la GRC de se rendre aux bureaux du ministère du Travail et de la commission d'enquête sur la mine Westray pour s'y procurer des documents originaux. Cette ordonnance a conduit à la divulgation, par les substituts du procureur général, de rapports d'inspection et d'évaluation du ministère du Travail ayant trait à la mine Westray jusque-là non divulgués, ainsi que de rapports originaux qui différaient des copies de ceux-ci qui avaient été communiquées. Les avocats des appelants ont alors demandé au juge du procès d'ordonner l'arrêt des procédures, invoquant la violation des droits qui leur sont garantis par la *Charte*. Le juge du procès a demandé aux parties de déposer des mémoires à cet égard avant le 18 mai, en vue d'une audience devant commencer le 23 mai.

11 mai 1995 — Au cours d'une conférence téléphonique tenue à l'heure du midi, les avocats du ministère public et de la défense se sont entretenus avec Marian Tyson, c.r., avocate au ministère de la Justice de la Nouvelle-Écosse. Durant la confé-

73

74

75

found at the Department of Labour relating to the Westray Mine.

rence, M^e Tyson a admis que d'autres documents concernant la mine Westray non divulgués avaient été découverts au ministère du Travail.

76 That afternoon, another Department of Justice solicitor, William Lahey, appeared at the trial and made submissions respecting the Department of Labour materials discussed in the noon teleconference. Original documents had been discovered by the Director of Mine Safety, Claude White, in his Department of Labour office desk. Lahey emphasized that at that time, he could not assure the Court that further material would not be located.

Cet après-midi-là, un autre avocat du ministère de la Justice, William Lahey, s'est présenté devant le juge du procès et a fait des observations au sujet des documents du ministère du Travail dont il avait été question durant la conférence téléphonique du midi. Des documents originaux avaient été découverts par le directeur de la sécurité minière, Claude White, dans son bureau à tiroirs au ministère du Travail. M^e Lahey a souligné que, au moment où il parlait, il ne pouvait pas garantir à la cour qu'on ne découvrirait pas d'autres documents.

77 Between May 11 and the hearing of the stay application on May 23 many more documents not previously disclosed were made available to defence counsel. The additional material included:

Entre le 11 mai et l'audition de la demande d'arrêt des procédures, le 23 mai, de nombreux autres documents non divulgués jusque-là ont été remis aux avocats de la défense, dont les suivants:

- (1) A box of documents that was in the Westray document room on April 21, 1995 and in which privilege was at that time claimed;
- (2) Five computer disks containing the Westray "backup" computer file;
- (3) Correspondence from Bruce McIntosh;
- (4) Files of the Minister pertaining to Westray, minus privileged documents;
- (5) Materials relating to various aspects of Westray, its aftermath, and to persons or events connected to Westray;
- (6) Police officer notes;
- (7) A statement from a police officer concerning the location of original documents;
- (8) A statement from a Department of Labour employee concerning the recent discovery of Department of Labour documentation not previously disclosed; and
- (9) Original Westray documentation found in a locked filing cabinet within the Department of

- (1) des documents qui se trouvaient dans une boîte entreposée dans la salle des documents de Westray le 21 avril 1995, et à l'égard desquels un privilège avait alors été invoqué;
- (2) cinq disquettes d'ordinateur contenant le fichier informatique «de sauvegarde» de Westray;
- (3) de la correspondance émanant de Bruce McIntosh;
- (4) des dossiers émanant du ministre et concernant Westray, à l'exclusion des documents privilégiés;
- (5) des documents relatifs à divers aspects de l'affaire Westray, à ses répercussions et à des personnes ou événements s'y rapportant;
- (6) des notes policières;
- (7) une déclaration émanant d'un policier et concernant l'endroit où se trouvaient des documents originaux;
- (8) une déclaration émanant d'un employé du ministère du Travail et concernant la récente découverte de documents du ministère du Travail non divulgués jusque-là;
- (9) des documents originaux concernant Westray trouvés dans un classeur verrouillé de l'ancien

Labour, Former Mine Rescue Centre, located at Stellarton, Nova Scotia.

This “mountain” of disclosure was made after the trial judge had determined to hold a hearing on the defendants’ motion for a stay of proceedings. The saga of the police officers’ notes is telling. Defence counsel had, both before and after the commencement of trial, requested copies of the notes of all RCMP officers involved in the investigation. On April 7, 1995, in a letter dealing with other disclosure matters, Assistant Crown Prosecutor Arthur Theuerkauf wrote to counsel for Mr. Phillips: “[f]urthermore, you have been provided with a copy of police officers’ notes listed on the Appendix attached to this letter”. The Appendix included the names Sgt. K. W. Baird, Cst. W. Conrad and Cst. K. Gotell. Counsel for Mr. Phillips reviewed the files and found that copies of these officers’ notes had not been provided.

Another letter was written to Mr. Theuerkauf requesting copies of these notes. On May 4, 1995, Theuerkauf again responded that the prosecution had already provided these notes. However, on May 18, a letter dated May 16 arrived at the offices of counsel for Phillips enclosing 235 pages of notes prepared by Cst. Kevin Gotell. These notes had not been previously provided. Theuerkauf’s letter did not explain why the Crown had not previously disclosed these notes in a timely manner, notwithstanding counsel’s constant and repetitive requests.

May 23, 1995 — the stay proceeding hearing commenced before Anderson J.

Counsel for the appellant Phillips cited the 25 letters written to lawyers on the prosecution team between the start of the trial on February 6, 1995 and the commencement of the stay proceeding on May 23, 1995. All of these letters sought more or improved disclosure from the Crown. Sometimes

centre de sauvetage minier du ministère du Travail, à Stellarton (Nouvelle-Écosse).

Cette «montagne» de documents s’est matérialisée après que le juge du procès eut décidé de tenir une audience sur la requête en arrêt des procédures présentée par les défendeurs. La saga des notes policières est révélatrice. Les avocats de la défense avaient, tant avant qu’après le début du procès, demandé copie des notes de tous les agents de la GRC ayant participé à l’enquête. Le 7 avril 1995, dans une lettre ayant trait à d’autres questions de divulgation, le procureur adjoint de la poursuite, Arthur Theuerkauf, a écrit ceci à l’avocat de M. Phillips: [TRADUCTION] «[e]n outre, vous avez reçu copie des notes des policiers dont les noms figurent à l’annexe jointe à la présente lettre». Y étaient notamment inscrits les noms du sergent K. W. Baird et des gendarmes W. Conrad et K. Gotell. Après avoir examiné les dossiers, l’avocat de M. Phillips a constaté qu’aucune copie des notes de ces agents n’avait été fournie.

Une autre lettre a été adressée à M. Theuerkauf pour lui demander copie de ces notes. Le 4 mai 1995, ce dernier a de nouveau répondu que la poursuite les avait déjà fournies. Toutefois, le 18 mai, l’avocat de M. Phillips a reçu à son bureau une lettre datée du 16 mai et à laquelle étaient jointes 235 pages de notes préparées par le gendarme Kevin Gotell. Ces notes n’avaient pas été fournies auparavant. La lettre de M. Theuerkauf n’expliquait pas pourquoi le ministère public n’avait pas fait diligence pour divulguer ces notes malgré les demandes répétées de l’avocat.

23 mai 1995 — L’audition de la demande d’arrêt des procédures s’amorce devant le juge Anderson.

L’avocat de l’appellant Phillips y fait état des 25 lettres adressées aux procureurs de la poursuite entre la date où a commencé le procès, le 6 février 1995, et celle où s’est amorcée l’audition de la demande d’arrêt des procédures, le 23 mai 1995. Toutes ces lettres demandaient au ministère public de divulguer d’autres documents ou de compléter ceux déjà fournis. Parfois des pages manquaient

78

79

80

81

pages were missing from documents that had been disclosed, in other cases entire files were absent.

dans les documents communiqués, parfois c'étaient des dossiers entiers qui manquaient.

82 At the stay proceeding hearing Marian Tyson, Q.C., a solicitor with the Nova Scotia Department of Justice, testified that copious handwritten notes of former Department of Labour Mine Rescue Training Co-ordinator Fred Doucette had been secured from a locked filing cabinet in Doucette's office in Stellarton, Nova Scotia on May 16, 1995. The file folder containing these notes read: "Original Westray Documents — Do Not Alter or Destroy". Fred Doucette had been a member of a three-investigator team established by the Department of Labour to obtain the evidence on which charges against the appellant were initially brought, under the *OHS*A.

À l'audition de la demande d'arrêt des procédures, Marian Tyson, avocate au ministère de la Justice de la Nouvelle-Écosse, a témoigné que d'abondantes notes manuscrites rédigées par Fred Doucette, ancien coordonnateur de la formation en sauvetage minier du ministère du Travail, avaient été trouvées dans un classeur verrouillé dans le bureau de M. Doucette à Stellarton (Nouvelle-Écosse), le 16 mai 1995. Sur la chemise contenant ces notes, on pouvait lire la mention suivante: [TRADUCTION] «Documents originaux concernant Westray — Ne pas détruire ou modifier». Fred Doucette était l'un des trois membres de l'équipe d'enquêteurs qui avait été constituée par le ministère du Travail pour recueillir les éléments de preuve sur le fondement desquels des accusations ont initialement été portées contre les appelants en vertu de l'*OHS*A.

83 Ms. Tyson also confirmed that the Department of Public Prosecutions had provided advice to the Department of Labour investigation. She also testified to the fact that the government of the day (Cabinet) had instructed all government departments to cooperate with the RCMP investigation, and further that the Department of Labour complied with this instruction.

Madame Tyson a également confirmé que le Service des poursuites publiques avait donné des avis dans le cadre de l'enquête du ministère du Travail. De plus, elle a témoigné que le gouvernement d'alors (le cabinet) avait donné instruction à tous les ministères de collaborer à l'enquête de la GRC, et que le ministère du Travail s'était conformé à ces instructions.

84 The prosecution throughout these proceedings maintained that "[t]he Crown has not had and does not have access to the Department of Labour files concerning the Westray explosion matters". This cannot be correct in light of Ms. Tyson's testimony at the stay proceeding:

Tout au long des procédures, la poursuite a maintenu que [TRADUCTION] «[l]e ministère public n'a pas eu et n'a pas accès aux dossiers du ministère du Travail touchant l'explosion à la mine Westray». Cette affirmation ne peut être exacte compte tenu du témoignage rendue par M^{me} Tyson à l'audition de la demande d'arrêt des procédures:

[TRADUCTION]

Q. You would also agree with me that there was coordination and cooperation between the Department of Labour investigation and the RCMP investigation?

Q. Vous convenez aussi avec moi qu'il y avait coordination et collaboration entre l'enquête du ministère du Travail et celle de la GRC?

A. I can say that there was cooperation from the Department of Justice and from the Department of Labour. And I understand, from other government departments,

R. Je peux dire qu'il y avait collaboration entre le ministère de la Justice et le ministère du Travail. Et, si je ne m'abuse, de la part d'autres ministères, avec la GRC, et

with the RCMP and that was on instructions of the government of the day. So I can say, yes, to the cooperation.

. . . .

Q. Anything the RCMP asked for, they got as quickly as possible?

A. Yes, in the same way that the Inquiry people were dealt with.

Q. And —

A. Full cooperation to the extent that it could be given.

. . . .

Q. Open invitation, if you want more, come get it. Correct?

A. Yes. As I said, if there was information that was available, could be provided. If it was requested, it was provided

In the course of his examination during the stay proceeding, Staff Sergeant MacDonald confirmed the close cooperation between himself and Harry Murphy, Chief Investigator for the Department of Labour, and the fact that the Department of Public Prosecutions was advising both the provincial and criminal investigations. Staff Sergeant MacDonald was also presented with the statement of Stewart Sampson, an employee of the Department of Labour who was in charge of document collection and distribution:

Q. And in his statement, Mr. Sampson says with respect to documents in this — that “I believe that I provided a full set of copies to the RCMP. That would have been four boxes.” Now the date which is given is on/or about June 30th, 1992, when these boxes were prepared.

Now that, in fact, is correct, is it not, that Mr. Stewart Sampson provided you with approximately four boxes of material which were identical to the boxes which were provided to the Commission?

A. That is correct. . . .

Staff Sergeant MacDonald confirmed several times in his testimony that the RCMP did have access to the Department of Labour files. These files never found their way onto the exhibit list or the Q&A

cela conformément aux instructions du gouvernement d’alors. De sorte que je peux dire oui, en ce qui concerne la collaboration.

. . . .

Q. Tout ce que la GRC demandait, elle l’obtenait aussi rapidement que possible?

R. Oui, de la même façon que les gens de la commission d’enquête étaient traités.

Q. Et —

R. Entière collaboration dans la mesure du possible.

. . . .

Q. Une invitation permanente quoi, si vous voulez autre chose, suffit de le demander. C’est bien ça?

R. Oui. Comme je l’ai dit, si les renseignements étaient disponibles, s’ils pouvaient être fournis. S’ils étaient demandés, ils étaient fournis.

Au cours de son interrogatoire, durant l’audition de la demande d’arrêt des procédures, le sergent d’état-major MacDonald a confirmé l’étroite collaboration entre lui et Harry Murphy, l’enquêteur principal pour le ministère du Travail, et le fait que le Service des poursuites publiques fournissait des avis, tant dans le cadre de l’enquête provinciale que de l’enquête criminelle. On lui a également présenté la déclaration de Stewart Sampson, fonctionnaire du ministère du Travail qui était chargé de colliger et de distribuer les documents:

[TRADUCTION]

Q. Et dans sa déclaration, M. Sampson dit ceci, en ce qui concerne les documents: «Je crois que j’ai fourni un jeu complet de copies à la GRC. Ça remplissait quatre boîtes je crois.» La date donnée est le ou vers le 30 juin 1992, lorsque ces boîtes ont été préparées.

Bon, ce fait est effectivement exact, n’est-il pas vrai que M. Stewart Sampson vous a remis environ quatre boîtes de documents, qui étaient identiques aux boîtes remises à la Commission?

R. C’est exact. . . .

Le sergent d’état-major MacDonald a confirmé à plusieurs reprises dans son témoignage que la GRC avait bel et bien accès aux dossiers du ministère du Travail. Or, ces dossiers n’ont jamais été

index. There was additional testimony from Ms. Tyson during the stay hearing that these files were relevant to the defence in this case.

inscrits sur la liste des pièces ou dans l'index Q&A. Madame Tyson a elle aussi affirmé, dans son témoignage à l'audition de la demande d'arrêt des procédures, que ces dossiers étaient pertinents pour la défense en l'espèce.

86 Staff Sergeant MacDonald's evidence also revealed that he was one of the main decision-makers of what was and was not to be disclosed. His evidence confirmed that:

Le témoignage du sergent d'état-major MacDonald a également permis de découvrir qu'il était l'une des principales personnes qui décidaient ce qui était divulgué et ce qui ne l'était pas. Son témoignage a confirmé les points suivants:

- (1) in screening materials for possible disclosure he considered the application of the hearsay rule;
- (2) his test for disclosure was "all relevant evidence" rather than "all relevant information";
- (3) the Crown Attorneys relied on his assessment of the relevance of his 444 "administrative" files for the purposes of disclosure and made no independent assessment of these files;
- (4) some documents were not disclosed because they contained information that, solely in Staff Sergeant MacDonald's opinion, was known to defence counsel by other means; and
- (5) his assessment of the Crown position on issue of disclosure was to downplay those issues because he believed the Crown was diligent in its disclosure.

- (1) en sélectionnant les documents destinés à être divulgués, il prenait en considération l'application de la règle du oui-dire;
- (2) le critère qu'il appliquait pour décider de la communication était «tous les éléments de preuve pertinents» et non «tous les renseignements pertinents»;
- (3) les procureurs de la couronne se sont fiés à son appréciation de la pertinence de ses 444 dossiers «administratifs» pour les fins de la divulgation, et ils n'ont pas fait d'évaluation indépendante des dossiers;
- (4) certains documents n'ont pas été divulgués parce qu'ils contenaient, suivant le seul avis du sergent d'état-major MacDonald, des renseignements qui étaient connus des avocats de la défense grâce à d'autres sources; et
- (5) l'appréciation qu'il faisait de la position du ministère public relativement à la divulgation l'amenait à minimiser ces questions, car il croyait que le ministère public faisait preuve de diligence à cet égard.

87 The Crown's conduct with respect to the 444 "administrative" files is demonstrative of their behaviour throughout the course of this trial. On February 21, 1995, the trial judge ordered the Crown to move the primary Westray files from Truro, where they had been kept during the course of the trial, to Pictou, where the trial was being held. The trial judge was growing impatient with the delays occasioned by prosecution witnesses needing something from the file. The trial judge commented:

La conduite du ministère public à l'égard des 444 dossiers «administratifs» illustre sa conduite tout au long du procès. Le 21 février 1995, le juge du procès a ordonné au ministère public de transférer les principaux dossiers concernant l'affaire Westray de Truro, où ils avaient été conservés jusque-là, à Pictou où se tenait le procès. Le juge du procès était de plus en plus impatient en raison des retards occasionnés par le fait que des témoins de la poursuite avaient besoin de quelque chose se trouvant dans les dossiers. Il a fait le commentaire suivant à cet égard:

There should be somewhere where it's accessible and get things coordinated here so that we're not all the time xeroxing and waiting for things that counsel haven't had and don't know exist and things you don't know exist.

Crown counsel Theuerkauf responded as follows:

... we've undertaken amongst ourselves to ask Staff Sergeant MacDonald to bring over the full RCMP file. We still understand there's some administrative things in there that we've deemed all along are not relevant ...

This was the first time the existence of the so-called "administrative" files was disclosed to counsel for the defence. These files do not appear on the exhibit list or the Q&A index.

Eventually, these "administrative" files were all disclosed to the defence. The fact of their non-disclosure demonstrates a serious failure to comply with the duty resting on the Crown. However, the Crown's attitude about and response to this obligation is disclosed in Mr. Felderhof's memo of April 13, 1995 to Mr. Theuerkauf. It states:

... I feel it is extremely important to downplay any possible significance of this disclosure. I feel it should be made clear to them that the materials were initially deemed irrelevant by Staff Sgt. MacDonald and placed in his administrative files. Further that the Crown deemed the administrative files not to be relevant and that we did not peruse same. Subsequent to those files being made available, that Staff Sgt. MacDonald had an opportunity to review same and discovered these materials which he brought to our attention; we reviewed these and felt that they should be disclosed in accordance with the provisions of *Stinchcombe*, which calls for continuing disclosure. ...

I feel it is extremely important that this issue be downplayed as much as possible and that it is nothing more than continuing disclosure, and that we do not in any

[TRADUCTION] Il devrait y avoir un endroit ici où l'on pourrait avoir accès à ces dossiers, de façon organisée, de sorte que nous ne soyons pas toujours en train de faire des photocopies et d'attendre des choses que les avocats n'ont pas reçues et dont ils ne connaissent pas l'existence, et des choses dont vous ne connaissez pas l'existence.

Ce à quoi le substitut du procureur général Theuerkauf a répondu:

[TRADUCTION] ... nous avons pris sur nous de demander au sergent d'état-major MacDonald d'apporter tout le dossier de la GRC. Si nous avons bien compris, il renferme encore des documents administratifs que nous avons toujours considérés comme non pertinents ...

C'est la première fois que l'existence de dossiers dits «administratifs» a été divulguée aux avocats de la défense. Ces dossiers ne sont pas mentionnés sur la liste des pièces ni dans l'index Q&A.

Éventuellement, ces dossiers «administratifs» ont tous été divulgués à la défense. Le fait de leur non-divulgaration témoigne d'un grave manquement par le ministère public à l'obligation qui lui incombe. Toutefois, l'attitude du ministère public à cet égard et sa réponse à cette obligation ressortent de la note de service du 13 avril 1995 que M. Felderhof a fait parvenir à M. Theuerkauf, et qui disait ceci:

[TRADUCTION] ... j'estime qu'il est extrêmement important de minimiser toute portée possible de cette divulgation. J'estime qu'il faut leur indiquer clairement que les documents ont au départ été jugés non pertinents par le sergent d'état-major MacDonald et classés par ce dernier dans ses dossiers administratifs. Et que le ministère public a jugé les dossiers administratifs non pertinents, et que nous ne les avons pas examinés. Après que ces dossiers ont été rendus disponibles, le sergent d'état-major MacDonald a eu la possibilité de les réexaminer et a découvert des documents qu'il a signalés à notre attention; nous les avons examinés et avons estimé qu'ils devaient être divulgués, conformément au principe de la divulgation permanente exigée dans l'arrêt *Stinchcombe* ...

J'estime qu'il est extrêmement important de minimiser le plus possible la portée de cette question et qu'il ne s'agit de rien de plus qu'un cas de divulgation perma-

way, shape or form acknowledge or admit any failure or error on the part of the RCMP or our office.

nente, et que nous ne reconnaissons ni n'admettons, d'aucune manière ou façon, quelque omission ou erreur de la part de la GRC ou de notre service

This is very important, not only with respect to the presentation before the Judge, but also as it may appear to the media. We must be seen as presenting something of little or no significance. My contact with the media subsequent to that will confirm this position. [Emphasis in original.]

Cela est très important non seulement en ce qui concerne la présentation devant le juge, mais aussi en ce qui concerne l'impression que peuvent avoir les médias. Nous devons être perçus comme présentant quelque chose n'ayant que peu ou pas d'importance. Les contacts que j'aurai subséquemment avec les médias confirmeront la présente position. [Souligné dans l'original.]

This memorandum was written in contemplation of a motion for a stay of proceedings being made by the defence. It should be read in light of Crown counsel's submission in open court on February 21, 1995, that the prosecution had looked at these files and deemed them irrelevant. No member of the prosecution team had ever looked at these files until after their existence was disclosed to the defence. Only then did the Crown look at these 444 files and belatedly discover that they should have been disclosed pursuant to *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. This memorandum demonstrates an unusual attitude on behalf of Crown counsel that is not compatible with their responsibilities and critical role in our justice system. This evidence eventually was before the trial judge in the stay proceeding.

Cette note de service a été rédigée en prévision d'une requête en arrêt des procédures de la part de la défense. Il faut la lire à la lumière du commentaire du substitut du procureur général, formulé en audience publique, le 21 février 1995, que la poursuite avait examiné les dossiers et les avaient jugés non pertinents. Aucun des avocats de la poursuite n'avait examiné ces dossiers avant que leur existence soit révélée à la défense. Ce n'est qu'à ce moment que le ministère public a examiné ces 444 dossiers et s'est enfin rendu compte qu'ils auraient dû être divulgués conformément au principe établi dans *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. Cette note de service témoigne d'une attitude inhabituelle de la part des substituts du procureur général et incompatible avec les responsabilités et le rôle crucial qui leur incombent dans notre système de justice. Cette preuve a finalement été produite au juge du procès lors de la demande d'arrêt des procédures.

89

In summary, the Crown had access to the Department of Labour file, yet they maintained that they did not. The Crown had in its possession relevant "administrative" files, yet it chose not to read them, deemed them irrelevant, and advised the court accordingly. When they were found to be relevant, Crown counsel attempted to downplay the significance of their non-disclosure, and blame a subordinate for a poor evaluation of relevance. This remarkable attitude permeated the entire trial proceedings.

En somme, le ministère public avait accès aux dossiers du ministère du Travail, quoiqu'il ait affirmé le contraire. Le ministère public avait en sa possession des dossiers «administratifs» pertinents, et pourtant il a choisi de ne pas les lire, il les a jugés non pertinents et a avisé la cour en conséquence. Lorsqu'ils ont été jugé pertinents, le substitut du procureur général a tenté de minimiser l'importance de leur non-divulgarion, blâmant un subordonné d'avoir mal évalué leur pertinence. Cette attitude singulière a imprégné tout le procès.

Decision of Anderson J. on the Stay (1995), 146 N.S.R. (2d) 163

Anderson J. emphasized that the incidents he described, some of which we have alluded to above, were only examples of what he viewed as a pattern of Crown misconduct. He commented (at para. 53) that:

These are but a few of the incidents leading up to this application and are more fully set forth in the materials tendered on this motion by the Crown and the applicants. The trial was a daily stop and go situation, which tended to worsen with time.

He then turned to an application of the case law on abuse of process and the trial judge's discretion to enter a stay of proceedings.

Anderson J. cited Wong J. in *R. v. Livingstone* (1990), 57 C.C.C. (3d) 449 (B.C.S.C.), at p. 469:

The Law:

A trial judge has a discretion to stay proceedings as abuse of process. The general test to be applied in determining whether or not to exercise that discretion is:

... there is a residual discretion in the trial judge to stay proceedings where compelling [the] accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlay the community sense of fair play and decency and to prevent the abuse of the court's process through oppressive or vexatious proceedings. It is power, however, of special application which can only be exercised in the clearest of cases. [Emphasis added by Wong J.]

Anderson J. considered the leading authorities on the subject of abuse of process and the possible remedies for it. He recognized that the doctrine of common law abuse of process and jurisprudence under s. 7 of the *Charter* were growing into a single theory. In so doing, Anderson J. anticipated this Court's decision in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411. He quoted an article by Lee Stuesser

La décision du juge Anderson concernant l'arrêt des procédures (1995), 146 N.S.R. (2d) 163

Le juge Anderson a souligné que les incidents qu'il avait relatés, et dont certains ont été évoqués précédemment, n'étaient que des exemples de l'inconduite systématique du ministère public. Il a fait le commentaire suivant (au par. 53):

[TRADUCTION] Ce ne sont que quelques-uns des incidents ayant donné lieu à la présente demande, et ils sont exposés plus en détail dans les documents produits par le ministère public et les requérants dans le cadre de la présente requête. Le procès était une valse hésitation quotidienne, et la situation n'a cessé de se dégrader.

Le juge a ensuite examiné la jurisprudence relative à l'abus de procédure et au pouvoir discrétionnaire qu'a le juge qui préside un procès d'ordonner l'arrêt des procédures.

Le juge Anderson a cité les propos suivants formulés par le juge Wong dans *R. c. Livingstone* (1990), 57 C.C.C. (3d) 449 (C.S.C.-B.), à la p. 469:

[TRADUCTION] Le droit:

Le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'arrêter les procédures pour le motif qu'elles constituent un abus de procédure. Le critère général devant être appliqué pour déterminer s'il y a lieu d'exercer ce pouvoir discrétionnaire est le suivant:

... le juge du procès a un pouvoir discrétionnaire résiduel d'ordonner l'arrêt des procédures lorsque forcer le prévenu à subir un procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société, et d'empêcher l'abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire. Il s'agit toutefois d'un pouvoir exceptionnel qui ne peut être exercé que dans les cas les plus manifestes. [Souligné par le juge Wong.]

Le juge Anderson a analysé les arrêts de principe sur la question de l'abus de procédure et des réparations possibles en tels cas. Il a reconnu que la doctrine de l'abus de procédure en common law ainsi que la jurisprudence relative à l'art. 7 de la *Charte* tendaient à se fondre en une seule théorie. Ce faisant, le juge Anderson anticipait l'arrêt de notre Cour *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411. Il

titled "Abuse of Process: The Need to Reconsider" found at (1994), 29 C.R. (4th) 92, in which the author, at p. 103, stated that "[i]n my view, there is a place for common law abuse of process and for *Charter* relief to co-exist resting upon the same concerns and principles". Anderson J. appeared to adopt this, at para. 71 of his reasons:

If one accepts the principled approach outlined in this article, the process for determining an abuse of process and providing a remedy will be the same under the common law or under the *Charter*. Step one: under the *Charter*, the accused must prove a breach of the *Charter* on a balance of probabilities; under the common law, the accused must prove the abuse on a balance of probabilities. Step two: under the *Charter*, once a breach is shown, the court turns to a remedy that is "appropriate and just" in the circumstances; under the common law, once the abuse is shown, the court will look for appropriate remedies. Under both the common law and under the *Charter*, a stay of proceedings will only be appropriate when no other remedy can properly cleanse the prejudice. In other words, in both instances, a stay of proceedings is a last resort.

92 Anderson J. correctly recognized that both the common law and the *Charter* have as their goal the protection of two separate policies. These are (1) to ensure that accused persons are given a fair trial, and (2) to preserve the reputation of the administration of justice. A trial which violates either principle may be an abuse of process or violative of the *Charter*.

93 The trial judge considered the leading authorities on the Crown's obligation to disclose. He quoted extensively from *Stinchcombe, supra, R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, and *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727.

94 Having considered the authorities and the principles contained therein the trial judge arrived at the following conclusion with respect to the Crown disclosure in this case (at paras. 73-78):

a cité un article de Lee Stuesser intitulé «Abuse of Process: The Need to Reconsider», publié dans (1994), 29 C.R. (4th) 92, dans lequel l'auteur dit, à la p. 103: [TRADUCTION] «[à] mon avis, l'abus de procédure en common law et les réparations fondées sur la *Charte* peuvent coexister, puisqu'ils reposent sur les mêmes préoccupations et les mêmes principes». Le juge Anderson a semblé faire siens ces propos, au par. 71 de ses motifs:

[TRADUCTION] Si l'on accepte l'approche structurée exposée dans cet article, l'analyse permettant d'établir s'il y a eu abus de procédure et de déterminer la réparation sera la même en vertu de la common law ou de la *Charte*. Première étape: en vertu de la *Charte*, l'accusé doit prouver, suivant la prépondérance des probabilités, une violation de la *Charte*; en vertu de la common law, l'accusé doit prouver, suivant la prépondérance des probabilités, l'existence d'un abus. Deuxième étape: en vertu de la *Charte*, une fois la violation établie, la cour s'interroge sur la réparation «convenable et juste» eu égard aux circonstances; en vertu de la common law, une fois l'abus établi, la cour cherche les réparations convenables. Tant en vertu de la common law que de la *Charte*, l'arrêt des procédures n'est la réparation convenable que dans les cas où aucune autre réparation ne peut purger adéquatement le préjudice. En d'autres mots, dans les deux cas, l'arrêt des procédures est une mesure de dernier ressort.

Le juge Anderson a avec raison reconnu que la common law et la *Charte* visent à protéger deux principes d'intérêt public distincts: (1) la nécessité de garantir aux personnes accusées un procès équitable, et (2) la nécessité de préserver la considération dont jouit l'administration de la justice. Le procès qui viole l'un ou l'autre de ces principes peut constituer un abus de procédure ou porter atteinte à la *Charte*.

Le juge du procès a examiné les arrêts de principe sur la question de l'obligation de divulgation du ministère public. Il a cité de larges extraits des arrêts *Stinchcombe*, précité, *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, et *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727.

Après avoir analysé la jurisprudence et les principes qui y sont énoncés, le juge du procès est arrivé à la conclusion suivante quant à la communication de la preuve par le ministère public en l'espèce (aux par. 73 à 78):

Having considered these authorities, the law seems clear. I am at a loss to understand why the situation in this case has reached the stage it has; such a state of disarray.

The Crown does not seem to make a clear distinction between what is Crown discretion and what is disclosure. Undoubtedly the Crown has discretion as to the conduct of their case. But it seems that the very principles of fundamental justice would dictate that before charges are laid, the Crown is aware of the evidence it has in hand or has available to it to substantiate those charges.

When they come to trial, it seems logical that the Crown would have the evidence which it needs for the prosecution of the charges, marshalled and ready for presentation to the court, and thus, available to the defence. The authorities not only speak of evidence, but any material. Many times the court has heard about the multitude of documents, mountain of evidence, and the complexity of the evidence. Now whether this has created a perception which has paralyzed the Crown in organizing the proper evidence for the court, I cannot say.

Another fundamental principle of our criminal justice system is that the defence does not have to do anything. The obligation is on the Crown to prove beyond a reasonable doubt the allegations in the Indictment. However, in this case, as none before in my experience, defence has gone to great length to seek out documents which they thought must exist in order to make a full answer and defence. There is a particular attitude on behalf of the Crown evidenced by a letter filed by the Crown inadvertently in this application and marked Exhibit 1764. Although part of it was not allowed to be used in cross-examination of Staff Sergeant MacDonald, there is another part which states, as written by Mr. Felderhof to Mr. Theuerkauf:

"I feel it extremely important that this issue be downplayed as much as possible and that it is nothing more than continuing disclosure and that we do not in any way, shape, or form acknowledge or admit any failure or error on the part of the R.C.M.P. or our office. . . This is very important not only with respect

[TRADUCTION] Après examen de ces arrêts le droit semble clair. J'ai peine à comprendre pourquoi la situation en l'espèce a dégénéré à ce point, pourquoi elle est aussi confuse.

Le ministère public ne semble pas faire de distinction claire entre ce qui est son pouvoir discrétionnaire et ce qu'est la divulgation de la preuve. Il est indubitable que le ministère public a le pouvoir discrétionnaire de décider de la conduite de son dossier. Toutefois, il semble que les principes mêmes de justice fondamentale dictent que, avant que des accusations soient portées, le ministère public sache quels sont les éléments de preuve qu'il a en mains ou qui sont à sa disposition pour étayer ces accusations.

Une fois au procès, il semble logique de supposer que le ministère public dispose des éléments de preuve dont il a besoin pour poursuivre les accusations, que ces éléments sont organisés et prêts à être présentés à la cour, et qu'ils sont donc à la disposition de la défense. La jurisprudence ne parle pas seulement des éléments de preuve, mais de tout document. On a à maintes reprises dit à la cour qu'il y avait une multitude de documents, une montagne d'éléments de preuve, et que la preuve était complexe. Est-ce que tout cela a créé un impression qui a eu pour effet de paralyser le ministère dans l'organisation de la preuve devant être présentée à la cour, je ne saurais le dire.

Un autre principe de justice fondamentale de notre système de justice criminelle est que la défense n'a pas à faire quoi que ce soit. C'est au ministère public qu'il incombe de prouver hors de tout doute raisonnable les allégations figurant dans l'acte d'accusation. Toutefois, dans la présente affaire, comme dans aucune autre dont j'ai été témoin, la défense a déployé des efforts considérables afin d'obtenir des documents qui, à son avis, existaient, et de pouvoir ainsi présenter une défense pleine et entière. Or le ministère public a manifesté une attitude singulière, comme en témoigne une lettre qu'il a lui-même produite par inadvertance dans le cadre de la présente demande et qui est cotée pièce 1764. Bien qu'une partie de cette lettre ait été déclarée inutilisable pour le contre-interrogatoire du sergent d'état-major MacDonald, une autre partie de celle-ci renferme les propos suivants, rédigés par M. Felderhof à l'intention de M. Theuerkauf:

«J'estime qu'il est extrêmement important de minimiser le plus possible la portée de cette question et qu'il ne s'agit de rien de plus qu'un cas de divulgation permanente, et que nous ne reconnaissons ni n'admettons, d'aucune manière ou façon, quelque omission ou erreur de la part de la GRC ou de notre

to the presentation before the Judge, but as it may appear to the media. We must be seen as presenting something of little or no significance. My contact to the media subsequent to that will confirm this position.”

I have now grave concern that this trial as a criminal trial has been lost sight of. The court has heard from a number of sources suggesting that this is the most important criminal trial in Nova Scotia, that it is a very high profile trial, however, it is not prosecuted as such.

The perceived importance of this trial over other trials in the criminal justice systems [*sic*] was such that even in the pretrial hearings, I was prompted to remind counsel that the Crown did not win or lose. The reply was to the effect “well, that’s not what the public believes”.

95 Anderson J. cited the general observations of Professor McWilliams in *Canadian Criminal Evidence* (3rd ed. 1988 (loose-leaf)), at ch. 1:10100:

... it is especially where the end is righteous that the pursuit of truth alone can be purchased at too dear a price. For that reason, the fundamental values of fairness and justice protected by due process are especially important. In the current climate, there is a growing concern that these values are being sacrificed.

He then commented (at para. 81) that:

I quoted the above because I have grave concerns that in this case the fundamental values of fairness and justice protected by due process are being sacrificed on the altar of public and political pressure.

96 Anderson J. noted six examples of documents which had not been previously disclosed by the Crown, documents clearly relevant to the proceedings. He expressly referred throughout to these documents as merely “examples”, and found that the documents not disclosed “would have assisted the applicants and would have undoubtedly

service [. . .] Cela est très important non seulement en ce qui concerne la présentation devant le juge, mais aussi en ce qui concerne l’impression que peuvent avoir les médias. Nous devons être perçus comme présentant quelque chose n’ayant que peu ou pas d’importance. Les contrats que j’aurai subséquemment avec les médias confirmeront la présente position.

Je m’inquiète beaucoup du fait qu’on a oublié qu’il s’agit d’un procès criminel. Si la cour en croit de nombreuses sources, il s’agit du plus important procès criminel en Nouvelle-Écosse, d’un procès très médiatisé, et pourtant il n’est pas poursuivi comme tel.

L’importance qu’on semblait accorder à ce procès par rapport aux autres procès qui suivent leur cours dans le système de justice criminelle était telle que, même lors des audiences préparatoires, je me suis senti obligé de rappeler aux avocats que le ministère public ne gagne pas ou ne perd pas. Ce à quoi on a répondu quelque chose comme: «et bien ce n’est pas ce que le public croit».

Le juge Anderson a cité les observations générales suivantes, faites par le professeur McWilliams dans l’ouvrage *Canadian Criminel Evidence* (3^e éd. 1988) (édition à feuilles mobiles), au ch. 1:10100:

[TRADUCTION] ... c’est précisément lorsque la fin est justifiée que la recherche de la vérité seule peut s’avérer par trop onéreuse. Voilà pourquoi les valeurs fondamentales d’équité et de justice que protège le principe de l’application régulière de la loi revêtent une importance particulière. Dans le climat actuel, la crainte de voir ces valeurs sacrifiées est de plus en plus vive.

Et le juge a ajouté ceci (au par. 81):

[TRADUCTION] J’ai cité le passage qui précède parce que, dans la présente affaire, je crains beaucoup que les valeurs fondamentales d’équité et de justice que protège le principe de l’application régulière de la loi soient sacrifiées sur l’autel de l’opinion publique et des pressions politiques.

Le juge Anderson a donné six exemples de documents qui n’avaient pas été divulgués jusqu’à par le ministère public, et qui étaient clairement pertinents dans le cadre du procès. Tout au long de son jugement, il a expressément parlé de ces documents comme de simples «exemples», concluant que les documents non divulgués [TRADUCTION]

affected a full answer and defence” (at paras. 86-92):

Some examples that I find of nondisclosure or late amounting to nondisclosure was the Richmond Report, Exhibit 1728, an expert report. It discloses a possible defence dealing with spontaneous combustion of coal dust, August the 10th, 1992. Both the RCMP and the Crown knew of its existence. This report specifically says that it may be a possible defence.

Exhibit 1729, a report of August 17, 1992, deals with the manner in which the RCMP should conduct their investigation of dust samples and particularly the disruption of dust layers so that you would not be able to determine the conditions after the explosion. This report came to light by the efforts of the applicants.

There is General Monitor’s Report which deals with the methanometer on the continuous miner. There is evidence that this monitor was adjusted by one of the miners with the knowledge of another and that the adjustment would alter the reading of the methane levels at the sensor head. The methane levels could be at explosive range. There is evidence of the continuous miner creating sparks. The report of General Monitor indicates the effect of altering was not disclosed. It may have represented a complete defence for the applicants and certainly goes to the right of the applicants to make full answer and defence.

The facsimile communication from Sergeant MacDonald to General Monitors, Exhibit 1759, of March 21, 1994, and also Exhibit 1740, a Department of Labour memorandum from Sampson to Staff Sergeant MacDonald dealing with pre-explosion dust samples. The result which indicate [*sic*] that there was an error in the method in the analysis and the result would understate the ash content. This would give a reading suggesting higher combustibility than actual.

Staff Sergeant Bishop’s notes with respect to [the] conversation he had with Ms. Tyson of the Department of Labour, July the 7th, 1992, where she advised the RCMP that samples taken in June were useless. This was not disclosed to the defence.

«auraient aidé les requérants et auraient indubitablement eu une incidence sur la présentation d’une défense pleine et entière» (aux par. 86 à 92):

[TRADUCTION] Un exemple de ce que j’estime être un cas de non-divulgarion ou de divulgation tardive équivalant à une non-divulgarion est le rapport Richmond, pièce 1728, un rapport d’expert. Il révèle un moyen de défense possible, fondé sur un incident de combustion spontanée de poussière de charbon survenu le 10 août 1992. Tant la GRC que le ministère public connaissaient l’existence de ce rapport. Le rapport indique expressément qu’il pourrait s’agir d’un moyen de défense possible.

La pièce 1729, un rapport du 17 août 1992, traite de la façon dont la GRC devrait mener son enquête sur les échantillons de poussière, et en particulier sur la perturbation des couches de poussière, perturbation telle qu’il est impossible de déterminer quelles étaient les conditions après l’explosion. Ce rapport a été mis au jour grâce aux efforts des requérants.

Il y a le rapport du surveillant général, qui traite du méthanomètre dont est équipé le mineur continu. Il y a des éléments de preuve indiquant que cet appareil a été réglé par un mineur, au su d’un autre, et que ce réglage pouvait altérer la lecture des niveaux de grisou sur le capteur de mesure. Les niveaux de grisou pouvaient avoir atteint un niveau explosif. La preuve révèle que le mineur continu provoquait des étincelles. Le rapport du surveillant général indique que l’effet de cette altération n’a pas été divulgué. Ce fait aurait pu constituer une défense complète pour les requérants, et a certainement une incidence sur leur droit de présenter une défense pleine et entière.

Le message par télécopieur adressé par le sergent d’état-major MacDonald aux surveillants généraux, pièce 1759, en date du 21 mars 1994, ainsi que la pièce 1740, une note de service émanant du ministère du Travail et adressée par Sampson au sergent d’état-major MacDonald, traitent des échantillons de poussière recueillis avant l’explosion. On y indique qu’il y a eu une erreur dans la méthode d’analyse et que le résultat aurait sous-estimé la teneur en cendres. La lecture ainsi obtenue donnerait à penser que l’inflammabilité était plus élevée qu’elle l’était en réalité.

Les notes du sergent d’état-major Bishop concernant [la] conversation qu’il a eue avec M^{me} Tyson, du ministère du Travail, le 7 juillet 1992, et au cours de laquelle celle-ci a avisé la GRC que les échantillons prélevés en juin étaient inutilisables. Ce fait n’a pas été divulgué à la défense.

The above-noted are examples not of late disclosure but of nondisclosure, matters which would have assisted the applicants and would have undoubtedly affected a full answer and defence.

On late disclosure documents, that of the Consent Agreement of the Receiver Peat Marwick, signed December 16, 1993, and disclosed December 13, 1994. The principal subject matter of the agreement is the retention by the prosecution of certain samples of material obtained under a search warrant at the Westray Mine.

97 After he described the events of the trial, analysed the authorities and enumerated the above examples of late and non-disclosure, the trial judge concluded (at paras. 94-97):

I find that the lack of disclosure or nondisclosure, the timing of disclosure and the nature of the disclosure amounts to an infringement of the s. 7 right to make full answer and defence and infringes on the right of a fair trial. Such a breach demands a remedy under s. 24(1) of the *Charter*.

As I indicated earlier, from the authorities, there are a number of options and remedies available to the court at this juncture. There could be an exclusion of evidence, there could be a mistrial, adjournment, stay of judicial proceedings which the court sees as a last resort.

Having considered all the options and the ramifications of each as outlined by counsel, I am satisfied that the breach is of such a nature that the only remedy which can properly address the prejudice already suffered by the applicants and to preserve the integrity of the criminal justice system, is a stay of proceedings.

Although it appears that there was a common law abuse of process in this case, I did not take that option.

Court of Appeal (1995), 146 N.S.R. (2d) 161

98 The Court of Appeal delivered its ruling orally, two hours after the close of argument. The pertinent part of the ruling on the stay issue is as follows (at paras. 5-8):

Les exemples susmentionnés sont des exemples non pas de divulgation tardive mais plutôt de non-divulgation, et les questions qui y sont abordées auraient aidé les requérants et auraient indubitablement eu une incidence sur la présentation d'une défense pleine et entière.

Parmi les documents communiqués tardivement, mentionnons l'accord de consentement du séquestre Peat Marwick, signé le 16 décembre 1993 et divulgué le 13 décembre 1994. L'objet principal de cet accord est la rétention, par la poursuite, de certains échantillons de matières obtenus en vertu d'un mandat de perquisition à la mine Westray.

Après avoir ainsi relaté les incidents ayant marqué le procès, analysé la jurisprudence et cité les exemples susmentionnés de divulgation tardive et de non-divulgation, le juge du procès a conclu ainsi (aux par. 94 à 97):

[TRADUCTION] J'estime que les cas d'absence de divulgation ou de divulgation insuffisante, le moment de ces divulgations et leur nature constituent une atteinte au droit à une défense pleine et entière garanti par l'art. 7 ainsi qu'au droit à un procès équitable. Une telle atteinte commande une réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*.

Comme je l'ai indiqué précédemment, il ressort de la jurisprudence qu'un certain nombre de solutions et de réparations s'offrent à la cour à ce stade-ci. Il peut y avoir exclusion de la preuve, annulation du procès, ajournement ou, enfin, arrêt des procédures, réparation que la cour considère comme une mesure de dernier ressort.

Après avoir examiné les diverses solutions ainsi que leurs conséquences, selon l'exposé qu'en ont fait les avocats, je suis convaincu que l'atteinte est d'une nature telle que la seule réparation permettant de corriger adéquatement le préjudice déjà subi par les requérants et de préserver l'intégrité du système de justice criminelle est l'arrêt des procédures.

Bien qu'il paraisse y avoir eu, en l'espèce, abus de procédure au sens de la common law, je n'ai pas retenu cette solution.

La Cour d'appel (1995), 146 N.S.R. (2d) 161

La Cour d'appel a prononcé sa décision oralement, deux heures après la clôture des débats. Voici le passage pertinent de la décision sur la question de l'arrêt des procédures (aux par. 5 à 8):

We are of the opinion the appeal should be allowed for the following reasons: . . . (ii) the learned trial judge failed to make an inquiry and a proper determination whether evidence that had not been disclosed or was disclosed late was material to the respondents' ability to make full answer and defence as the trial judge was required to do. (*R. v. O'Connor (H.P.)* (1994), 42 B.C.A.C. 105; 67 W.A.C. 105; 89 C.C.C. (3d) 109 (C.A.)). In fact, the learned trial judge outrightly refused to consider evidence the Crown wished to tender on this issue. Without having decided if the evidence was material, the learned trial judge failed to exercise his power to grant a stay in a judicial manner; (iii) stays of proceedings are only granted in the clearest of cases. (*R. v. Power (E.)*, [1994] 1 S.C.R. 601; . . . *R. v. Burlingham (T.W.)*, [1995] 2 S.C.R. 206 . . . This was not such a case.

There was substantial disclosure by the Crown; the instance of non or late disclosure related to evidence that was not shown by the respondents to be material to the respondents' ability to make full answer and defence. Rather than staying the proceedings, the learned trial judge ought to have either declared a mistrial or granted an adjournment of sufficient duration to allow the defence to peruse the newly discovered or previously undisclosed evidence, including the so-called administrative files, the Claude White notebooks, the envelope found in Fred Doucette's office at Stellarton and other relevant Department of Labour files and ought to have ordered that any witnesses who had already testified be recalled if defence counsel wished to further cross-examine them on issues arising out of the perusal of the new evidence.

We are also of the opinion the Crown's conduct of this case was not an abuse of the court's process.

Accordingly, the appeal is allowed, the order of the trial judge staying the proceedings is set aside, including the order for costs. There will be no costs on the appeal. A new trial is ordered.

Review of the Court of Appeal's Reasons

The Court of Appeal within two hours of the close of argument held that the trial judge "failed

[TRADUCTION] Nous sommes d'avis qu'il convient d'accueillir l'appel pour les motifs suivants: [. . .] (ii) le juge du procès a omis d'examiner et de trancher de façon adéquate, comme il était tenu de le faire, la question de savoir si les éléments de preuve qui n'avaient pas été divulgués ou qui l'ont été tardivement étaient substantiels relativement à la capacité des intimés de présenter une défense pleine et entière (*R. c. O'Connor (H.P.)* (1994), 42 B.C.A.C. 105; 67 W.A.C. 105; 89 C.C.C. (3d) 109 (C.A.)). En fait, le juge du procès a purement et simplement refusé d'examiner la preuve que le ministère public désirait présenter sur cette question. N'ayant pas décidé si ces éléments de preuve étaient pertinents, le juge du procès n'a pas exercé de manière judiciaire son pouvoir d'ordonner l'arrêt des procédures. (iii) L'arrêt des procédures n'est accordé que dans les cas les plus manifestes. (*R. c. Power (E.)*, [1994] 1 R.C.S. 601; [. . .] *R. c. Burlingham (T.W.)*, [1995] 2 R.C.S. 206. [. . .] Il ne s'agissait pas d'un tel cas en l'espèce.

Il y a eu divulgation substantielle de la part du ministère public; les cas de non-divulgaration ou de divulgation tardive se rapportaient à des éléments de preuve dont les intimés n'ont pas établi qu'ils étaient substantiels relativement à leur capacité de présenter une défense pleine et entière. Au lieu d'ordonner l'arrêt des procédures, le juge du procès aurait dû soit déclarer le procès nul, soit accorder un ajournement suffisant pour permettre à la défense d'examiner les éléments de preuve nouvellement découverts ou non divulgués jusque-là, y compris les dossiers dits administratifs, les carnets de Claude White, l'enveloppe trouvée dans le bureau de Fred Doucette à Stellarton et d'autres dossiers pertinents du ministère du Travail. Le juge du procès aurait dû ordonner le rappel à la barre de tout témoin que les avocats de la défense auraient souhaité contre-interroger à nouveau sur les questions soulevées par l'examen des nouveaux éléments de preuve.

Nous sommes également d'avis que la façon dont le ministère public a mené son dossier en l'espèce ne constituait pas un abus des procédures de la cour.

En conséquence, l'appel est accueilli, l'ordonnance du juge du procès enjoignant l'arrêt des procédures est annulée, y compris l'ordonnance relative aux dépens. Aucuns dépens ne sont adjugés quant à l'appel. La tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

L'examen des motifs de la Cour d'appel

Quelque deux heures après la clôture des débats, la Cour d'appel a conclu que le juge du procès

to make an inquiry and a proper determination whether evidence that had not been disclosed or was disclosed late was material to the respondents' ability to make full answer and defence" as he was required to do. It is impossible to determine upon what basis the Court of Appeal reached that conclusion. The trial judge's reasons are detailed and clear. He looked at several examples of late and non-disclosure and found that they may have disclosed possible defences to the accused. He obviously made both an inquiry and a proper determination. We reiterate the findings made by the trial judge (at paras. 91 and 94):

The above-noted are examples not of late disclosure but of nondisclosure, matters which would have assisted the applicants and would have undoubtedly affected a full answer and defence.

I find that the lack of disclosure or nondisclosure, the timing of disclosure and the nature of the disclosure amounts to an infringement of the s. 7 right to make full answer and defence and infringes on the right of a fair trial. Such a breach demands a remedy under s. 24(1) of the *Charter*.

To the extent the Court of Appeal thought otherwise, we respectfully disagree.

«a omis d'examiner et de trancher de façon adéquate, comme il était tenu de le faire, la question de savoir si les éléments de preuve qui n'avaient pas été divulgués ou qui l'ont été tardivement étaient substantiels relativement à la capacité des intimés de présenter une défense pleine et entière». Or il est impossible de déterminer sur quel fondement la Cour d'appel est arrivée à cette conclusion. Les motifs du juge du procès sont clairs et détaillés. Il a examiné plusieurs exemples de non-divulgaration et de divulgation tardive et conclu que les éléments en cause auraient pu révéler des moyens de défense possibles aux accusés. Manifestement, il a examiné la question et tranché celle-ci de façon adéquate. Nous répétons ci-après ses conclusions (aux par. 91 et 94):

Les exemples susmentionnés sont des exemples non pas de divulgation tardive mais plutôt de non-divulgaration, et les questions qui y sont abordées auraient aidé les requérants et auraient indubitablement eu une incidence sur la présentation d'une défense pleine et entière.

J'estime que les cas d'absence de divulgation ou de divulgation insuffisante, le moment de ces divulgations et leur nature constituent une atteinte au droit à une défense pleine et entière garanti par l'art. 7 ainsi qu'au droit à un procès équitable. Une telle atteinte commande une réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*.

Dans la mesure où la Cour d'appel a pensé le contraire, nous exprimons respectueusement notre désaccord.

100

Within the brief period of its deliberation it is unlikely the Court of Appeal had time to assess the materiality of the mountain of evidence that was not disclosed. The Court of Appeal assumed the trial judge had to have been mistaken. In doing so, the Court of Appeal disregarded the principle of deference to the trial judge. There was so much that was not disclosed or disclosed late that it defies credibility to think there was no material information involved.

Durant sa courte période de délibération, il est peu probable que la Cour d'appel ait eu le temps d'apprécier le caractère substantiel de la montagne d'éléments de preuve qui n'avaient pas été divulgués. Elle a supposé que le juge du procès avait dû faire erreur. Ce faisant, la Cour d'appel a fait abstraction du principe de la déférence due au juge du procès. Tellement de documents n'ont pas été divulgués ou l'ont été tardivement qu'il est déraisonnable de penser qu'il ne s'y trouvait aucun renseignement substantiel.

The facts of what occurred during the trial including what evidence was material or not go directly to the heart of the trial judge's expertise. In a case as complex as the one before us, it is difficult if not impossible for any appellate court to determine from the record whether what was not disclosed was material. The only person who knew enough about the theories of the Crown and the possible defences available to the accused was the trial judge. He made clear findings that the non-disclosure was material. That said, we prefer to treat the issues in this case as an abuse of process rather than a simple failure to disclose.

Analysis

Was the Trial Judge's Order for a Stay of Proceedings a Nullity?

La Forest and Cory JJ. hold that the trial judge's telephone call to a senior officer in the Crown Attorney's office establishes that the trial judge was biased and partial. They go on to assert that any bias in the trial judge renders the proceedings void and automatically deprives the judge of jurisdiction. Applying this proposition of law to the finding of bias, they conclude that the trial judge lost jurisdiction over the trial as of the date of the telephone call and that all the proceedings thereafter were a nullity. Consequently, they do not find it necessary to consider whether the trial judge wrongly exercised his discretion in entering the stay of proceedings which is the subject of this appeal. With respect, we disagree.

The facts giving rise to the allegation of apprehension of bias have been discussed earlier. Briefly, on March 2, 1995 the trial judge made a call to the superior of the lead counsel for the prosecution in which he complained about the way counsel, and, in particular, Mr. Felderhof, were conducting the prosecution and suggested that Mr. Felderhof be removed from the case. The call was

Les faits qui sont survenus durant le procès, y compris la détermination des éléments de preuve qui avaient ou non un caractère substantiel, concernent directement l'expertise du juge du procès. Dans une affaire aussi complexe que celle dont nous sommes saisis, il est difficile, voire impossible, pour une cour d'appel de déterminer, à partir du dossier, si les éléments non divulgués étaient substantiels. La seule personne qui en savait suffisamment sur les théories avancées par le ministère public et les moyens de défense à la disposition des accusés était le juge du procès. Or ce dernier a clairement conclu que les éléments non divulgués étaient substantiels. Cela dit, nous préférons analyser les questions en cause en l'espèce sous l'angle de l'abus de procédure plutôt que sous celui d'un simple défaut de divulguer.

L'analyse

L'ordonnance du juge du procès intimant l'arrêt des procédures était-elle entachée de nullité?

Les juges La Forest et Cory estiment que l'appel téléphonique du juge du procès à un haut fonctionnaire du bureau des substituts du procureur général établit que le juge était partial. Ils continuent en affirmant que toute manifestation de partialité de la part du juge du procès rend les procédures nulles et prive automatiquement ce dernier de sa compétence. Appliquant cette thèse juridique à la constatation de partialité, ils concluent que le juge du procès a perdu compétence sur le procès à la date de l'appel téléphonique, et que toutes les procédures subséquentes étaient entachées de nullité. En conséquence, ils n'estiment pas nécessaire de se demander si le juge du procès a mal exercé son pouvoir discrétionnaire en ordonnant l'arrêt des procédures qui est l'objet du présent pourvoi. En toute déférence, nous ne sommes pas d'accord.

Les faits ayant donné naissance à l'allégation de crainte de partialité ont été examinés précédemment. En bref, le 2 mars 1995, le juge du procès a téléphoné au supérieur du procureur principal de la poursuite pour se plaindre de la façon dont les substituts du procureur général, et en particulier M. Felderhof, dirigeaient la poursuite, et il a suggéré que ce dernier soit retiré du dossier. La défense a

disclosed to the defence on March 7, 1995. Two days later, the Crown applied for an order that the judge be disqualified, a mistrial declared, and a new trial date set. The appellant Parry supported the Crown in its application. The order was refused and eventually, after an application for leave to appeal the recusal decision to this Court was quashed ([1995] 1 S.C.R. 900), the trial continued. On May 23, 1995, the defence applied for a stay of proceedings on grounds that the continuing conduct of the prosecution, particularly delay and misrepresentation regarding disclosure to the defence of documents in the prosecution's possession, amounted to abuse of process, justifying a stay.

été mise au courant de l'appel le 7 mars 1995. Deux jours plus tard, le ministère public a demandé la récusation du juge du procès, l'annulation du procès et la fixation d'une nouvelle date pour la tenue du procès. L'appellant Parry a appuyé la demande du ministère public. L'ordonnance demandée a été refusée et, après l'annulation par notre Cour d'une demande d'autorisation de pourvoi contre la décision concernant la récusation ([1995] 1 R.C.S. 900), le procès s'est finalement poursuivi. Le 23 mai 1995, la défense a demandé l'arrêt des procédures pour le motif que la conduite systématique de la poursuite, en particulier les retards et les déclarations inexactes concernant la divulgation à la défense des documents en sa possession, équivalait à un abus justifiant l'arrêt des procédures.

104

Before considering the specific circumstances surrounding the stay of proceedings, the first issue is whether the telephone call demonstrated that the trial judge was biased or alternatively raised a reasonable apprehension that he might be biased. As a general rule, a judge should not discuss a case with one party outside the presence of the other party. Much less should a judge suggest to one party in the absence of the other who counsel on the case should be. However, a conclusion of bias does not flow automatically from breach of this rule. The question is whether the content of the discussion in all the surrounding circumstances supports an inference that the trial judge favoured one party over the other. In the case at bar, the trial judge had good reason to conclude that Mr. Felderhof's conduct was prejudicing a fair trial and, indeed, might ultimately have caused the trial to be aborted. While the trial judge should not have stipulated that Mr. Felderhof be removed, it is questionable whether his doing so indicated partiality to either the Crown or the defence. One might argue that the comment indicated partiality for the defence, since the trial judge was critical of Crown counsel. But one might equally argue that the trial judge was partial, if anything, to the Crown, since he seemed concerned that the Crown case be conducted effectively. Perhaps the most natural infer-

Avant d'examiner les circonstances précises de l'arrêt des procédures, la première question qu'il faut trancher est de savoir si l'appel téléphonique témoignait de la partialité du juge du procès ou soulevait une crainte raisonnable à cet égard. En règle générale, un juge doit s'abstenir de discuter d'une affaire avec une des parties, hors la présence de l'autre. Il peut encore moins suggérer à une partie, en l'absence de l'autre, quel avocat devrait occuper dans le dossier. Toutefois, la violation de cette règle n'entraîne pas inévitablement une conclusion de partialité. Il faut se demander si, eu égard à l'ensemble des circonstances, la teneur de la discussion permet d'inférer que le juge du procès favorisait une partie par rapport à l'autre. Dans le présent cas, le juge du procès avait de bonnes raisons de conclure que la conduite de M. Felderhof nuisait à la tenue d'un procès équitable et que, de fait, elle aurait pu, en bout de ligne, entraîner l'annulation du procès. Certes, le juge du procès n'aurait pas dû suggérer que M. Felderhof soit retiré du dossier, mais ce fait ne prouve pas qu'il a ainsi fait montre de partialité soit à l'endroit du ministère public soit à l'endroit de la défense. Il serait possible de prétendre que son commentaire témoignait de sa partialité en faveur de la défense, étant donné qu'il critiquait le substitut du procureur général. À l'inverse, il serait également possible d'affirmer que, s'il a été partial, ce serait plutôt en faveur du ministère public, puisqu'il semblait être soucieux

ence from the trial judge's conduct is simply that he was concerned that the trial proceed fairly.

However, even if the inference could be drawn that the trial judge was biased against the Crown, it does not follow that the trial judge automatically lost jurisdiction. In our view, bias or apprehension of bias does not automatically deprive the judge of jurisdiction and render all proceedings thereafter void. Rather, it renders the proceedings voidable. The judge retains jurisdiction. An application may be made to the judge (or other appropriate judicial officer) for the judge's removal or for such other remedy as may seem just on the basis of the bias or apprehension of bias. If an order is made for removal of the judge, then the judge loses jurisdiction. But absent such an order, the judge continues to exercise jurisdiction over the proceedings.

While the issue has not often arisen in criminal proceedings, the authorities support the view that bias or apprehension of bias does not automatically render the trial a nullity. This flows from the general principle that a court order must be obeyed until there is an order to the contrary. This principle is of fundamental importance to the rule of law and public order. As Mahoney J.A. stated in *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Taylor*, [1987] 3 F.C. 593 (aff'd [1990] 3 S.C.R. 892), at p. 601, adopting the rationale of O'Leary J. in *Canada Metal Co. v. Canadian Broadcasting Corp. (No. 2)* (1974), 4 O.R. (2d) 585 (H.C.), at p. 613:

The duty of a person bound by an order of a court is to obey that order while it remains in force regardless of how flawed he may consider it or how flawed it may, in fact, be. Public order demands that it be negated by due process of the law, not by disobedience.

que ce dernier mène efficacement la poursuite. Peut-être l'inférence la plus naturelle qui peut être tirée de la conduite du juge est tout simplement qu'il se souciait du déroulement équitable du procès.

Toutefois, même s'il était possible d'inférer que le juge du procès avait un parti pris contre le ministère public, il ne s'ensuit pas qu'il a automatiquement perdu compétence sur l'affaire. À notre avis, l'existence de partialité ou d'une crainte de partialité n'a pas automatiquement pour effet de priver le juge de sa compétence et de rendre nulles toutes les procédures subséquentes. Une telle situation les rend plutôt annulables. Le juge garde compétence sur l'affaire. Il est possible de demander au juge lui-même (ou à un autre officier de justice compétent) qu'il se récuise ou accorde toute autre réparation qui semble juste, en invoquant la partialité ou la crainte de partialité. Si une ordonnance de récusation est rendue, le juge perd alors compétence sur l'affaire. Toutefois, en l'absence d'une telle ordonnance, il demeure saisi de l'instance.

Bien que la question ne se soit pas posée souvent en matière criminelle, la jurisprudence appuie l'opinion selon laquelle la partialité ou la crainte de partialité n'entraînent pas nécessairement la nullité du procès. Cela découle du principe général qu'une ordonnance judiciaire doit être respectée tant qu'une ordonnance à l'effet contraire n'a pas été rendue. Ce principe revêt une importance fondamentale pour assurer la primauté du droit et l'ordre public. Comme l'a dit le juge Mahoney dans *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Taylor*, [1987] 3 C.F. 593 (conf. par [1990] 3 R.C.S. 892), à la p. 601, suivant en cela le raisonnement exposé par le juge O'Leary, à la p. 613 de l'arrêt *Canada Metal Co. c. Canadian Broadcasting Corp. (No. 2)* (1974), 4 O.R. (2d) 585 (H.C.):

La personne qui est liée par une ordonnance d'un tribunal doit se soumettre à cette ordonnance pendant que celle-ci reste en vigueur, quelque imparfaite qu'elle puisse la considérer ou quelque imparfaite qu'elle puisse réellement être. L'ordre public exige que ce soit l'application régulière de la loi qui fasse échec à une ordonnance, et non pas son inobservation.

105

106

The contrary view runs counter to the rule of law and the practical functioning of our judicial system. For example, if this view were to hold, parties perceiving bias could lie in the weeds and long after the trial judge rules against them, have the entire proceeding invalidated *ab initio*. A party who was not prejudiced by the bias could move to have the proceedings and verdict set aside on the ground of nullity. Persons affected by a court order would look to see whether there is some basis on which the judge's jurisdiction could be impugned and decide accordingly whether to obey the order or not. Absent verification that the judge in fact was not biased, no one could know for certain whether a court order was worth the paper it was recorded on. Verdicts, including acquittals, and sentences long since imposed could be overturned on the discovery, perhaps years later, of conduct by the trial judge capable of supporting a reasonable apprehension of bias. Finally, if the jurisdiction of the trial judge ended with the event giving rise to an apprehension of bias, it would not be possible to make a motion to the trial judge for recusal since he or she would lack jurisdiction to hear it; the established procedure for remedying bias would be rendered invalid.

L'opinion contraire est incompatible avec la primauté du droit et le fonctionnement pratique de notre système judiciaire. Par exemple, si cette thèse était retenue, la partie qui croit à la partialité du juge pourrait faire comme si de rien n'était et, longtemps après que celui-ci a statué contre elle, faire invalider toute l'instance *ab initio*. Une partie qui n'aurait subi aucun préjudice du fait de la partialité pourrait demander la cassation des procédures et du verdict pour cause de nullité. Les personnes touchées par une ordonnance judiciaire chercheraient quelque motif permettant d'attaquer la compétence du juge et décideraient, en conséquence, de se conformer ou non à l'ordonnance. À défaut de s'assurer que le juge n'était pas, de fait, partial, nul ne pourrait avoir la certitude que l'ordonnance qu'il a rendue vaut le papier sur lequel elle est écrite. Des verdicts, y compris des acquittements, ainsi que des peines infligées depuis longtemps pourraient être annulés si l'on découvrirait, peut-être des années plus tard, que la conduite du juge du procès permet d'étayer une crainte raisonnable de partialité. Enfin, si le juge du procès perdait compétence au moment de l'incident donnant naissance à la crainte de partialité, il serait impossible de lui présenter une requête en récusation, puisqu'il n'aurait pas compétence pour l'entendre; la procédure établie pour obtenir réparation en cas de partialité serait ainsi rendue inefficace.

107 This Court affirmed that criminal trials are not vitiated *ab initio* by errors which may affect jurisdiction in *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709. The trial judge had denied the accused the right to peremptorily challenge a juror. The prosecution contended that this vitiated the proceeding and deprived the court of jurisdiction. The majority of this Court, *per Pratte J.*, rejected this argument (at p. 715):

Dans *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709, notre Cour a conclu que les procès criminels ne sont pas viciés *ab initio* par des erreurs susceptibles de porter atteinte à la compétence. Le juge du procès avait refusé à l'accusé le droit de récuser péremptoirement un juré. La poursuite soutenait que cette décision avait vicié l'instance et fait perdre compétence à la cour. Notre Cour à la majorité, sous la plume du juge Pratte, a rejeté cet argument (à la p. 715):

Respondent argued that either one or the other of these two decisions of the trial judge was necessarily in error, with the result that the jury was improperly impanelled and the verdict should be regarded as null. This submission of respondent is too general. A trial is not necessarily vitiated by any erroneous decision of a judge; the consequences that follow from an illegality

L'intimée prétend que l'une ou l'autre de ces deux décisions du juge du procès est nécessairement erronée avec la conséquence que le jury a été irrégulièrement formé et que le verdict doit être considéré comme nul. Cette prétention de l'intimée est trop générale. Un procès n'est pas nécessairement vicié par toute décision erronée du juge; les conséquences qui découlent d'une

depend on the nature of the rule that is violated and the importance of the right which such rule is designed to safeguard.

After discussing the consequences of denial of a peremptory challenge, Pratte J. asked (at p. 724):

Is it a relative nullity which may only be pleaded by the accused, or an absolute nullity that is not capable of ratification and may also be relied on by the prosecution?

He concluded that the right of peremptory challenge could be exercised (and/or waived) by the accused independently of the Crown and that the prosecution could not argue that the proceedings had been nullified by the procedural error.

The same, in our opinion, is true of bias. A judge may make a comment or decision in the course of a trial which leads to a reasonable apprehension of bias. The party against whom the bias is directed may wish to overlook the comment and continue with the trial. He is entitled to do so without fear that, at a later date, the other party, dissatisfied with the verdict, will challenge it on the ground that the entire proceeding thereafter is a nullity. Nor, in fairness, should the party against whom the bias is directed be permitted to leave the bias unchallenged and continue with the trial, secure in the knowledge that he can apply to have the verdict nullified should it go against him.

The issue of whether error that may affect jurisdiction nullifies criminal proceedings was more recently considered in *R. v. Pastro* (1988), 66 Sask. R. 241 (C.A.). A justice of the peace issued a search warrant which, after the police had acted on it, was shown not to be based on reasonable grounds. It was argued that the warrant was void *ab initio* and that the search therefore violated the accused's protection against unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter* on the basis that it was carried out without legal authorization.

illégalité dépendent de la nature de la règle violée et de l'importance du droit que celle-ci vise à protéger.

Après avoir examiné les conséquences du refus d'une récusation péremptoire, le juge Pratte a posé la question suivante (à la p. 724):

S'agit-il d'une nullité relative dont seul l'accusé peut se plaindre ou d'une nullité absolue que rien ne peut couvrir et que la poursuite peut également invoquer?

Il a conclu que l'accusé pouvait exercer le droit de récusation péremptoire (ou y renoncer), indépendamment du ministère public, et que la poursuite ne pouvait prétendre que l'erreur de procédure avait eu pour effet de rendre l'instance nulle.

À notre avis, il en va de même en matière de partialité. Un juge peut, au cours d'un procès, faire un commentaire ou rendre une décision faisant naître une crainte raisonnable de partialité. La partie qui souffre de cette partialité peut choisir de fermer les yeux sur le commentaire et laisser le procès suivre son cours. Il lui est loisible d'agir ainsi sans crainte que, à une date ultérieure, l'autre partie, insatisfaite du verdict, conteste celui-ci pour le motif que toute l'instance est entachée de nullité. En toute justice, on ne saurait non plus permettre que la partie victime de la partialité s'abstienne de soulever la partialité et laisse le procès suivre son cours, sachant qu'elle pourra toujours demander l'annulation du verdict si celui-ci lui est défavorable.

108

La question de savoir si une erreur susceptible de porter atteinte à la compétence a pour effet d'entraîner la nullité d'une instance criminelle a été examinée, plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Pastro* (1988), 66 Sask. R. 241 (C.A.). Dans cette affaire, un juge de paix a décerné un mandat de perquisition à l'égard duquel il a été démontré, après son exécution par la police, qu'il n'était pas fondé sur des motifs raisonnables. On a prétendu que le mandat était nul *ab initio* et que la perquisition avait donc violé le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti à l'accusé par l'art. 8 de la *Charte*, pour le motif que la perquisition avait été exécutée sans autorisation légale. Le juge en chef Bayda de la

109

Bayda C.J.S., the only justice of appeal to consider this issue, rejected the argument (at para. 16):

A close examination of the material reveals only a search warrant that is regular on its face, from the standpoint of form and jurisdiction, but one which was issued because the justice who authorized its issue was wrong in law or wrong in the exercise of his discretion. It reveals a search warrant that I, in my discretion, would not have issued had I been the justice before whom the information was presented; that I, as an appellate judge, would have no difficulty in setting aside had the justice's order been appealed to me; that I, as a superior court judge, exercising supervisory powers would have seriously entertained quashing on the ground that the justice had no jurisdiction. . . . In short, the material reveals a search warrant that . . . should now be set aside. It does not, however, reveal a search warrant that was a nullity, that is, one void from its inception (on the ground of fraud, deliberate deceptive conduct, or no jurisdiction in the sense that a justice had no general power to issue search warrants) and thus not valid at the time of the impugned search. [Emphasis in original.]

Saskatchewan, seul juge à avoir examiné cette question en appel, a rejeté cet argument en ces termes (au par. 16):

[TRADUCTION] Un examen attentif du dossier révèle un mandat de perquisition à première vue valide, tant sous l'angle de la forme que de la compétence, mais qui a été décerné parce que le juge qui l'a autorisé a commis une erreur de droit ou s'est trompé dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. L'examen révèle un mandat que, dans l'exercice de mon pouvoir discrétionnaire, je n'aurais quant à moi pas décerné si j'avais été le juge auquel la dénonciation a été présentée; un mandat que, à titre de juge d'appel, je n'aurais pas hésité à annuler si l'ordonnance du juge avait été portée en appel devant moi; un mandat que, en tant que juge d'une cour supérieure exerçant des pouvoirs de surveillance, j'aurais sérieusement envisagé de casser pour le motif que le juge qui l'a décerné n'avait pas compétence [. . .] Bref, le dossier révèle un mandat de perquisition qu'il [. . .] y a lieu maintenant d'annuler. Il ne révèle cependant pas un mandat de perquisition entaché de nullité, c'est-à-dire nul depuis sa délivrance (pour cause de fraude, de conduite délibérément trompeuse ou d'absence de compétence en ce sens que le juge n'avait pas le pouvoir général de décerner des mandats de perquisition) et donc invalide au moment de la perquisition attaquée. [Souligné dans l'original.]

110 This passage distinguishes between orders which on their face appear to be valid despite underlying jurisdictional faults, and orders which do not even have the appearance of validity because they are made without statutory authority, or as a consequence of fraud or duress. The former are voidable, while the latter may be void *ab initio*. Bias falls into the first category. The judge's orders bear the same trappings of validity before the events leading to the apprehension of bias as afterward. On their face, the proceedings are regular. While they may at a later date be set aside on account of bias, they are not absolute nullities.

Cet extrait fait une distinction entre les ordonnances qui paraissent à première vue valides malgré des lacunes juridictionnelles sous-jacentes, et les ordonnances qui ne possèdent même pas une apparence de validité, étant donné qu'elles ont été rendues sans que la loi l'autorise ou par suite de fraude ou de contrainte. Les premières sont annulables, alors que les secondes peuvent être déclarées nulles *ab initio*. La partialité touche la première catégorie d'ordonnances. Les ordonnances rendues par un juge possèdent les mêmes attributs de validité, tant avant qu'après des événements donnant naissance à une crainte de partialité. À première vue, les procédures sont valides. Même si elles sont annulées ultérieurement pour cause de partialité, elles ne sont pas entachées de nullité absolue.

111 Fraser C.J.A. (dissenting but not on this ground) of the Alberta Court of Appeal applied similar reasoning in *R. v. Smith* (1995), 31 Alta. L.R. (3d) 227. The trial judge had adjourned the trial during

Le juge en chef Fraser de l'Alberta (dissident mais pour un autre motif) a appliqué le même raisonnement dans l'arrêt *R. c. Smith* (1995), 31 Alta. L.R. (3d) 227. Pendant la présentation de la preuve

the Crown's presentation of evidence in order to speak to counsel in chambers. The accused claimed that the judge's comments in chambers gave rise to a reasonable apprehension of bias. Fraser C.J.A. expressed the view that this did not nullify the proceedings and opined that the concept of automatic nullity developed in administrative law cases "should not apply with equal force in criminal proceedings: cf. *R. v. Hall* (1988), 69 Sask. R. 245 (Q.B.)" (p. 237).

La Forest and Cory JJ. cite an administrative law case in support of the proposition that bias renders the proceedings of a tribunal void *ab initio*. In our view, this authority does not apply in the criminal law context. Courts dealing with appeals from tribunals often find themselves confronted by statutory privative clauses immunizing the tribunal decision from review on all but jurisdictional grounds. In order to correct orders made by biased tribunals, courts have been forced to categorize bias in the administrative law context as depriving the tribunal of jurisdiction *ab initio*. This problem does not exist in the criminal context, where Courts of Appeal have full powers to remedy all deficiencies of procedure and substance.

Our research reveals no common law country which holds that apprehension of bias automatically nullifies a criminal trial. In the United States the problem has frequently fallen for consideration. Post-hearing disqualification for bias is controlled by the concept of "seasonality". A judge will not be disqualified by reason of bias unless the application for disqualification is made in a timely and seasonable fashion. Unless objection is taken promptly upon discovery of the alleged bias, the right to have or to have had an unbiased adjudicator is lost: *United States v. Daley*, 564 F.2d 645 (2d Cir. 1977), *certiorari* denied 435 U.S. 933 (1979); *Smith v. Danyo*, 441 F.Supp. 171 (M.D. Penn. 1977), *aff'd* 585 F.2d 83 (1978); *In re Martin-Trigona*, 573 F.Supp. 1237 (D. Conn. 1983), *aff'd* 770 F.2d 157 (2d Cir. 1985). Thus, in

du ministère public, le juge du procès avait ajourné l'instruction afin de s'entretenir avec les avocats dans son cabinet. L'accusé a prétendu que les remarques formulées par le juge dans son cabinet avaient soulevé une crainte raisonnable de partialité. Le juge en chef Fraser a dit être d'avis que cela n'avait pas rendu l'instance nulle et que le concept de la nullité automatique élaboré dans les affaires de droit administratif [TRADUCTION] «ne devait pas être appliqué avec autant de rigueur en matière criminelle: voir *R. c. Hall* (1988), 69 Sask. R. 245 (B.R.)» (p. 237).

Les juges La Forest et Cory citent une affaire de droit administratif au soutien de la thèse voulant que la partialité rende les procédures d'un tribunal administratif nulles *ab initio*. À notre avis, cet arrêt est inapplicable en droit criminel. Les cours de justice appelées à statuer en appel sur les décisions des tribunaux administratifs doivent souvent tenir compte des clauses privatives immunisant ces décisions contre tout contrôle, sauf pour des motifs d'ordre juridictionnel. Afin de corriger les ordonnances rendues par des tribunaux administratifs ayant fait montre de partialité, les cours ont été contraintes de considérer que, en droit administratif, la partialité prive le tribunal de sa compétence *ab initio*. Ce problème n'existe pas en matière criminelle, où les cours d'appel ont pleins pouvoirs pour remédier aux vices de forme et de fond.

D'après nos recherches, aucun pays de common law ne considère que l'existence d'une crainte de partialité entraîne automatiquement la nullité d'un procès criminel. Aux États-Unis, le problème s'est fréquemment soulevé. La question de la déclaration d'inhabilité après le procès pour cause de partialité est régie par la notion de «temps opportun». L'inhabilité d'un juge pour cause de partialité ne sera prononcée que si la requête en récusation est présentée en temps opportun. À moins qu'une objection ne soit rapidement soulevée après la découverte de la partialité reprochée, le droit que l'accusé a ou avait d'être jugé par un arbitre impartial est perdu: *United States c. Daley*, 564 F.2d 645 (2d Cir. 1977), *certiorari* refusé 435 U.S. 933 (1979); *Smith c. Danyo*, 441 F.Supp. 171 (M.D. Penn. 1977), *conf. par* 585 F.2d 83 (1978); *In re*

112

113

the United States bias or apprehension of bias does not nullify the trial or the verdict that follows. If a party acts promptly, or “seasonably”, it may succeed in having the judge disqualified for bias. Otherwise, the proceedings and their conclusion remain on foot and no complaint can be made.

Martin-Trigona, 573 F.Supp. 1237 (D. Conn. 1983), conf. par 770 F.2d 157 (2d Cir. 1985). Ainsi, aux États-Unis, la partialité ou la crainte de partialité n’ont pas pour effet d’entraîner la nullité du procès ou du verdict qui en découle. Si une partie agit promptement, ou «en temps opportun», elle peut faire déclarer le juge inhabile pour cause de partialité. À défaut de quoi, l’instance et sa conclusion demeurent intactes et aucune plainte ne peut être formulée.

114 We conclude that judicial conduct giving rise to a reasonable apprehension of bias does not automatically deprive the judge of jurisdiction and nullify criminal proceedings. The proper course for a party affected by the bias is to move promptly for recusal of the judge. Absent an order disqualifying the judge, the judge retains jurisdiction and the proceedings continue as before. On review, an appellate court may, depending on circumstances, overturn the judge’s decision on the motion for recusal. However, until overturned by higher authority, the judge retains jurisdiction, and all orders he or she makes or has made are valid.

Nous concluons qu’une conduite judiciaire donnant naissance à une crainte raisonnable de partialité n’a pas automatiquement pour effet de priver le juge de sa compétence et d’entraîner la nullité des procédures criminelles. La partie victime de la partialité doit demander promptement la récusation du juge. En l’absence d’une ordonnance déclarant le juge inhabile, celui-ci garde compétence sur l’affaire et le procès suit normalement son cours. Dans le cadre d’une demande de contrôle, la cour d’appel peut, selon les circonstances, infirmer la décision du juge sur la requête en récusation. Toutefois, tant que sa décision n’est pas infirmée par une juridiction supérieure, le juge continue d’avoir compétence sur l’affaire et toutes les ordonnances qu’il rend ou qu’il a rendues sont valides.

115 It follows that the trial judge in the case at bar retained jurisdiction after the telephone call alleged to give rise to an apprehension of bias against the Crown. This jurisdiction continued through the recusal motion and after its dismissal. The subsequent decisions of the judge were voidable, not void. It thus becomes necessary to consider whether the trial judge’s order entering a stay of proceedings was in error and should be set aside.

Il s’ensuit que, en l’espèce, le juge du procès a gardé compétence après l’appel téléphonique qui, prétend-on, aurait fait naître une crainte raisonnable de partialité contre le ministère public. Cette compétence a été maintenue pendant l’instruction de la requête en récusation et après son rejet. Les décisions subséquentes du juge étaient non pas nulles mais annulables. Il devient donc nécessaire de se demander si le juge du procès a fait erreur en ordonnant l’arrêt des procédures et si cette ordonnance doit être annulée.

116 We add that even if we agreed with the reasons of *La Forest and Cory JJ.* that the trial judge lost jurisdiction by not recusing himself from the trial, it is open to this Court, in the interest of justice, to examine the circumstances of the proceedings and to enter a stay if that is the result required.

Nous ajoutons que, même si nous souscrivions aux motifs des juges *La Forest et Cory* portant que le juge du procès a perdu compétence en ne se récusant pas, il est loisible à notre Cour, dans l’intérêt de la justice, d’examiner les circonstances de ces procédures et d’en décréter l’arrêt si cette conclusion s’impose.

Abuse of Process

An examination of the facts upon which the trial judge based his decision leads to the conclusion that what occurred in this case was an abuse of process. While the trial judge believed that the non-disclosed evidence was material to the accused's ability to make full answer and defence, it is our opinion that the entire conduct of this trial has brought the administration of justice into disrepute and in the process violated s. 7 of the *Charter*.

This Court recognized in *O'Connor, supra*, that the common law of abuse of process has been subsumed into s. 7 of the *Charter*. An abuse of process can take many forms, but every finding of an abuse of process must contemplate either society's interest in preserving the integrity of the judicial system or the individual's interest in having a fair trial. As is pointed out by L'Heureux-Dubé J. in *O'Connor*, at p. 457, "the latter is essentially a subset of the former". In *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, at pp. 136-37, Dickson C.J. adopted the proposition that an abuse of process exists where there is a violation of "those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency" or where there is an "abuse of a court's process through oppressive or vexatious proceedings". This test existed at common law and remains under the *Charter*. While this Court's decision in *O'Connor* recognized that the finding of an abuse of process will not necessarily result in a stay of proceedings, the determination of what constitutes abuse of process remains unchanged.

The trial judge indicated his willingness to find a common law abuse of process as an alternative ground of his ruling. In our view, this case falls squarely within that concept. The victims of the mine disaster are anxious to determine the causes of the explosion and the loss of life at Westray. They are entitled to justice but as has been previously stated that can only be achieved by convicting the right people. Under either the common law

L'abus de procédure

Il ressort de l'examen des faits sur lesquels le juge du procès a fondé sa décision qu'il y a eu, en l'espèce, abus de procédure. Alors que le juge du procès a estimé que la preuve non divulguée était substantielle relativement à la capacité des accusés de présenter une défense pleine et entière, nous sommes d'avis que le déroulement de ce procès dans son ensemble a déconsidéré l'administration de la justice et qu'il y a eu, de ce fait, violation de l'art. 7 de la *Charte*.

Dans *O'Connor*, précité, notre Cour a reconnu que les règles de common law régissant l'abus de procédure ont été incorporées à l'art. 7 de la *Charte*. L'abus de procédure peut prendre plusieurs formes, mais toute conclusion à l'existence d'un abus doit prendre en compte soit l'intérêt qu'a la société à préserver l'intégrité du système judiciaire, soit celui qu'a l'individu à bénéficier d'un procès équitable. Comme le souligne le juge L'Heureux-Dubé dans *O'Connor*, à la p. 457, «ce dernier objet est essentiellement un élément du premier». Dans *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, à la p. 137, le juge en chef Dickson a retenu la thèse selon laquelle il y a abus de procédure lorsque sont violés «les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société», ou qu'il y a «abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire». Ce critère existait en common law et il demeure sous le régime de la *Charte*. Même si notre Cour a reconnu, dans *O'Connor*, que la conclusion qu'il y a eu abus de procédure n'entraîne pas nécessairement l'arrêt de l'instance, la façon de déterminer en quoi consiste l'abus reste inchangée.

Le juge du procès a indiqué qu'il était disposé à conclure, comme motif subsidiaire de sa décision, à l'existence d'un abus de procédure en common law. À notre avis, la présente affaire correspond parfaitement à cette notion. Les victimes du désastre minier sont désireuses de connaître les causes de l'explosion et des pertes de vie survenues à Westray. Elles ont droit d'obtenir justice mais, comme il a été dit précédemment, cet objectif ne

117

118

119

or the *Charter*, the conduct of this case amounts to an abuse of process.

120 To paraphrase Professor McWilliams in his text *Canadian Criminal Evidence, supra*, at ch. 1:10100, it is especially where pursuit of truth is righteous that we must guard against overreaching on the part of those charged with the authority to investigate and prosecute crimes. We cannot be tolerant of abusive conduct and dispose of due process, however serious the crimes charged. High profile trials, by their nature, attract strong public emotions. In our society the Crown is charged with the duty to ensure that every accused person is treated with fairness. It is especially in high profile cases, where the justice system will be on display, that counsel must do their utmost to ensure that any resultant convictions are based on facts and not on emotions. When the Crown allows its actions to be influenced by public pressure the essential fairness and legitimacy of our system is lost. We sink to the level of a mob looking for a tree.

121 The present case is not simply about Crown non-disclosure. This case is about the appearance of justice. Throughout the proceedings the Crown bent and broke rules, and attempted to cover up when it was caught. The Crown actively misled the court, on a number of occasions. The Crown ignored or failed to obey court orders. It is unnecessary to repeat the litany of abuses that have already been described. The entire proceedings were tainted by prosecutors who were playing to an enraged public, and playing to win. That this is apparent can be seen from the internal memo that passed between prosecutors referred to by the trial judge and in these reasons. To win is not the role of the prosecutor; to win at all costs is an affront to the Canadian justice system. Courts should not

peut être réalisé que par la condamnation des vrais coupables. Or, tant au regard de la common law que de la *Charte*, la conduite de la présente affaire constitue un abus de procédure.

Pour paraphraser les propos formulés par le professeur McWilliams, dans son ouvrage *Canadian Criminal Evidence, op. cit.*, au ch. 1:10100, c'est précisément lorsque la recherche de la vérité est justifiée que nous devons nous prémunir contre le zèle des personnes investies du pouvoir d'enquêter sur les crimes et de les poursuivre. Nous ne pouvons tolérer les conduites abusives et faire fi de l'application régulière de la loi, quelle que soit la gravité des crimes reprochés. De par leur nature même, les procès fortement médiatisés suscitent de vives émotions dans le public. Dans notre société, le ministère public a le devoir de veiller à ce que tout inculpé soit traité avec équité. C'est particulièrement dans les affaires donnant lieu à beaucoup de publicité, où le système de justice est plus en évidence, que les procureurs doivent faire tout en leur possible pour veiller à ce que les déclarations de culpabilité qui en découlent reposent sur des faits et non sur des émotions. Lorsque le ministère public laisse la pression de l'opinion publique influencer ses actions, l'équité et la légitimité essentielles à notre système sont perdues. Et nous nous rabaissons alors au niveau d'une bande de lyncheurs à la recherche d'une branche assez solide.

La présente affaire n'est pas simplement un cas de non-divulgence par le ministère public, il s'agit également d'un cas de perception de la justice. Tout au long des procédures, le ministère public a contourné et violé les règles, puis il a tenté de couvrir ses actes après avoir été découvert. Il a activement induit la cour en erreur, et ce à de nombreuses reprises. Il a fait fi des ordonnances de la cour ou ne s'y est pas conformé. Il est inutile de reprendre la litanie des abus déjà décrits. L'ensemble des procédures a été vicié par des procureurs qui jouaient devant un public enragé, et qui jouaient pour gagner. Cela ressort de façon évidente de la note de service interne échangée entre les substituts du procureur général et dont il a été fait état par le juge du procès ainsi que dans les présents

tolerate activities which demonstrate this attitude. The conduct of Crown counsel at the trial violates the fundamental principles that underlie the community's sense of fair play and decency and constitutes an abuse of the court's process.

Remedy

A stay of proceedings is a last resort, only to be entered in the "clearest of cases": *R. v. Young* (1984), 46 O.R. (2d) 520; *Jewitt, supra*. The trial judge recognized the seriousness of entering a stay of proceedings, and in making his final decision he directed himself to consider other remedies, including the exclusion of evidence, an adjournment, or a mistrial.

In certain cases, a stay will be the only possible remedy, while in others it will be only one of several possible remedies. See *Stuesser, supra*, at p. 99:

Abuse of process, however, takes many forms. A stay of proceeding[s] simply is not necessary or desirable in all cases where abuse is found. This is particularly true for abuses that affect the fairness of the trial, such as caused by delay or non-disclosure. In terms of ensuring a fair trial judges are well equipped to respond to alleged abuses short of staying the proceedings. They have an arsenal of remedies: adjourning the proceedings, recalling of witnesses, calling witnesses on behalf of the court, ordering disclosure, or exclusion of evidence. Judges in the United Kingdom and in Australia are admonished to look to these lesser remedies before entering a stay of proceedings. These authorities recognize that under common law a stay of proceeding[s] is not the "only" recourse.

In *O'Connor, supra*, the majority adopted the guidelines of Professor Paciocco for determining when a stay of proceedings is an appropriate remedy for an abuse of process, at p. 465:

motifs. Le rôle de la poursuite n'est pas de gagner; rechercher la victoire à tout prix c'est faire affront au système de justice canadien. Les tribunaux ne doivent pas tolérer les comportements dénotant cette attitude. La façon dont les substituts du procureur général se sont conduits au procès viole les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la collectivité, et elle constitue un abus des procédures de la cour.

La réparation

L'arrêt des procédures est une mesure de dernier ressort, qui ne peut être ordonnée que dans «les cas les plus manifestes»: *R. c. Young* (1984), 46 O.R. (2d) 520; *Jewitt*, précité. Le juge du procès a reconnu la gravité de cette mesure et, en prenant sa décision définitive, il s'est rappelé d'examiner d'autres réparations, dont l'exclusion de la preuve, l'ajournement ou l'annulation du procès.

Dans certains cas, l'arrêt des procédures sera la seule réparation possible, tandis que dans d'autres il constituera une réparation parmi plusieurs autres. Voir *Stuesser, loc. cit.*, à la p. 99:

[TRADUCTION] Toutefois, l'abus de procédure revêt de nombreuses formes. L'arrêt des procédures n'est tout simplement pas nécessaire ou souhaitable dans tous les cas où il y a abus. C'est particulièrement vrai en cas d'abus ayant une incidence sur l'équité du procès, tels ceux découlant de retards ou de non-divulgaration. Pour ce qui est d'assurer la tenue d'un procès équitable, les juges sont bien équipés pour répondre aux abus allégués, sans recourir à l'arrêt des procédures. Ils disposent d'un arsenal de réparations: l'ajournement de l'instance, le rappel des témoins à la barre, la convocation de témoins au nom de la cour, les ordonnances de divulgation ou encore l'exclusion de la preuve. Au Royaume-Uni et en Australie, les juges sont exhortés à envisager ces réparations moins radicales avant d'ordonner l'arrêt des procédures. Les arrêts mentionnés reconnaissent que, en vertu de la common law, l'arrêt des procédures n'est pas «l'unique» réparation.

Dans *O'Connor*, précité, la majorité de la Cour a adopté les lignes directrices proposées par le professeur Paciocco pour déterminer si l'arrêt des procédures est la réparation convenable à l'égard d'un abus de procédure à la p. 465:

122

123

124

- (1) the prejudice caused by the abuse in question will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome; and
- (2) no other remedy is reasonably capable of removing that prejudice.

The learned trial judge was clear about his findings on these matters, as illustrated by the reasons for judgment and the quotations from them used in these reasons. Throughout the pre-trial process and the trial itself, the trial judge utilized numerous remedies to ensure that the Crown was complying with its obligations. Adjournments were granted. Directions were given. Various orders were made, including an order for particulars. Costs were awarded against the Crown in favour of the appellant Phillips. All of these remedies failed to provide an effective remedy and did not result in an improvement in the Crown's disclosure deficiencies.

- (1) le préjudice causé par l'abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue;
- (2) aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice.

Le juge du procès a formulé clairement ses conclusions sur ces aspects, comme en témoignent ses motifs de jugement et les extraits que nous en avons cités dans les présents motifs. Pendant toutes les étapes préliminaires et le procès lui-même, le juge du procès a eu recours à plusieurs mesures pour faire en sorte que le ministère public se conforme à ses obligations. Des ajournements ont été accordés. Des directives ont été données. Diverses ordonnances ont été rendues, dont une enjoignant de fournir des détails. Des dépens ont été adjugés contre le ministère public en faveur de l'appellant Phillips. Or, toutes ces mesures n'ont pas permis de redresser efficacement la situation et de corriger les lacunes dans la divulgation de la preuve par le ministère public.

125 We have come to the conclusion that the trial judge was correct in determining that the only remedy for the conduct of the Crown in this case was a stay of proceedings. The trial judge granted a stay as a remedy for the prejudicial effect of the Crown's non-disclosures on the appellants' right to make full answer and defence. Additionally, we would grant a stay as a remedy for Crown conduct that was an abuse of process bringing the administration of justice into disrepute.

Nous en sommes venus à la conclusion que le juge du procès a eu raison de décider que la seule façon de remédier à la conduite du ministère public en l'espèce était d'ordonner l'arrêt des procédures. Le juge du procès a accordé cette mesure à titre de réparation pour l'effet préjudiciable que la non-divulgation de la preuve par le ministère public a eu sur le droit des appelants de présenter une défense pleine et entière. Nous sommes d'avis d'accorder également l'arrêt des procédures à titre de réparation à l'égard de la conduite du ministère public qui a constitué un abus de procédure ayant eu pour effet de déconsidérer l'administration de la justice.

126 The Crown has neither acknowledged its errors during the first trial, nor provided any assurance that a second trial will be conducted any differently. Instead, the Crown spent a great deal of its submissions attacking the materiality of the six examples of nondisclosure cited by the trial judge. The Crown says nothing about the rest of the "mountain" of nondisclosures. Further, the Crown submitted that:

Le ministère public n'a ni reconnu ses erreurs pendant le premier procès ni fourni l'assurance qu'il conduirait un second procès différemment. Il a plutôt consacré une grande partie de son argumentation à contester le caractère substantiel des six exemples de non-divulgation mentionnés par le juge du procès. Le ministère public reste muet au sujet de la « montagne » d'autres documents non divulgués. Qui plus est, il a fait valoir l'argument suivant:

... there is a positive duty on defence counsel to bring any disclosure problems to the attention of the trial Judge at the earliest possible opportunity. Failure to do so may, in certain instances, deprive the accused of a remedy for non-disclosure.

In our view, counsel for the appellants in this case went above and beyond the call of duty in searching out evidence that had not been disclosed. On several occasions, it was only through defence searches of the Crown's own files that material information was uncovered. Rather than simply admitting the errors it made during the trial, the Crown has consistently attempted to place blame on others. The Crown gives us no hint that its attitude will change in the future.

How else could this Court express its disapproval of the Crown's conduct in this case other than by endorsing the stay of proceedings? The appellants have been charged and prosecuted for almost five years. There is no certainty that the full disclosure the appellants were entitled to before plea has even now been made or, indeed, can ever be made. The Crown decided as is its right to proceed by direct indictment on these serious charges and deprived the appellants of a preliminary hearing. The Crown ignored its duty to disclose and to act in a manner consistent with the presumption of innocence that belongs to all accused. This has, on the findings of the trial judge, impaired the conduct of the defence and derogated from the right to a fair trial. Ordering a new trial would itself bring the administration of justice into disrepute. If this is not the clearest of cases, it is hard to imagine what would qualify. We would restore the order of Anderson J., and award the appellants solicitor/client costs throughout.

Appeal dismissed with costs to the appellants, McLACHLIN and MAJOR JJ. dissenting.

[TRANSDUCTION]... l'avocat de la défense a l'obligation positive de signaler tout problème de divulgation à l'attention du juge du procès à la première occasion. L'omission de le faire peut, dans certains cas, priver l'accusé d'une réparation pour non-divulgation.

À notre avis, en l'espèce, les avocats des appelants ont fait plus que leur devoir dans la recherche des éléments de preuve non divulgués. À plusieurs occasions, ce n'est que grâce aux recherches de la défense dans les dossiers mêmes du ministère public que des renseignements substantiels ont été découverts. Au lieu de tout simplement reconnaître les erreurs qu'il a commises durant le procès, le ministère public a constamment tenté de rejeter le blâme sur d'autres. Le ministère public ne nous a donné aucune indication qu'il changera d'attitude dans l'avenir.

De quelle autre façon notre Cour pourrait-elle exprimer sa désapprobation à l'égard de la conduite du ministère public dans la présente affaire, si ce n'est en confirmant l'arrêt des procédures? Les appelants sont accusés et poursuivis depuis près de cinq ans. Il n'est pas certain que la divulgation complète à laquelle ils avaient droit avant leur plaidoyer ait même été faite ni d'ailleurs qu'elle le sera jamais. Le ministère public a décidé, comme c'est son droit, de présenter un acte d'accusation à l'égard de ces graves accusations, privant ainsi les appelants d'une enquête préliminaire. Le ministère public a fait fi de son obligation de divulgation et de son obligation d'agir de manière à respecter la présomption d'innocence dont jouit tout accusé. Tout cela a, suivant les conclusions du juge du procès, nui à la conduite de la défense et dérogé au droit à un procès équitable. Le fait d'ordonner la tenue d'un nouveau procès serait en soi une mesure susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. S'il ne s'agit pas d'un des cas les plus manifestes, il est difficile d'imaginer ce qui pourrait en être un. Nous sommes d'avis de rétablir l'ordonnance du juge Anderson et d'adjuger aux appelants les dépens sur la base procureur-client dans toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens aux appelants, les juges McLACHLIN et MAJOR sont dissidents.

*Solicitors for the appellant Phillips: Blois,
Nickerson & Bryson, Halifax.*

*Solicitor for the appellant Parry: Nova Scotia
Legal Aid — Westray Office, Halifax.*

*Solicitors for the respondent: Garson, Knox &
MacDonald, Halifax.*

*Procureurs de l'appellant Phillips: Blois,
Nickerson & Bryson, Halifax.*

*Procureur de l'appellant Parry: Nova Scotia
Legal Aid — Westray Office, Halifax.*

*Procureurs de l'intimée: Garson, Knox &
MacDonald, Halifax.*

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Joseph Haroun *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HAROUN

File No.: 25162.

1997: January 24; 1997: March 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Trial — Charge to jury — Reasonable doubt — Whether trial judge's charge on evidence and on assessment of testimony of accused and defence witnesses misled jury.

The accused was charged with second degree murder. At trial, he pleaded manslaughter. In his testimony, the accused admitted to stabbing his wife to death but stated that he had acted in a state of mental unconsciousness under the combined effect of alcohol and medication and never intended to kill her. A psychiatrist testified that the accused could have committed the acts in question without the intent to kill. The trial judge charged the jury, which, after deliberating, found the accused guilty of second degree murder. On appeal, the accused maintained that the jury charge concerning the burden of proof and reasonable doubt was in error, especially in relation to the definition of the evidence and to the assessment of the testimony of the accused and the defence witnesses. The majority of the Court of Appeal held that the trial judge had erred in his charge and ordered a new trial. The dissenting judge found that there were no grounds for intervention.

Held (Sopinka and Major JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: For the reasons given by the dissenting judge in the Court of Appeal, the conviction for second degree murder should be restored.

Per Sopinka and Major JJ. (dissenting): Even if a jury does not believe the testimony of the accused or another

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Joseph Haroun *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. HAROUN

N° du greffe: 25162.

1997: 24 janvier; 1997: 20 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Doute raisonnable — Les directives du juge du procès concernant la preuve et l'évaluation du témoignage de l'accusé et des témoins de la défense ont-elles induit le jury en erreur?

L'accusé a été inculpé de meurtre au deuxième degré. Au procès, il a plaidé l'homicide involontaire coupable. Dans son témoignage, l'accusé a reconnu avoir tué sa femme à coups de couteau mais a indiqué qu'il avait agi dans un état d'inconscience, sous l'effet combiné de l'alcool et de médicaments, et qu'il n'avait jamais eu l'intention de la tuer. Un psychiatre a témoigné qu'il était possible que l'accusé ait posé les gestes reprochés sans avoir eu l'intention de tuer. Le juge du procès a donné ses directives au jury qui, après délibération, a reconnu l'accusé coupable de meurtre au deuxième degré. En appel, l'accusé a soutenu que les directives au jury concernant le fardeau de la preuve et le doute raisonnable étaient erronées, en particulier celles relatives à la définition de la preuve et à l'évaluation du témoignage de l'accusé et des témoins de la défense. La Cour d'appel, à la majorité, a statué que le juge du procès avait commis une erreur dans ses directives et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le juge dissident a conclu qu'il n'y avait pas matière à intervention.

Arrêt (les juges Sopinka et Major sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier: Pour les motifs du juge dissident en Cour d'appel, le verdict de culpabilité pour meurtre au deuxième degré doit être rétabli.

Les juges Sopinka et Major (dissidents): Même si un jury ne croit pas la déposition de l'accusé ou d'un autre

defence witness, that testimony may, when considered in the context of the evidence as a whole, raise a reasonable doubt in the jury's mind. Accordingly, the trial judge must instruct the jurors that if they believe the testimony of the accused or the defence witnesses, they must acquit; even if they do not believe the testimony of the accused or the defence witnesses, if they have a reasonable doubt after considering the evidence as a whole, including the testimony of the accused and the defence witnesses, they must also acquit. In this case, the trial judge instructed the jury that the evidence is what the jury believes and accepts out of the testimony and the exhibits. He then told the jurors that even if they did not believe the accused's testimony, if they had a reasonable doubt "on the basis of the evidence as a whole" they had to acquit on the charge of second degree murder. Finally, he repeated that "only the facts disclosed by the witnesses you heard and have decided to believe constitute evidence". What the trial judge's comments on the definition of "the evidence" and on the assessment of the testimony of the accused and the defence witnesses suggest is that if the jury did not believe the accused or the psychiatrist, their testimony was by definition not included in "the evidence" and therefore could not be considered when the jury asked itself whether it had a reasonable doubt on the basis of the evidence as a whole. The trial judge erred in instructing the jurors that if they did not believe the accused, they could find a reasonable doubt only in the testimony of any other witnesses they had decided to believe. There is a reasonable possibility that the jury might have been misled by these misdirections.

Cases Cited

By Sopinka J. (dissenting)

R. v. W. (D.), [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146; *R. v. Brydon*, [1995] 4 S.C.R. 253; *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1996] Q.J. No. 67 (QL), J.E. 96-357, allowing the accused's appeal from his conviction for second degree murder and ordering a new trial. Appeal allowed, Sopinka and Major JJ. dissenting.

Pierre Goulet and Denys Noël, for the appellant.

témoin de la défense, il se peut que cette déposition, considérée dans le contexte de l'ensemble de la preuve, engendre un doute raisonnable dans l'esprit du jury. Le juge du procès doit donc dire au jury que s'il croit la déposition de l'accusé ou des témoins de la défense, il doit prononcer l'acquittement; même si le jury ne croit pas la déposition de l'accusé ou des témoins de la défense, il doit également prononcer l'acquittement s'il a un doute raisonnable après avoir examiné l'ensemble de la preuve, y compris les dépositions de l'accusé et des témoins de la défense. En l'espèce, le juge du procès a dit au jury que ce qui constitue la preuve c'est ce que le jury croit et retient des dépositions et des pièces. Ensuite, il lui a dit que, même s'il ne croyait pas la déposition de l'accusé, s'il entretenait un doute raisonnable «sur l'ensemble de la preuve» il devait prononcer l'acquittement quant à l'accusation de meurtre au deuxième degré. Enfin, il a répété que «seuls les faits révélés par les témoins qui ont été entendus et que vous avez décidé de croire constituent de la preuve». Il ressort des propos du juge du procès, concernant la définition de «la preuve» et l'évaluation du témoignage de l'accusé et des témoins de la défense, que si le jury ne croyait pas l'accusé ou le psychiatre, par définition, leur déposition ne constituait pas de «la preuve» et ne pouvait donc pas être examinée lorsque le jury s'est demandé s'il entretenait un doute raisonnable sur l'ensemble de la preuve. Le juge du procès a commis une erreur en indiquant au jury que, s'il ne croyait pas l'accusé, il ne pouvait trouver un doute raisonnable que dans les dépositions des autres témoins que le jury avait décidé de croire. Il existe une possibilité raisonnable que le jury ait été induit en erreur par ces directives erronées.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka (dissident)

R. c. W. (D.), [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146; *R. c. Brydon*, [1995] 4 R.C.S. 253; *R. c. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1996] A.Q. n° 67 (QL), J.E. 96-357, qui a accueilli l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, les juges Sopinka et Major sont dissidents.

Pierre Goulet et Denys Noël, pour l'appelante.

Jean Villeneuve, for the respondent.

English version of the judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. delivered by

LA FOREST J. — For the reasons given by Deschamps J.A., dissenting in the Quebec Court of Appeal, [1996] Q.J. No. 67, J.E. 96-357, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the conviction for second degree murder.

English version of the reasons of Sopinka and Major JJ. delivered by

SOPINKA J. (dissenting) — The issue on this appeal is the accuracy of a jury charge concerning the burden of proof and reasonable doubt standard. More specifically, it relates to the trial judge's comments on the definition of "the evidence" and on the assessment of the testimony of the accused and the defence witnesses. The majority of the Court of Appeal held that the trial judge had erred and ordered a new trial: [1996] Q.J. No. 67, J.E. 96-357. I agree with the Court of Appeal for the following reasons.

Facts

There is no question that Joseph Haroun stabbed his wife to death, since he admits to having done so. However, he denies that he intended to kill her; he says that he acted in a state of mental unconsciousness and did not intend to kill her. Dr. Jacques Talbot testified as a psychiatric expert. After explaining the combined effect of the consumption of alcohol and medication (Ativan in this case), he expressed the opinion that the respondent could have committed the acts in question without the intent to kill.

Since Mr. Haroun admitted to killing his wife, the jury had to choose between a verdict of second degree murder and a verdict of manslaughter. The central issue was therefore whether the accused intended to kill his wife.

Jean Villeneuve, pour l'intimé.

Le jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier a été rendu par

LE JUGE LA FOREST — Pour les motifs de l'honorable juge Deschamps, dissidente en Cour d'appel du Québec, [1996] A.Q. n° 67, J.E. 96-357, je suis disposé d'accueillir le pourvoi, de casser le jugement de la Cour d'appel et de rétablir le verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré.

Les motifs des juges Sopinka et Major ont été rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident) — Le présent pourvoi soulève la question de l'exactitude des directives au jury concernant la norme du fardeau de la preuve et du doute raisonnable. Plus particulièrement, il s'agit des propos du juge du procès concernant la définition de «la preuve» et l'évaluation du témoignage de l'accusé et des témoins de la défense. La Cour d'appel, à la majorité, a statué que le juge de première instance a erré et a ordonné la tenue d'un nouveau procès: [1996] A.Q. n° 67, J.E. 96-357. Pour les motifs suivants, je souscris à la conclusion de la Cour d'appel.

Les faits

Personne ne doute que Joseph Haroun a tué sa femme à coups de couteau, puisque M. Haroun l'admet. Cependant, il nie avoir eu l'intention de tuer sa femme; il dit qu'il a agi dans un état d'inconscience et sans avoir l'intention de la tuer. Le Dr Jacques Talbot a témoigné à titre d'expert en psychiatrie. Après avoir expliqué l'effet combiné de la consommation d'alcool et de médicaments (en l'espèce, de l'Ativan), il a émis l'opinion qu'il était possible que l'intimé ait posé les gestes reprochés sans avoir eu l'intention de tuer.

Étant donné que M. Haroun a admis avoir tué sa femme, le jury avait le choix entre un verdict de meurtre au second degré et un verdict d'homicide involontaire coupable. La question centrale consistait donc à déterminer si l'accusé avait l'intention de tuer sa femme.

1

2

3

4

Analysis

- 5 The trial judge instructed the jury as follows on what constitutes “the evidence”:

[TRANSLATION] Now since your verdict must be based solely on the evidence, I have to tell you what does and does not constitute evidence. The evidence consists solely in what you and you alone have decided or do decide to believe of the testimony you heard during this trial and, of course, of the evidence or exhibits produced and the admissions; for example, the victim’s identity is not in dispute but has been admitted. So that and only that is the evidence.

- 6 Shortly after this, he gave the following instructions concerning the credibility of the witnesses in general:

[TRANSLATION] So it’s up to you and you alone to assess the evidence adduced and judge the honesty and credibility of the witnesses you heard. In fact, the most important part of your role is to ask yourselves whether the witnesses you heard in Court during this trial told you not only the truth but the whole truth and nothing but the truth. Or even if they told you the truth in relation to certain facts, they did not on the other hand try to hide or disguise that truth in relation to other facts or questions.

. . . .

In other words, for each of the witnesses you heard, whoever they may be, including the experts, you have the right to believe all their testimony, to believe only part of it or to believe none of it at all!

- 7 He then instructed the jury on how to deal with the testimony of the accused:

[TRANSLATION] So you heard a number of witnesses for both the Crown and the defence; once again, it is you and you alone who must judge the credibility of each of the witnesses, including the accused, who testified, and you have the right for each witness to believe all the testimony, to believe only part of it or to believe none of it at all.

L’analyse

Le juge du procès a donné les directives suivantes au jury concernant ce qui constitue de «la preuve»:

Alors comme votre verdict doit être basé uniquement sur la preuve, je dois vous dire ce qui constitue de la preuve et ce qui ne constitue pas de la preuve. La preuve consiste uniquement dans ce que vous et vous seuls avez ou aurez décidé de croire des témoignages qui ont été rendus devant vous au cours de ce procès, en plus bien sûr des pièces ou exhibits qui ont été produits et des admissions, comme l’identité de la victime n’a pas été contestée, c’est admis. Alors c’est ça la preuve et c’est uniquement ça la preuve.

Peu après, il a donné les directives suivantes à propos de la crédibilité des témoins en général:

C’est donc à vous et à vous seuls d’apprécier la preuve qui a été faite et de juger de la sincérité et de la crédibilité des témoins qui ont été entendus devant vous. En effet la partie la plus importante de votre rôle consiste justement à vous demander si les témoins que vous avez entendus ici en Cour au cours de ce procès vous ont bien dit non seulement la vérité mais toute la vérité et uniquement la vérité. Ou même s’ils vous ont dit la vérité sur certains faits, ils n’ont pas par contre cherché à vous cacher ou camoufler cette vérité sur d’autres faits ou questions.

. . . .

Alors tout ceci pour vous dire que pour chacun des témoins, quel qu’il soit, que vous ayez entendus, y compris les experts, vous avez le droit de croire tout le témoignage, de n’en croire qu’une partie ou de n’en rien croire du tout!

Ensuite, il a instruit le jury sur la manière de traiter le témoignage de l’accusé:

Alors vous avez entendu plusieurs témoins tant en poursuite qu’en défense, encore une fois, c’est vous et vous seuls qui devez décider de la crédibilité de chacun des témoins, y compris l’accusé qui a témoigné et vous avez le droit pour chaque témoin de croire son témoignage en entier, de n’en croire qu’une partie ou de n’en rien croire du tout.

He later instructed the jury on reasonable doubt. After explaining the reasonable doubt concept, he stated the following:

[TRANSLATION] In other words, if, after hearing all the evidence . . . you conclude that the Crown has not proven that the accused is guilty beyond this reasonable doubt, this real doubt, this serious doubt, it is your duty to give the accused the benefit of the reasonable doubt and find him not guilty of the offence with which he is charged, but there is still the lesser and included offence of manslaughter.

He added the following comments to comply with the directions given by this Court in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742:

[TRANSLATION] According to the most recent decisions of the Supreme Court, I must now say the following:

If you believe the accused, you must give him the benefit of the reasonable doubt as to his intent. Second, even if you do not believe him, but on the basis of the evidence as a whole, including that of the expert witness, Dr. Talbot — if on that basis you have a reasonable doubt, you must also rule out second degree murder and find him guilty of manslaughter. However, third, if you do not have a reasonable doubt following the testimony of the accused and are convinced that he intended to kill his unfaithful wife, your verdict must then be guilty of second degree murder.

Shortly afterwards, he concluded as follows:

[TRANSLATION] I will now give you my final instructions. . . . So it is your duty first to consult with one another, to discuss the case among yourselves and to deliberate, that is, to consider all aspects of the case, think about it and try to agree on a verdict, a verdict that is fair and legal, that is, a verdict founded, based solely and exclusively on the evidence adduced before you. So only the facts disclosed by the witnesses you heard and have decided to believe constitute evidence, together with . . . the exhibits and admissions.

In the course of its deliberations, the jury submitted a question, namely how to determine the accused's mental state at the time of the act. In answering, the trial judge said the following:

Plus tard, il a donné des directives concernant le doute raisonnable. Après avoir expliqué la notion de doute raisonnable, il a dit:

Alors si, en d'autres termes, après avoir entendu toute la preuve, [. . .] vous en venez à la conclusion que la poursuite n'a pas réussi à prouver la culpabilité de l'accusé au-delà de ce doute raisonnable, de ce doute réel, de ce doute sérieux, c'est votre devoir de donner à l'accusé le bénéfice du doute raisonnable et de le déclarer non coupable de l'infraction qui lui est reprochée, mais il reste l'infraction moindre et i[n]cluse d'homicide involontaire coupable.

Il a ajouté les propos suivants pour satisfaire aux directives de notre Cour dans l'arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742:

Alors pour faire suite maintenant aux derniers arrêts de la Cour suprême, je dois vous dire ceci:

Si vous croyez l'accusé, vous devez lui donner le bénéfice du doute raisonnable quant à son intention. Deuxièmement, même si vous ne le croyez pas, mais sur l'ensemble de la preuve, y compris la preuve du témoin expert, le Docteur Talbot, sur l'ensemble de la preuve vous entretenez un doute raisonnable, vous devez également éliminer le meurtre au deuxième degré et le trouver coupable d'homicide involontaire coupable. Mais d'autre part, troisièmement, si vous n'avez pas de doute raisonnable à la suite de la déposition de l'accusé et si vous êtes convaincus qu'il avait l'intention de tuer son épouse infidèle, à ce moment-là votre verdict sera coupable de meurtre au deuxième degré.

Peu après, il a conclu:

Sur ce je vous donne mes directives finales. [. . .] Alors il est de votre devoir de vous consulter d'abord, de discuter entre vous et de délibérer, c'est-à-dire d'envisager tous les aspects de la cause, de réfléchir et de tenter de vous entendre sur un verdict, un verdict juste et légal, c'est-à-dire un verdict fondé, basé uniquement et exclusivement sur la preuve qui a été faite devant vous. Alors seuls les faits révélés par les témoins qui ont été entendus et que vous avez décidé de croire constituent de la preuve, y compris en plus [. . .] les exhibits et les admissions.

Au cours de ses délibérations, le jury a posé une question, à savoir comment juger l'état d'esprit de l'accusé au moment de l'acte. Au cours de sa réponse, le juge du procès a dit:

8

9

10

11

[TRANSLATION] So if because of that fact, because of the combined effect of drugs, alcohol and mental disorder — the depressive state he was in — he did not have the specific intent necessary for second degree murder, he must instead be found guilty of manslaughter. That's what it comes down to, and what can help you is of course all the evidence — what was his mental state when he committed the act? All the evidence, you also have to consider what his son said. . . . So there also is the testimony of the psychiatrist, who came to enlighten you, and as with all the witnesses, you can believe the psychiatrist, not believe him or believe him in part. . . . So if you find you have a reasonable doubt that he had the specific intent to kill at that moment, the verdict will be manslaughter. Is that clear?

I should point out right away that the trial judge did not mention the testimony of the accused in this summary of the evidence as to the accused's intent.

12

Even if a judge or jury does not believe the accused's testimony, that testimony may, when considered in the context of the evidence as a whole, raise a reasonable doubt in the judge's or jury's mind. This fundamental principle is set out in *W. (D.)*, *supra*, where Cory J. stated the following, at p. 757:

Specifically, the trial judge is required to instruct the jury that they must acquit the accused in two situations. First, if they believe the accused. Second, if they do not believe the accused's evidence but still have a reasonable doubt as to his guilt after considering the accused's evidence in the context of the evidence as a whole. See *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546. . . . [Emphasis in original.]

13

In *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546 (Ont. C.A.), Morden J.A. explained at p. 557 that this principle applies to all the defence evidence:

Understandably, a jury have to give careful consideration to issues of credibility when deliberating upon their verdict, and with respect to various pieces of evidence they may have differing views: total acceptance, total rejection, or something in between. An effective and desirable way of recognizing this necessary part of the process, and putting it to the jury in a way that accu-

Alors si à cause de ce fait-là il n'avait, à cause de l'effet combiné de la drogue, de l'alcool et du désordre mental, l'état dépressif dans lequel il était, il n'avait pas l'intention spécifique nécessaire pour constituer (*sic*) un meurtre au deuxième degré, il doit être trouvé coupable par contre d'homicide involontaire coupable. Alors c'est ça qui est l'affaire et ce qui peut vous aider c'est toute la preuve évidemment, quel était l'état d'esprit au moment où il a commis l'acte? Toute la preuve, vous devez regarder également ce que son fils a dit [. . .] Alors d'un autre côté il y a le témoignage du psychiatre, qui vient donner un éclairage et comme pour tous les témoins, le psychiatre vous pouvez le croire, ne pas le croire ou le croire en partie [. . .] Alors si vous en venez à la conclusion, vous avez un doute raisonnable quant au fait qu'il avait l'intention spécifique de tuer à ce moment-là ce sera homicide involontaire coupable le verdict. Ça va?

Je note immédiatement que le juge du procès n'a pas mentionné le témoignage de l'accusé dans ce résumé de la preuve concernant l'intention de l'accusé.

Même si un juge ou un jury ne croit pas le témoignage de l'accusé, il se peut que ce témoignage, considéré dans le contexte de l'ensemble de la preuve, engendre un doute raisonnable dans l'esprit d'un juge ou d'un jury. Ce principe fondamental ressort de l'arrêt *W. (D.)*, précité, où le juge Cory s'est exprimé ainsi, à la p. 757:

Plus précisément, le juge doit dire aux jurés qu'ils sont tenus d'acquitter l'accusé dans deux cas. Premièrement, s'ils croient l'accusé. Deuxièmement, s'ils n'ajoutent pas foi à la déposition de l'accusé, mais ont un doute raisonnable sur sa culpabilité après avoir examiné la déposition de l'accusé dans le contexte de l'ensemble de la preuve. Voir *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546. . . . [Souligné dans l'original.]

Dans l'arrêt *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546 (C.A. Ont.) le juge Morden explique à la p. 557 que ce principe s'applique à toute la preuve à décharge:

[TRADUCTION] Naturellement, le jury doit examiner attentivement les questions de crédibilité au cours de ses délibérations sur le verdict et les jurés peuvent avoir des opinions divergentes à l'égard de différents éléments de preuve: acceptation complète, rejet complet ou quelque chose entre les deux. Une façon efficace et souhaitable de reconnaître cette partie nécessaire du processus et de

rately comports with their duty respecting the burden and standard of proof, is to instruct the jury that it is not necessary for them to believe the defence evidence on a vital issue — but that it is sufficient if it, viewed in the context of all the evidence, leaves them in a state of reasonable doubt as to the accused's guilt: see *R. v. Lobell*, [1957] 1 Q.B. 547 at p. 551, per Lord Goddard, C.J. [Emphasis added.]

This Court adopted the above comments as an accurate statement of the law in *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 357.

In *W. (D.)*, the accused testified that the incidents described by the complainant had never occurred. There was a simple contest of credibility between the accused and the complainant. No one else testified for either the Crown or the defence. It is therefore not surprising that Cory J. mentioned only the accused in his suggested charge (at p. 758). However, it is clear from *Challice* and *Morin* that the principle stated by Cory J. also applies to other defence witnesses. Whether the testimony is that of the accused or another defence witness, it is always possible that it will raise a reasonable doubt in the mind of the jury even if the jury does not necessarily believe it. This principle is based on the Crown's duty to prove that the accused is guilty beyond a reasonable doubt. The accused has nothing to prove either by him- or herself or through the defence witnesses.

Cory J.'s comments in *W. (D.)* thus apply not only to the testimony of the accused, but to the defence evidence as a whole. Accordingly, the trial judge must instruct the jury, first, that if they believe the testimony of the accused or the defence witnesses, they must acquit. Second, even if they do not believe the testimony of the accused or the defence witnesses, if they have a reasonable doubt after considering the evidence as a whole, including the testimony of the accused and the defence witnesses, they must also acquit.

la présenter au jury d'une manière qui convient exactement à son devoir relativement au fardeau et à la norme de preuve, consiste à dire au jury qu'il n'est pas nécessaire qu'il croie la preuve à décharge sur une question fondamentale, mais qu'il suffit que, considérée dans le contexte de toute la preuve, elle le laisse dans un état de doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé: voir *R. v. Lobell*, [1957] 1 Q.B. 547, à la p. 551, le lord juge en chef Goddard. [Je souligne.]

Ces propos ont été adoptés par notre Cour comme étant un exposé correct du droit dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, à la p. 357.

Dans l'arrêt *W. (D.)*, l'accusé avait témoigné que les incidents que décrivait la plaignante ne s'étaient jamais produits. Il y avait un simple conflit de crédibilité entre l'accusé et la plaignante. Personne d'autre n'avait témoigné, ni pour le ministère public, ni pour la défense. Il n'est donc pas surprenant que le juge Cory ne mentionne que l'accusé dans l'exposé qu'il suggère (à la p. 758). Cependant il ressort clairement des arrêts *Challice* et *Morin* que le principe énoncé par le juge Cory s'étend également aux autres témoins de la défense. Que ce soit le témoignage de l'accusé lui-même ou d'un autre témoin à décharge, il est toujours possible que ce témoignage puisse soulever un doute raisonnable dans l'esprit du jury sans nécessairement qu'il y prête foi. Ce principe relève de l'obligation du ministère public de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. L'accusé n'a rien à prouver, que ce soit par lui-même ou par l'entremise des témoins à décharge.

Les propos du juge Cory dans *W. (D.)* s'appliquent donc non seulement au témoignage de l'accusé, mais à l'ensemble de la preuve de la défense. Ainsi, le juge du procès doit dire aux jurés que, premièrement, s'ils croient la déposition de l'accusé ou des témoins de la défense, ils doivent prononcer l'acquiescement. Deuxièmement, même s'ils ne croient pas la déposition de l'accusé ou des témoins de la défense, ils doivent également prononcer l'acquiescement s'ils ont un doute raisonnable après avoir examiné l'ensemble de la preuve, y compris les dépositions de l'accusé et des témoins de la défense.

14

15

16 In the case at bar, the trial judge instructed the jury that the evidence is nothing other than what the jury believes and accepts out of the testimony and the exhibits. He then told them that even if they did not believe the accused's testimony, if they had a reasonable doubt "on the basis of the evidence as a whole" they had to acquit on the charge of second degree murder. Finally, he repeated that "only the facts disclosed by the witnesses you heard and have decided to believe constitute evidence". What these passages suggest is that if the jury did not believe the accused or Dr. Talbot, their testimony was by definition not included in "the evidence" and therefore could not be considered when the jury asked itself whether it had a reasonable doubt on the basis of the evidence as a whole. In other words, the trial judge clearly instructed the jurors that if they did not believe the accused, they could find a reasonable doubt only in the testimony of any other witnesses they had decided to believe.

17 The jury should have been instructed on the basis of the model set out in *Challice, supra*. Not only did the trial judge fail to follow that model, but his definition of the evidence contradicted the instructions he gave on the basis of *W. (D.)*.

18 The appellant stressed the fact that in the present case, the jury did not have to choose between two conflicting versions of the facts. It is true that the version of the facts put to the jury by the defence did not generally speaking contradict the Crown's version. The conflict related more to the accused's mental state. This was a vital issue. The Crown alleged that the accused intended to kill his wife. The accused submitted that, on the contrary, he lacked the intent to do so because of his state of mental unconsciousness. If the jury believed the accused or had a reasonable doubt as to his intent, it had to acquit on the charge of second degree murder. It seems clear to me that in that case the credibility of the accused was of the utmost importance. The same was true of Dr. Talbot's testimony.

19 The appellant also pointed out that the charge must be read as a whole, that no charge is perfect

En l'espèce, le juge du procès a dit aux membres du jury que la preuve n'est autre que ce que le jury croit et retient des dépositions et des pièces. Ensuite il leur a dit que même s'ils ne croyaient pas la déposition de l'accusé, ils devaient prononcer l'acquittement quant à l'accusation de meurtre au deuxième degré s'ils entretenaient un doute raisonnable «sur l'ensemble de la preuve». Enfin il a répété que «seuls les faits révélés par les témoins qui ont été entendus et que vous avez décidé de croire constituent de la preuve». Il ressort donc de ces passages que si le jury ne croyait pas l'accusé ou le Dr Talbot, par définition, leur déposition ne constituait pas de «la preuve» et ne pouvait donc pas être examinée lorsque le jury s'est demandé s'il entretenait un doute raisonnable sur l'ensemble de la preuve. En d'autres mots, le juge du procès a clairement dit aux jurés que, s'ils ne croyaient pas l'accusé, ils ne pouvaient trouver un doute raisonnable que dans les dépositions des autres témoins qu'ils avaient décidé de croire.

Il aurait fallu donner des directives suivant le modèle *Challice*, précité. Non seulement le juge du procès n'a pas suivi ce modèle, mais sa définition de la preuve a eu pour effet de contredire ses directives basées sur l'arrêt *W. (D.)*.

L'appelante insiste sur le fait que, en l'espèce, le jury n'avait pas à choisir entre deux versions contradictoires des événements. Il est vrai que, de manière générale, la version des faits proposée par la défense au jury ne contredisait pas la version de la poursuite. Le conflit concernait davantage l'état d'esprit de l'accusé. Il s'agissait de cette question fondamentale. Le ministère public alléguait que l'accusé avait eu l'intention de tuer sa femme. L'accusé prétendait qu'au contraire il n'avait pas eu cette intention, en raison de son état d'inconscience. Si le jury croyait l'accusé ou avait un doute raisonnable quant à son intention, il devait prononcer un acquittement sur l'accusation de meurtre au deuxième degré. Il me paraît clair que, dans un tel cas, la crédibilité de l'accusé devenait primordiale. Il en allait de même pour le témoignage du Dr Talbot.

L'appelante souligne aussi qu'il faut interpréter l'exposé dans son ensemble, qu'il n'y a jamais

and that the Court must not subject the charge to minute scrutiny: *R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146, at p. 163. Rather, the Court must consider whether there is “a reasonable possibility that the jury might have been misled by those instructions into either applying a standard of proof less than proof beyond a reasonable doubt or improperly applying the burden of proof or reasonable doubt standard”: *R. v. Brydon*, [1995] 4 S.C.R. 253, at p. 264.

However, in the case at bar it is the appellant who is proposing that the charge be subjected to minute scrutiny. It is by reading the charge as a whole that the error can be seen: since the disbelieved testimony of the accused does not constitute evidence, it cannot raise a reasonable doubt. There is therefore a reasonable possibility that the jury might have been misled by these misdirections.

For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, SOPINKA and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Pierre Goulet, Sorel.

Solicitors for the respondent: Shadley, Melançon, Boro, Montréal.

d'exposé parfait, et que la Cour ne doit pas soumettre l'exposé à un examen détaillé: *R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146, à la p. 163. La Cour doit plutôt se demander s'il existe «une possibilité raisonnable que le jury ait été induit en erreur par ces directives au point d'avoir appliqué une norme de preuve inférieure à celle de la preuve hors de tout doute raisonnable ou d'avoir appliqué incorrectement la norme du fardeau de la preuve ou du doute raisonnable»: *R. c. Brydon*, [1995] 4 R.C.S. 253, à la p. 264.

Toutefois, en l'espèce, c'est l'appelante qui propose un examen détaillé de l'exposé. C'est en interprétant l'exposé dans son ensemble que l'erreur se révèle: le témoignage de l'accusé ne constituant pas de la preuve s'il n'est pas cru, il ne peut soulever un doute raisonnable. Il existe donc une possibilité raisonnable que le jury ait été induit en erreur par ces directives erronées.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges SOPINKA et MAJOR sont dissidents.

Procureur de l'appelante: Pierre Goulet, Sorel.

Procureurs de l'intimé: Shadley, Melançon, Boro, Montréal.

20

21

Lawrence Melnichuk *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MELNICHUK

File No.: 25071.

1997: March 17; 1997: March 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Trial — Procedure — Reply evidence — Whether Crown erroneously permitted to call reply evidence in breach of collateral fact rule — If so, whether no substantial wrong or miscarriage of justice occasioned by reply evidence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Criminal law — Trial — Fraud — Presentation of Crown case — Reply evidence admitted to rebut accused's allegation that mortgage was to be second mortgage — Whether Crown improperly splitting its case.

The accused was tried for fraud with respect to a mortgage on property he owned. He had allegedly drafted a mortgage document which appeared to have been altered. This document, which was to have been registered as a first mortgage, was never registered. The mortgagee under this document obtained judgment against the accused but was unable to collect on the judgment. A complaint was filed with the police who conducted an investigation and laid charges of fraud. At trial, the Crown was permitted to call reply evidence concerning the conduct of the accused in seeking a later mortgage on the same property. The accused testified that he assumed the mortgagee under the initial mortgage had registered the mortgage, but the reply evidence suggested that the later mortgage was treated by all concerned to be a first mortgage. The Crown was also permitted to call reply evidence concerning the question of whether the accused had ever held himself out as a "chartered accountant". The accused was convicted by a judge alone and a majority of the Court of Appeal dismissed the appeal. At issue here was whether the Crown

Lawrence Melnichuk *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. MELNICHUK

N^o du greffe: 25071.

1997: 17 mars; 1997: 20 mars.

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

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

Droit criminel — Procès — Procédure — Contre-preuve — Le ministère public a-t-il été autorisé à tort à présenter une contre-preuve en violation de la règle relative aux faits incidents? — Dans l'affirmative, la contre-preuve a-t-elle causé un tort important ou une erreur judiciaire grave? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Droit criminel — Procès — Fraude — Présentation de la preuve à charge — Contre-preuve admise pour repousser une allégation de l'accusé que l'hypothèque consentie devait être une hypothèque de deuxième rang — Le ministère public a-t-il irrégulièrement scindé sa preuve?

L'accusé a été inculpé de fraude relativement à une hypothèque consentie sur un de ses biens. Il avait, a-t-on allégué, rédigé un document hypothécaire qui paraissait avoir été altéré. Ce document, qui devait être enregistré comme hypothèque de premier rang, n'a jamais été enregistré. Le créancier hypothécaire mentionné dans ce document a obtenu jugement contre l'accusé, mais a été incapable de recouvrer quoi que ce soit en vertu de ce jugement. Une plainte a été déposée auprès de la police qui a effectué une enquête et porté des accusations de fraude. Au procès, le ministère public a été autorisé à présenter une contre-preuve concernant la conduite que l'accusé avait adoptée en demandant une hypothèque ultérieure sur le même bien. L'accusé a témoigné qu'il avait présumé que le créancier hypothécaire mentionné dans l'hypothèque initiale avait enregistré l'hypothèque, mais la contre-preuve tendait à indiquer que tous les intéressés ont traité l'hypothèque ultérieure comme une hypothèque de premier rang. Le ministère public a également été autorisé à produire une contre-preuve au sujet de la question de savoir si

had improperly split its case and whether the Crown was permitted to call evidence in breach of the collateral fact rule.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and Sopinka and Major JJ.: The Crown was erroneously permitted to call reply evidence and a new trial was accordingly necessary. It was not necessary to deal with whether the Crown had improperly split its case.

Per Iacobucci J.: Not only did the Crown breach the collateral fact rule by calling reply evidence going to credibility, as found by Sopinka J., it also improperly split its case for the reasons given by the dissenting judge in the Court of Appeal.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The trial judge made no error, and even if he had, there was no substantial wrong or miscarriage of justice occasioned by the reply evidence so that the curative provision of the *Criminal Code* would apply.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1996), 104 C.C.C. (3d) 160, 87 O.A.C. 336, dismissing an appeal from conviction by Hogg J. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Alan D. Gold and *Michael Lacy*, for the appellant.

Catherine A. Cooper, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka and Major JJ. was delivered by

SOPINKA J. — The appellant appeals from his conviction for fraud on two grounds:

l'accusé s'était jamais présenté comme étant un «comptable agréé». L'accusé a été condamné par un juge seul et la Cour d'appel à la majorité a rejeté l'appel interjeté. Il s'agit, en l'espèce, de déterminer si le ministère public a irrégulièrement scindé sa preuve et s'il était autorisé à présenter une contre-preuve en violation de la règle relative aux faits incidents.

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Major: Le ministère public a été autorisé à tort à présenter une contre-preuve et un nouveau procès était donc nécessaire. Il n'était pas nécessaire d'examiner si le ministère public avait irrégulièrement scindé sa preuve.

Le juge Iacobucci : Le ministère public a non seulement violé la règle relative aux faits incidents en présentant une contre-preuve touchant la crédibilité, comme l'a conclu le juge Sopinka, mais encore il a irrégulièrement scindé sa preuve, pour les raisons exposées par le juge dissident en Cour d'appel.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Le juge du procès n'a commis aucune erreur et, même s'il en avait commis une, la contre-preuve n'a causé aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave, de sorte que la disposition curative du *Code criminel* s'appliquerait.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1996), 104 C.C.C. (3d) 160, 87 O.A.C. 336, qui a rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Hogg. Pourvoi accueilli, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

Alan D. Gold et *Michael Lacy*, pour l'appellant.

Catherine A. Cooper, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka et Major rendu par

LE JUGE SOPINKA — L'appellant se pourvoit contre sa déclaration de culpabilité de fraude pour deux motifs:

- (1) that the Crown improperly split its case; and
- (2) that the Crown was permitted to call reply evidence in breach of the collateral fact rule.

- (1) le ministère public a irrégulièrement scindé sa preuve, et
- (2) le ministère public a été autorisé à présenter une contre-preuve en violation de la règle relative aux faits incidents.

² I agree with the appellant that the appeal must be allowed on the second ground for the reasons of Doherty J.A. dissenting in the Court of Appeal (1996), 104 C.C.C. (3d) 160.

Je suis d'accord avec l'appelant pour dire que le pourvoi doit être accueilli relativement au deuxième motif invoqué, et ce, pour les raisons exposées par le juge Doherty, dissident en Cour d'appel (1996), 104 C.C.C. (3d) 160.

³ Since in the circumstances a new trial must be held, it is unnecessary to deal with the first ground.

Étant donné qu'un nouveau procès doit être tenu dans les circonstances, il n'est pas nécessaire d'examiner le premier motif invoqué.

⁴ In the result, the appeal is allowed, the judgments at trial and of the Court of Appeal for Ontario are set aside and a new trial is ordered.

En définitive, le pourvoi est accueilli, le jugement de première instance et l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario sont annulés et un nouveau procès est ordonné.

The following are the reasons delivered by

Les motifs suivants ont été rendus par

⁵ L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — I would dismiss the appeal for the reasons of the majority of the Court of Appeal (1996), 104 C.C.C. (3d) 160, since I am of the view that there was no error by the trial judge and, in any event, as there was no substantial wrong or miscarriage of justice occasioned by the reply evidence, the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, should apply.

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Je rejetterais le pourvoi pour les motifs de la majorité de la Cour d'appel (1996), 104 C.C.C. (3d) 160, car à mon avis le juge du procès n'a commis aucune erreur et, de toute façon, puisque la contre-preuve n'a causé aucun tort important ou erreur judiciaire grave, la disposition curative du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, devrait s'appliquer.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

⁶ IACOBUCCI J. — I agree with my colleague, Justice Sopinka, but would go further. In my view, for the reasons given by Doherty J.A. dissenting in the Court of Appeal of Ontario (1996), 104 C.C.C. (3d) 160, the Crown improperly split its case. Accordingly, I would also allow the appeal on that ground. I would dispose of the appeal as proposed by Sopinka J.

LE JUGE IACOBUCCI — Je suis d'accord avec mon collègue le juge Sopinka, mais j'irais plus loin. À mon avis, le ministère public a irrégulièrement scindé sa preuve, et ce, pour les raisons exposées par le juge Doherty, dissident en Cour d'appel (1996), 104 C.C.C. (3d) 160. En conséquence, j'accueillerais le pourvoi pour ce motif. Je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la façon proposée par le juge Sopinka.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Pourvoi accueilli, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

*Solicitors for the appellant: Gold & Fuerst,
Toronto.*

*Procureurs de l'appelant: Gold & Fuerst,
Toronto.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney
General for Ontario, Toronto.*

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



If undelivered, return COVER ONLY to:

Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacré-Coeur Boulevard,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Coeur.
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 4, 1997 Vol. 1

4^e cahier, 1997 Vol. 1

Cited as [1997] 1 S.C.R. 607-792

Renvoi [1997] 1 R.C.S. 607-792

Published pursuant to the Supreme Court Act by

ANNE ROLAND, LL.L.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director, Law Reports
ODILE CALDER

Editors
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Canadian Government Publishing Centre, Canada Communication Group, Ottawa, Canada, K1A 0S9, together with the old address.

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1997.

CONTENTS

Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc. 748

Administrative law — Statutory appeals — Tribunal composed of economic, commercial and legal experts — Tribunal's decision not protected by privative clause — Standard of appellate review — Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, s. 92(1) — Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985, c. 19 (2nd Supp.), ss. 12, 13.

Competition law — Remedy — Tribunal investigating substantial lessening of competition — Tribunal ordering divestment of one business at owner's option — Whether remedial order should be set aside — Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, s. 92(1) — Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985, c. 19 (2nd Supp.), ss. 12, 13.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND, LL.L.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

Arrêtistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Réviseurs
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Groupe communication Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1997.

SOMMAIRE

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc. 748

Droit administratif — Appels prévus par la loi — Tribunal composé de spécialistes en économie, en commerce et en droit — La décision du Tribunal n'est pas protégée par une clause privative — Norme de contrôle applicable à l'appel — Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 92(1) — Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. (1985), ch. 19 (2^e suppl.), art. 12, 13.

Droit de la concurrence — Mesure de redressement — Le Tribunal s'est demandé s'il y avait diminution sensible de la concurrence — Il a ordonné le dessaisissement d'une entreprise, au choix du propriétaire — Convient-il d'annuler la mesure de redressement ordonnée? — Loi sur la concurrence, L.R.C.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Stillman..... 607

Criminal law — Power of search incidental to arrest — Scope of power — Police taking hair samples, buccal swabs and teeth impressions from accused without his consent while he was in custody — Whether common law power incidental to arrest can be extended to permit seizure of bodily samples and impressions.

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Police taking hair samples, buccal swabs and teeth impressions from accused without his consent while he was in custody — Whether accused's right against unreasonable search and seizure infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Accused in custody not consenting to taking of any bodily samples — Police seizing from wastebasket in police station discarded tissue used by accused to blow his nose — Whether accused's right against unreasonable search and seizure infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Constitutional law — Charter of Rights — Security of person — Fundamental justice — Police taking hair samples, buccal swabs and teeth impressions from accused without his consent while he was in custody — Whether accused's right to security of person infringed in manner not consistent with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Police taking hair samples, buccal swabs and teeth impressions from accused without his consent while he was in custody — Police also seizing from wastebasket in police station discarded tissue used by accused to blow his nose — Whether evidence obtained in violation of accused's Charter rights — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Proper approach to s. 24(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms when evidence affects fairness of trial — Whether such evidence must be excluded regardless of other factors.

SOMMAIRE (Fin)

(1985), ch. C-34, art. 92(1) — Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. (1985), ch. 19 (2^e suppl.), art. 12, 13.

R. c. Stillman..... 607

Droit criminel — Pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation — Étendue du pouvoir — Police obtenant des échantillons de cheveux et de poils, des prélèvements dans la bouche et les empreintes dentaires de l'accusé sans le consentement de ce dernier et alors qu'il était détenu — Le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation peut-il être élargi de manière à permettre la saisie d'empreintes et d'échantillons de substances corporelles?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies — Police obtenant des échantillons de cheveux et de poils, des prélèvements dans la bouche et les empreintes dentaires de l'accusé sans le consentement de ce dernier et alors qu'il était détenu — Le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives a-t-il été violé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies — Accusé sous garde ne consentant à aucun prélèvement de substances corporelles — Policier saisissant dans une poubelle du poste de police un papier-mouchoir dont l'accusé s'était servi pour se moucher — Le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives a-t-il été violé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Sécurité de la personne — Justice fondamentale — Police obtenant des échantillons de cheveux et de poils, des prélèvements dans la bouche et les empreintes dentaires de l'accusé sans le consentement de ce dernier et alors qu'il était détenu — Le droit de l'accusé à la sécurité de sa personne a-t-il été violé d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Police obtenant des échantillons de cheveux et de poils, des prélèvements dans la bouche et les empreintes dentaires de l'accusé sans le consentement de ce dernier et alors qu'il était détenu — Policier saisissant aussi dans une poubelle du poste de police un papier-mouchoir dont l'accusé s'était servi pour se moucher — Les éléments de preuve ont-ils été obtenus en violation des droits garantis à l'accusé par la Charte? — Dans l'affirmative, ces éléments de preuve devraient-ils être écartés? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Façon d'aborder l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés lorsque des éléments de preuve compromettent l'équité du procès — Ces éléments de preuve doivent-ils être écartés sans égard à d'autres facteurs?

William Wayne Dale Stillman *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Nova Scotia, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta, the Law Union of Ontario, the Canadian Civil Liberties Association, the Criminal Lawyers' Association (Ontario), and the Association québécoise des avocats et avocates de la défense *Interveners*

INDEXED AS: R. v. STILLMAN

File No.: 24631.

*1996: January 26.

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

**Rehearing: 1996: November 7; 1997: March 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Criminal law — Power of search incidental to arrest — Scope of power — Police taking hair samples, buccal swabs and teeth impressions from accused without his consent while he was in custody — Whether common law power incidental to arrest can be extended to permit seizure of bodily samples and impressions.

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Police taking hair samples, buccal swabs and

William Wayne Dale Stillman *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta, Law Union of Ontario, l'Association canadienne des libertés civiles, Criminal Lawyers' Association (Ontario) et l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. STILLMAN

N° du greffe: 24631.

*1996: 26 janvier.

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

**Nouvelle audition: 1996: 7 novembre; 1997: 20 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit criminel — Pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation — Étendue du pouvoir — Police obtenant des échantillons de cheveux et de poils, des prélèvements dans la bouche et les empreintes dentaires de l'accusé sans le consentement de ce dernier et alors qu'il était détenu — Le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation peut-il être élargi de manière à permettre la saisie d'empreintes et d'échantillons de substances corporelles?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies — Police obtenant des échantil-

teeth impressions from accused without his consent while he was in custody — Whether accused's right against unreasonable search and seizure infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Accused in custody not consenting to taking of any bodily samples — Police seizing from wastebasket in police station discarded tissue used by accused to blow his nose — Whether accused's right against unreasonable search and seizure infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Constitutional law — Charter of Rights — Security of person — Fundamental justice — Police taking hair samples, buccal swabs and teeth impressions from accused without his consent while he was in custody — Whether accused's right to security of person infringed in manner not consistent with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Police taking hair samples, buccal swabs and teeth impressions from accused without his consent while he was in custody — Police also seizing from wastebasket in police station discarded tissue used by accused to blow his nose — Whether evidence obtained in violation of accused's Charter rights — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Proper approach to s. 24(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms when evidence affects fairness of trial — Whether such evidence must be excluded regardless of other factors.

The accused, who was 17 years old at the time, was arrested in 1991 for the brutal murder of a teenage girl. He was the last person seen with the victim on the night of the crime. He arrived at his home around midnight, cold, shaken and wet from the upper thighs down. He was cut above one eye, and had mud and grass on his pants. He explained that he had been in a fight with five Indians but this explanation, as well as his account of where he had last seen the victim, varied over time. The

lons de cheveux et de poils, des prélèvements dans la bouche et les empreintes dentaires de l'accusé sans le consentement de ce dernier et alors qu'il était détenu — Le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives a-t-il été violé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies — Accusé sous garde ne consentant à aucun prélèvement de substances corporelles — Policier saisissant dans une poubelle du poste de police un papier-mouchoir dont l'accusé s'était servi pour se moucher — Le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives a-t-il été violé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Sécurité de la personne — Justice fondamentale — Police obtenant des échantillons de cheveux et de poils, des prélèvements dans la bouche et les empreintes dentaires de l'accusé sans le consentement de ce dernier et alors qu'il était détenu — Le droit de l'accusé à la sécurité de sa personne a-t-il été violé d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Police obtenant des échantillons de cheveux et de poils, des prélèvements dans la bouche et les empreintes dentaires de l'accusé sans le consentement de ce dernier et alors qu'il était détenu — Policier saisissant aussi dans une poubelle du poste de police un papier-mouchoir dont l'accusé s'était servi pour se moucher — Les éléments de preuve ont-ils été obtenus en violation des droits garantis à l'accusé par la Charte? — Dans l'affirmative, ces éléments de preuve devraient-ils être écartés? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Façon d'aborder l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés lorsque des éléments de preuve compromettent l'équité du procès — Ces éléments de preuve doivent-ils être écartés sans égard à d'autres facteurs?

L'accusé était âgé de 17 ans lorsqu'il a été arrêté, en 1991, pour le meurtre brutal d'une adolescente. Il était la dernière personne aperçue en compagnie de la victime le soir du crime. Lorsqu'il est arrivé chez lui vers minuit, il avait froid et était ébranlé et trempé à partir du haut des cuisses jusqu'aux pieds. Il avait une coupure au-dessus d'un œil, et de la boue et de l'herbe sur son pantalon. Il a expliqué qu'il s'était bagarré avec cinq Indiens, mais cette explication de même que sa descrip-

victim died from wounds to the head. Semen was found in her vagina and a human bite mark had been left on her abdomen. At the police station, the accused's lawyers informed the police by letter that the accused was not consenting to provide any bodily samples, including hair and teeth imprints, or to give any statements. Once the lawyers left, police officers took, under threat of force, scalp hair samples from the accused and he was made to pull some of his own pubic hair. Plasticine teeth impressions were also taken. A police officer then interviewed the accused for an hour in an attempt to obtain a statement. The accused sobbed throughout the interview and, after being permitted to call his lawyer, he went to the washroom escorted by an officer where he used a tissue to blow his nose. He threw the tissue in the wastebasket. The tissue containing mucous was seized by the officer and used for DNA testing. The accused was subsequently released but was arrested again several months later. At that time, a dentist took new impressions of the accused's teeth without his consent in a procedure lasting two hours. More hair was taken from the accused, as well as a saliva sample and buccal swabs.

Following a *voir dire* held to determine the admissibility of certain evidence, the trial judge found that the hair samples, buccal swabs and teeth impressions had been obtained in violation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* but concluded that the evidence was nevertheless admissible. With respect to the tissue containing mucous, he found that it had not been obtained in violation of s. 8 and should thus be admitted. The accused was later convicted by a jury of first degree murder. The majority of the Court of Appeal upheld the trial judge's ruling and affirmed the verdict.

Held (L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered at which the hair samples, buccal swabs and dental impressions should be excluded.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory and Iacobucci JJ.: The taking of the hair samples, buccal swabs and teeth impressions infringed s. 8 of the

tion de l'endroit où il avait vu la victime pour la dernière fois ont varié avec le temps. La victime est décédée à la suite de blessures à la tête. Du sperme a été trouvé dans son vagin, et son abdomen portait la marque d'une morsure humaine. Au poste de police, les avocats de l'accusé ont remis aux policiers une lettre les informant que l'accusé refusait de fournir quelque échantillon de substance corporelle que ce soit, comme des cheveux et des poils, et des empreintes dentaires, ou de faire une déclaration. Une fois les avocats partis, les policiers ont prélevé des échantillons de cheveux de l'accusé après avoir menacé de recourir à la force, et ils l'ont forcé à s'arracher des poils pubiens. Des empreintes à la plasticine ont également été prises de sa dentition. Un policier a ensuite interrogé l'accusé pendant une heure dans le but d'obtenir une déclaration. L'accusé a sangloté pendant tout l'interrogatoire et, après qu'on lui eut permis de téléphoner à son avocat, il est allé aux toilettes, escorté d'un policier, où il a utilisé un papier-mouchoir pour se moucher. Il a jeté le papier-mouchoir dans la poubelle. Le policier a saisi le papier-mouchoir contenant des mucosités, qui a été utilisé pour effectuer une analyse d'empreintes génétiques. L'accusé a, par la suite, été remis en liberté, pour être arrêté de nouveau plusieurs mois plus tard. Un dentiste a alors, pendant deux heures, procédé à la prise d'empreintes de la dentition de l'accusé, sans le consentement de ce dernier. D'autres cheveux et poils de l'accusé ont été prélevés, de même qu'un échantillon de salive, et des prélèvements ont été faits dans sa bouche.

À la suite d'un *voir-dire* tenu pour déterminer l'admissibilité de certains éléments de preuve, le juge du procès a conclu que les échantillons de cheveux et de poils, les empreintes dentaires et les prélèvements faits dans la bouche avaient été obtenus en violation de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais que ces éléments de preuve étaient néanmoins admissibles. Il a décidé que le papier-mouchoir contenant les mucosités n'avait pas été obtenu en violation de l'art. 8 et qu'il devrait donc être utilisé en preuve. Un jury a, par la suite, déclaré l'accusé coupable de meurtre au premier degré. La Cour d'appel à la majorité a maintenu la décision du juge du procès et confirmé le verdict.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné, où les échantillons de cheveux et de poils, les empreintes dentaires et les prélèvements faits dans la bouche devront être écartés.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory et Iacobucci: Le prélèvement d'échantillons de cheveux et de poils, la prise d'empreintes

Charter. The bodily samples and impressions were not seized pursuant to the *Criminal Code*, which at the time of the accused's arrest did not authorize the search of a person or the seizure of parts of the body. Nor were they seized pursuant to the common law power of search incidental to a lawful arrest. The accused's arrest was lawful since the police officers, subjectively, were under the impression that they had reasonable and probable grounds to believe that the accused had committed the murder and, from an objective point of view, there were good and sufficient grounds for the officers to have reached that conclusion. However, the common law power of search incidental to arrest does not extend beyond the purpose of protecting the arresting officer from armed or dangerous suspects or of preserving evidence that may go out of existence or be otherwise lost. The search conducted in this case went far beyond the typical "frisk" search which usually accompanies an arrest. The taking of bodily samples and the making of dental impressions were highly intrusive. Further, despite the *Young Offenders Act* requirements that a parent or counsel be present when a suspected young offender is being interviewed, in the absence of any adult counsellor and contrary to the specific instruction of his lawyers the police interviewed the accused at length and by threat of force took bodily samples and dental impressions. This was the abusive exercise of raw physical authority by the police. The common law power of search incidental to arrest cannot be so broad as to encompass the seizure without valid statutory authority of bodily samples in the face of a refusal to provide them. These samples are usually in no danger of disappearing. If that power is so broad, then the common law rule itself is unreasonable, since it is too broad and fails to properly balance the competing rights involved. It is clear in this case that the accused's right to be free from unreasonable search and seizure was seriously violated. Since the search and seizure of the bodily samples was not authorized by either statutory or common law it could not have been reasonable.

The taking of the hair samples, buccal swabs and dental impressions also infringed s. 7 of the *Charter* since it violated the right to security of the person in a manner

dentaires et les prélèvements faits dans la bouche contrevenaient à l'art. 8 de la *Charte*. Les échantillons de substances corporelles et les empreintes n'ont pas été saisis conformément au *Code criminel* qui, au moment de l'arrestation de l'accusé, n'autorisait pas la fouille d'une personne ni la saisie de parties du corps d'une personne. Ils n'ont pas été saisis non plus conformément au pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation légale. L'arrestation de l'accusé était légale étant donné que les policiers avaient subjectivement l'impression d'avoir des motifs raisonnables de croire que l'accusé avait commis le meurtre, et que, d'un point de vue objectif, ils avaient des raisons sérieuses et suffisantes d'en arriver à cette conclusion. Toutefois, le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation ne va pas au-delà de l'objectif de protection des policiers qui effectuent une arrestation contre des suspects armés ou dangereux, ou de préservation des éléments de preuve qui autrement pourraient être détruits ou perdus. La fouille effectuée en l'espèce est allée bien plus loin que la fouille sommaire qui accompagne habituellement une arrestation. Le prélèvement d'échantillons de substances corporelles et la prise d'empreintes dentaires étaient des actes très envahissants. De plus, en dépit des exigences de la *Loi sur les jeunes contrevenants* qu'un parent ou un avocat assiste à l'interrogatoire d'un adolescent soupçonné d'avoir commis une infraction, et en l'absence de tout conseiller adulte et contrairement aux directives explicites des avocats de l'accusé, la police a longuement interrogé ce dernier et a, en menaçant de recourir à la force, prélevé des échantillons de substances corporelles et pris des empreintes dentaires. Elle s'est ainsi livrée à un exercice abusif de force physique brute. Le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation ne peut pas être large au point de viser la saisie d'échantillons de substances corporelles effectuée sans autorisation légale valide et malgré un refus de les fournir. Ces échantillons ne risquent pas habituellement de disparaître. Si ce pouvoir est large à ce point, alors la règle de common law elle-même est abusive parce qu'elle est trop générale et ne pondère pas adéquatement les droits qui s'opposent. Il est clair qu'en l'espèce il y a eu violation grave du droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives. Étant donné que la fouille et la saisie des échantillons de substances corporelles n'étaient autorisées ni par une loi ni par la common law, elles ne pouvaient qu'être abusives.

Le prélèvement d'échantillons de cheveux et de poils, la prise d'empreintes dentaires et les prélèvements faits dans la bouche contrevenaient aussi à l'art. 7 de la

not consistent with the principles of fundamental justice. It was the ultimate invasion of the accused's privacy and breached the sanctity of the body which is essential to the maintenance of human dignity. Police actions taken without consent or authority which intrude upon an individual's body in more than a minimal fashion violate s. 7.

The taking of the discarded tissue infringed s. 8 of the *Charter*. Where an accused who is not in custody discards an item offering potentially valuable DNA evidence, the police may ordinarily collect and test the item without any concern about consent since, in the circumstances, the accused abandoned the item and ceased to have a reasonable expectation of privacy in it. The situation is different, however, when an accused is in custody. Whether the circumstances are such that an accused abandoned an item and relinquished any privacy interest in it will have to be determined on the particular facts presented in each case. Here, the accused had announced through his lawyers that he would not consent to the taking of any samples of his bodily fluids. The police were aware of his decision but nevertheless took possession of the tissue discarded by the accused while he was in custody. In these circumstances the seizure was unreasonable. The accused's expectation of privacy in this instance, although lower after his arrest, was not so low as to permit the seizure of the tissue. The privacy expectation should not be reduced to such an extent as to justify seizures of bodily samples without consent, particularly for those who are detained while they are still presumed to be innocent.

The primary aim and purpose of considering the trial fairness factor in the s. 24(2) analysis is to prevent an accused person whose *Charter* rights have been infringed from being forced or conscripted to provide evidence in the form of confessions, statements or bodily samples for the benefit of the state. Thus, when the trial fairness factor is being considered, it is necessary to classify the evidence as conscriptive or non-conscriptive based upon the manner in which the evidence was obtained. If the accused was not compelled to participate in the creation or discovery of the evidence, the evidence will be classified as non-conscriptive. Its admission will not render the trial unfair and the court will proceed to consider the seriousness of the breach and the effect of exclusion on the repute of the administration of justice. If the evidence, obtained in a manner

Charte, étant donné qu'ils violaient le droit à la sécurité de la personne d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. Ils constituaient l'atteinte la plus grave à la vie privée de l'accusé et violaient l'intégrité du corps, qui est essentielle à la dignité humaine. Les actions policières qui sont accomplies sans consentement ni autorisation et qui portent une atteinte plus que minimale au corps d'une personne violent l'art. 7.

La saisie du papier-mouchoir jeté contrevenait à l'art. 8 de la *Charte*. Lorsqu'un accusé qui n'est pas détenu se défait d'un objet qui peut constituer un élément de preuve utile pour établir son profil génétique, la police peut normalement recueillir cet objet et le faire analyser, sans avoir à se soucier d'obtenir un consentement, étant donné que, dans les circonstances, l'accusé a abandonné cet objet et a cessé d'avoir une attente raisonnable en matière de vie privée à son sujet. La situation est toutefois différente lorsqu'un accusé est détenu. La question de savoir si la situation est telle que l'accusé a abandonné un objet et renoncé à tout droit à ce qu'il demeure confidentiel devra être tranchée en fonction des faits particuliers de chaque affaire. En l'espèce, l'accusé avait fait savoir par ses avocats qu'il ne consentirait pas au prélèvement d'échantillons de ses substances corporelles. Les policiers étaient au courant de cette décision, mais en dépit de cela, ils se sont emparés du papier-mouchoir que l'accusé avait jeté alors qu'il était détenu. Dans ces circonstances, la saisie était abusive. En l'espèce, l'attente de l'accusé en matière de vie privée, bien qu'elle ait diminué à la suite de son arrestation, n'était pas faible au point de permettre la saisie du papier-mouchoir. Cette attente ne devrait pas être réduite au point de justifier les saisies d'échantillons de substances corporelles effectuées sans consentement, particulièrement dans le cas des personnes qui sont détenues alors qu'elles sont encore présumées innocentes.

Le but premier de l'examen du facteur de l'équité du procès dans l'analyse fondée sur le par. 24(2) est d'empêcher qu'un accusé, dont les droits garantis par la *Charte* ont été violés, soit mobilisé contre lui-même ou forcé de fournir, au profit de l'État, des éléments de preuve sous forme de confessions, de déclarations ou de substances corporelles. Ainsi, pour examiner le facteur de l'équité du procès, il est nécessaire de qualifier la preuve soit de preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, soit de preuve non obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, selon la manière dont elle a été obtenue. Si l'accusé n'a pas été forcé de participer à la constitution ou à la découverte de la preuve, la preuve sera qualifiée de preuve non obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. Son utilisation ne rendra pas le procès inéquitable et le tribunal passera à

which violates the *Charter*, involved the accused being compelled to incriminate himself either by a statement or by the use as evidence of his body or of bodily substances, it will be classified as conscriptive evidence. The unauthorized use of a person's body or bodily substances is just as much compelled "testimony" that could render the trial unfair as is a compelled statement. The security of the body is thus as worthy of protection from state intrusion aimed at compelled self-incrimination as are statements. If the evidence is found to be conscriptive evidence, which in the case of statements includes derivative evidence, and the Crown demonstrates on a balance of probabilities that it would have been discovered by alternative non-conscriptive means — where an independent source exists or discovery was inevitable — then its admission will generally not render the trial unfair. However, the seriousness of the *Charter* breach and the effect of exclusion on the repute of the administration of justice will have to be considered. If the evidence is conscriptive and the Crown fails to demonstrate on a balance of probabilities that the evidence would have been discovered by alternative non-conscriptive means, then its admission will render the trial unfair. The court, as a general rule, will exclude the evidence without considering the seriousness of the breach or the effect of exclusion on the repute of the administration of justice. This must be the result since an unfair trial would necessarily bring the administration of justice into disrepute.

Here, in considering how the admission of the evidence would affect the fairness of the trial, the trial judge erred in concluding that the hair samples, saliva and dental impressions existed independently of any *Charter* breach and were thus admissible. The accused's bodily samples and impressions existed as "real" evidence but the police, by their words and actions, compelled the accused to provide evidence from his body. This evidence constituted conscriptive evidence. The impugned evidence would not have been discovered had it not been for the conscription of the accused in violation of his *Charter* rights and no independent source existed by which the police could have obtained the evidence. It follows that its admission would render the

l'examen de la gravité de la violation et de l'incidence de l'exclusion de cette preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Si la preuve a été obtenue dans des conditions qui violent la *Charte*, en forçant l'accusé à s'incriminer lui-même par une déclaration ou par l'utilisation en preuve de son corps ou de ses substances corporelles, elle sera qualifiée de preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. L'utilisation non autorisée du corps d'une personne ou de ses substances corporelles constitue, tout autant qu'une déclaration forcée, un «témoignage» forcé susceptible de rendre le procès inéquitable. La sécurité du corps mérite donc tout autant que les déclarations d'être protégée contre les atteintes de l'État visant à obtenir de force une auto-incrimination. Si l'on conclut que la preuve a été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, ce qui, dans le cas de déclarations, comprend la preuve dérivée, et si le ministère public démontre, suivant la prépondérance des probabilités, qu'elle aurait été découverte par un autre moyen non fondé sur la mobilisation de l'accusé contre lui-même — lorsque la preuve peut être tirée d'une source indépendante ou lorsque sa découverte était inévitable —, son utilisation ne rendra alors généralement pas le procès inéquitable. Cependant, il faudra examiner la gravité de la violation de la *Charte* et l'incidence de l'exclusion de cette preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Si la preuve a été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même et que le ministère public ne démontre pas, suivant la prépondérance des probabilités, qu'elle aurait été découverte par un autre moyen non fondé sur la mobilisation de l'accusé contre lui-même, son utilisation rendra alors le procès inéquitable. En règle générale, le tribunal écartera la preuve sans examiner la gravité de la violation ni l'incidence de son exclusion sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Il doit en être ainsi puisqu'un procès inéquitable déconsidérerait nécessairement l'administration de la justice.

En l'espèce, en examinant comment l'utilisation de la preuve compromettrait l'équité du procès, le juge du procès a conclu à tort que les échantillons de cheveux et de poils et les empreintes dentaires existaient indépendamment de toute violation de la *Charte* et qu'ils étaient donc admissibles en preuve. Les échantillons de substances corporelles et les empreintes de l'accusé constituaient des éléments de preuve «matérielle», mais les policiers, par leurs paroles et leurs actions, ont contraint l'accusé à fournir des éléments de preuve provenant de son corps. Ces éléments de preuve ont été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même. La preuve contestée n'aurait pas été découverte si l'accusé n'avait pas été mobilisé contre lui-même en violation de ses droits

trial unfair. This finding is sufficient to resolve the s. 24(2) issue as the evidence must be excluded.

In any event, the *Charter* violations pursuant to which this evidence was obtained were of a very serious nature. The police acted with blatant disregard for the fundamental rights of the accused. Notwithstanding his express refusal to provide bodily samples or to give a statement, the police purposely waited until his lawyers had left to proceed, through the use of force, threats and coercion, to take his bodily samples and to interrogate him in an effort to obtain a statement. The police were also aware that the accused was a young offender at the time, and that he was entitled to the special protection provided by the *Young Offenders Act*. Finally, the fact that the police rode roughshod over a young offender's refusal to provide his bodily samples would certainly shock the conscience of all fair minded members of the community. The admission of the evidence would thus bring the administration of justice into disrepute.

The tissue containing the mucous, however, should not be excluded. The police did not force, or even request, a mucous sample from the accused. Although the police acted surreptitiously in disregard for the accused's explicit refusal to provide them with bodily samples, the violation of the accused's *Charter* rights with respect to the tissue was not serious. The seizure did not interfere with the accused's bodily integrity, nor cause him any loss of dignity. In any event, the police could and would have obtained the discarded tissue. It was discoverable and the administration of justice would not be brought into disrepute if the evidence obtained from the mucous sample were to be admitted.

Per Major J.: Cory J.'s reasons excluding the conscripted evidence obtained from hair samples, buccal swabs and dental impressions were agreed with. The tissue containing the mucous sample, however, was not obtained in violation of s. 8 of the *Charter*. The accused voluntarily and intentionally threw the tissue into the washroom wastebasket in full view of the officer. By doing so he abandoned the tissue, and lost any expectation of privacy he might have had in regard to it. Consent is not an issue where evidence is abandoned even when the accused is in custody. Where there is no reasonable expectation of privacy, there is no search, and

garantis par la *Charte* et il n'y avait aucune source indépendante d'où la police aurait pu tirer la preuve. Il s'ensuit que son utilisation rendrait le procès inéquitable. Cette conclusion suffit pour répondre à la question du par. 24(2), étant donné que la preuve doit être écartée.

De toute façon, les violations de la *Charte* qui ont permis d'obtenir la preuve en question sont de nature très grave. La police a fait preuve d'un mépris flagrant pour les droits fondamentaux de l'accusé. Malgré le refus explicite de ce dernier de fournir des échantillons de substances corporelles ou de faire une déclaration, les policiers ont délibérément attendu le départ de ses avocats pour commencer, en recourant à la force, aux menaces et à la contrainte, à prélever des échantillons de ses substances corporelles et à l'interroger dans le but d'obtenir une déclaration. La police savait également que l'accusé était à l'époque un jeune contrevenant et qu'il avait droit à la protection spéciale de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Finalement, le fait que la police se soit moquée du refus d'un jeune contrevenant de fournir des échantillons de ses substances corporelles choquerait sûrement la conscience de tous les citoyens équitables. L'utilisation de la preuve serait donc susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Cependant, le papier-mouchoir contenant les mucosités ne devrait pas être écarté. La police n'a pas forcé l'accusé à fournir un échantillon de ses mucosités, et ne lui a même pas demandé de le faire. Bien que la police ait agi subrepticement, au mépris du refus explicite de l'accusé de lui fournir des échantillons de substances corporelles, les droits que la *Charte* garantissait à ce dernier relativement au papier-mouchoir n'ont pas été gravement violés. La saisie n'a pas porté atteinte à l'intégrité physique de l'accusé et ne lui a fait perdre sa dignité d'aucune manière. De toute façon, la police pouvait obtenir et aurait obtenu le papier-mouchoir jeté. Il pouvait être découvert et l'administration de la justice ne serait pas déconsidérée si la preuve constituée par l'échantillon de mucosités était utilisée.

Le juge Major: Il y a accord avec les motifs du juge Cory qui écartent la preuve composée d'échantillons de cheveux et de poils, de prélèvements faits dans la bouche et d'empreintes dentaires, qui a été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. Cependant, le papier-mouchoir contenant l'échantillon de mucosités n'a pas été obtenu en violation de l'art. 8 de la *Charte*. Sous les yeux du policier qui le surveillait, l'accusé a volontairement et intentionnellement jeté le papier-mouchoir dans la corbeille à papier qui se trouvait dans les toilettes. Ce faisant, il a abandonné le papier-mouchoir et a perdu toute attente en matière de vie privée qu'il

no requirement of informed consent. Since no violation of the *Charter* occurred with regard to the tissue, there is no need to enter into a s. 24(2) inquiry.

Per McLachlin J. (dissenting): The taking of bodily samples falls to be decided under s. 8 of the *Charter*, not under s. 7. Section 7 of the *Charter* does not purport to enlarge the common law principle against self-incrimination. The common law as adopted and applied in Canada confined the principle of fundamental justice known as the principle against self-incrimination to testimonial evidence. For good and principled reasons, this principle has never extended to physical or "real" evidence. It follows that the principle against self-incrimination which may be read by inference into s. 7 does not apply to real evidence, except in the case of real evidence derivative from testimonial evidence which would not have been discovered but for the accused's involuntary testimony. All other real evidence falls to be treated under the guarantee against unreasonable search and seizure in s. 8. To hold otherwise would extend the principle of self-incrimination not only beyond its recognized ambit in Canada, but beyond its limits in comparable justice systems throughout the world.

The taking of the accused's hair samples, buccal swabs and dental impressions violated s. 8 of the *Charter*. While the common law permits relatively non-intrusive procedures to take evidence from a suspect in custody for purposes of identification, the invasiveness of the searches and seizures leading to the taking of the bodily samples and dental impressions, and the seriousness of the incursion on his privacy and dignity they entailed, place them outside the scope of lawful search incidental to arrest. No emergency was alleged in this case and the searches were not necessary to protect the immediate safety of the police or the public.

The taking of the tissue, however, did not violate s. 8. In discarding the tissue, the accused abandoned it and lost any privacy interest in the tissue that he may have had. The taking of the tissue was not a search and the requirement of the accused's consent did not apply.

pouvait avoir à ce sujet. Le consentement n'est pas en cause lorsque l'élément de preuve est abandonné, même quand l'accusé est sous garde. Lorsqu'il n'y a aucune attente raisonnable en matière de vie privée, il n'y a ni fouille ni exigence de consentement éclairé. Étant donné qu'il n'y a pas eu violation de la *Charte* en ce qui concerne le papier-mouchoir, il est inutile d'entreprendre une analyse fondée sur le par. 24(2).

Le juge McLachlin (dissidente): Le prélèvement d'échantillons de substances corporelles relève de l'art. 8 de la *Charte* et non de l'art. 7. L'article 7 de la *Charte* n'a pas pour objet d'élargir la portée du principe de common law interdisant l'auto-incrimination. La common law adoptée et appliquée au Canada a restreint à la preuve testimoniale l'application du principe de justice fondamentale connu sous le nom de principe interdisant l'auto-incrimination, qui, pour de bonnes raisons de principe, n'a jamais visé la preuve «matérielle». Il s'ensuit que le principe interdisant l'auto-incrimination, qui peut être inféré de l'art. 7, ne s'applique pas à la preuve matérielle, sauf en ce qui concerne la preuve matérielle dérivée de la preuve testimoniale, qui n'aurait pas été découverte n'eût été le témoignage involontaire de l'accusé. Dans tous les autres cas, la preuve matérielle relève de la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives garantie par l'art. 8. Conclure le contraire reviendrait à pousser le principe interdisant l'auto-incrimination non seulement au-delà de la portée qui lui a été reconnue jusqu'ici au Canada, mais encore au-delà des limites qui lui sont imposées dans des systèmes de justice comparables ailleurs dans le monde.

Le prélèvement d'échantillons de cheveux et de poils, les prélèvements faits dans la bouche et la prise des empreintes dentaires de l'accusé ont violé l'art. 8 de la *Charte*. Bien que la common law permette le recours à des procédures relativement peu envahissantes pour recueillir des éléments de preuve auprès d'un suspect détenu à des fins d'identification, les fouilles et saisies qui ont mené au prélèvement de substances corporelles et à la prise d'empreintes dentaires ne constituent pas une fouille légale accessoire à une arrestation en raison de leur caractère envahissant et de la gravité de l'atteinte à la vie privée et à la dignité du suspect qu'elles ont entraînée. On n'a allégué l'existence d'aucune urgence en l'espèce et les fouilles n'étaient pas nécessaires pour garantir la sécurité immédiate des policiers ou du public.

La récupération du papier-mouchoir n'a cependant pas violé l'art. 8. En jetant le papier-mouchoir, l'accusé l'a abandonné et a perdu tout droit à la vie privée qu'il pouvait avoir à son sujet. La récupération du papier-mouchoir ne constituait pas une fouille et l'exigence du

Although the tissue was taken while the accused was in custody, his right not to incriminate himself was not violated since the privilege against self-incrimination does not apply to real evidence. Unless it is derivative from testimonial evidence, real evidence falls to be considered under the rubric of search and seizure. While it is true that the samples may necessarily be created as a result of the arrest and detention, the fact remains that the bodily state to which they attest and which gives them their significance is not created by the detention. It has a real existence apart from the detention, which merely provides an opportunity to ascertain that bodily state.

The test for the admission of evidence where a *Charter* breach is alleged requires the judge to conduct a two-part inquiry. The first step is to determine whether the evidence was taken in a manner which infringed the accused's *Charter* rights. If so, the judge must go on to consider whether, as a result of the infringement, the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. Section 24(2) introduces a balancing process. The judge must consider all the circumstances of the case and, in light of them, balance the effect of admitting the evidence on the repute of the administration of justice against the effect of rejecting it. In the end the judge must ask which will better serve the repute of the system of justice on the particular facts of the case — admission or exclusion. The three classes of factors set out in *Collins* — factors relevant to the (1) fairness of the trial, (2) seriousness of the violation, and (3) effect of excluding the evidence — are simply a convenient way of considering the various "circumstances" which may need to be taken into account in a particular case. The first two groups relate to disrepute to the administration of justice which may arise from admission, the third group to disrepute which may arise from exclusion of the evidence. So long as all are considered, the balancing task imposed by s. 24(2) will be discharged.

The framers of the *Charter* did not intend s. 24(2) to act as an automatic exclusionary or quasi-exclusionary rule and, accordingly, the view that any evidence which affects the fairness of the trial must be excluded under s. 24(2) should be rejected. First, it runs counter to the

consentement de l'accusé ne s'appliquait pas. Bien que le papier-mouchoir ait été récupéré alors que l'accusé était sous garde, le droit de ce dernier de ne pas s'incriminer n'a pas été violé étant donné que le privilège de ne pas s'incriminer ne s'applique pas à la preuve matérielle. À moins qu'elle ne soit dérivée de la preuve testimoniale, la preuve matérielle doit être appréciée sous l'angle des fouilles, perquisitions et saisies. Même s'il est vrai que les échantillons peuvent nécessairement résulter de l'arrestation et de la détention, il reste que la condition physique qu'ils attestent et qui leur donne leur importance n'est pas créée par la détention. Elle a une existence véritable qui ne dépend pas de la détention, laquelle détention fournit simplement l'occasion de constater cette condition physique.

Le critère d'utilisation d'éléments de preuve, dans le cas où on allègue l'existence d'une violation de la *Charte*, exige que le juge procède à un examen en deux étapes. La première étape consiste à déterminer si les éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits garantis à l'accusé par la *Charte*. Dans l'affirmative, le juge doit ensuite se demander si, en raison de cette atteinte, les éléments de preuve devraient être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Le paragraphe 24(2) introduit un processus de pondération. Le juge doit examiner toutes les circonstances de l'affaire et soupeser, en fonction de celles-ci, l'incidence de l'utilisation de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice en fonction de l'incidence du rejet de cette preuve. En fin de compte, le juge doit se demander laquelle de l'utilisation ou de l'exclusion préservera le mieux la considération dont jouit le système de justice, d'après les faits particuliers de l'affaire. Les trois catégories de facteurs établies dans l'arrêt *Collins* — les facteurs pertinents quant à (1) l'équité du procès, (2) la gravité de la violation et (3) l'effet de l'exclusion de la preuve — ne constituent qu'une façon commode d'examiner les diverses «circonstances» qui peuvent devoir être prises en considération dans une affaire donnée. Les deux premières catégories ont trait à la déconsidération de l'administration de la justice qui pourrait résulter de l'utilisation de la preuve; la troisième catégorie concerne la déconsidération qui pourrait découler de l'exclusion de la preuve. Il ne sera satisfait à l'obligation de pondérer imposée par le par. 24(2) que si tous les facteurs sont pris en considération.

Les rédacteurs de la *Charte* n'ont pas voulu que le par. 24(2) serve de règle d'exclusion automatique ou quasi automatique et, par conséquent, il y a lieu de rejeter l'opinion suivant laquelle tout élément de preuve qui compromet l'équité du procès doit être écarté en vertu

spirit and wording of s. 24(2), which requires that judges in all cases balance all factors which may affect the repute of the administration of justice, and elevates the factor of trial unfairness to a dominant and in many cases conclusive status. Second, it rests on an expanded and erroneous concept of self-incrimination or conscription which equates any non-consensual participation by or use of the accused's body in evidence gathering with trial unfairness. Third, it erroneously assumes that anything that affects trial fairness automatically renders the trial so fundamentally unfair that other factors can never outweigh the unfairness, with the result that it becomes unnecessary to consider other factors.

Here, the trial judge made a careful review of all relevant factors, applied s. 24(2) in the fashion directed in *Collins* and concluded that the accused's hair, buccal swabs and dental impressions taken contrary to s. 8 of the *Charter* were admissible under s. 24(2) — a conclusion affirmed by the majority of the Court of Appeal. Where the courts below have properly considered all the factors relevant to the s. 24(2) determination, this Court will not interfere. In any event, when all the circumstances are considered together, it cannot be concluded that the trial judge and the majority of the Court of Appeal erred in finding that the exclusion of the evidence would do more harm to the repute of the administration of justice than its admission.

Since the taking of the tissue did not violate s. 8 of the *Charter*, it is unnecessary to consider its admissibility under s. 24(2).

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): For the reasons given by Cory J., the arrest was a lawful one. While the search and seizure at issue was clearly not necessary in order to protect the accused, the police or the public, they were authorized by law under the common law search power incidental to arrest. The right to secure evidence as an incident of arrest does not depend on the existence of urgency or exigent circumstances and may extend to the taking of bodily samples and impressions. The following guidelines strike a proper balance between society's interest in detecting and punishing crime and the individual's interests in personal privacy

du par. 24(2). Premièrement, cette opinion va à l'encontre de l'esprit et de la lettre du par. 24(2) qui exige que les juges soupèsent, dans tous les cas, tous les facteurs qui peuvent déconsidérer l'administration de la justice, et elle élève le facteur de l'iniquité du procès à un rang dominant et, dans bien des cas, déterminant. Deuxièmement, elle repose sur une notion élargie et erronée de l'auto-incrimination ou de la mobilisation de l'accusé contre lui-même qui assimile à l'iniquité du procès toute participation non consensuelle de l'accusé à la constitution de la preuve ou toute utilisation non consensuelle de son corps à cette fin. Troisièmement, elle tient erronément pour acquis que tout ce qui compromet l'équité du procès rend automatiquement le procès si fondamentalement inéquitable que d'autres facteurs ne pourront jamais l'emporter sur cette iniquité, de sorte qu'il devient inutile de prendre en considération d'autres facteurs.

En l'espèce, le juge du procès a examiné soigneusement tous les facteurs pertinents, a appliqué le par. 24(2) de la façon recommandée dans l'arrêt *Collins* et a conclu que le prélèvement de cheveux et poils de l'accusé, les prélèvements dans sa bouche et la prise de ses empreintes dentaires, qui avaient été effectués en contravention de l'art. 8 de la *Charte*, pouvaient être utilisés en preuve en vertu du par. 24(2) — une conclusion confirmée par la Cour d'appel à la majorité. Notre Cour n'interviendra pas si les tribunaux d'instance inférieure ont pris en considération de façon appropriée tous les facteurs pertinents pour prendre une décision en vertu du par. 24(2). De toute façon, si on considère l'ensemble des circonstances, on ne peut pas conclure que le juge du procès et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur en décidant que l'exclusion de la preuve déconsidérerait davantage l'administration de la justice que son utilisation.

Puisque que la récupération du papier-mouchoir n'a pas violé l'art. 8 de la *Charte*, il n'est pas nécessaire d'examiner son admissibilité aux termes du par. 24(2).

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Pour les motifs exposés par le juge Cory, l'arrestation était légale. Même s'il est clair que la fouille et la saisie en question n'étaient pas nécessaires pour protéger l'accusé, les policiers ou le public, elles étaient autorisées par la loi en vertu du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. Le droit de recueillir des éléments de preuve accessoirement à une arrestation ne dépend pas de l'existence d'une urgence ou d'une situation d'urgence, et peut viser le prélèvement d'échantillons de substances corporelles et la prise d'empreintes. Les lignes directrices suivantes permet-

and autonomy over his own body where the taking of bodily samples or impressions occurs as an incident to arrest: (1) the police must exercise their discretion to conduct the search given all of the circumstances; (2) the search must be for a valid objective in pursuit of the ends of criminal justice without running counter to the general objectives of the proper administration of justice; (3) consideration must be given to the intrusiveness involved in the search: the more intrusive, the higher the threshold for finding that the taking of bodily samples or impressions is both justified and conducted in a reasonable manner in given circumstances; (4) the police must have reasonable and probable grounds to conduct the search; (5) the search must be predicated on sufficiently important circumstances; those circumstances will generally be established where: (a) it is impracticable to obtain a warrant to secure the desired evidence; (b) such evidence cannot be obtained by a less intrusive means; (c) there is no alternative evidence available; (d) the offence for which the arrest was made is a serious one; and (e) public policy is served by the type of search at issue. Finally, the manner in which the search is conducted must not be abusive or unreasonable given the totality of the circumstances. A search which does not comply with these requirements could be characterized as unreasonable at common law as well as under s. 8 of the *Charter*. The determination of whether a search occurred legally as an incident to arrest will depend upon a balancing of these factors.

Here, the search and seizure of the evidence at issue was legal as incidental to arrest and conducted in a reasonable manner in the circumstances of this case given the seriousness of the offence as well as the unavailability of any legal authorization procedure at the time of the accused's arrest. The evidence indicates that the police believed that, in all of the circumstances, it was necessary to obtain bodily substances and dental impressions from the accused in order to apply the law effectively. They could not have proceeded with the murder charge without the DNA evidence or the bite-mark analysis of his teeth impressions. The search and seizure took place in order to achieve a valid objective — the discovery of evidence which could have either incriminated or established the innocence of the accused. The type of search and seizure at issue constituted minimal

tent d'établir un juste équilibre entre l'intérêt de la société dans la découverte et la répression du crime et le droit d'un individu à la protection de sa vie privée et de son intégrité physique, lors du prélèvement d'échantillons de substances corporelles et de la prise d'empreintes effectués accessoirement à une arrestation: (1) la police doit exercer son pouvoir discrétionnaire d'effectuer la fouille, en tenant compte de toutes les circonstances; (2) la fouille doit viser un objectif valable dans la poursuite des fins de la justice criminelle, sans aller à l'encontre des objectifs généraux d'une saine administration de la justice; (3) le caractère envahissant de la fouille en question doit être pris en considération: plus la fouille est envahissante, plus strictes doivent être les conditions qui permettront de conclure que le prélèvement de substances corporelles ou la prise d'empreintes sont à la fois justifiés et effectués d'une manière raisonnable dans les circonstances; (4) la police doit avoir des motifs raisonnables d'effectuer la fouille; (5) la fouille doit dépendre de circonstances suffisamment importantes; l'existence de ces circonstances sera généralement établie a) s'il est pratiquement impossible d'obtenir un mandat pour recueillir les éléments de preuve souhaités, b) s'il n'existe pas de moyens moins envahissants d'obtenir ces éléments de preuve, c) s'il n'y a pas d'autres éléments de preuve disponibles, d) si l'infraction à l'origine de l'arrestation est grave, et e) si le type de fouille en question est conforme à l'intérêt public. Enfin, la façon dont la fouille est effectuée ne doit être ni abusive ni déraisonnable compte tenu de toutes les circonstances. Une fouille qui ne respecte pas ces exigences pourrait être qualifiée d'abusives tant en common law qu'en vertu de l'art. 8 de la *Charte*. La réponse à la question de savoir si on a procédé légalement à une fouille accessoire à une arrestation dépendra d'une pondération de ces facteurs.

En l'espèce, la fouille et la saisie des éléments de preuve en cause ont été légalement effectuées accessoirement à l'arrestation et d'une manière raisonnable dans les circonstances, compte tenu de la gravité de l'infraction commise ainsi que de l'absence de procédure d'autorisation légale au moment de l'arrestation de l'accusé. Il ressort de la preuve que la police croyait que, compte tenu de toutes les circonstances, il était nécessaire d'obtenir de l'accusé des échantillons de substances corporelles et des empreintes dentaires afin d'appliquer efficacement la loi. Elle n'aurait pas pu l'inculper de meurtre sans la preuve des empreintes génétiques ou sans l'analyse de la marque de morsure au moyen de ses empreintes dentaires. La fouille et la saisie ont été effectuées dans le but de réaliser un objectif valable — la découverte d'une preuve susceptible soit d'incriminer

affronts to the accused's bodily integrity. Although the taking of pubic hair and the making of dental impressions are more intrusive, on the whole, given that the accused was made to pull out some of his own pubic hair himself and that the dental impressions were made by a dentist according to professional standards, the taking of those specimens is not of such an offensive character in the present circumstances that it would constitute an unreasonable search. In this regard, the accused's refusal to provide any bodily substance and the absence of his lawyers while the specimens were seized are irrelevant in assessing whether the police reasonably exercised their power of search incidental to arrest. Once a search is found to fall within the scope of such power, the police may, in accordance with these guidelines, proceed to search a lawfully arrested person. As well, while the accused's bodily substances and teeth impressions could have been obtained later, this is not a relevant consideration. Further, the police had reasonable and probable grounds for taking bodily samples and dental impressions, given the results of the victim's autopsy which revealed semen in her vagina and a human bite mark on her abdomen. The evidence discloses circumstances of sufficient importance to justify the taking. The police could not have obtained a warrant to secure the type of evidence they sought and the accused's hair, saliva and dental impressions could not have been obtained by less intrusive means. Given the absence of any witness to the murder, there was no alternative evidence that the accused committed this serious offence. Finally, public policy is served by the type of search at issue. Where indicia such as bodily fluids or a human bite mark are found on the victim's body, the possibility of resorting to DNA typing analysis or forensic odontology serves society's substantial interest in deterring such crimes. Since there was no breach of the accused's s. 8 *Charter* rights in the obtaining of the evidence, such evidence was admissible at trial.

Given the conclusion that the manner in which the police obtained the evidence was, in fact, lawful, it follows that the search was also in accord with the princi-

l'accusé soit d'établir son innocence. Le genre de fouille et de saisie en cause constituait une atteinte minimale à l'intégrité physique de l'accusé. Bien que le prélèvement de poils pubiens et la prise d'empreintes dentaires soient plus envahissants, dans l'ensemble, étant donné que l'on a forcé l'accusé à s'arracher lui-même des poils pubiens et que les empreintes dentaires ont été prises par un dentiste selon les règles de l'art, le prélèvement de ces échantillons n'est pas fautif au point de constituer une fouille abusive dans les circonstances de la présente affaire. À cet égard, le refus de l'accusé de fournir des échantillons de substances corporelles et l'absence de ses avocats au moment où les échantillons ont été saisis n'ont aucune pertinence pour évaluer si la police a raisonnablement exercé son pouvoir d'effectuer une fouille accessoire à une arrestation. Dès qu'on conclut qu'une fouille est conforme à ce pouvoir, la police peut, conformément à ces lignes directrices, la faire subir à une personne légalement mise en état d'arrestation. De plus, même si les échantillons de substances corporelles et les empreintes dentaires de l'accusé auraient pu être obtenus ultérieurement, ce n'est pas un facteur pertinent. La police avait également des motifs raisonnables de prélever des échantillons de substances corporelles et de prendre des empreintes dentaires, compte tenu des résultats de l'autopsie de la victime qui ont révélé la présence de sperme dans son vagin et d'une morsure humaine sur son abdomen. La preuve révèle l'existence de circonstances suffisamment importantes pour justifier le prélèvement de ces échantillons et la prise de ces empreintes. La police n'aurait pas pu obtenir un mandat l'autorisant à recueillir le genre d'éléments de preuve qu'elle cherchait, et les cheveux et poils de l'accusé, sa salive et ses empreintes dentaires n'auraient pas pu être obtenus par des moyens moins envahissants. Étant donné l'absence de témoin du meurtre, il n'existait pas d'autre preuve que l'accusé avait commis cette infraction grave. Finalement, le genre de fouille en cause est conforme à l'intérêt public. Lorsque des indices tels que des liquides organiques ou une marque de morsure humaine sont découverts sur le corps de la victime, la possibilité de recourir à une analyse génétique ou odontologique médico-légale est conforme à l'intérêt important qu'a la société à décourager la perpétration de tels crimes. Étant donné qu'il n'y a eu aucune violation des droits garantis à l'accusé par l'art. 8 de la *Charte* lors de l'obtention des éléments de preuve en question, ces éléments de preuve étaient admissibles au procès.

Vu la conclusion que la manière dont la police a obtenu les éléments de preuve était effectivement légale, il s'ensuit que la fouille était également conforme aux

ples of fundamental justice and did not violate s. 7 of the *Charter*.

The tissue containing the mucous was not obtained in violation of s. 8 of the *Charter* since the accused could not claim any right of privacy in this specimen. Consequently, this evidence was also admissible at trial.

Although it is not necessary to deal with s. 24(2) of the *Charter*, there is general agreement with McLachlin J.'s analysis. The classification of evidence under the trial fairness aspect of the s. 24(2) analysis in terms of "non-conscriptive 'real' evidence" and "conscriptive evidence", which includes "derivative evidence", with their possible extension to all kinds of unforeseen situations, is an unfortunate development. Trial fairness concern arises solely where the accused is compelled as a result of a *Charter* breach to participate in the creation or discovery of evidence which tends to establish his guilt by his own admission, or based upon his own communication. Evidence which affects the fairness of the trial must not inevitably be excluded under s. 24(2). A proper consideration of "all the circumstances" demands a balancing of each set of factors set out in *Collins*.

Per Gonthier J. (dissenting): The reasons of L'Heureux-Dubé J. were concurred in. There is also agreement with the reasons of McLachlin J. as to the scope of the principle of self-incrimination and the proper analytical approach to the determination of admissibility of evidence under s. 24(2) of the *Charter*.

Cases Cited

By Cory J.

Applied: *R. v. Legere* (1988), 89 N.B.R. (2d) 361; *R. v. Paul* (1994), 155 N.B.R. (2d) 195; **not followed:** *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966); **referred to:** *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241; *R. v. Duguay, Murphy and Sevigny* (1985), 18 C.C.C. (3d) 289, *aff'd* on other grounds, [1989] 1 S.C.R. 93; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Leigh v. Cole* (1853), 6 Cox C.C. 329; *Bessell v. Wilson* (1853), 1 El. & Bl. 489, 118 E.R. 518; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Lim*

principes de justice fondamentale et qu'elle n'a pas violé l'art. 7 de la *Charte*.

Le papier-mouchoir contenant les mucosités n'a pas été obtenu en violation de l'art. 8 de la *Charte*, étant donné que l'accusé ne pouvait invoquer aucun droit à la vie privée relativement à cet échantillon. Par conséquent, cet élément de preuve était lui aussi admissible au procès.

Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'examiner la question du par. 24(2) de la *Charte*, il y a accord en général avec l'analyse du juge McLachlin. La classification de la preuve eu égard à l'aspect «équité du procès» de l'analyse fondée sur le par. 24(2), à savoir la classification de la preuve en «preuve "matérielle" non obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même» et en «preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même», qui comprend la «preuve dérivée», avec son application possible à toutes sortes de situations imprévues, est malheureuse. Le problème de l'équité du procès ne se pose que si l'accusé a été forcé, à la suite d'une violation de la *Charte*, de participer à la constitution ou à la découverte d'une preuve qui tend à établir sa culpabilité par suite de son propre aveu ou de sa propre déclaration. La preuve qui compromet l'équité du procès ne doit pas inévitablement être écartée en vertu du par. 24(2). La prise en considération appropriée des «circonstances» exige la pondération de chaque ensemble de facteurs énoncés dans l'arrêt *Collins*.

Le juge Gonthier (dissident): Il y a accord avec les motifs du juge L'Heureux-Dubé. Il y a également accord avec les motifs du juge McLachlin quant à la portée du principe de l'auto-incrimination et à la méthode analytique utile pour déterminer l'admissibilité de la preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts appliqués: *R. c. Legere* (1988), 89 R.N.-B. (2^e) 361; *R. c. Paul* (1994), 155 R.N.-B. (2^e) 195; **arrêt non suivi:** *Schmerber c. California*, 384 U.S. 757 (1966); **arrêts mentionnés:** *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241; *R. c. Duguay, Murphy and Sevigny* (1985), 18 C.C.C. (3d) 289, *conf.* pour d'autres motifs par [1989] 1 R.C.S. 93; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Leigh c. Cole* (1853), 6 Cox C.C. 329; *Bessell c. Wilson* (1853), 1 El. & Bl. 489, 118 E.R. 518; *Cloutier c. Langlois*,

(No. 2) (1990), 1 C.R.R. (2d) 136; *R. v. Speid* (1991), 8 C.R.R. (2d) 383, leave to appeal refused, [1992] 1 S.C.R. xi; *R. v. Smellie* (1994), 95 C.C.C. (3d) 9, leave to appeal refused, [1995] 2 S.C.R. ix; *R. v. Belnavis* (1996), 107 C.C.C. (3d) 195; *R. v. Alderton* (1985), 17 C.C.C. (3d) 204; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145; *R. v. LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31; *R. v. Love*, [1994] A.J. No. 847 (QL), aff'd (1995), 102 C.C.C. (3d) 393; *R. v. Arp*, [1995] B.C.J. No. 882 (QL); *R. v. Legere* (1994), 95 C.C.C. (3d) 139; *R. v. Titian*, B.C.S.C., Victoria Reg. No. 70624, May 26, 1994, unreported; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Wijesinha*, [1995] 3 S.C.R. 422; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297; *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3.

By Major J.

Referred to: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615.

By McLachlin J. (dissenting)

R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *Hogan v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 574; *Attorney General for Quebec v. Bégin*, [1955] S.C.R. 593; *Validity of Section 92(4) of the Vehicles Act, 1957 (Sask.)*, [1958] S.C.R. 608; *R. v. Nikolovski*, [1996] 3 R.C.S. 1197; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *Holt v. United States*, 218 U.S. 245 (1910); *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966); *King v. McLellan*, [1974] V.R. 773; *Sorby v. Commonwealth of Australia* (1983), 152 C.L.R. 281; *Howard v. Bates* (1994), 72 A. Crim. R. 96; *Kuruma v. The Queen*, [1955] A.C. 197; *Adair v. M'Garry*, [1933] S.L.T. 482; *R. v. Buckingham* (1943), 86 C.C.C. 76; *R. v. Hayward* (1957), 118 C.C.C. 365; *R. v. Nowakowski* (1977), 40 C.R.N.S. 144; *R. v. McLarty (No. 2)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 72; *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31;

[1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Lim (No. 2)* (1990), 1 C.R.R. (2d) 136; *R. c. Speid* (1991), 8 C.R.R. (2d) 383, autorisation de pourvoi refusée, [1992] 1 R.C.S. xi; *R. c. Smellie* (1994), 95 C.C.C. (3d) 9, autorisation de pourvoi refusée, [1995] 2 R.C.S. ix; *R. c. Belnavis* (1996), 107 C.C.C. (3d) 195; *R. c. Alderton* (1985), 17 C.C.C. (3d) 204; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145; *R. c. LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31; *R. c. Love*, [1994] A.J. No. 847 (QL), conf. par (1995), 102 C.C.C. (3d) 393; *R. c. Arp*, [1995] B.C.J. No. 882 (QL); *R. c. Legere* (1994), 95 C.C.C. (3d) 139; *R. c. Titian*, C.S.C.-B., n° du greffe de Victoria 70624, 26 mai 1994, inédit; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Wijesinha*, [1995] 3 R.C.S. 422; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297; *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3.

Citée par le juge Major

Arrêts mentionnés: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *Hogan c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574; *Attorney General for Quebec c. Bégin*, [1955] R.C.S. 593; *Validity of Section 92(4) of the Vehicles Act, 1957 (Sask.)*, [1958] R.C.S. 608; *R. c. Nikolovski*, [1996] 3 R.C.S. 1197; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *Holt c. United States*, 218 U.S. 245 (1910); *Schmerber c. California*, 384 U.S. 757 (1966); *King c. McLellan*, [1974] V.R. 773; *Sorby c. Commonwealth of Australia* (1983), 152 C.L.R. 281; *Howard c. Bates* (1994), 72 A. Crim. R. 96; *Kuruma c. The Queen*, [1955] A.C. 197; *Adair c. M'Garry*, [1933] S.L.T. 482; *R. c. Buckingham* (1943), 86 C.C.C. 76; *R. c. Hayward* (1957), 118 C.C.C. 365; *R. c. Nowakowski* (1977), 40 C.R.N.S. 144; *R. c. McLarty (No. 2)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 72; *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31;

R. v. Love, [1994] A.J. No. 847 (QL), aff'd (1995), 102 C.C.C. (3d) 393; *R. v. Arp*, [1995] B.C.J. No. 882 (QL); *R. v. Legere* (1994), 95 C.C.C. (3d) 139; *R. v. Titian*, B.C.S.C., Victoria Reg. No. 70624, May 26, 1994, unreported; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263; *R. v. Sieben*, [1987] 1 S.C.R. 295; *R. v. Hamill*, [1987] 1 S.C.R. 301; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Cloutier v. Langlois, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Alderton* (1985), 17 C.C.C. (3d) 204; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Legere* (1988), 89 N.B.R. (2d) 361; *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241; *R. v. Smellie* (1994), 95 C.C.C. (3d) 9, leave to appeal refused, [1995] 2 S.C.R. ix; *R. v. Garcia* (1992), 72 C.C.C. (3d) 240; *R. v. Lerke* (1986), 49 C.R. (3d) 324; *R. v. Morrison* (1987), 58 C.R. (3d) 63; *R. v. Miller* (1987), 38 C.C.C. (3d) 252; *R. v. Debot* (1986), 54 C.R. (3d) 120, aff'd [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Lim (No. 2)* (1990), 1 C.R.R. (2d) 136; *R. v. Schweir*, [1993] O.J. No. 3404 (QL); *United States v. Weir*, 657 F.2d 1005 (1981); *Ewing v. State*, 310 N.E.2d 571 (1974); *Spence v. State*, 795 S.W.2d 743 (1990); *State v. Cobb*, 243 S.E.2d 759 (1978); *R. v. Morin* (1995), 37 C.R. (4th) 395; *R. v. Brezack* (1949), 96 C.C.C. 97; *Reynen v. Antonenko* (1975), 20 C.C.C. (2d) 342; *Scott v. The Queen* (1975), 24 C.C.C. (2d) 261; *R. v. Truchanek* (1984), 39 C.R. (3d) 137; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206.

R. c. Love, [1994] A.J. No. 847 (QL), conf. par (1995), 102 C.C.C. (3d) 393; *R. c. Arp*, [1995] B.C.J. No. 882 (QL); *R. c. Legere* (1994), 95 C.C.C. (3d) 139; *R. c. Titian*, C.S.C.-B., n° du greffe de Victoria 70624, 26 mai 1994, inédit; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263; *R. c. Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295; *R. c. Hamill*, [1987] 1 R.C.S. 301; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

Cloutier c. Langlois, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Alderton* (1985), 17 C.C.C. (3d) 204; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Legere* (1988), 89 R.N.-B. (2^e) 361; *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241; *R. c. Smellie* (1994), 95 C.C.C. (3d) 9, autorisation de pourvoi refusée, [1995] 2 R.C.S. ix; *R. c. Garcia*, [1992] R.J.Q. 2716; *R. c. Lerke* (1986), 49 C.R. (3d) 324; *R. c. Morrison* (1987), 58 C.R. (3d) 63; *R. c. Miller* (1987), 38 C.C.C. (3d) 252; *R. c. Debot* (1986), 54 C.R. (3d) 120, conf. par [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97; *R. c. Lim (No. 2)* (1990), 1 C.R.R. (2d) 136; *R. c. Schweir*, [1993] O.J. No. 3404 (QL); *United States c. Weir*, 657 F.2d 1005 (1981); *Ewing c. State*, 310 N.E.2d 571 (1974); *Spence c. State*, 795 S.W.2d 743 (1990); *State c. Cobb*, 243 S.E.2d 759 (1978); *R. c. Morin* (1995), 37 C.R. (4th) 395; *R. c. Brezack* (1949), 96 C.C.C. 97; *Reynen c. Antonenko* (1975), 20 C.C.C. (2d) 342; *Scott c. The Queen* (1975), 24 C.C.C. (2d) 261; *R. c. Truchanek* (1984), 39 C.R. (3d) 137; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206.

Statutes and Regulations Cited

- Bill C-104, *Act to amend the Criminal Code and the Young Offenders Act (forensic DNA analysis)*, 1st Sess., 35th Parl., 1994-95.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 8, 10(b), 24(2).
- Constitution of the United States, Fifth Amendment.
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 487.05 [ad. 1995, c. 27, s. 1], 487.06(1) [*idem*].
- Criminal Justice and Public Order Act 1994* (U.K.), 1994, c. 33, s. 35.
- Police and Criminal Evidence Act 1984* (U.K.), 1984, c. 60.
- Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1, s. 56(2)(c), (d).

Authors Cited

- Archibald, Bruce P. "The Law of Arrest". In Vincent M. Del Buono, ed., *Criminal Procedure in Canada: Studies*. Toronto: Butterworths, 1982, 125.
- Béliveau, Pierre, Jacques Bellemare and Jean-Pierre Lussier. *On Criminal Procedure*. Montréal: Yvon Blais, 1982.
- Canada. Law Reform Commission. Report 25. *Obtaining Forensic Evidence*. Ottawa: The Commission, 1985.
- Canada. *House of Commons Debates*, vol. 133, No. 224, 1st Sess., 35th Parl., June 22, 1995, p. 14489.
- Chayko, G. M., E. D. Gulliver and D. V. Macdougall. *Forensic Evidence in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991.
- Cohen, Stanley A. "Search Incident to Arrest" (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 366.
- Herman, Lawrence. "The Unexplored Relationship Between the Privilege Against Compulsory Self-Incrimination and the Involuntary Confession Rule (Part I)" (1992), 53 *Ohio St. L.J.* 101.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.
- LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, vol. 3, 3rd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1996.
- Mitchell, Gerard E. "The Supreme Court of Canada on the Exclusion of Evidence in Criminal Cases under Section 24 of the Charter" (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 165.
- Paciocco, David M. "Self-Incrimination: Removing the Coffin Nails" (1989), 35 *McGill L.J.* 73.
- Paciocco, David M. "The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule" (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 326.

Lois et règlements cités

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 8, 10b), 24(2).
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487.05 [aj. 1995, ch. 27, art. 1], 487.06(1) [*idem*].
- Constitution des États-Unis, Cinquième amendement.
- Criminal Justice and Public Order Act 1994* (R.-U.), 1994, ch. 33, art. 35.
- Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 56(2)c), d).
- Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), 1984, ch. 60.
- Projet de loi C-104, *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les jeunes contrevenants (analyse génétique à des fins médico-légales)*, 1^{re} sess., 35^e lég., 1994-95.

Doctrine citée

- Archibald, Bruce P. «Le droit relatif à l'arrestation». Dans Vincent M. Del Buono, dir., *Procédure pénale au Canada*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1983, 143.
- Béliveau, Pierre, Jacques Bellemare et Jean-Pierre Lussier. *Traité de procédure pénale*. Montréal: Yvon Blais, 1981.
- Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 25. *Les techniques d'investigation policière et les droits de la personne*. Ottawa: La Commission, 1985.
- Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, n° 224, 1^{re} sess., 35^e lég., 22 juin 1995, p. 14489.
- Chayko, G. M., E. D. Gulliver and D. V. Macdougall. *Forensic Evidence in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991.
- Cohen, Stanley A. «Search Incident to Arrest» (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 366.
- Herman, Lawrence. «The Unexplored Relationship Between the Privilege Against Compulsory Self-Incrimination and the Involuntary Confession Rule (Part I)» (1992), 53 *Ohio St. L.J.* 101.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.
- LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, vol. 3, 3rd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1996.
- Mitchell, Gerard E. «The Supreme Court of Canada on the Exclusion of Evidence in Criminal Cases under Section 24 of the Charter» (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 165.
- Paciocco, David M. «Self-Incrimination: Removing the Coffin Nails» (1989), 35 *R.D. McGill* 73.
- Paciocco, David M. «The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule» (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 326.

Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, 6th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated February 1996, release No. 4).

Salhany, Roger E. *The Police Manual of Arrest, Seizure & Interrogation*, 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.

Stuart, Don. "Burlingham and Silveira: New Charter Standards to Control Police Manipulation and Exclusion of Evidence" (1995), 38 C.R. (4th) 386.

Stuart, Don. "Questioning the Discoverability Doctrine in Section 24(2) Rulings" (1996), 48 C.R. (4th) 351.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1995), 159 N.B.R. (2d) 321, 409 A.P.R. 321, 97 C.C.C. (3d) 164, dismissing the accused's appeal from his conviction for first degree murder. Appeal allowed and new trial ordered, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

J. C. Marc Richard and Christa A. Bourque, for the appellant.

Graham J. Sleeth, Q.C., and *John J. Walsh*, for the respondent.

S. R. Fainstein, Q.C., and *George Dolhai*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Renee M. Pomerance, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jacques Gauvin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

William D. Delaney, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

William F. Ehrcke, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Graeme G. Mitchell, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Jack Watson, Q.C., for the intervener the Attorney General for Alberta.

Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, 6th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated February 1996, release No. 4).

Salhany, Roger E. *The Police Manual of Arrest, Seizure & Interrogation*, 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.

Stuart, Don. «Burlingham and Silveira: New Charter Standards to Control Police Manipulation and Exclusion of Evidence» (1995), 38 C.R. (4th) 386.

Stuart, Don. «Questioning the Discoverability Doctrine in Section 24(2) Rulings» (1996), 48 C.R. (4th) 351.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1995), 159 R.N.-B. (2^e) 321, 409 A.P.R. 321, 97 C.C.C. (3d) 164, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents.

J. C. Marc Richard et Christa A. Bourque, pour l'appellant.

Graham J. Sleeth, c.r., et *John J. Walsh*, pour l'intimée.

S. R. Fainstein, c.r., et *George Dolhai*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Renee M. Pomerance, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jacques Gauvin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

William D. Delaney, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

William F. Ehrcke, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Graeme G. Mitchell, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Jack Watson, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Michael Code, for the intervener the Law Union of Ontario.

Kent Roach, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Scott K. Fenton, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Guy Cournoyer, for the intervener the Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

1 CORY J. — On this appeal there are two major issues which must be considered. First, what should be the scope and the appropriate limits of the common law power to search which is incidental to an arrest? Second, in what circumstances should evidence obtained as a result of a breach of a *Charter* right be ruled inadmissible on the grounds that its admission would render the trial unfair?

I. Factual Background

2 On the evening of April 12, 1991, a group of seven teenagers gathered in the Oromocto area, in New Brunswick. They walked to a camp in the woods where they drank beer and wine and shared some LSD. Between 8:00 p.m. and 8:30 p.m. the 17-year-old appellant, William Stillman, and the 14-year-old victim, Pamela Bischoff, left the group. When he arrived at his home between 11:45 p.m. and midnight, the appellant was obviously cold, shaken and wet from the upper thighs down. He was cut above one eye, and had mud and grass on his pants. The explanation he gave for his condition was that he had been in a fight with five Indians. This explanation, as well as his account of where he had last seen the victim, varied over time.

Michael Code, pour l'intervenante Law Union of Ontario.

Kent Roach, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Scott K. Fenton, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Guy Cournoyer, pour l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Cory et Iacobucci rendu par

LE JUGE CORY — Deux questions importantes doivent être examinées en l'espèce. Premièrement, quelles devraient être l'étendue et les limites du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation? Deuxièmement, dans quelles circonstances un élément de preuve obtenu à la suite d'une violation d'un droit garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés* devrait-il être jugé inadmissible pour le motif que son utilisation rendrait le procès inéquitable?

I. Les faits

Pendant la soirée du 12 avril 1991, sept adolescents se sont réunis dans la région d'Oromocto (Nouveau-Brunswick). Ils ont marché jusqu'à un chalet dans le bois, où ils ont bu de la bière et du vin et partagé du LSD. Entre 20 h et 20 h 30, l'appelant, William Stillman, âgé de 17 ans, et la victime, Pamela Bischoff, âgée de 14 ans, ont quitté le groupe. Lorsque l'appelant est arrivé chez lui entre 23 h 45 et minuit, il avait manifestement froid et était ébranlé et trempé à partir du haut des cuisses jusqu'aux pieds. Il avait une coupure au-dessus d'un œil, et de la boue et de l'herbe sur son pantalon. Il a expliqué son état en disant qu'il s'était bagarré avec cinq Indiens. Cette explication de même que sa description de l'endroit où il avait vu la victime pour la dernière fois ont varié avec le temps.

The victim's body was found six days later in the Oromocto River next to a bridge some 300 to 400 metres from where she had last been seen by the group. An expert placed the time of death between 10:30 p.m. and 11:30 p.m. on April 12, 1991. A motorist and his passenger saw Pamela on the bridge with a male companion around 10:15 p.m. Between 11:45 p.m. and midnight, another motorist positively identified the appellant, walking on a public road that led to the bridge. Mud was observed on the appellant's pants from above the knees down to his feet.

The autopsy revealed that the cause of death was not drowning but rather a wound or wounds to the head. Semen was found in the victim's vagina and a human bite mark had been left on her abdomen.

On April 19, 1991, the appellant was arrested for the murder of Pamela Bischoff. At the time of the arrest, the appellant retained counsel. He was transported to the RCMP headquarters in Fredericton where he was met by his lawyers. The police indicated that they wished to take hair samples and teeth impressions and to question the appellant. After spending over two hours with the appellant, the two lawyers gave a letter to the police which read as follows:

This is to confirm that Bryan Whittaker and I are representing the above young person who we understand has been arrested for murder.

This is to confirm that we have advised this young person that he is not to consent to provide any bodily samples whatsoever including hair and or teeth imprints to you or anybody else.

This is also to confirm that he has been advised not to give any statements to you or anyone else concerning your investigation into the death of Pam Bischoff. He is not to talk to you at all without one of the undersigned being present.

Notwithstanding this statement of intention, once the lawyers left, the RCMP took bodily sam-

3
Le corps de la victime a été découvert six jours plus tard dans la rivière Oromocto, près d'un pont, à quelque 300 ou 400 mètres de l'endroit où elle avait été vue pour la dernière fois par le groupe. Un expert a déterminé que le décès était survenu entre 22 h 30 et 23 h 30, le 12 avril 1991. Un automobiliste et son passager avaient aperçu Pamela sur le pont, avec un compagnon, vers 22 h 15. Un autre automobiliste a affirmé avec certitude avoir vu l'appelant marcher sur un chemin menant au pont, entre 23 h 45 et minuit. Il avait remarqué la présence de boue sur le pantalon de l'appelant, à partir du haut des genoux jusqu'aux pieds.

4
L'autopsie a révélé que la cause du décès était non pas la noyade, mais plutôt une ou des blessures à la tête. Du sperme a été trouvé dans le vagin de la victime, dont l'abdomen portait la marque d'une morsure humaine.

5
Le 19 avril 1991, l'appelant a été arrêté pour le meurtre de Pamela Bischoff. Au moment de son arrestation, il a eu recours à l'assistance d'avocats. Il a été emmené au quartier général de la GRC à Fredericton, où ses avocats l'ont rencontré. La police a fait savoir qu'elle désirait obtenir des échantillons de cheveux et de poils de l'appelant, ainsi que des empreintes de sa dentition, et qu'elle voulait l'interroger. Après avoir passé plus de deux heures avec l'appelant, les deux avocats ont remis la lettre suivante à la police:

[TRADUCTION] La présente confirme que Bryan Whittaker et moi-même représentons l'adolescent sus-nommé qui, si nous comprenons bien, a été arrêté pour meurtre.

La présente confirme que nous avons conseillé à cet adolescent de refuser de fournir, à vous ou à quelque autre personne, quelque échantillon de substance corporelle que ce soit, comme des cheveux et des poils, ou des empreintes dentaires.

La présente confirme également que nous lui avons conseillé de ne faire aucune déclaration, à vous ou à quelque autre personne, concernant votre enquête sur le décès de Pam Bischoff. Il ne devra vous adresser la parole qu'en présence de l'un des soussignés.

6
Malgré cette déclaration d'intention, une fois les avocats partis, la GRC a prélevé des échantillons

ples from the appellant, under threat of force. A sergeant took scalp hair samples by passing a gloved hand through the appellant's hair, as well as by combing, clipping and plucking hairs. The appellant was made to pull some of his own pubic hair. Plasticine teeth impressions were then taken.

7 Then, in the absence of the appellant's parents or his lawyers, a constable interviewed the appellant for an hour in an attempt to obtain a statement. Although the appellant did not say anything, he sobbed throughout the interview. The appellant asked to speak to his lawyer, at which point the interview ended and he was permitted to make the telephone call. While waiting for his lawyer to arrive, the appellant asked to use the washroom. Escorted by the constable, he did so. As the appellant was leaving the washroom, he used a tissue to blow his nose and threw the tissue in the waste bin. The tissue containing mucous was seized by the constable and subsequently used for DNA testing.

8 When the appellant's lawyer arrived at the headquarters he objected to the actions taken by the RCMP with respect to the appellant. Yet, after the lawyer left, the sergeant brought the appellant into an interview room and, once again, attempted to obtain a statement. The police thought that they had enough evidence to charge the appellant, but the Crown's office disagreed. Accordingly, five days after the arrest, the appellant was released without being charged.

9 Several months later, after they had received the DNA and odontology analysis, the RCMP again arrested the appellant. This action was taken in part in order to obtain better impressions of the appellant's teeth. A dentist attended at the RCMP detachment for that purpose and, without the appellant's consent, took impressions of his teeth, in a procedure which took two hours. More hair was taken from the appellant, as well as a saliva sample and buccal swabs.

de substances corporelles de l'appelant après avoir menacé de recourir à la force. Un sergent a prélevé des échantillons de cheveux en passant sa main gantée dans les cheveux de l'appelant, de même qu'en les peignant, en en coupant et en en arrachant. L'appelant a été forcé de s'arracher des poils pubiens. Des empreintes à la plasticine ont été prises de sa dentition.

Puis, en l'absence des parents de l'appelant ou de ses avocats, un policier l'a interrogé pendant une heure dans le but d'obtenir une déclaration. Bien que l'appelant n'ait rien dit, il a sangloté pendant tout l'interrogatoire. Il a demandé à parler à son avocat et, à ce moment, l'interrogatoire a pris fin et on lui a permis de lui téléphoner. En attendant l'arrivée de son avocat, l'appelant a demandé à aller aux toilettes, ce qu'il a fait escorté du policier. À sa sortie des toilettes, l'appelant a utilisé un papier-mouchoir pour se moucher et l'a jeté dans la poubelle. Le policier a saisi le papier-mouchoir contenant des mucosités qui, par la suite, a été utilisé pour effectuer une analyse d'empreintes génétiques.

Lorsque l'avocat de l'appelant est arrivé au quartier général, il s'est élevé contre les mesures prises par la GRC à l'égard de l'appelant. Pourtant, une fois l'avocat parti, le sergent a emmené l'appelant dans une salle d'interrogatoire et a tenté, une fois de plus, d'obtenir une déclaration. La police estimait détenir suffisamment d'éléments de preuve pour porter des accusations contre l'appelant, mais le bureau du ministère public n'était pas de cet avis. Par conséquent, cinq jours après son arrestation, l'appelant a été remis en liberté sans qu'aucune accusation ne soit portée contre lui.

Plusieurs mois plus tard, après avoir reçu les résultats de l'analyse des empreintes génétiques et dentaires, la GRC a de nouveau arrêté l'appelant, en partie afin d'obtenir de meilleures empreintes de sa dentition. Un dentiste s'est présenté à cette fin au détachement de la GRC et a, pendant deux heures, procédé à la prise d'empreintes de la dentition de l'appelant, sans le consentement de ce dernier. D'autres cheveux et poils de l'appelant ont été prélevés, de même qu'un échantillon de salive, et des prélèvements ont été faits dans sa bouche.

In mid-February 1993 a *voir dire* was held to determine the admissibility of certain evidence: [1993] N.B.J. No. 625 (Q.B.). The trial judge found that the hair samples, teeth impressions and buccal swabs had been obtained in a manner which violated the appellant's *Charter* rights, but that the evidence should be admitted. He found that the tissue containing mucous had not been obtained in a manner which violated the appellant's *Charter* rights.

The appellant was convicted, by a jury, of first degree murder and sentenced to life imprisonment with no eligibility for parole for eight years. The majority of the Court of Appeal of New Brunswick dismissed the appeal but Rice J.A. dissenting, would have allowed the appeal and ordered a new trial, on the ground that the evidence should have been excluded pursuant to s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: (1995), 159 N.B.R. (2d) 321, 409 A.P.R. 321, 97 C.C.C. (3d) 164. The appellant now appeals as of right to this Court.

II. Decisions Below

A. *Court of Queen's Bench of New Brunswick (voir dire)*

The trial judge found that the bodily samples, which were taken as soon as possible, were seized as part of the search which was a necessary incident to the arrest. The preliminary findings from the autopsy required further investigation. As a result, Russell J. found that there were reasonable grounds for the police to arrest the appellant, as well as reasonable grounds to demand pulled hair and to take dental impressions as quickly as possible in order to resolve the questions raised by the autopsy. He felt that "seizures undertaken following arrest" ranged across a spectrum from extracting blood or pumping a stomach at one end to a simple hair seizure at the other, and that at some point a particular type of seizure could

À la mi-février 1993, un *voir-dire* a été tenu pour déterminer l'admissibilité de certains éléments de preuve: [1993] A.N.-B. n° 625 (B.R.). Le juge du procès a conclu que les échantillons de cheveux et de poils, les empreintes dentaires et les prélèvements faits dans la bouche avaient été obtenus dans des conditions qui violaient les droits garantis à l'appelant par la *Charte*, mais qu'il y avait lieu néanmoins d'admettre en preuve ces éléments. Il a décidé que le papier-mouchoir contenant les mucoités n'avait pas été obtenu dans des conditions qui violaient les droits garantis à l'appelant par la *Charte*.

Un jury a déclaré l'appelant coupable de meurtre au premier degré et l'a condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant huit ans. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a rejeté l'appel à la majorité, mais le juge Rice, dissident, l'aurait accueilli et aurait ordonné un nouveau procès pour le motif que la preuve aurait dû être écartée conformément au par. 24(2) de la *Charte*: (1995), 159 R.N.-B. (2^e) 321, 409 A.P.R. 321, 97 C.C.C. (3d) 164. L'appelant se pourvoit maintenant de plein droit devant notre Cour.

II. Les juridictions inférieures

A. *La Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick (voir-dire)*

Le juge du procès a conclu que les échantillons de substances corporelles, qui ont été prélevés dès que possible, ont été saisis dans le cadre de la fouille qui était nécessairement accessoire à l'arrestation. Les résultats préliminaires de l'autopsie ont nécessité la tenue d'une enquête plus poussée. Le juge Russell a conclu que la police avait, par conséquent, des motifs raisonnables d'arrêter l'appelant, ainsi que d'exiger le prélèvement de cheveux et de poils et la prise d'empreintes dentaires le plus rapidement possible afin de répondre aux questions soulevées par l'autopsie. Il a estimé que la gamme des [TRADUCTION] «saisies effectuées à la suite d'une arrestation» allait du simple prélèvement de cheveux à la prise de sang ou à l'aspiration gastrique, et que, à un certain point, un type particulier de saisie pouvait devenir répugnant.

10

11

12

become repugnant. Wherever the cutoff line might be he found that it was not crossed here.

13 He considered the letter cautioning the police not to take samples from the accused and found that the appellant's participation was non-consensual. Since the samples were taken against his will, and there was no statutory or other authorization which permitted the police to take the samples, he concluded that the seizures violated the appellant's right to be free from unreasonable search and seizure.

14 The trial judge then considered the criteria set out in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. He held that: the bodily samples were real evidence which existed independently of the *Charter* breach; the police had a right to seize samples from the appellant as incident to the arrest; the infringement was as minor as possible; and that the police had acted in good faith. The trial judge was satisfied that the appellant would not be deprived of a fair trial if the evidence were to be admitted. He was also of the view that to admit the seized samples, photographs and impressions would not operate so as to condone unacceptable investigatory conduct and that the refusal to admit the evidence flowing from the seizures would bring the administration of justice into greater disrepute than its admission.

15 With respect to the seizure of the tissue from the garbage, Russell J. found that the appellant had abandoned the tissue and ceased to have a reasonable expectation of privacy in it. There did not exist a sufficient nexus between the questioning of the appellant and the disposal of the tissue to conclude that its seizure violated the appellant's s. 8 *Charter* right, particularly since it was an incidental occurrence. Russell J. concluded that the tissue was properly taken and that the evidence flowing from that seizure would be admitted.

Mais quelle que soit la limite, il a conclu qu'elle n'avait pas été franchie en l'espèce.

Le juge du procès a examiné la lettre avertissant la police de ne pas prélever des échantillons auprès de l'appelant et a conclu que la participation de ce dernier n'avait pas été consensuelle. Étant donné que les échantillons avaient été prélevés contre le gré de l'appelant, et que la police n'avait aucune autorisation légale ou autre de prélever les échantillons, il a conclu que les saisies avaient violé le droit de l'appelant à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

Le juge du procès a ensuite examiné le critère dégagé dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. Il a statué que les échantillons de substances corporelles constituaient une preuve matérielle qui existait indépendamment de la violation de la *Charte*, que la police avait le droit de saisir des échantillons auprès de l'appelant parce que cette mesure était accessoire à l'arrestation, que l'atteinte portée était aussi mineure que possible, et que la police avait agi de bonne foi. Le juge du procès était convaincu que l'appelant ne serait pas privé d'un procès équitable si les éléments de preuve étaient admis. Il était aussi d'avis que l'admission en preuve des échantillons, des photographies et des empreintes saisis ne reviendrait pas à tolérer une conduite inacceptable en matière d'enquête, et que le refus d'utiliser les éléments de preuve découlant des saisies aurait pour effet de déconsidérer davantage l'administration de la justice que leur utilisation.

Quant à la saisie du papier-mouchoir dans la poubelle, le juge Russell a conclu que l'appelant avait abandonné ce papier-mouchoir et qu'il avait cessé d'avoir une attente raisonnable en matière de vie privée à son sujet. Il n'y avait pas de lien suffisant entre l'interrogatoire de l'appelant et la mise au rebut du papier-mouchoir pour conclure que sa saisie violait le droit garanti à l'appelant par l'art. 8 de la *Charte*, étant donné en plus qu'il s'agissait d'un fait accessoire. Le juge Russell a décidé que le papier-mouchoir avait été régulièrement obtenu et que la preuve découlant de cette saisie serait admise.

B. *Court of Appeal of New Brunswick*(1) per Hoyt C.J.N.B. (Ayles J.A. concurring)

On the issue of the discarded tissue, Hoyt C.J.N.B. agreed with the trial judge that no *Charter* right had been violated by its seizure. He held that when the appellant voluntarily discarded the tissue, which was not being sought by the police, he ceased to have any privacy right in it. As a result no *Charter* right was violated and s. 24(2) of the *Charter* did not come into play.

With respect to the other items, Hoyt C.J.N.B. agreed with the trial judge that the appellant's s. 8 *Charter* right was violated. He also agreed that the evidence was properly admitted despite the violation. Hoyt C.J.N.B. found that the trial judge had duly reviewed the second group of factors, including the police conduct, and considered to what extent the admission of evidence would condone unacceptable police behaviour. While the appellant did not consent to providing samples, the police took the samples in a manner which constituted a minimal affront to the appellant's dignity. No force had been used and there was no resistance from the appellant. Hoyt C.J.N.B. held that counsel's letter to the police requesting them not to take samples cannot be determinative, as the police cannot be required to curtail a criminal investigation by such a letter. In his view, the trial judge had properly taken into account the letter and the seriousness of the charge against the appellant in arriving at his decision to admit the evidence.

The majority of the Court of Appeal found that the trial judge had not made an error as to the applicable principles or rules of law. Accordingly, it would be inappropriate for the court to undertake an independent analysis with respect to the application of s. 24(2) of the *Charter*.

B. *La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick*(1) le juge en chef Hoyt (à l'avis duquel a souscrit le juge Ayles)

En ce qui concerne la question du papier-mouchoir jeté, le juge en chef Hoyt était d'accord avec le juge du procès pour dire que la saisie de cet objet n'avait violé aucun droit garanti par la *Charte*. Il a conclu que, lorsque l'appellant s'était volontairement défait du papier-mouchoir que la police ne cherchait pas à obtenir, il avait cessé d'avoir un droit à la vie privée à son sujet. Par conséquent, aucun droit garanti par la *Charte* n'avait été violé et le par. 24(2) de la *Charte* n'entrait pas en jeu.

Quant aux autres objets, le juge en chef Hoyt était d'accord avec le juge du procès pour dire qu'il y avait eu violation du droit garanti à l'appellant par l'art. 8 de la *Charte*. Il convenait également que les éléments de preuve avaient été régulièrement admis malgré cette violation. Le juge en chef Hoyt a statué que le juge du procès avait dûment examiné le deuxième groupe de facteurs, dont la conduite de la police, en se demandant jusqu'à quel point l'utilisation des éléments de preuve reviendrait à tolérer une conduite policière inacceptable. Bien que l'appellant n'ait pas consenti à fournir des échantillons, la police les a obtenus d'une façon qui constituait une atteinte minimale à sa dignité. Il n'y avait eu aucun recours à la force et l'appellant n'avait pas résisté. Le juge en chef Hoyt a conclu que la lettre dans laquelle les avocats avaient demandé aux policiers de ne pas prélever d'échantillons ne saurait être déterminante, car on ne peut pas, au moyen d'une telle lettre, obliger la police à restreindre une enquête criminelle. D'après lui, le juge du procès avait régulièrement tenu compte de la lettre et de la gravité de l'accusation portée contre l'appellant dans sa décision d'admettre la preuve en question.

La Cour d'appel à la majorité a conclu que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur quant aux principes ou aux règles de droit applicables. Il n'était donc pas approprié que la cour procède à une analyse indépendante concernant l'application du par. 24(2) de la *Charte*.

16

17

18

(2) *per Rice J.A. (dissenting)*

19 Rice J.A. held that the trial judge had erred in his application of the jurisprudence pertaining to the permissible scope of a search and seizure that was incidental to an arrest. He agreed with the trial judge that the appellant's *Charter* rights had been breached, but he did so for different reasons. Rice J.A. noted that a search incidental to an arrest was a discretionary power to be used for disarming a suspect or gathering evidence which might otherwise be lost. In this case there was a total absence of exigent circumstances to substantiate the exercise of the "powers incidental to an arrest". This common law power does not empower the state to gather evidence by taking parts of the accused's body or by taking dental impressions.

20 Where neither legislative nor common law authority exists for a search and seizure, it is generally ruled to be illegal and *prima facie* unreasonable and contrary to the *Charter*. Given the absence of authorization in this case, the interference with the appellant's body constituted a flagrant violation of his privacy and human dignity.

21 Rice J.A. also found the seizure of the tissue to be in breach of the appellant's *Charter* rights. The appellant had clearly refused to give the police any bodily specimens. This surreptitious appropriation of samples while the appellant was in the control of the state constituted a breach of the *Charter*. The circumstances presented in this case should be contrasted with those situations in which an accused parted with specimens while not under the control of the state and in circumstances where he had not explicitly refused to provide the samples.

22 Rice J.A. concluded that to admit the evidence would bring the administration of justice into disrepute: the *Charter* violation was serious; the authorities utterly disregarded the decision in *R. v. Legere* (1988), 89 N.B.R. (2d) 361 (C.A.), which held that plucking a person's hair without his con-

(2) *le juge Rice (dissident)*

Le juge Rice a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en appliquant la jurisprudence relative à l'étendue permise d'une fouille ou perquisition et d'une saisie accessoires à une arrestation. Il a convenu avec le juge du procès, quoique pour des motifs différents, qu'il y avait eu violation des droits garantis à l'appellant par la *Charte*. Le juge Rice a fait remarquer qu'une fouille accessoire à une arrestation représentait un pouvoir discrétionnaire qui devait être exercé pour désarmer un suspect ou pour recueillir des éléments de preuve qui, autrement, pourraient être perdus. En l'espèce, il n'y avait absolument aucune situation d'urgence qui puisse justifier l'exercice des «pouvoirs accessoires à l'arrestation». Ce pouvoir de common law n'habilite pas l'État à recueillir des éléments de preuve en prélevant des parties du corps de l'accusé ou en prenant des empreintes dentaires.

Lorsqu'une fouille ou perquisition et une saisie ne sont pas autorisées par la loi ou par la common law, elles sont généralement jugées illégales et à première vue abusives et contraires à la *Charte*. Étant donné l'absence d'autorisation en l'espèce, l'atteinte au corps de l'appellant constituait une violation flagrante de sa vie privée et de sa dignité.

Le juge Rice a aussi décidé que la saisie du papier-mouchoir violait les droits garantis à l'appellant par la *Charte*. L'appellant avait clairement refusé de donner à la police des échantillons de substances corporelles. Cette appropriation subreptice d'échantillons au moment où l'appellant était sous le contrôle de l'État constituait une violation de la *Charte*. Les circonstances de la présente affaire devraient être mises en contraste avec celles où l'accusé se départit d'échantillons alors qu'il n'est pas sous le contrôle de l'État et qu'il n'a pas explicitement refusé de les fournir.

Le juge Rice a conclu que l'utilisation des éléments de preuve déconsidérerait l'administration de la justice: la violation de la *Charte* était grave, les autorités n'ont tenu absolument aucun compte de l'arrêt *R. c. Legere* (1988), 89 R.N.-B. (2^e) 361 (C.A.), où il a été statué qu'arracher les cheveux

sent constituted a breach of ss. 7 and 8 of the *Charter*; the violations resulted in the appellant incriminating himself; at least part of the evidence could have been obtained in some other way; and the evidence was gathered through the stealthy use of the act of arrest.

III. Relevant Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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.

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

24. . . .

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46

487.05 (1) A provincial court judge who on *ex parte* application is satisfied by information on oath that there are reasonable grounds to believe

- (a) that a designated offence has been committed,
- (b) that a bodily substance has been found
 - (i) at the place where the offence was committed,
 - (ii) on or within the body of the victim of the offence,
 - (iii) on anything worn or carried by the victim at the time when the offence was committed, or
 - (iv) on or within the body of any person or thing or at any place associated with the commission of the offence,

d'une personne sans son consentement constitue une violation des art. 7 et 8 de la *Charte*, les violations ont amené l'appelant à s'incriminer lui-même, au moins une partie de la preuve aurait pu être obtenue d'une autre façon, et on s'est discrètement servi de l'arrestation pour recueillir les éléments de preuve.

III. Les dispositions législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

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.

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

24. . . .

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

487.05 (1) Sur demande *ex parte*, un juge de la cour provinciale peut décerner un mandat écrit autorisant un agent de la paix à procéder ou faire procéder sous son autorité au prélèvement d'un échantillon d'une substance corporelle d'une personne pour analyse génétique, s'il est convaincu, à la suite d'une dénonciation faite sous serment, que la délivrance du mandat servirait au mieux l'administration de la justice et qu'il existe des motifs raisonnables de croire:

- a) qu'une infraction désignée a été perpétrée;
- b) qu'une substance corporelle a été trouvée:
 - (i) sur le lieu de l'infraction,
 - (ii) sur la victime ou à l'intérieur du corps de celle-ci,
 - (iii) sur ce qu'elle portait ou transportait lors de la perpétration de l'infraction,
 - (iv) sur une personne ou à l'intérieur du corps d'une personne, sur une chose ou à l'intérieur d'une chose ou en des lieux, liés à la perpétration de l'infraction;

- (c) that a person was a party to the offence, and
- (d) that forensic DNA analysis of a bodily substance from the person will provide evidence about whether the bodily substance referred to in paragraph (b) was from that person

and who is satisfied that it is in the best interests of the administration of justice to do so may issue a warrant in writing authorizing a peace officer to obtain, or cause to be obtained under the direction of the peace officer, a bodily substance from that person, by means of an investigative procedure described in subsection 487.06(1), for the purpose of forensic DNA analysis.

Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1

56. . . .

(2) No oral or written statement given by a young person to a peace officer or other person who is, in law, a person in authority is admissible against the young person unless

- (c) the young person has, before the statement was made, been given a reasonable opportunity to consult with counsel or a parent, or in the absence of a parent, an adult relative, or in the absence of a parent and an adult relative, any other appropriate adult chosen by the young person; and
- (d) where the young person consults any person pursuant to paragraph (c), the young person has been given a reasonable opportunity to make the statement in the presence of that person.

IV. Issues on Appeal

24

The issues are as follows:

1. Did the majority of the Court of Appeal of New Brunswick err in law in holding that the search by way of teeth impressions, hair samples and buccal swabs, but not the seizure of the discarded tissue, infringed the appellant's rights as guaranteed by the *Charter*?
2. Did the majority of the Court of Appeal of New Brunswick err in holding that the

- c) que la personne a participé à l'infraction;
- d) que l'analyse génétique de la substance corporelle prélevée apportera des preuves selon lesquelles la substance corporelle visée à l'alinéa b) provient ou non de cette personne.

Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1

56. . . .

(2) La déclaration orale ou écrite faite par un adolescent à un agent de la paix ou à toute autre personne en autorité d'après la loi, n'est pas admissible en preuve contre l'adolescent, sauf si les conditions suivantes sont remplies:

- c) l'adolescent s'est vu donner, avant de faire la déclaration, la possibilité de consulter soit son avocat soit son père ou sa mère, soit, en l'absence du père ou de la mère, un parent adulte, soit, en l'absence du père ou de la mère et du parent adulte, tout autre adulte idoine qu'il aura choisi;
- d) l'adolescent s'est vu donner, au cas où il a consulté une personne conformément à l'alinéa c), la possibilité de faire sa déclaration en présence de cette personne.

IV. Les questions soulevées par le présent pourvoi

Les questions soulevées sont les suivantes:

1. Les juges majoritaires de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick ont-ils commis une erreur de droit en statuant que la fouille effectuée au moyen d'empreintes dentaires, d'échantillons de cheveux et de poils et de prélèvements dans la bouche, mais non la saisie du papier-mouchoir jeté, portait atteinte aux droits garantis à l'appelant par la *Charte*?
2. Les juges majoritaires de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick ont-ils commis une

evidence obtained in a manner which infringed the appellant's rights and freedoms should not be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*?

V. Analysis

A. *Was any of the Impugned Evidence Obtained in a Manner that Infringed or Denied the Appellant's Charter Rights?*

(1) The Hair Samples, Teeth Impressions and Buccal Swabs

(a) *Did the Taking of the Hair Samples, Teeth Impressions and Buccal Swabs Contravene Section 8 of the Charter?*

There are three requirements which must be met if a search is to be found reasonable: (a) it must be authorized by law; (b) the law itself must be reasonable; and (c) the manner in which the search was carried out must be reasonable: see *Collins, supra*, at p. 278. An appropriate starting point, therefore, is to determine whether there existed either a statutory or common law power that authorized the police to search and seize the appellant's scalp hairs and pubic hairs or to take dental impressions or buccal swabs.

At the time that this seizure occurred in 1991, the *Criminal Code* only provided a procedure for obtaining a warrant to search a "building, receptacle or place". It did not authorize the search of a person, nor the seizure of parts of the body. It is only with the recent addition of s. 487.05 that this limitation has been removed to the extent of its provisions. Therefore, the taking of hair and teeth samples was conducted without statutory authority. The respondent can justify these searches only by demonstrating that they were authorized by a common law power or that the appellant had no reasonable expectation of privacy in the things seized. To this end, the respondent asserts that the hair samples and teeth impressions were seized

erreur en statuant que les éléments de preuve obtenus dans des conditions qui portaient atteinte aux droits et libertés de l'appelant ne devraient pas être écartés conformément au par. 24(2) de la *Charte*?

V. Analyse

A. *L'un ou l'autre des éléments de preuve contestés a-t-il été obtenu dans des conditions qui portaient atteinte aux droits garantis à l'appelant par la Charte?*

(1) Les échantillons de cheveux et de poils, les empreintes dentaires et les prélèvements faits dans la bouche

a) *Le prélèvement d'échantillons de cheveux et de poils, la prise d'empreintes dentaires et les prélèvements faits dans la bouche contrevenaient-ils à l'art. 8 de la Charte?*

Trois conditions doivent être remplies pour qu'une fouille ne soit pas abusive: a) elle doit être autorisée par la loi, b) la loi elle-même ne doit pas être abusive, et c) la fouille ne doit pas avoir été effectuée d'une manière abusive: voir *Collins, précité*, à la p. 278. Il convient donc de commencer par déterminer s'il existait un pouvoir conféré par la loi ou par la common law qui autorisait la police à fouiller l'appelant et à saisir de ses cheveux et de ses poils pubiens, à prendre ses empreintes dentaires ou à faire des prélèvements dans sa bouche.

Au moment où la saisie a été effectuée en 1991, le *Code criminel* ne prescrivait qu'une procédure d'obtention d'un mandat permettant de perquisitionner dans un «bâtiment, contenant ou lieu». Il n'autorisait pas la fouille d'une personne ni la saisie de parties du corps d'une personne. Ce n'est que depuis l'ajout récent de l'art. 487.05 que cette restriction a été supprimée dans la mesure prévue par les dispositions de cet article. Par conséquent, le prélèvement d'échantillons de cheveux et de poils et la prise d'empreintes dentaires ont été effectués sans autorisation légale. L'intimée ne peut justifier ces fouilles qu'en démontrant qu'elles étaient autorisées en vertu d'un pouvoir conféré par la common law, ou que l'appelant

25

26

pursuant to the common law power of search incident to a lawful arrest.

(i) The Common Law Power of Search Incident to a Lawful Arrest

27

Three conditions must be satisfied in order for a search to be validly undertaken pursuant to the common law power of search incident to a lawful arrest. First, the arrest must be lawful. No search, no matter how reasonable, may be upheld under this common law power where the arrest which gave rise to it was arbitrary or otherwise unlawful. Second, the search must have been conducted as an "incident" to the lawful arrest. To these almost self-evident conditions must be added a third, which applies to all searches undertaken by police: the manner in which the search is carried out must be reasonable. Were all three criteria satisfied in this instance?

Was the Arrest Lawful?

28

For the arrest to have been lawful, the police officers must have subjectively believed that there were reasonable and probable grounds on which to arrest the appellant. As well, those grounds must have been reasonable and probable when viewed objectively. However, the standard is not so high as to require the police to establish a *prima facie* case for a conviction before making the arrest: see *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241.

29

During the *voir dire*, the officers admitted that, at the time of the appellant's arrest, they did not have enough evidence to charge him with murder. They thought his bodily fluids were needed in order to perform a DNA analysis which would then give them the necessary grounds to proceed with the murder charge. However, one sergeant testified that they believed they certainly had suffi-

n'avait aucune attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard des objets saisis. À cette fin, l'intimée affirme que les échantillons de cheveux et de poils et les empreintes dentaires ont été saisis conformément au pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation légale.

(i) Le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation légale

Trois conditions doivent être remplies pour qu'une fouille soit validement effectuée en vertu du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation légale. Premièrement, l'arrestation doit être légale. Aucune fouille, si raisonnable soit-elle, ne peut être validée par ce pouvoir de common law si l'arrestation qui y a donné lieu a été arbitraire ou par ailleurs illégale. Deuxièmement, la fouille doit avoir été effectuée «accessoirement» à l'arrestation légale. À ces conditions qui sont presque évidentes en soi, il faut en ajouter une troisième, qui s'applique à toutes les fouilles effectuées par la police: la fouille doit être effectuée de manière raisonnable. Ces trois critères ont-ils été respectés en l'espèce?

L'arrestation était-elle légale?

Pour que l'arrestation soit légale, il fallait que les policiers croient subjectivement qu'il y avait des motifs raisonnables d'arrêter l'appelant. Il fallait également que ces motifs soient objectivement raisonnables. Toutefois, la norme à respecter n'est pas stricte au point d'exiger que les policiers établissent, avant de procéder à l'arrestation, l'existence d'une preuve suffisante à première vue pour justifier une déclaration de culpabilité: voir *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241.

Au cours du *voir-dire*, les policiers ont reconnu que, au moment de l'arrestation de l'appelant, ils n'avaient pas assez d'éléments de preuve pour l'accuser de meurtre. Ils ont cru que des substances corporelles de l'accusé seraient nécessaires pour procéder à une analyse d'empreintes génétiques qui leur fournirait les motifs nécessaires pour porter l'accusation de meurtre. Toutefois, un sergent a

cient grounds to arrest the appellant and bring him in for questioning. He also acknowledged that the sole purpose of the arrest was to obtain evidence from him and to question him.

The Ontario Court of Appeal decision in *R. v. Duguay, Murphy and Sevigny* (1985), 18 C.C.C. (3d) 289, aff'd on other grounds [1989] 1 S.C.R. 93, has been held to stand for the proposition that police officers, lacking reasonable and probable grounds to connect the suspect to the commission of the crime, cannot make an arrest solely to assist in the investigation. However, the circumstances of this case are very different. They are more akin to the situation presented in *Storrey, supra*, where the police did have reasonable and probable grounds for making an arrest, but continued their investigation afterwards. In that case, it was held at p. 253 that *Duguay, supra*:

... goes no further than confirming that an otherwise unlawful arrest cannot be justified on the grounds that it was necessary in order to further the investigation of the crime. It should not be taken as establishing a principle that whenever a lawful arrest is made, in circumstances where the police intend to do further investigation, that the arrest should then be considered to have been made for an improper purpose.

The statements made by the officers involved in the investigation reveal that, subjectively, they were under the impression that they had reasonable and probable grounds to believe that the appellant had committed the murder. I am also satisfied that, from an objective point of view, there were good and sufficient grounds for the officers to have reached that conclusion. The supporting facts can be summarized in this way: (a) the appellant was the last person seen with the deceased on the evening of her disappearance; (b) he could not, or at least did not, account for his whereabouts between 9:00 p.m. and 11:30 p.m. on that evening when he returned to his residence; (c) when the appellant returned home he was wet and cold, his clothes were muddy and he had a scratch over his eye and blood on his face consistent with having been in a

témoigné qu'ils étaient convaincus d'avoir des motifs suffisants pour arrêter l'appelant et l'amener avec eux afin de l'interroger. Il a aussi admis que l'arrestation ne visait qu'à obtenir des éléments de preuve auprès de l'appelant, et à l'interroger.

On a jugé que l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. c. Duguay, Murphy and Sevigny* (1985), 18 C.C.C. (3d) 289, confirmé pour d'autres motifs par [1989] 1 R.C.S. 93, permet de dire que des policiers qui n'ont pas de motifs raisonnables de lier le suspect à la perpétration d'un crime ne peuvent pas effectuer une arrestation dans le seul but de faciliter leur enquête. Toutefois, les circonstances de la présente affaire sont très différentes et ressemblent davantage à la situation qui existait dans l'arrêt *Storrey*, précité, où les policiers avaient eu des motifs raisonnables d'effectuer une arrestation, mais avaient poursuivi leur enquête par la suite. Dans cette affaire, la Cour conclut, à la p. 253, que l'arrêt *Duguay*, précité:

... ne fait que confirmer qu'une arrestation par ailleurs illégale ne saurait se justifier pour le motif qu'il était nécessaire d'y procéder pour continuer l'enquête sur le crime en question. Il ne faut pas y voir l'énoncé d'un principe portant que, chaque fois qu'une arrestation légale s'effectue dans des circonstances où la police a l'intention de poursuivre son enquête, cette arrestation devrait alors être considérée comme ayant été effectuée dans un dessein illégitime.

Les déclarations faites par les policiers ayant participé à l'enquête révèlent qu'ils avaient subjectivement l'impression d'avoir des motifs raisonnables de croire que l'appelant avait commis le meurtre. Je suis également convaincu que, d'un point de vue objectif, les policiers avaient des raisons sérieuses et suffisantes d'en arriver à cette conclusion. Les faits justificatifs peuvent se résumer ainsi: a) l'appelant était la dernière personne aperçue en compagnie de la victime le soir de sa disparition; b) il ne pouvait pas expliquer, ou du moins il n'a pas expliqué, où il s'était trouvé ce soir-là, entre 21 h et 23 h 30, heure de son retour chez lui; c) lorsqu'il est revenu à la maison, l'appelant était trempé, il avait froid, ses vêtements étaient couverts de boue et il avait une égratignure au-dessus d'un œil et du sang sur son visage qui

30

31

scuffle. When the deceased's body was found she appeared to have been physically beaten; (d) the appellant claimed to have been in a fight with some "Indians" but this story changed over time; (e) the appellant's worried and disturbed reaction to the police helicopter which was searching the river close to where the deceased was found; (f) immediately following the appellant's observation of the helicopter he left a suicide note and fled; (g) the appellant made a statement to Constable Cole saying, "I tried to stop her from killing herself. I left her there."; and (h) the RCMP received a report from two motorists that they had seen the deceased on the bridge crossing the Oromocto River and that she was with a male who met the description of the appellant.

32

In the result, both the subjective and objective requirements were met and the arrest was lawful. It must now be ascertained whether the various searches and seizures were conducted as "incidents" to this lawful arrest.

Were the Seizures of the Hair Samples, Teeth Impressions and Buccal Swabs Made "Incidental" to the Arrest?

The Scope of the Common Law Power of Search Incident to Arrest

33

In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, it was held that a search conducted without prior authorization is presumptively unreasonable. However, the long-standing power of search incident to arrest is an exception to this general rule: see *Leigh v. Cole* (1853), 6 Cox C.C. 329, and *Bessell v. Wilson* (1853), 1 El. & Bl. 489, 118 E.R. 518 (Q.B.). The original rationale for this power was based on (i) the need for the arresting officers to prevent the escape of the person arrested and to protect themselves by removing from the person arrested any weapon or tool that might facilitate escape and (ii) the need to prevent evidence under the control of the detainee from being destroyed. The common law power is eminently sensible and is essential for the protection of police officers carrying out

pouvaient laisser croire qu'il s'était bagarré. Lorsque le corps de la victime a été découvert, elle semblait avoir été battue; d) l'appelant a prétendu qu'il s'était bagarré avec des «Indiens», mais cette version des faits a changé avec le temps; e) la réaction inquiète et troublée qu'il a eue en voyant l'hélicoptère de la police survoler la rivière près de l'endroit où le corps de la victime a été trouvé; f) immédiatement après avoir aperçu l'hélicoptère, l'appelant a laissé une note de suicide et s'est enfui; g) l'appelant a fait la déclaration suivante à l'agent Cole: [TRADUCTION] «J'ai essayé de l'empêcher de se suicider. Je l'ai laissée là.»; et h) la GRC avait reçu un rapport de deux automobilistes, dans lequel ceux-ci affirmaient avoir aperçu la victime sur le pont enjambant la rivière Oromocto, avec un compagnon dont le signalement correspondait à celui de l'appelant.

En définitive, tant les exigences objectives que les exigences subjectives ont été respectées et l'arrestation était légale. Il faut maintenant déterminer si les diverses fouilles et saisies ont été effectuées «accessoirement» à cette arrestation légale.

La saisie des échantillons de cheveux et de poils, des empreintes dentaires et des prélèvements faits dans la bouche a-t-elle été effectuée «accessoirement» à l'arrestation?

La portée du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation

Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, notre Cour a conclu qu'une fouille effectuée sans autorisation préalable est présumée abusive. Toutefois, le pouvoir d'effectuer une fouille accessoire à une arrestation, qui existe depuis longtemps, est une exception à cette règle générale: voir *Leigh c. Cole* (1853), 6 Cox C.C. 329, et *Bessell c. Wilson* (1853), 1 El. & Bl. 489, 118 E.R. 518 (B.R.). La raison d'être initiale de ce pouvoir était (i) la nécessité que les policiers qui procèdent à une arrestation empêchent la personne arrêtée de s'échapper, et assurent leur propre protection en enlevant à la personne arrêtée toute arme ou tout objet susceptible de lui permettre de s'échapper plus facilement, et (ii) la nécessité d'empêcher la destruction des éléments de preuve

their all too often dangerous duties. Yet, reasonable limits of that power have been defined to avoid abuses.

In *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, the scope of the common law power of search upon lawful arrest was considered by this Court for the first time. The case established that such a search does not require reasonable and probable grounds beyond the grounds that were sufficient to support the lawfulness of the arrest itself. The reasons set out three limitations to the common law power. First, the power is a discretionary one and in certain circumstances the officer may properly exercise his or her discretion not to conduct a search. Second, the search must be for a valid objective in pursuit of the ends of criminal justice. Third, the search must not be conducted in an abusive fashion.

Following *Cloutier v. Langlois*, the courts gradually broadened the common law power of search incident to arrest. In *R. v. Lim (No. 2)* (1990), 1 C.R.R. (2d) 136 (Ont. H.C.), at p. 145, the scope of the power was extended to include evidence beyond that which might be destroyed by the detainee. Doherty J. stated that, in his view:

... in Canada, the justification for a warrantless search as an incident of arrest goes beyond the preservation of evidence from destruction at the hands of the arrested person to include the prompt and effective discovery and preservation of evidence relevant to the guilt or innocence of the arrested person.

The common law power was further expanded in *R. v. Speid* (1991), 8 C.R.R. (2d) 383 (Ont. C.A.), leave to appeal to S.C.C. denied May 7, 1992, [1992] 1 S.C.R. xi. In that case, a justice of the peace refused to issue a warrant for a search. The police officers then arrested the accused so that they could nevertheless proceed with a search. The Ontario Court of Appeal extended *Lim, supra*,

en la possession de la personne détenue. Le pouvoir de common law est des plus sensés et est essentiel à la protection des policiers dans l'exercice de leurs fonctions qui, trop souvent, sont dangereuses. Cependant, des limites raisonnables ont été imposées à ce pouvoir afin d'éviter les abus.

Notre Cour a examiné pour la première fois, dans l'arrêt *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, la question de l'étendue du pouvoir de common law de procéder à une fouille au moment d'une arrestation légale. Elle y a établi que cette fouille n'exige pas de motifs raisonnables outre ceux qui suffisent pour que l'arrestation elle-même soit légale. L'arrêt énonce trois limites au pouvoir conféré par la common law. Premièrement, ce pouvoir est discrétionnaire et, dans certaines circonstances, un policier peut légitimement juger bon de ne pas effectuer de fouille. Deuxièmement, la fouille doit viser un objectif valable dans la poursuite des fins de la justice criminelle. Troisièmement, la fouille ne doit pas être effectuée de façon abusive.

À la suite de l'arrêt *Cloutier c. Langlois*, les tribunaux ont progressivement élargi le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. Dans la décision *R. c. Lim (No. 2)* (1990), 1 C.R.R. (2d) 136 (H.C. Ont.), à la p. 145, le pouvoir a été élargi de manière à viser des éléments de preuve outre ceux qui pourraient être détruits par la personne détenue. Le juge Doherty a déclaré que, selon lui:

[TRADUCTION] ... au Canada, la justification d'une fouille effectuée sans mandat accessoirement à une arrestation va au-delà de la protection d'éléments de preuve contre leur destruction par la personne arrêtée et inclut la découverte et la protection promptes et effectives d'éléments de preuve pertinents pour déterminer la culpabilité ou l'innocence de la personne arrêtée.

Ce pouvoir de common law a été élargi davantage dans *R. c. Speid* (1991), 8 C.R.R. (2d) 383 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi devant notre Cour refusée le 7 mai 1992, [1992] 1 R.C.S. xi. Dans cette affaire, un juge de paix avait refusé de décerner un mandat de perquisition. Les policiers ont alors arrêté l'accusé de manière à pouvoir quand même procéder à une fouille. La Cour

34

35

36

to hold that the police were entitled to search the car driven by the accused since it was still in the immediate vicinity of the arrest even though the search was not undertaken immediately upon the arrest.

37 In *R. v. Smellie* (1994), 95 C.C.C. (3d) 9 (leave to appeal to S.C.C. denied June 8, 1995, [1995] 2 S.C.R. ix), the British Columbia Court of Appeal expressed agreement with the proposition set out in *Lim*, namely, that the power of search incidental to arrest is not limited to cases of necessity.

38 In *R. v. Belnavis* (1996), 107 C.C.C. (3d) 195 (Ont. C.A.), Doherty J.A. carefully considered the powers of search incidental to arrest. He found that the arrest for outstanding traffic fines did not authorize the search of the trunk of a vehicle. I agree with his reasoning and conclusion on this issue.

39 It is important to recognize that these cases, which purport to expand the common law power of search incidental to arrest, involve less intrusive searches of motor vehicles and the seizure of evidence found in them. This type of search is not in issue in this case and I need not express any opinion with regard to them. Obviously, completely different concerns arise where the search and seizure infringes upon a person's bodily integrity, which may constitute the ultimate affront to human dignity.

40 The question of whether or not the common law power of search incident to arrest can be extended to permit the seizure of bodily substances has recently been considered by provincial appellate courts, with conflicting results. In *R. v. Alderton* (1985), 17 C.C.C. (3d) 204, the Ontario Court of Appeal held at p. 208 that the seizure of scalp hair

d'appel de l'Ontario a étendu l'application de la décision *Lim*, précitée, pour conclure que la police avait le droit de fouiller la voiture conduite par l'accusé étant donné qu'elle se trouvait encore dans les environs immédiats du lieu de l'arrestation, même si la fouille n'avait pas été effectuée dès l'arrestation.

Dans l'arrêt *R. c. Smellie* (1994), 95 C.C.C. (3d) 9 (autorisation de pourvoi devant notre Cour refusée le 8 juin 1995, [1995] 2 R.C.S. ix), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est dite d'accord avec le principe dégagé dans la décision *Lim*, à savoir que le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation ne se limite pas à un contexte de nécessité.

Dans l'arrêt *R. c. Belnavis* (1996), 107 C.C.C. (3d) 195 (C.A. Ont.), le juge Doherty a soigneusement examiné les pouvoirs de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. Il a conclu qu'une arrestation pour cause de non-paiement d'amendes imposées pour des infractions en matière de circulation routière ne permettait pas de fouiller ou de perquisitionner dans le coffre d'un véhicule. Je suis d'accord avec son raisonnement et sa conclusion sur cette question.

Il importe de reconnaître que cette jurisprudence, qui a pour effet d'élargir le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation, a trait à des fouilles de véhicules automobiles moins envahissantes et à la saisie des éléments de preuve qu'elles ont permis d'y trouver. Ce genre de fouille n'est pas en cause ici et je n'ai pas à exprimer une opinion à ce sujet. Évidemment, des préoccupations tout à fait différentes surgissent lorsque la fouille et la saisie effectuées violent l'intégrité physique d'une personne, et peuvent constituer l'atteinte la plus grave à la dignité humaine.

Des cours d'appel provinciales ont examiné récemment la question de savoir si le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation pouvait être élargi de manière à permettre la saisie de substances corporelles, mais elles sont arrivées à des conclusions contradictoires. Dans l'arrêt *R. c. Alderton* (1985), 17

samples from the accused did not violate s. 8 of the *Charter*, as

[i]t is settled law that following a valid arrest a police officer may search the person arrested and may seize anything that he reasonably believes will afford evidence of the commission of the offence with which the person arrested is charged and of the arrested person's connection with it.

Conversely, in the more recent case of *Legere*, *supra*, the point was made that since the police cannot enter a person's house to look for hairs without a warrant, they should not be entitled, as part of their investigation, to take hair from an individual they have just arrested. It was concluded that, on the facts of that case, the hair samples were not seized as an incident to arrest. Angers J.A., writing for the court, stated, at p. 379, that, "the forcible taking of parts of a person, in the absence of legislation authorizing such acts, is an infringement of the right to security of the person and constitutes an unreasonable seizure". This position was affirmed in *R. v. Paul* (1994), 155 N.B.R. (2d) 195 (C.A.), where Hoyt C.J.N.B. stated, at p. 203, that:

Searches made incidentally to an arrest are justified so that the arresting officer can be assured that the person arrested is not armed or dangerous and seizures are justified to preserve evidence that may go out of existence or be otherwise lost. As neither circumstance existed here, the Crown cannot rely on a power that is incidental to an arrest to justify seizure of the hair samples. . . . In my opinion, the power to search and seize does not extend beyond those purposes.

I agree with that position. It has often been clearly and forcefully expressed that state interference with a person's bodily integrity is a breach of a person's privacy and an affront to human dignity. The invasive nature of body searches demands higher standards of justification. In *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945, at p. 949, Lamer J., as he then was, noted that, "a violation of the sanctity of

C.C.C. (3d) 204, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu, à la p. 208, que la saisie de cheveux d'un accusé ne violait pas l'art. 8 de la *Charte*, étant donné

[TRADUCTION] [qu'] il est bien établi que, à la suite d'une arrestation valide, un policier peut fouiller la personne arrêtée et saisir tout ce qui, selon ce qu'il croit raisonnablement, constituera une preuve de la perpétration de l'infraction dont cette personne est accusée et du lien de cette personne avec cette infraction.

Par contre, dans l'arrêt plus récent *Legere*, précité, on a fait remarquer que, puisque la police ne peut entrer sans mandat chez quelqu'un pour y chercher des cheveux, elle ne devrait pas être autorisée, dans le cours de son enquête, à prélever des cheveux d'une personne qu'elle vient d'arrêter. On a conclu que, d'après les faits de cette affaire, la saisie des échantillons de cheveux n'était pas accessoire à l'arrestation. Le juge Angers affirme, au nom de la cour, à la p. 379, que [TRADUCTION] «le prélèvement de parties du corps d'une personne, effectué de force et en l'absence d'une loi l'autorisant, est une atteinte au droit à la sécurité de la personne et constitue une saisie abusive». Ce point de vue a été confirmé dans *R. c. Paul* (1994), 155 R.N.-B. (2^e) 195 (C.A.), où le juge en chef Hoyt déclare, à la p. 203:

[TRADUCTION] Les fouilles ou perquisitions accessoires à une arrestation sont justifiées afin de permettre aux policiers effectuant l'arrestation de s'assurer que la personne arrêtée n'est ni armée ni dangereuse. Les saisies sont aussi justifiées afin de conserver les éléments de preuve qui autrement pourraient être détruits ou perdus. Puisqu'on ne trouve aucune de ces circonstances ici, la Couronne ne peut se fonder sur le pouvoir accessoire à l'arrestation pour justifier la saisie des échantillons de cheveux et de poils [. . .] À mon avis, le pouvoir de fouiller, de perquisitionner et de saisir ne va pas au-delà de ces fins.

Je suis d'accord avec ce point de vue. On a souvent dit clairement et avec vigueur qu'une atteinte de l'État à l'intégrité physique d'une personne est une violation de la vie privée de cette personne et une atteinte à la dignité humaine. La nature envahissante des fouilles corporelles requiert des normes de justification plus strictes. Dans l'arrêt *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945, à la p. 949, le

41

42

a person's body is much more serious than that of his office or even of his home". In addition, La Forest J. observed in *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 431-32, "the use of a person's body without his consent to obtain information about him, invades an area of personal privacy essential to the maintenance of his human dignity". Finally, in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at p. 517, Dickson C.J. stated:

The third and most highly intrusive type of search is that sometimes referred to as the body cavity search, in which customs officers have recourse to medical doctors, to X-rays, to emetics, and to other highly invasive means.

Searches of the third or bodily cavity type may raise entirely different constitutional issues for it is obvious that the greater the intrusion, the greater must be the justification and the greater the degree of constitutional protection.

43

It is certainly significant that Parliament has recently amended the *Criminal Code*, through the addition of s. 487.05, so as to create a warrant procedure for the seizure of certain bodily substances for the purposes of DNA testing. This suggests that Parliament has recognized the intrusive nature of seizing bodily samples. The section requires that the police have reasonable and probable grounds, as well as authorization from a judicial officer, before they can make such seizures. If this type of invasive search and seizure came within the common law power of search incident to arrest, it would not have been necessary for the government to create a parallel procedure for the police to follow. In my view, it would be contrary to authority to say that this is no more than a codification of the common law.

juge Lamer, maintenant Juge en chef, souligne que «la violation de l'intégrité physique de la personne humaine est une affaire beaucoup plus grave que celle de son bureau ou même de son domicile». De plus, le juge La Forest fait observer, dans *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417, aux pp. 431 et 432, que «l'utilisation du corps d'une personne, sans son consentement, en vue d'obtenir des renseignements à son sujet, constitue une atteinte à une sphère de la vie privée essentielle au maintien de sa dignité humaine». Finalement, dans l'arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, à la p. 517, le juge en chef Dickson affirme:

Le troisième type de fouille, celui qui comporte l'empiètement le plus poussé, est parfois appelé examen des cavités corporelles; pour ce genre de fouille, les agents des douanes ont recours à des médecins, à des rayons X, à des émétiques, ainsi qu'à d'autres moyens comportant un empiètement des plus poussés.

Les fouilles de la troisième catégorie ou examen des cavités corporelles peuvent soulever des questions constitutionnelles entièrement différentes puisqu'il est évident que plus l'empiètement sur la vie privée est important, plus sa justification et le degré de protection constitutionnelle accordée doivent être importants.

Il est sûrement révélateur que le Parlement ait récemment modifié le *Code criminel* en ajoutant l'art. 487.05, de manière à créer une procédure d'obtention de mandat autorisant à saisir certaines substances corporelles aux fins d'une analyse d'empreintes génétiques. Cela porte à croire que le Parlement a reconnu la nature envahissante de la saisie d'échantillons de substances corporelles. Cet article exige que la police ait des motifs raisonnables de même que l'autorisation d'un officier de justice pour pouvoir effectuer de telles saisies. Si ce type de fouille et de saisie envahissantes relevait du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation, le gouvernement n'aurait pas eu besoin de créer une procédure parallèle qui devrait être suivie par la police. À mon avis, il serait contraire à la jurisprudence et à la doctrine d'affirmer qu'il ne s'agit de rien de plus qu'une codification de la common law.

(ii) Application to the Facts of this Case

While the appellant was not subjected to a body “cavity” search, the search conducted went far beyond the typical “frisk” search which usually accompanies an arrest. Sergeant Kennedy passed his gloved hand through the appellant’s hair to remove some hair, combed some more out, and clipped and pulled out still more. The appellant was then made to pull hair from his own pubic area. A dentist was called in to take the appellant’s teeth impressions and buccal swabs. All this was without the appellant’s consent and despite his protests. The dental procedure involved the placing of several instruments and various substances into the appellant’s mouth. As well, photographs and a video were taken of his mouth. The whole procedure took two hours.

Counsel for the respondent argued that the taking of dental impressions was analogous to the routine practice of fingerprinting. The case of *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, was cited as support for the proposition that the common law allowed for the use of such identification procedures upon arrest. In that case, La Forest J. noted that the reduced privacy expectation upon arrest justifies the fingerprinting. However, he added this important qualification at p. 413:

While some may find [fingerprinting] distasteful, it is insubstantial, of very short duration, and leaves no lasting impression. There is no penetration into the body and no substance is removed from it.

How very different is the making of dental impressions. It is a lengthy and highly intrusive process. Further, the taking of the scalp and pubic hair samples involved the forceful removal of hair from the body over the specific objections of the accused. Significantly, in *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145, it was found that where there is no

(ii) Application aux faits de la présente affaire

Bien que l’appellant n’ait pas été soumis à un examen des «cavités» corporelles, la fouille dont il a fait l’objet est allée bien plus loin que la fouille sommaire qui accompagne habituellement une arrestation. Le sergent Kennedy a prélevé des cheveux en passant sa main gantée dans les cheveux de l’appellant, de même qu’en les peignant, en en coupant et en en arrachant. L’appellant a ensuite été forcé de s’arracher des poils pubiens. On a demandé à un dentiste de venir prendre les empreintes dentaires de l’appellant et faire des prélèvements dans sa bouche. Tout cela s’est fait sans le consentement de l’appellant et malgré ses protestations. La prise d’empreintes dentaires nécessitait de placer plusieurs instruments et diverses substances dans la bouche de l’appellant. De même, des photographies de sa bouche ont été prises et un enregistrement vidéo en a été fait. Toute cette procédure a duré deux heures.

L’avocat de l’intimée a fait valoir que la prise d’empreintes dentaires était analogue à la pratique courante de la prise d’empreintes digitales. On s’est fondé sur l’arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, pour dire que la common law permet le recours à de telles procédures d’identification dès qu’il y a arrestation. Dans cet arrêt, le juge La Forest a fait remarquer que la prise des empreintes digitales se justifie par le fait que l’attente en matière de respect de la vie privée est moins grande une fois qu’il y a arrestation. Il ajoute toutefois cette précision importante, à la p. 413:

Certains peuvent évidemment trouver le procédé [la prise des empreintes digitales] déplaisant, mais il est anodin, ne prend que très peu de temps et ne laisse aucune séquelle durable. Rien n’est introduit dans le corps et il n’en est prélevé aucune substance.

Quelle différence avec la prise d’empreintes dentaires, qui est un procédé long et très envahissant. De plus, le prélèvement d’échantillons de cheveux et de poils pubiens a été fait de force sur le corps de l’appellant, et malgré ses protestations. Fait significatif, dans l’arrêt *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145, il a été conclu que lorsque la saisie

44

45

46

statutory authorization for the seizure of bodily samples, consent must be obtained if the seizure is to be lawful. Here the police knew they were dealing with a young offender. They were aware that the *Young Offenders Act* required that a parent or counsel should be present when a suspected young offender was being interviewed. Nonetheless, in the absence of any adult counsellor and contrary to the specific instruction of his lawyers, the police interviewed the appellant at length and by threat of force took bodily samples and dental impressions. This was the abusive exercise of raw physical authority by the police.

d'échantillons de substances corporelles n'est pas autorisée par la loi, il faut obtenir le consentement pour que la saisie soit légale. En l'espèce, la police savait qu'elle avait affaire à un jeune contrevenant. Elle savait que la *Loi sur les jeunes contrevenants* exige qu'un parent ou un avocat assiste à l'interrogatoire d'un adolescent soupçonné d'avoir commis une infraction. Néanmoins, en l'absence de tout conseiller adulte et contrairement aux directives explicites des avocats de l'appellant, la police a longuement interrogé ce dernier et a, en menaçant de recourir à la force, prélevé des échantillons de substances corporelles et pris des empreintes dentaires. Elle s'est ainsi livrée à un exercice abusif de force physique brute.

47 No matter what may be the pressing temptations to obtain evidence from a person the police believe to be guilty of a terrible crime, and no matter what the past frustrations to their investigations, the police authority to search as an incident to arrest should not be exceeded. Any other conclusion could all too easily lead to police abuses in the name of the good of society as perceived by the officers. When they are carrying out their duties as highly respected and admired agents of the state they must respect the dignity and bodily integrity of all who are arrested. The treatment meted out by agents of the state to even the least deserving individual will often indicate the treatment that all citizens of the state may ultimately expect. Appropriate limits to the power of search incidental to arrest must be accepted and respected.

Quelle que puisse être la tentation ardente de la police d'obtenir des éléments de preuve d'une personne qu'elle croit coupable d'un crime terrible, et quelles que puissent être les déboires qu'elle a connus dans ses enquêtes antérieures, la police ne doit pas excéder son pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. Toute autre conclusion pourrait trop facilement amener des policiers à commettre des abus au nom de ce qu'ils croient être le bien de la société. Dans l'exercice de leurs fonctions de mandataires de l'État très respectés et admirés, ils doivent respecter la dignité et l'intégrité physique de tous ceux qu'ils arrêtent. Le traitement que des mandataires de l'État réservent même à l'individu le moins digne d'égards sera souvent une indication du traitement que tous les citoyens de l'État peuvent s'attendre à recevoir en fin de compte. Des limites appropriées doivent être acceptées et respectées en ce qui concerne le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation.

48 The power to search and seize incidental to arrest was a pragmatic extension to the power of arrest. Obviously the police must be able to protect themselves from attack by the accused who has weapons concealed on his person or close at hand. The police must be able to collect and preserve

Le pouvoir d'effectuer une fouille et une saisie accessoires à une arrestation est un prolongement pratique au pouvoir d'effectuer cette arrestation. Il est évident que les policiers doivent être en mesure de se protéger contre toute attaque de l'accusé qui a dissimulé sur lui des armes ou qui en a à sa portée. Les policiers doivent être en mesure de recueillir et de préserver les éléments de preuve qui se trouvent sur les lieux de l'arrestation ou

evidence located at the site of the arrest or in a nearby motor vehicle. As Rice J.A. put it in his dissenting reasons (at p. 360 N.B.R.):

The power to search and seize incidental to an arrest is predicated on pragmatic and exigent considerations inherent to the circumstances of an arrest.

The common law power cannot be so broad as to empower police officers to seize bodily samples. They are usually in no danger of disappearing. Here, there was no likelihood that the appellant's teeth impressions would change, nor that his hair follicles would present a different DNA profile with the passage of time. There was simply no possibility of the evidence sought being destroyed if it was not seized immediately. It should be remembered that one of the limitations to the common law power articulated in *Cloutier v. Langlois*, *supra*, was the discretionary aspect of the power and that it should not be abusive. The common law power of search incidental to arrest cannot be so broad as to encompass the seizure without valid statutory authority of bodily samples in the face of a refusal to provide them. If it is, then the common law rule itself is unreasonable, since it is too broad and fails to properly balance the competing rights involved.

It is clear that the appellant's right to be free from unreasonable search and seizure was very seriously violated. Since the search and seizure of the bodily samples was not authorized by either statutory or common law it could not have been reasonable. It is thus unnecessary to consider either the reasonableness of the law or the manner in which the search was conducted.

(b) *Did the Taking of the Hair Samples, Teeth Impressions and Buccal Swabs Contravene Section 7 of the Charter?*

The taking of the dental impressions, hair samples and buccal swabs from the accused also con-

dans un véhicule à moteur se trouvant à proximité de ces lieux. Comme le juge Rice le dit dans ses motifs de dissidence (à la p. 360 R.N.-B.):

[TRADUCTION] Le pouvoir d'effectuer une fouille et une saisie qui sont accessoires à l'arrestation est fondé sur des considérations pratiques et urgentes qui sont inhérentes aux circonstances de l'arrestation.

Le pouvoir de common law ne peut pas être étendu au point d'habiliter les policiers à saisir des échantillons de substances corporelles. Ces échantillons ne risquent pas habituellement de disparaître. En l'espèce, il n'y avait aucune chance que les empreintes dentaires de l'appelant ou le profil génétique de ses follicules pileux changent avec le temps. Il n'y avait simplement aucune possibilité que les éléments de preuve recherchés soient détruits s'ils n'étaient pas saisis immédiatement. Il faut se rappeler que l'une des limites imposées au pouvoir de common law dans l'arrêt *Cloutier c. Langlois*, précité, était l'aspect discrétionnaire de ce pouvoir et la condition qu'il ne soit pas exercé de façon abusive. Le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation ne peut pas être large au point de viser la saisie d'échantillons de substances corporelles effectuée sans autorisation légale valide et malgré un refus de les fournir. S'il est large à ce point, alors la règle de common law elle-même est abusive parce qu'elle est trop générale et ne pondère pas adéquatement les droits qui s'opposent.

Il est clair qu'il y a eu violation très grave du droit de l'appelant à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. Étant donné que la fouille et la saisie des échantillons de substances corporelles n'étaient autorisées ni par une loi ni par la common law, elles ne pouvaient qu'être abusives. Il est donc inutile de déterminer si la loi était raisonnable ou d'examiner la manière dont la fouille a été effectuée.

b) *Le prélèvement d'échantillons de cheveux et de poils, la prise d'empreintes dentaires et les prélèvements faits dans la bouche contre-venaient-ils à l'art. 7 de la Charte?*

La prise d'empreintes dentaires, le prélèvement de cheveux et de poils et les prélèvements faits

49

50

51

travened the appellant's s. 7 *Charter* right to security of the person. The taking of the bodily samples was highly intrusive. It violated the sanctity of the body which is essential to the maintenance of human dignity. It was the ultimate invasion of the appellant's privacy. See *Pohoretsky, supra*. In *Dyment, supra*, at pp. 431-32, La Forest J. emphasized that "the use of a person's body without his consent to obtain information about him, invades an area of personal privacy essential to the maintenance of his human dignity". Quite simply, the taking of the samples without authorization violated the appellant's right to security of his person and contravened the principles of fundamental justice.

(2) The Discarded Tissue

(a) *Did the Taking of the Discarded Tissue Contravene Section 8 of the Charter?*

52

The appellant had advised the police, through the letter from his lawyers, that he refused to provide any bodily samples whatsoever. Despite this express refusal, the police seized a tissue, used by the appellant to blow his nose, from the garbage bin in the washroom of the RCMP headquarters. In other words, the police obtained surreptitiously that which the appellant had refused to provide them voluntarily; namely a sample from which his DNA profile could be obtained.

53

The majority of the Court of Appeal found that when the appellant discarded the unwanted tissue he abandoned it and in so doing, ceased to have a reasonable expectation of privacy in it. In *Dyment, supra*, the concept of "abandoning" something in which one usually has a privacy expectation was considered. Reference was made to the case of *R. v. LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31 (N.B.C.A.), by way of illustration. There, the police, after taking the accused to hospital, obtained a sample of his blood from the front seat of the vehicle. The court held that the police were "gathering" as opposed to seizing the evidence. The accused was said to have abandoned his blood and, in the result,

dans la bouche de l'appelant enfreignaient aussi le droit à la sécurité de sa personne que lui garantissait l'art. 7 de la *Charte*. Le prélèvement des substances corporelles était un acte très envahissant. Il violait l'intégrité du corps, qui est essentielle à la dignité humaine. Il constituait l'atteinte la plus grave à la vie privée de l'appelant. Voir *Pohoretsky, précité*. Dans l'arrêt *Dyment, précité*, aux pp. 431 et 432, le juge La Forest souligne que «l'utilisation du corps d'une personne, sans son consentement, en vue d'obtenir des renseignements à son sujet, constitue une atteinte à une sphère de la vie privée essentielle au maintien de sa dignité humaine». Le prélèvement sans autorisation d'échantillons a tout simplement violé le droit de l'appelant à la sécurité de sa personne et a enfreint les principes de justice fondamentale.

(2) Le papier-mouchoir jeté

a) *La saisie du papier-mouchoir jeté contrevenait-elle à l'art. 8 de la Charte?*

L'appelant avait informé la police, au moyen de la lettre de ses avocats, qu'il refusait de fournir tout échantillon de substances corporelles quel qu'il soit. Malgré ce refus explicite, la police a saisi un papier-mouchoir que l'appelant avait utilisé pour se moucher et qu'il avait jeté dans la poubelle des toilettes du quartier général de la GRC. En d'autres termes, la police a obtenu subrepticement ce que l'appelant avait refusé de lui fournir volontairement, soit un échantillon à partir duquel son profil génétique pourrait être tracé.

La Cour d'appel à la majorité a conclu que, lorsque l'appelant a jeté le papier-mouchoir dont il n'avait plus besoin, il l'a abandonné et, ce faisant, il a cessé d'avoir une attente raisonnable en matière de vie privée à son sujet. Dans l'arrêt *Dyment, précité*, la Cour a examiné le concept de l'«abandon» d'une chose au sujet de laquelle on a normalement une attente en matière de vie privée. On a mentionné comme exemple l'arrêt *R. c. LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31 (C.A.N.-B.), où la police, après avoir conduit l'accusé à l'hôpital, avait prélevé un échantillon de son sang sur le siège avant de la voiture. La cour a conclu que la police avait «recueilli» plutôt que saisi l'élément

ceased to have a reasonable expectation of privacy with regard to it.

That situation was contrasted with the facts presented in *Dyment* where the doctor who treated the appellant gave the police a sample of the appellant's blood, which he had taken for medical purposes, without the appellant's knowledge or consent. It was found that the appellant retained an expectation of privacy in the sample which continued past the time of its taking and therefore, in seizing the sample, the officer breached the appellant's privacy interests.

There have been a number of cases supporting the proposition that, where a suspect or an accused, while in the presence of the police, discards an item offering potentially valuable DNA evidence, the officers may "gather" that evidence and it will not be considered an unlawful seizure. In *R. v. Love*, [1994] A.J. No. 847 (Q.B.), the RCMP conducted an undercover operation with the aim of obtaining bodily samples from the accused. On one occasion, the undercover officer and the accused were in a motel. When the officer saw the accused blow his nose and throw the tissue in the garbage can, he retrieved it and submitted it for testing. In admitting the evidence, Cairns J., of the Alberta Court of Queen's Bench, held (at para. 102) that "[t]he retrieval of the tissue paper from the newly lined garbage can did not amount to a seizure from the accused — he had discarded the tissue paper — and the policeman simply retrieved what I would describe as 'potentially valuable waste'". The Court of Appeal agreed that the seizure of the tissue did not involve a *Charter* breach: (1995), 102 C.C.C. (3d) 393.

A further example of this reasoning can be found in *R. v. Arp*, [1995] B.C.J. No. 882 (S.C.). In that case, following an interview of the accused at the police station, a constable returned to the

de preuve. On a dit que l'accusé avait abandonné son sang et qu'il avait donc cessé d'avoir une attente raisonnable en matière de vie privée à son sujet.

Cette situation a été comparée aux faits en cause dans l'arrêt *Dyment* où le médecin qui avait traité l'appelant avait, à l'insu de celui-ci et sans son consentement, remis à la police un échantillon du sang de l'appelant qu'il avait prélevé à des fins médicales. On a conclu que l'appelant continuait d'avoir une attente en matière de vie privée relativement à l'échantillon après son prélèvement et que, par conséquent, en saisissant l'échantillon, le policier avait violé les droits à la vie privée de l'appelant.

Un certain nombre de décisions appuient la proposition voulant que, lorsqu'un suspect ou un accusé, qui se trouve en présence de la police, se défait d'un objet qui peut constituer un élément de preuve utile pour établir son profil génétique, les policiers peuvent «recueillir» cet élément de preuve sans que cela soit considéré comme une saisie illégale. Dans l'affaire *R. c. Love*, [1994] A.J. No. 847 (B.R.), la GRC avait eu recours à un policier en civil pour obtenir des échantillons de substances corporelles de l'accusé. À un moment donné, alors que le policier en civil et l'accusé se trouvaient dans un motel, le policier a vu l'accusé se moucher et jeter le papier-mouchoir dans la poubelle. Il l'a alors récupéré pour le faire analyser. En admettant cet élément de preuve, le juge Cairns de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a conclu (au par. 102) que [TRADUCTION] «[l]a récupération du papier-mouchoir qui avait été jeté dans une poubelle, dont le sac venait d'être changé, n'équivalait pas à une saisie auprès de l'accusé — il avait jeté le papier-mouchoir — et le policier a simplement récupéré ce que je décrirais comme un «rebut potentiellement utile»». La Cour d'appel a convenu que la saisie du papier-mouchoir ne comportait aucune violation de la *Charte*: (1995), 102 C.C.C. (3d) 393.

La décision *R. c. Arp*, [1995] B.C.J. No. 882 (C.S.), est un autre exemple de ce raisonnement. Dans cette affaire, un policier était retourné dans la salle du poste de police où venait d'avoir lieu

54

55

56

interview room and gathered the cigarette butts which the accused had discarded in an ashtray provided by the police. The court held that the accused had abandoned the evidence and, in the circumstances, had no reasonable expectation of privacy with respect to these items: see also *R. v. Legere* (1994), 95 C.C.C. (3d) 139 (N.B.C.A.); *R. v. Titian*, B.C.S.C., Victoria Reg. No. 70624, May 26, 1994 (Warren J.), unreported.

l'interrogatoire de l'accusé et y avait recueilli les mégots de cigarette que l'accusé avait laissés dans un cendrier fourni par la police. La cour a conclu que l'accusé avait abandonné ces éléments de preuve et que, dans les circonstances, il n'avait pas d'attente raisonnable en matière de vie privée à leur sujet: voir aussi *R. c. Legere* (1994), 95 C.C.C. (3d) 139 (C.A.N.-B.); *R. c. Titian*, C.S.C.-B., n° du greffe de Victoria 70624, 26 mai 1994 (le juge Warren), inédit.

57 In the instant case, counsel for the respondent argued that the mucous sample was obtained by "happenstance", that it was "purely an accidental happening and was not being sought by the police". Counsel for the respondent submitted further that:

Not only is this not a case where the police engineered the taking it is not even a case where the police, by design, deliberately afforded themselves the opportunity to make such observations. What the police did was take advantage of an otherwise unforeseen occurrence. [Emphasis in original.]

En l'espèce, l'avocat de l'intimée a allégué que l'échantillon de mucosités a été obtenu par [TRA-DUCTION] «hasard», qu'il s'était agi d'un [TRADUCTION] «événement purement fortuit que la police n'avait pas cherché à provoquer». L'avocat de l'intimée a, en outre, fait valoir:

[TRADUCTION] Non seulement ne s'agit-il pas d'une situation où la police a organisé le prélèvement, mais encore ce n'est même pas une situation où la police s'était donnée intentionnellement et délibérément l'occasion de faire ces observations. La police a seulement profité d'un événement par ailleurs imprévu. [Souligné dans l'original.]

58 The difficulty with this argument is that when an accused person is in custody, the production of bodily samples is not an unforeseen occurrence. It is simply the inevitable consequence of the normal functioning of the human body. The police are only able to profit from the production of the samples because the accused is continuously under their surveillance. For this reason it is somewhat misleading to speak of "abandonment" in the context of evidence obtained from an accused who is in custody.

La difficulté que pose cet argument, c'est que, lorsqu'un accusé est détenu, la production d'échantillons de substances corporelles n'a rien d'imprévu. Elle est simplement la conséquence inévitable du fonctionnement normal du corps humain. Les policiers ne sont capables de profiter de cette production d'échantillons que parce que l'accusé est constamment sous leur surveillance. C'est pourquoi il est quelque peu trompeur de parler d'«abandon» dans le contexte d'un élément de preuve obtenu auprès d'un accusé qui est détenu.

59 The appellant had been arrested at the time the tissue was seized, and was being detained. He had exercised his right to refuse to provide the police with bodily samples for the purposes of DNA analysis. Without that consent, the police had no right to take these samples from him. However, in the course of his five-day detention, it is reasonable to presume that, among other things, the appellant would blow his nose, use the toilet, possibly cut himself and bleed, and eat from a spoon. In other words, through "happenstance" the police would be able to take advantage of the appellant's

L'appelant était en état d'arrestation et détenu au moment où le papier-mouchoir a été saisi. Il avait exercé son droit de refuser de fournir à la police des échantillons de substances corporelles aux fins d'une analyse d'empreintes génétiques. Sans son consentement, les policiers n'avaient aucun droit de faire ces prélèvements. Cependant, il était raisonnable de supposer notamment que, pendant ses cinq jours de détention, l'appelant se moucherait, irait à la toilette, perdrait peut-être du sang à la suite d'une coupure et utiliserait une cuillère pour manger. Autrement dit, grâce au

imprisonment to obtain all the samples they needed, but which they could not legally seize in the absence of a valid search warrant. In those circumstances, how can the appellant assert his right not to consent to the provision of bodily samples? He would be required to destroy every tissue he used, to hide every spoon he ate from, to keep cigarette butts, chewed gum or any other potentially incriminating evidence on his person at all times in order to prevent the police from "retrieving" this "potentially useful waste".

R. v. Mellenthin, [1992] 3 S.C.R. 615, at p. 624, set out the requirements for a consent to be considered valid in the context of a search and seizure. Specifically it is, "incumbent upon the Crown to adduce evidence that the person detained had indeed made an informed consent to the search based upon an awareness of his rights to refuse to respond to the questions or to consent to the search" (emphasis added). It follows that for consent to be validly given, the accused must have the ability to prevent the police from conducting a search or seizure by withholding his consent. Where the accused is in custody, his announced refusal to consent to providing bodily samples becomes meaningless if, because he is incarcerated, he cannot prevent those samples from being taken.

Obviously an accused person will have a lower expectation of privacy following his or her arrest and subsequent custody. That expectation of privacy will be even lower when serving a sentence after conviction. Therefore, it may well be that certain kinds of searches and seizures may validly be performed on a person in custody which could not validly be performed on persons who have not yet been arrested or convicted. Nevertheless, I am of the view that the appellant's expectation of privacy in this instance, although lower after his arrest, was not so low as to permit the seizure of the tissue. The privacy expectation should not be reduced to such an extent as to justify seizures of bodily

«hasard», la police serait en mesure de profiter de l'emprisonnement de l'appelant pour obtenir tous les échantillons requis qu'elle ne pouvait pas légalement saisir en l'absence d'un mandat de perquisition valide. Dans ces circonstances, comment l'appelant peut-il invoquer son droit de ne pas consentir à fournir des échantillons de substances corporelles? Il lui faudrait détruire tous les papiers-mouchoirs qu'il a utilisés, cacher toutes les cuillères dont il s'est servi pour manger, conserver sur lui en tout temps ses mégots de cigarette et ses vieilles gommages à mâcher et tout autre élément de preuve susceptible de l'incriminer, afin d'empêcher la police de «récupérer» ces «rebut potentiellement utiles».

L'arrêt *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615, à la p. 624, a établi les conditions auxquelles un consentement sera considéré valide dans le contexte d'une fouille ou perquisition suivie d'une saisie. Plus précisément, il «appartient au ministère public de prouver que la personne détenue a effectivement donné un consentement éclairé à la fouille tout en connaissant son droit de refuser de répondre aux questions ou de consentir à la fouille» (je souligne). Il s'ensuit que, pour qu'un consentement soit valide, l'accusé doit être en mesure d'empêcher la police d'effectuer la fouille, perquisition ou saisie en refusant de le donner. Lorsque l'accusé est détenu, son refus explicite de consentir à fournir des échantillons de substances corporelles perd son sens si, parce qu'il est incarcéré, il ne peut pas empêcher le prélèvement de ces échantillons.

Évidemment, un accusé a une attente moins grande en matière de vie privée à la suite de son arrestation et au cours de sa détention subséquente. Cette attente en matière de vie privée sera encore moins grande lorsqu'il purgera sa peine à la suite d'un verdict de culpabilité. Par conséquent, il se peut bien qu'une personne détenue puisse faire l'objet de certains types de fouilles ou de saisies valides auxquelles ne pourraient pas être soumises des personnes qui n'ont pas encore été arrêtées ni déclarées coupables. Néanmoins, je suis d'avis qu'en l'espèce l'attente de l'appelant en matière de vie privée, bien qu'elle ait diminué à la suite de son arrestation, n'était pas faible au point de per-

60

61

samples without consent, particularly for those who are detained while they are still presumed to be innocent.

mettre la saisie du papier-mouchoir. Cette attente ne devrait pas être réduite au point de justifier les saisies d'échantillons de substances corporelles effectuées sans consentement, particulièrement dans le cas des personnes qui sont détenues alors qu'elles sont encore présumées innocentes.

62 Thus, where an accused who is not in custody discards a kleenex or cigarette butt, the police may ordinarily collect and test these items without any concern about consent. A different situation is presented when an accused in custody discards items containing bodily fluids. Obviously an accused in custody cannot prevent the authorities from taking possession of these items. Whether the circumstances were such that the accused had abandoned the items and relinquished any privacy interest in them will have to be determined on the particular facts presented in each case.

Par conséquent, lorsqu'un accusé qui n'est pas détenu jette un papier-mouchoir ou un mégot de cigarette, la police peut normalement recueillir ces objets et les faire analyser, sans avoir à se soucier d'obtenir un consentement. La situation est différente lorsqu'un accusé qui est détenu jette des objets contenant des substances corporelles. Il est évident qu'un accusé en détention ne peut pas empêcher les autorités de s'emparer de ces objets. La question de savoir si la situation était telle que l'accusé a abandonné les objets et renoncé à tout droit à ce qu'ils demeurent confidentiels devra être tranchée en fonction des faits particuliers de chaque affaire.

63 However, in this case, the accused had announced through his lawyers that he would not consent to the taking of any samples of his bodily fluids. The police were aware of his decision. Despite this they took possession of the tissue discarded by the appellant while he was in custody. In these circumstances the seizure was unreasonable and violated the appellant's s. 8 *Charter* rights.

En l'espèce, toutefois, l'accusé avait fait savoir par ses avocats qu'il ne consentirait pas au prélèvement d'échantillons de ses substances corporelles. Les policiers étaient au courant de cette décision. En dépit de cela, ils se sont emparés du papier-mouchoir que l'appelant avait jeté alors qu'il était détenu. Dans ces circonstances, la saisie était abusive et violait les droits garantis à l'appelant par l'art. 8 de la *Charte*.

(b) *Did the Taking of the Discarded Tissue Contravene Sections 7 and 10(b) of the Charter?*

b) *La saisie du papier-mouchoir jeté contrevenait-elle à l'art. 7 et à l'al. 10b) de la Charte?*

64 The appellant raised the alternative argument that it was the conduct of the RCMP officers, which violated the appellant's ss. 7 and 10(b) *Charter* rights, which, in turn, made possible the seizure of the tissue. Notwithstanding the appellant's refusal to speak to the police without one of his counsel present, the police persisted in questioning him after his lawyers left. It was argued that it was in the context of this wilful disregard of the appellant's right to have the questioning cease, or to have his lawyer present, as required by s. 56(2)(d) of the *Young Offenders Act*, that the police were able to obtain this self-incriminating

L'appelant a fait valoir subsidiairement que c'était la conduite des agents de la GRC, qui avait violé ses droits garantis par l'art. 7 et l'al. 10b) de la *Charte*, qui avait, à son tour, rendu possible la saisie du papier-mouchoir. Malgré le refus de l'appelant de s'adresser aux policiers sans la présence de l'un de ses avocats, les policiers ont persisté à l'interroger après le départ de ses avocats. On a allégué que c'était dans le contexte de ce mépris délibéré du droit de l'appelant de faire cesser l'interrogatoire ou d'exiger la présence de ses avocats, conformément à l'al. 56(2)d) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, que la police avait été en

evidence from him. The appellant advanced the position that were it not for the police having interrogated him for an hour, he would not have sobbed and therefore, would not have needed to blow his nose.

It is difficult for me to accept that the seizure of the tissue resulted in a breach of either s. 7 or s. 10(b) of the *Charter*. However, as I have already found that the seizure of the tissue constituted a s. 8 *Charter* violation there is no need to consider this alternative argument.

It is now necessary to consider whether the lower courts were correct in admitting the evidence of the hair samples, dental impressions and tissue containing mucous pursuant to the provisions of s. 24(2) of the *Charter*.

B. Section 24(2) of the *Charter*

(1) The Hair Samples, Dental Impressions and Buccal Swabs

It is clear that the seizures of the hair samples, dental impressions and buccal swabs violated s. 8 of the *Charter*. In my view, they also breached s. 7 since they violated the right to security of the person in a manner not consistent with the principles of fundamental justice. The evidence was obtained as a result of the *Charter* violation and s. 24(2) is thereby triggered.

It has been held that appellate courts should only intervene with respect to a lower court's s. 24(2) analysis when that court has made "some apparent error as to the applicable principles or rules of law" or has made an unreasonable finding: *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93, at p. 98; *Mellenthin*, *supra*. The majority of the Court of Appeal of New Brunswick found that, in admitting the impugned evidence, the trial judge considered the appropriate principles and performed a correct analysis of the

mesure d'obtenir de lui cet élément de preuve incriminant. L'appelant a prétendu que, n'eût été l'interrogatoire d'une heure que lui avait fait subir la police, il n'aurait pas sangloté et n'aurait donc pas eu besoin de se moucher.

Il m'est difficile d'accepter que la saisie du papier-mouchoir a entraîné une violation de l'art. 7 ou de l'al. 10b) de la *Charte*. Cependant, comme j'ai déjà conclu que la saisie du papier-mouchoir constituait une violation de l'art. 8 de la *Charte*, il n'est pas nécessaire que j'examine cet argument subsidiaire.

Il faut maintenant examiner si les tribunaux d'instance inférieure ont eu raison d'admettre en preuve les échantillons de cheveux et de poils, les empreintes dentaires et le papier-mouchoir contenant les mucosités, conformément aux dispositions du par. 24(2) de la *Charte*.

B. Le paragraphe 24(2) de la *Charte*

(1) Les échantillons de cheveux et de poils, les empreintes dentaires et les prélèvements faits dans la bouche

Il est clair que la saisie des échantillons de cheveux et de poils, des empreintes dentaires et des prélèvements faits dans la bouche a violé l'art. 8 de la *Charte*. À mon avis, elle contrevient aussi à l'art. 7, étant donné qu'elle violait le droit à la sécurité de la personne d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. Les éléments de preuve ont été obtenus à la suite d'une violation de la *Charte* et l'application du par. 24(2) est ainsi déclenchée.

Il a été statué que les cours d'appel ne devraient intervenir, relativement à l'analyse qu'un tribunal d'instance inférieure a effectuée en vertu du par. 24(2), que si ce tribunal a commis une «erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables» ou s'il a tiré une conclusion déraisonnable: *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, à la p. 98; *Mellenthin*, précité. Les juges majoritaires de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick ont conclu que, pour admettre les éléments de preuve

65

66

67

68

factors outlined in *Collins, supra*. With respect, I cannot agree.

69 The factors outlined by this Court in the trail blazing decision of *Collins* can be divided into three groups based on their effect on the repute of the administration of justice. The first of these categories includes those factors which relate to the fairness of the trial; the second group pertains to the seriousness of the *Charter* violation; and the third group concerns the possibility that the administration of justice could be brought into disrepute by excluding the evidence even though it was obtained in violation of the *Charter*. In my view, the trial judge erred in his consideration of the first two factors.

70 In considering how the admission of the evidence would affect the fairness of the trial, the trial judge erred in concluding that the hair samples and dental impressions existed independently of any *Charter* breach and were thus admissible. Certainly the appellant's hair samples, dental patterns and saliva existed as "real" evidence. However, the trial judge failed to appreciate the significance of the inescapable conclusion that, in violation of his *Charter* rights, the appellant was conscripted or forced by the police to provide evidence from his body thus incriminating himself. I have used the term "conscripted" to describe the situation where the police have compelled the accused to participate in providing self-incriminating evidence in the form of a confession or providing bodily samples. It is a term that has been used in other decisions of the Court, including *Collins*, to describe self-incriminating evidence obtained as a result of a *Charter* breach. In the circumstances, it was unnecessary and inappropriate to consider the seriousness of the breach. However, when he did so, the trial judge focussed exclusively on the conduct of the police. While police conduct is certainly one factor to be considered under this heading, it is not the only consideration. Here it was essential that other factors be considered. It is thus apparent that the trial judge erred in his appreciation and appli-

contestés, le juge du procès avait tenu compte des principes appropriés et avait correctement analysé les facteurs énoncés dans l'arrêt *Collins*, précité. En toute déférence, je ne puis être d'accord.

Les facteurs que notre Cour a énoncés dans l'arrêt innovateur *Collins* peuvent être répartis en trois catégories, selon leur incidence sur la considération dont jouit l'administration de la justice. La première catégorie comprend les facteurs qui se rapportent à l'équité du procès, la deuxième catégorie a trait à la gravité de la violation de la *Charte*, et la troisième catégorie concerne la possibilité que l'administration de la justice puisse être déconsidérée par l'exclusion de l'élément de preuve, même s'il a été obtenu en violation de la *Charte*. À mon avis, le juge du procès a commis une erreur dans son examen des deux premiers facteurs.

En examinant comment l'utilisation de la preuve compromettrait l'équité du procès, le juge du procès a conclu à tort que les échantillons de cheveux et de poils et les empreintes dentaires existaient indépendamment de toute violation de la *Charte* et qu'ils étaient donc admissibles en preuve. Certes, les échantillons de cheveux et de poils de l'appellant, ses empreintes dentaires et sa salive constituaient des éléments de preuve «matérielle». Toutefois, le juge du procès n'a pas apprécié l'importance de la conclusion inéluctable que, contrairement aux droits que lui garantissait la *Charte*, l'appellant a été mobilisé lui-même ou forcé par la police à fournir des éléments de preuve provenant de son corps, et qu'il s'est ainsi incriminé. J'ai utilisé le terme «mobilisé contre lui-même» pour décrire la situation où la police a forcé l'accusé à participer à la production d'éléments de preuve auto-incriminants sous la forme d'une confession ou d'échantillons de substances corporelles. C'est un terme qui a déjà été utilisé dans d'autres arrêts de la Cour, dont l'arrêt *Collins*, pour décrire un élément de preuve auto-incriminant obtenu grâce à une violation de la *Charte*. Dans les circonstances, il n'était ni nécessaire ni approprié d'examiner la gravité de la violation commise. Cependant, lorsqu'il l'a fait, le juge du procès s'est concentré exclusivement sur la conduite de la police. Bien

cation of the proper legal principles to be considered in applying s. 24(2), and that the admissibility of the impugned evidence must be reconsidered.

There can be no question that the *Collins* decision was the pathfinder that first charted the route that courts should follow when considering the application of s. 24(2). However, subsequent decisions of this Court and their interpretations by the courts below indicate that a further plotting of the course for courts to follow is required, while maintaining the basic principles outlined in *Collins*. For example, confusion has arisen as to what constitutes "real" evidence and in what circumstances its exclusion or admission would render the trial unfair. Perhaps the ensuing review of some decisions and proposed procedure for classifying evidence will be of some assistance.

(a) *Fairness of the Trial*

A consideration of trial fairness is of fundamental importance. If after careful consideration it is determined that the admission of evidence obtained in violation of a *Charter* right would render a trial unfair then the evidence must be excluded without consideration of the other *Collins* factors. A fair trial for those accused of a criminal offence is a cornerstone of our Canadian democratic society. A conviction resulting from an unfair trial is contrary to our concept of justice. To uphold such a conviction would be unthinkable. It would indeed be a travesty of justice. The concept of trial fairness must then be carefully considered for the benefit of society as well as for an accused. In discussing the aspect of trial fairness and its

que la conduite de la police soit sûrement un facteur à prendre en considération à ce chapitre, elle n'est pas le seul. Il était essentiel en l'espèce que d'autres facteurs soient pris en considération. Il appert donc que le juge du procès a commis une erreur dans son appréciation et son application des principes juridiques qui doivent être considérés en appliquant le par. 24(2), et que l'admissibilité des éléments de preuve contestés doit être réexaminée.

Il ne fait aucun doute que l'arrêt *Collins* a été le premier à tracer la voie que les tribunaux devraient suivre en examinant l'application du par. 24(2). Toutefois, des arrêts ultérieurs de notre Cour et l'interprétation que les tribunaux d'instance inférieure leur ont donnée indiquent qu'il est nécessaire de préciser davantage la voie qui doit être suivie par les tribunaux, tout en maintenant les principes de base énoncés dans l'arrêt *Collins*. Par exemple, il y a confusion quant à savoir ce qui constitue une preuve «matérielle» et dans quelles circonstances son exclusion ou son utilisation rendrait le procès inéquitable. L'examen qui suit de certaines décisions et de la méthode proposée pour qualifier la preuve aura peut-être une certaine utilité.

a) *L'équité du procès*

L'examen de l'équité du procès revêt une importance fondamentale. Si, après avoir procédé à un examen minutieux, on détermine que l'utilisation de la preuve obtenue en violation d'un droit garanti par la *Charte* rendrait le procès inéquitable, alors cette preuve doit être écartée sans égard aux autres facteurs énoncés dans l'arrêt *Collins*. L'équité du procès pour les personnes accusées d'une infraction criminelle est une pierre angulaire de la société démocratique canadienne. Une déclaration de culpabilité résultant d'un procès inéquitable est contraire à notre conception de la justice. Il serait impensable de confirmer une telle déclaration de culpabilité. En fait, ce serait une parodie de la justice. Il faut donc examiner soigneusement la notion d'équité du procès tant dans l'intérêt de la société que dans celui de l'accusé. En analysant l'aspect de l'équité du procès et son application en vertu du par. 24(2), le juge Lamer, maintenant

application under s. 24(2), Lamer J., as he then was, in *Collins*, *supra*, stated, at p. 284 that:

It is clear to me that the factors relevant to this determination will include the nature of the evidence obtained as a result of the violation and the nature of the right violated and not so much the manner in which the right was violated. Real evidence that was obtained in a manner that violated the *Charter* will rarely operate unfairly for that reason alone. The real evidence existed irrespective of the violation of the *Charter* and its use does not render the trial unfair. However, the situation is very different with respect to cases where, after a violation of the *Charter*, the accused is conscripted against himself through a confession or other evidence emanating from him. The use of such evidence would render the trial unfair, for it did not exist prior to the violation and it strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination. [Emphasis added.]

Juge en chef, affirme dans l'arrêt *Collins*, précité, à la p. 284:

Selon moi, il est clair que les facteurs pertinents à l'égard de cette détermination comprennent la nature de la preuve obtenue par suite de la violation et la nature du droit violé, plutôt que la façon dont ce droit a été violé. Une preuve matérielle obtenue d'une manière contraire à la *Charte* sera rarement de ce seul fait une cause d'injustice. La preuve matérielle existe indépendamment de la violation de la *Charte* et son utilisation ne rend pas le procès inéquitable. Il en est toutefois bien autrement des cas où, à la suite d'une violation de la *Charte*, l'accusé est conscrit contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres preuves émanant de lui. Puisque ces éléments de preuve n'existaient pas avant la violation, leur utilisation rendrait le procès inéquitable et constituerait une attaque contre l'un des principes fondamentaux d'un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même. [Je souligne.]

73

It is apparent from this passage that the primary aim and purpose of considering the trial fairness factor in the s. 24(2) analysis is to prevent an accused person whose *Charter* rights have been infringed from being forced or conscripted to provide evidence in the form of statements or bodily samples for the benefit of the state. It is because the accused is compelled as a result of a *Charter* breach to participate in the creation or discovery of self-incriminating evidence in the form of confessions, statements or the provision of bodily samples, that the admission of that evidence would generally tend to render the trial unfair. That general rule, like all rules, may be subject to rare exceptions.

Il ressort de ce passage que le but premier de l'examen du facteur de l'équité du procès dans l'analyse fondée sur le par. 24(2) est d'empêcher qu'un accusé, dont les droits garantis par la *Charte* ont été violés, soit mobilisé contre lui-même ou forcé de fournir, au profit de l'État, des éléments de preuve sous forme de déclarations ou de substances corporelles. C'est parce que l'accusé est forcé, à la suite d'une violation de la *Charte*, de participer à la constitution ou à la découverte d'une preuve auto-incriminante sous forme de confessions, de déclarations ou d'échantillons de substances corporelles, que l'utilisation de cette preuve a généralement tendance à rendre le procès inéquitable. Cette règle générale, comme toutes les règles, peut souffrir de rares exceptions.

74

Thus, as a first step in the trial fairness analysis it is necessary to classify the type of evidence in question. Evidence to be considered under "fairness" will generally fall into one of two categories: non-conscriptive or conscriptive. The admission of evidence which falls into the "non-conscriptive" category will, as stated in *Collins*, rarely operate to render the trial unfair. If the evidence has been classified as non-conscriptive the court should move on to consider the second and third *Collins* factors, namely, the seriousness of the *Charter* violation and the effect of exclusion on the repute of

Ainsi, comme première étape de l'analyse de l'équité du procès, il est nécessaire de qualifier le genre d'éléments de preuve en question. Les éléments de preuve qui doivent être examinés au chapitre de l'«équité» tombent généralement dans l'une des deux catégories suivantes: la preuve non obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même ou la preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. Comme on l'a affirmé dans l'arrêt *Collins*, l'utilisation de la preuve qui relève de la catégorie des éléments de preuve non obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même a rarement pour

the administration of justice. The key, then, is how to distinguish between “non-conscriptive” and “conscriptive” evidence.

(i) Classification of the Evidence

Non-Conscriptive Evidence

If the accused was not compelled to participate in the creation or discovery of the evidence (i.e., the evidence existed independently of the *Charter* breach in a form useable by the state), the evidence will be classified as non-conscriptive. The admission of evidence which falls into this category will, as stated in *Collins, supra*, rarely operate to render the trial unfair. If the evidence has been classified as non-conscriptive the court should move on to consider the second and third of the *Collins* factors, namely, the seriousness of the *Charter* violation and the effect of exclusion on the repute of the administration of justice.

What has come to be referred to as “real” evidence will not necessarily fall into the “non-conscriptive” category. There is on occasion a misconception that “real” evidence, referring to anything which is tangible and exists as an independent entity, is always admissible. It is for this reason that blood, hair samples or the identity of the accused are often readily, yet incorrectly, classified as “real evidence existing independently of the *Charter* breach”. It is true that all of these examples “exist” quite independently of a *Charter* breach. Yet, it is key to their classification that they do not necessarily exist in a useable form. For example, in the absence of a valid statutory authority or the accused’s consent to take bodily samples,

effet de rendre le procès inéquitable. Lorsque la preuve est qualifiée de preuve non obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même, la cour devrait alors examiner les deuxième et troisième facteurs énoncés dans l’arrêt *Collins*, soit la gravité de la violation de la *Charte* et l’incidence de l’exclusion sur la considération dont jouit l’administration de la justice. Il est donc essentiel de savoir faire la distinction entre une preuve non obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même et une preuve obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même.

(i) Qualification de la preuve

La preuve non obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même

Si l’accusé n’a pas été forcé de participer à la constitution ou à la découverte de la preuve (en ce sens que la preuve existait indépendamment de la violation de la *Charte* sous une forme utilisable par l’État), la preuve sera qualifiée de preuve non obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même. Comme on l’a affirmé dans l’arrêt *Collins*, précité, l’utilisation de la preuve qui tombe dans cette catégorie a rarement pour effet de rendre le procès inéquitable. Si la preuve a été qualifiée de preuve non obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même, la cour devrait alors examiner les deuxième et troisième facteurs énoncés dans l’arrêt *Collins*, soit la gravité de la violation de la *Charte* et l’incidence de l’exclusion sur la considération dont jouit l’administration de la justice.

Ce qu’on en est venu à désigner sous le nom de preuve «matérielle» ne tombera pas nécessairement dans la catégorie de la preuve non obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même. On pense parfois erronément que la preuve «matérielle», qui désigne toute chose tangible existant comme entité indépendante, est toujours admissible. C’est pour cette raison que le sang, les échantillons de cheveux et de poils ou l’identité de l’accusé sont souvent volontiers, mais incorrectement, qualifiés «d’éléments de preuve matérielle qui existent indépendamment de la violation de la *Charte*». Il est vrai que tous ces exemples «existent» tout à fait indépendamment d’une violation de la *Charte*. Pourtant, il est essentiel à leur qualification qu’ils

75

76

the independent existence of the bodily evidence is of no use to the prosecution since there is no lawful means of obtaining it.

77 The crucial element which distinguishes non-conscriptive evidence from conscriptive evidence is not whether the evidence may be characterized as “real” or not. Rather, it is whether the accused was compelled to make a statement or provide a bodily substance in violation of the *Charter*. Where the accused, as a result of a breach of the *Charter*, is compelled or conscripted to provide a bodily substance to the state, this evidence will be of a conscriptive nature, despite the fact that it may also be “real” evidence. Therefore, it may be more accurate to describe evidence found without any participation of the accused, such as the murder weapon found at the scene of the crime, or drugs found in a dwelling house, simply as non-conscriptive evidence; its status as “real” evidence, *simpli-citer*, is irrelevant to the s. 24(2) inquiry.

78 The concept of “real” evidence without any further description is misleading. It will be seen that, in certain circumstances, evidence such as the gun in *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206, may come into the state’s possession as a result of the accused’s compelled participation or “conscriptive” against himself. Thus, while the evidence is “real” it is nevertheless conscriptive evidence.

79 The recent case of *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8, provides an example of what I will call non-conscriptive evidence. Without any valid grounds the police knocked on the door which was opened by Mr. Evans. They smelled marijuana, arrested Mr. Evans and searched the premises. The evi-

n’existent pas nécessairement sous une forme utilisable. Par exemple, en l’absence d’autorisation légale valide ou de consentement de l’accusé au prélèvement d’échantillons de substances corporelles, l’existence indépendante des éléments de preuve corporels n’est d’aucune utilité à la poursuite vu qu’il n’y a aucun moyen légal de les obtenir.

L’élément crucial qui distingue la preuve non obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même de celle obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même n’est pas de savoir si la preuve peut être qualifiée de «matérielle». Il s’agit plutôt de savoir si l’accusé a été forcé de faire une déclaration ou de fournir une substance corporelle en violation de la *Charte*. Si, à la suite d’une violation de la *Charte*, l’accusé est mobilisé contre lui-même ou forcé de fournir une substance corporelle à l’État, cette preuve tiendra d’une preuve obtenue en mobilisant contre lui-même, même s’il peut également s’agir d’une preuve «matérielle». Il serait donc plus exact de qualifier simplement de preuve non obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même la preuve découverte sans la participation de l’accusé, comme l’arme du crime trouvée sur les lieux d’un meurtre ou la drogue trouvée dans une maison d’habitation; le fait qu’il s’agisse simplement d’une preuve «matérielle» n’a aucune importance en ce qui concerne l’examen fondé sur le par. 24(2).

La notion de preuve «matérielle», sans autre précision, est trompeuse. On verra que, dans certaines circonstances, un élément de preuve tel que l’arme à feu dans l’affaire *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206, peut venir en la possession de l’État à la suite de la participation forcée de l’accusé ou de sa «mobilisation» contre lui-même. Donc, même si la preuve est «matérielle», elle constitue néanmoins une preuve obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même.

L’arrêt récent *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, fournit un exemple de ce que j’appelle une preuve non obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même. Sans aucun motif valable, les policiers ont frappé à la porte et M. Evans leur a ouvert. Ils ont senti une odeur de marijuana, arrêté M. Evans et

dence obtained by the police consisted of 41 marijuana plants, and other drug-related paraphernalia and growing equipment. It was found that the impugned evidence was real evidence that existed irrespective of a *Charter* violation. Once it had been established that the discovery of the evidence was not contingent on the accused's participation, it became unnecessary to consider whether the evidence would have been discovered in the absence of (but for) the unlawful search. The admission of the evidence would not render the trial unfair since the accused was not conscripted against himself in the creation or discovery of it. Accordingly, the trial fairness factor was satisfied and the Court moved on to consider the seriousness of the violation. See also: *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263, and *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281.

Conscriptive Evidence

Evidence will be conscriptive when an accused, in violation of his *Charter* rights, is compelled to incriminate himself at the behest of the state by means of a statement, the use of the body or the production of bodily samples. The traditional and most frequently encountered example of this type of evidence is a self-incriminating statement made by the accused following a violation of his right to counsel as guaranteed by s. 10(b) of the *Charter*. The other example is the compelled taking and use of the body or of bodily substances of the accused, such as blood, which lead to self-incrimination. It is the compelled statements or the conscripted use of bodily substances obtained in violation of *Charter* rights which may render a trial unfair.

In considering the application of s. 24(2), courts will be rightly concerned that there has been a breach of the rights of the accused which led to the compelled self-incrimination of the accused. Historically, the judicial misgivings relating to self-incrimination came from the abhorrence of conscripting an accused to incriminate himself by

fouillé les lieux. Les éléments de preuve obtenus par la police comprenaient 41 plants de marijuana, des accessoires liés à la consommation de drogue et du matériel de culture. On a conclu que la preuve contestée était une preuve matérielle qui existait indépendamment d'une violation de la *Charte*. Dès qu'il avait été établi que la découverte de la preuve ne dépendait pas de la participation de l'accusé, il devenait inutile d'examiner si la preuve aurait été découverte en l'absence de (n'eût été) la fouille ou perquisition illégale. L'utilisation de la preuve ne rendrait pas le procès inéquitable, étant donné que l'accusé n'avait pas été mobilisé contre lui-même pour la constituer ou la découvrir. Par conséquent, le facteur d'équité du procès était respecté et la Cour est passée à l'examen de la gravité de la violation. Voir aussi: *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263, et *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281.

La preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même

La preuve est obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même lorsque l'accusé, en violation de ses droits garantis par la *Charte*, est forcé de s'incriminer sur l'ordre de l'État au moyen d'une déclaration, de l'utilisation de son corps ou de la production de substances corporelles. L'exemple classique le plus courant de ce genre de preuve est la déclaration auto-incriminante faite par l'accusé à la suite d'une violation du droit à l'assistance d'un avocat, que lui garantit l'al. 10b) de la *Charte*. Un autre exemple est l'utilisation forcée du corps de l'accusé ou le prélèvement forcé de ses substances corporelles telles que le sang, qui mènent à l'auto-incrimination. Ce sont les déclarations forcées ou l'utilisation des substances corporelles d'un accusé obtenues en le mobilisant contre lui-même, en violation de ses droits garantis par la *Charte*, qui peuvent rendre un procès inéquitable.

En examinant si le par. 24(2) s'applique, les tribunaux auront raison de craindre qu'une violation des droits de l'accusé ne l'ait forcé à s'incriminer lui-même. Historiquement, les craintes qu'il n'y ait eu auto-incrimination, éprouvées par les tribunaux, découlaient de leur aversion pour la mobilisation d'un accusé contre lui-même visant à lui arracher

means of a confession. When the rule against self-incrimination first emerged, there was a very real concern that a confession sometimes obtained by torture or threats could well be unreliable. Over the years, forms of compulsion other than torture were recognized as being just as compulsive, just as insidious and just as abhorrently unfair. At the time when the principle against enforced self-incrimination evolved, a confession or statement was often the only evidence tendered by the state to prove the crime.

82 It is only in recent times that the compelled use of the body of the accused has been considered. Yet, it cannot be forgotten that in *Collins, supra*, Lamer J. astutely observed that “the situation is very different with respect to cases where, after a violation of the *Charter*, the accused is conscripted against himself through a confession or other evidence emanating from him. The use of such evidence would render the trial unfair, for it did not exist prior to the violation and it strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination” (p. 284). The carefully worded phrase “or other evidence emanating from him” gives a clear indication that the compelled or conscripted use of bodily substances in violation of the *Charter* will tend to render the trial unfair.

83 It is contended that the taking of bodily substances should not be subject to the same protection as statements or confessions. Statements, it is said, are a product of the mind which would not exist but for the *Charter* violation. Bodily substances on the other hand already exist. Thus it is said that the body itself or identifying marks on it may always be used for identification. As a result, it is argued that bodily substances should always be available for testing and identification.

84 Those who take this position rely upon the decision of the U.S. Supreme Court in *Schmerber v.*

une confession auto-incriminante. Au moment où la règle interdisant l’auto-incrimination a été adoptée, il y avait une crainte très réelle qu’une confession parfois obtenue sous la torture ou la menace se révèle indigne de foi. Au fil des ans, on a reconnu que des formes de contrainte autres que la torture pouvaient être tout aussi correctives, insidieuses et odieusement inéquitables. À l’époque où le principe interdisant l’auto-incrimination forcée s’est développé, une confession ou déclaration était souvent le seul élément que l’État présentait comme preuve du crime.

Ce n’est que récemment que l’on a examiné la question de l’utilisation forcée du corps de l’accusé. Pourtant, on ne saurait oublier que, dans l’arrêt *Collins*, précité, le juge Lamer a judicieusement fait observer qu’«[i]l en est [...] bien autrement des cas où, à la suite d’une violation de la *Charte*, l’accusé est conscrit contre lui-même au moyen d’une confession ou d’autres preuves émanant de lui. Puisque ces éléments de preuve n’existaient pas avant la violation, leur utilisation rendrait le procès inéquitable et constituerait une attaque contre l’un des principes fondamentaux d’un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même» (p. 284). L’expression soigneusement formulée «ou d’autres preuves émanant de lui» indique clairement que l’utilisation de substances corporelles par la force ou la mobilisation de l’accusé contre lui-même, en violation de la *Charte*, aura tendance à rendre le procès inéquitable.

On soutient que le prélèvement de substances corporelles ne devrait pas bénéficier de la même protection que les déclarations ou les confessions. Les déclarations, affirme-t-on, sont un produit de l’esprit qui n’existerait pas n’eût été la violation de la *Charte*. Par contre, les substances corporelles existent déjà. On affirme donc que le corps lui-même ou ses caractéristiques distinctives peuvent toujours être utilisées à des fins d’identification. Par conséquent, on fait valoir que les substances corporelles devraient toujours pouvoir être utilisées pour les fins d’analyse et d’identification.

Les tenants de ce point de vue se fondent sur l’arrêt de la Cour suprême des États-Unis

California, 384 U.S. 757 (1966). There, a blood sample was taken without the consent of the accused. It was contended that the taking infringed his right against self-incrimination. It was conceded that the state compelled him to submit to the taking to discover evidence that might be used to prosecute him. In a 5 to 4 decision the majority found the right against self-incrimination only guaranteed the right "to remain silent unless he chooses to speak in the unfettered exercise of his own will" (p. 760). The minority were of the view that taking the blood constituted a breach of the right against self-incrimination. I must say I prefer the view of the minority. Black J. in his dissenting reasons stated at p. 778:

How can it reasonably be doubted that the blood test evidence was not in all respects the actual equivalent of "testimony" taken from petitioner when the result of the test was offered as testimony, was considered by the jury as testimony, and the jury's verdict of guilt rests in part on that testimony? The refined, subtle reasoning and balancing process used here to narrow the scope of the Bill of Rights' safeguard against self-incrimination provides a handy instrument for further narrowing of that constitutional protection, as well as others, in the future. Believing with the Framers that these constitutional safeguards broadly construed by independent tribunals of justice provide our best hope for keeping our people free from governmental oppression. . . .

Douglas J. in his dissenting reasons wrote at pp. 778-79:

We are dealing with the right of privacy which, since the *Breithaupt* case, we have held to be within the penumbra of some specific guarantees of the Bill of Rights. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479. Thus, the Fifth Amendment marks "a zone of privacy" which the Government may not force a person to surrender. *Id.*, 484. Likewise the Fourth Amendment recognizes that right when it guarantees the right of the people to be secure "in their persons." *Ibid.* No clearer invasion of this right of privacy can be imagined than forcible bloodletting of the kind involved here.

Schmerber c. California, 384 U.S. 757 (1966). Dans cette affaire, un échantillon de sang avait été prélevé sans le consentement de l'accusé. On a soutenu que ce prélèvement violait le droit de l'accusé de ne pas s'incriminer. On a admis que l'État l'avait forcé à subir le prélèvement dans le but de découvrir des éléments de preuve qui pourraient servir à le poursuivre. Dans un arrêt majoritaire, la cour a conclu que le droit de ne pas s'incriminer ne garantissait que le droit [TRADUCTION] «de garder le silence à moins d'user de son libre arbitre pour décider de parler» (p. 760). Les juges dissidents étaient d'avis que le prélèvement sanguin constituait une violation du droit de ne pas s'incriminer. Je dois avouer que je préfère l'opinion du juge Black, dissident, qui affirme, à la p. 778:

[TRADUCTION] Comment peut-on raisonnablement douter que la preuve de l'analyse sanguine n'était pas à tous égards l'équivalent réel d'un «témoignage» obtenu du requérant, alors que le résultat de l'analyse a été présenté à titre de témoignage, que le jury l'a considéré comme un témoignage et que le verdict de culpabilité rendu par le jury repose en partie sur ce témoignage? Le processus raffiné et subtil de raisonnement et de pondération utilisé ici pour réduire la portée de la garantie du Bill of Rights contre l'auto-incrimination sera commode pour diminuer davantage cette protection constitutionnelle, ainsi que d'autres, à l'avenir. Croyant, comme ceux qui les ont rédigées, que ces garanties constitutionnelles interprétées libéralement par des cours de justice indépendantes constituent notre meilleur espoir de protéger nos citoyens contre l'oppression gouvernementale . . .

Le juge Douglas, dissident, écrit, aux pp. 778 et 779:

[TRADUCTION] Nous avons affaire au droit à la vie privée qui, selon ce que nous avons jugé, relève de certaines garanties particulières du Bill of Rights, depuis l'affaire *Breithaupt. Griswold c. Connecticut*, 381 U.S. 479. Ainsi, le Cinquième amendement indique «une zone de vie privée» à laquelle le gouvernement ne peut pas forcer une personne à renoncer. *Id.*, 484. De même, le Quatrième amendement reconnaît ce droit lorsqu'il garantit le droit des citoyens à la sécurité «de leur personne». *Ibid.* On ne saurait imaginer plus nette atteinte à ce droit à la vie privée qu'une saignée forcée du genre dont il est ici question.

86 It has, for a great many years, been considered unfair and indeed unjust to seek to convict on the basis of a compelled statement or confession. If it was obtained as a result of a breach of the *Charter* its admission would generally tend to render the trial unfair. Similarly, to compel an accused to use his body or to provide bodily substances in order to incriminate himself would generally render the trial unfair. This is so because the compelled production of bodily parts or substances is just as great an invasion of the essence of the person as is a compelled conscripted statement. The unauthorized use of a person's body or bodily substances is just as much compelled "testimony" that could render the trial unfair as is a compelled statement.

87 Canadians think of their bodies as the outward manifestation of themselves. It is considered to be uniquely important and uniquely theirs. Any invasion of the body is an invasion of the particular person. Indeed, it is the ultimate invasion of personal dignity and privacy. No doubt this approach was the basis for the assault and sexual assault provisions. The body was very rightly seen to be worthy of protection by means of criminal sanctions against those who assault others. The concept of fairness requires that searches carried out in the course of police investigations recognize the importance of the body.

88 Traditionally, the common law and Canadian society have recognized the fundamental importance of the innate dignity of the individual. There is little likelihood of maintaining any semblance of dignity where, without consent and in the absence of any statutory authorization, intrusive procedures are employed to take bodily substances. For example, can there be any respect demonstrated for an individual if against their will women and men accused of a crime can be compelled to provide samples of their pubic hair to the police?

Depuis de très nombreuses années, on considère qu'il est inéquitable, voire injuste, de chercher à obtenir un verdict de culpabilité sur la foi d'une déclaration ou confession forcée. Si cette déclaration ou confession a été obtenue à la suite d'une violation de la *Charte*, son utilisation tendra généralement à rendre le procès inéquitable. De même, forcer un accusé à utiliser son corps ou à fournir des substances corporelles pour qu'il s'incrimine rendrait généralement le procès inéquitable. Il en est ainsi parce que la production forcée de parties du corps ou de substances corporelles est une atteinte tout aussi grave à l'essence d'une personne que l'est une déclaration forcée obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. L'utilisation non autorisée du corps d'une personne ou de ses substances corporelles constitue, tout autant qu'une déclaration forcée, un «témoignage» forcé susceptible de rendre le procès inéquitable.

Les Canadiens considèrent leur corps comme étant la manifestation extérieure de leur être. Ils considèrent qu'il a une importance exceptionnelle et qu'il leur appartient exclusivement. Toute atteinte au corps d'un individu est une atteinte à sa personne. En fait, il s'agit de l'atteinte la plus grave à la dignité personnelle et à la vie privée. Il n'y a aucun doute que ce point de vue a été à la base des dispositions en matière de voies de fait et d'agression sexuelle. On a considéré, à très juste titre, que le corps méritait d'être protégé par des sanctions pénales contre les agresseurs. La notion d'équité exige que l'on reconnaisse l'importance du corps lors des fouilles effectuées au cours d'enquêtes policières.

La common law et la société canadienne reconnaissent traditionnellement l'importance fondamentale de la dignité innée de la personne. Il y a peu de chances de maintenir une apparence de dignité lorsque, sans consentement et en l'absence d'autorisation légale, des procédures envahissantes sont utilisées pour prélever des substances corporelles. Par exemple, comment peut-on parler de respect de la personne si des femmes ou des hommes accusés d'un crime peuvent être forcés, contre leur gré, à fournir à la police des échantillons de leurs poils pubiens?

It is repugnant to fair-minded men and women to think that police can without consent or statutory authority take or require an accused to provide parts of their body or bodily substances in order to incriminate themselves. The recognition of the right to bodily integrity and sanctity is embodied in s. 7 of the *Charter* which confirms the right to life, liberty and the security of the person and guarantees the equally important reciprocal right not to be deprived of security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. This right requires that any interference with or intrusion upon the human body can only be undertaken in accordance with principles of fundamental justice. Generally that will require valid statutory authority or the consent of the individual to the particular bodily intrusion or interference required for the purpose of the particular procedure the police wish to undertake. It follows that the compelled use of the body or the compelled provision of bodily substances in breach of a *Charter* right for purposes of self-incrimination will generally result in an unfair trial just as surely as the compelled or conscripted self-incriminating statement.

So soon as that is said, it is apparent that a particular procedure may be so unintrusive and so routinely performed that it is accepted without question by society. Such procedures may come under the rare exception for merely technical or minimal violations referred to earlier. For example, assuming that fingerprinting is conscriptive, it is minimally intrusive and has been recognized by statute and practice for such an extended period of time that this Court readily found that it was acceptable in Canadian society. See the carefully crafted reasons of La Forest J. in *Beare, supra*. Similarly, the *Criminal Code* provisions pertaining to breath samples are both minimally intrusive and essential to control the tragic chaos caused by drinking and driving.

Il répugne à des hommes et à des femmes équitables de penser que la police puisse, sans consentement ou sans autorisation légale, prélever des parties du corps ou des substances corporelles d'un accusé ou l'obliger à en fournir pour qu'il s'incrimine. La reconnaissance du droit à l'intégrité et à l'inviolabilité du corps est consacrée à l'art. 7 de la *Charte*, qui confirme le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne et qui garantit le droit réciproque tout aussi important qu'il ne soit porté atteinte à la sécurité de la personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Ce droit exige que toute atteinte au corps humain ne puisse être portée qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Cela nécessitera généralement une autorisation légale valide ou le consentement de la personne concernée à ce que son corps fasse l'objet de l'atteinte nécessaire aux fins de la procédure à laquelle la police souhaite se livrer. Il s'ensuit que l'utilisation forcée du corps ou la fourniture forcée de substances corporelles en violation d'un droit garanti par la *Charte*, à des fins d'auto-incrimination, rendra généralement le procès inéquitable tout aussi sûrement que le ferait la déclaration auto-incriminante forcée ou obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même.

Cela dit, il devient aussitôt évident qu'une procédure donnée peut être si peu envahissante et si courante qu'elle est acceptée sans contredit par la société. Cette procédure peut relever de l'exception rare concernant les violations simplement techniques ou minimales mentionnées plus haut. Par exemple, à supposer que la prise des empreintes digitales soit effectuée en mobilisant l'accusé contre lui-même, elle est une atteinte minimale qui est reconnue depuis si longtemps par la loi et la pratique que notre Cour a conclu volontiers qu'elle était acceptable dans la société canadienne. Voir les motifs que le juge La Forest a soigneusement rédigés dans l'arrêt *Beare*, précité. De même, les dispositions du *Code criminel* relatives aux échantillons d'haleine constituent une atteinte à la fois minimale et essentielle pour réprimer le chaos tragique causé par la conduite en état d'ébriété.

91

In the case at bar to proceed in the face of a specific refusal to compel the accused to submit to the lengthy and intrusive dental process, to force the accused to provide the pubic hairs and to forcibly take the scalp hairs and buccal swabs was, to say the least, unacceptable behaviour that contravened both s. 7 and s. 8 of the *Charter*. It was a significant invasion of bodily integrity. It was an example of the use of mental and physical action by agents of the state to overcome the refusal to consent to the procedures. It serves as a powerful reminder of the powers of the police and how frighteningly broad they would be in a police state. If there is not respect for the dignity of the individual and the integrity of the body then it is but a very short step to justifying the exercise of any physical force by police if it is undertaken with the aim of solving crimes. No doubt the rack and other stock in trade of the torturer operated to quickly and efficiently obtain evidence for a conviction. Yet repugnance for such acts and a sense of a need for fairness in criminal proceedings did away with those evil practices. There must always be a reasonable control over police actions if a civilized and democratic society is to be maintained.

92

In my view, police actions taken without consent or authority which intrude upon an individual's body in more than a minimal fashion violate s. 7 of the *Charter* in a manner that would as a general rule tend to affect the fairness of the trial. Those opposed to this position may argue that it leads to the requirement that the state will have to justify legislation permitting bodily intrusion. Yet, I do not find that to be an unduly onerous requirement when dealing with bodily intrusions. Although the issue was not raised it would seem that the recent provisions of the *Code* permitting DNA testing might well meet all constitutional requirements. The procedure is judicially supervised, it must be based upon reasonable and probable grounds and the authorizing judge must be satisfied that it is minimally intrusive. It cannot be forgotten that the testing can establish innocence

En l'espèce, le fait d'avoir passé outre au refus explicite de l'accusé pour le forcer à se soumettre à une procédure dentaire longue et envahissante, de l'avoir forcé à fournir des poils pubiens, et de lui avoir prélevé des cheveux et fait des prélèvements dans la bouche de force constituait, à tout le moins, un comportement inacceptable qui contrevenait tant à l'art. 7 qu'à l'art. 8 de la *Charte*. Il s'agissait d'une atteinte grave à l'intégrité physique de l'accusé. C'était un exemple du recours de mandataires de l'État à des moyens physiques et psychologiques pour contourner le refus de consentir aux procédures en question. C'est aussi un puissant rappel des pouvoirs de la police et de l'ampleur effarante qu'ils auraient dans un État policier. S'il n'y a pas de respect pour la dignité et l'intégrité physique de la personne, on est alors très près de justifier l'utilisation de n'importe quelle force physique par la police si cela est fait dans le but de résoudre un crime. Il n'y a aucun doute que le chevalet et les autres outils du bourreau permettaient d'obtenir rapidement et efficacement les éléments de preuve nécessaires à une déclaration de culpabilité. Pourtant, la répugnance pour de tels actes et le sentiment d'un besoin d'équité dans les procédures criminelles ont mis fin à ces pratiques funestes. Un contrôle raisonnable des actions policières est toujours nécessaire au maintien d'une société civilisée et démocratique.

À mon avis, les actions policières qui sont accomplies sans consentement ni autorisation et qui portent une atteinte plus que minimale au corps d'une personne violent l'art. 7 de la *Charte* d'une manière qui, en règle générale, tend à nuire à l'équité du procès. Ceux qui s'opposent à ce point de vue peuvent faire valoir qu'il mène à l'exigence que l'État soit tenu de justifier la mesure législative autorisant une atteinte à l'intégrité physique d'une personne. Cependant, je ne considère pas qu'il s'agit là d'une exigence trop onéreuse lorsqu'il est question d'atteintes à l'intégrité physique d'une personne. Bien que la question n'ait pas été soulevée, il semblerait que les dispositions récentes du *Code* qui autorisent les analyses d'empreintes génétiques pourraient bien satisfaire à toutes les exigences constitutionnelles. La procédure est contrôlée par les tribunaux, elle doit être

as readily as guilt as the Guy-Paul Morin case so vividly demonstrates. It seems to me that the requirement of justification is a reasonable safeguard which is necessary to control police powers to intrude upon the body. This is the approach that I would favour.

However, it should be recognized that there is an alternative approach which reaches the same result. It could be said that intrusive searches of the body, such as those which occurred here, were so unreasonable and constituted such a serious violation of s. 8 that to admit the evidence obtained from the search would bring the administration of justice with disrepute. This result would be based upon the seriousness or gravity of the breach, the second factor referred to in *Collins, supra*. My concern with this approach is that it fails to recognize the fundamental importance of the innate dignity of the individual. That dignity is, to a large extent, based upon the integrity and sanctity of the body. That sanctity is violated if individuals are prevented from exercising their free will as to the use to be made of their own body by agents of the state. It is the security of the person which is recognized by s. 7 of the *Charter*. The security of the body should be recognized as being just as worthy of protection from state intrusion aimed at compelled self-incrimination as are statements. Evidence obtained by a significant compelled intrusion upon the body without consent or statutory authorization should be considered, as a general rule, to adversely effect the fairness of the trial.

The compulsion which results in self-incrimination by a statement or the taking of bodily substances or the use of the body itself may arise in a number of ways such as the forced participation in a line-up identification (*R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R.

fondée sur des motifs raisonnables et le juge qui accorde l'autorisation doit être convaincu qu'elle ne porte qu'une atteinte minimale. On ne saurait oublier que l'analyse peut établir l'innocence aussi facilement que la culpabilité, comme l'affaire Guy-Paul Morin l'illustre si bien. Il me semble que l'exigence de justification constitue une garantie raisonnable et qu'elle est nécessaire pour contrôler les pouvoirs de la police de porter atteinte au corps d'une personne. C'est le point de vue que je préconiserais.

Il y a lieu de reconnaître, cependant, qu'il existe un autre point de vue qui permet d'arriver au même résultat. On pourrait affirmer que les fouilles corporelles envahissantes, comme celles qui ont été effectuées en l'espèce, étaient si abusives et constituaient une violation si grave de l'art. 8 que l'utilisation des éléments de preuve qu'elles ont permis d'obtenir est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Ce résultat reposerait sur la gravité de la violation, qui est le deuxième facteur mentionné dans l'arrêt *Collins*, précité. La crainte que j'éprouve relativement à ce point de vue émane du fait qu'il ne reconnaît pas l'importance fondamentale de la dignité innée de la personne. Cette dignité est, dans une large mesure, fondée sur l'intégrité et l'inviolabilité du corps. Il y a atteinte à cette inviolabilité si une personne est empêchée d'user de son libre arbitre relativement à l'utilisation que des mandataires de l'État feront de son propre corps. C'est la sécurité de la personne qui est garantie à l'art. 7 de la *Charte*. On devrait reconnaître que la sécurité du corps mérite tout autant que les déclarations d'être protégée contre les atteintes de l'État visant à obtenir de force une auto-incrimination. On devrait généralement considérer que les éléments de preuve obtenus à la suite d'une grave atteinte physique forcée, qui a été portée sans consentement ni autorisation légale, compromettent à l'équité du procès.

La contrainte qui engendre l'auto-incrimination au moyen d'une déclaration, du prélèvement de substances corporelles ou de l'utilisation du corps même peut revêtir un certain nombre de formes, comme la participation forcée à une séance d'iden-

3); providing a breath sample (*R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173); providing DNA samples — blood (*Borden, supra*); telling the police where to find evidence (*Burlingham, supra*); and making an incriminating statement (*R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233).

95

In *Ross, supra*, the accused were denied their right to counsel and were subsequently asked to participate in a line-up without being told that they were not obliged to do so. The Court assessed the impact of the identification evidence on the fairness of the trial and made the following comments (at p. 16):

It is true that, as a general matter, the identity of the accused is not evidence emanating from the accused, nor is it evidence that cannot be obtained but for the participation of the accused. . . .

However, the identification evidence obtained through a line-up is not simply pre-existing “real evidence” in this sense. The purpose of a line-up is twofold. First, a line-up is designed to identify the detainee as the author of the crime. But second, and most important to the discussion here, the procedure of a line-up is designed to reinforce the credibility of identification evidence. In this sense the object of the line-up is to construct evidence that the accused was picked out from among a similar group of people, by a witness who was not prompted in any way to make that choice, and to settle the memory of the witness for the purpose of the trial. When participating in a line-up, the accused is participating in the construction of credible inculpatory evidence.

96

On the other hand, an example of a situation where evidence obtained in violation of a Charter right was admitted because there was no compulsion is *R. v. Wijesinha*, [1995] 3 S.C.R. 422. In that case, the accused, a lawyer, had set up a scheme whereby police officers, for a fee, would refer to him individuals caught driving while impaired. Part of the evidence against the accused were certain statements he made at a meeting he had arranged with a police officer who, unbeknownst to him, was wearing a “body pack” which recorded

tification (*R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3), la fourniture d’un échantillon d’haleine (*R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173), la fourniture d’échantillons contenant des empreintes génétiques — du sang (*Borden*, précité), la divulgation à la police de l’endroit où se trouvent des éléments de preuve (*Burlingham*, précité), et les déclarations incriminantes (*R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233).

Dans l’arrêt *Ross*, précité, on a refusé de permettre aux accusés d’exercer leur droit à l’assistance d’un avocat et on leur a subséquemment demandé de participer à une séance d’identification sans leur dire qu’ils n’étaient pas tenus de le faire. La Cour a évalué l’incidence de la preuve d’identification sur l’équité du procès et a fait les commentaires suivants (à la p. 16):

Il est vrai qu’en règle générale, l’identité de l’accusé n’est pas un élément de preuve émanant de l’accusé ni un élément de preuve qui ne peut être obtenu sans sa participation. . . .

Cependant, la preuve d’identification obtenue au moyen d’une séance d’identification n’est pas simplement une «preuve matérielle» préexistante dans ce sens. La séance d’identification a un double but. Premièrement, elle est destinée à identifier le détenu comme étant l’auteur du crime. Mais deuxièmement, ce qui est plus important aux fins de la présente analyse, la procédure d’une séance d’identification est conçue pour renforcer la crédibilité de la preuve d’identification. En ce sens, l’objet de la séance d’identification est de constituer la preuve que l’accusé a été désigné parmi un groupe de personnes semblables, par un témoin qui n’a été incité d’aucune manière à faire ce choix, et de fixer la mémoire du témoin aux fins du procès. Quand il participe à une séance d’identification, l’accusé participe à la constitution d’une preuve incriminante crédible.

Par contre, l’arrêt *R. c. Wijesinha*, [1995] 3 R.C.S. 422, est un exemple de cas où la preuve obtenue en violation d’un droit garanti par la Charte a été admise parce qu’il n’y avait pas eu de contrainte. Dans cette affaire, l’accusé, qui était avocat avait conçu un plan selon lequel des policiers lui enverraient, contre rétribution, les personnes qu’ils arrêteraient pour conduite en état d’ébriété. La preuve qui pesait contre l’accusé était composée en partie de certaines déclarations qu’il avait faites lors d’une rencontre qu’il avait organi-

the conversation. This surreptitious recording was undertaken without a warrant, and hence violated s. 8 of the *Charter*. Obviously, the accused was not detained at the time he made these statements.

With respect to the first branch of the *Collins* test, it was held at para. 55 that:

On the first question, it seems readily apparent that the admission of the evidence did not affect the fairness of the trial. The appellant could not by any stretch of the imagination be said to have been conscripted into incriminating himself in these conversations. [Emphasis added.]

Thus, it can be seen that the admission of evidence, which was obtained following the breach of an accused's *Charter* rights resulting in the accused being compelled or conscripted to incriminate himself by a statement or the use as evidence of his body or bodily substances will, as a general rule, be found to render the trial unfair.

Derivative Evidence

A subset of conscriptive evidence is "derivative evidence". This is a term frequently used to describe what is essentially conscriptive "real" evidence. It involves a *Charter* violation whereby the accused is conscripted against himself (usually in the form of an inculpatory statement) which then leads to the discovery of an item of real evidence. In other words, the unlawfully conscripted statement of the accused is the necessary cause of the discovery of the real evidence.

An example is provided by *Burlingham, supra*. There the accused, who was charged with murder, was subjected to an intensive and manipulative interrogation by the police in violation of his right to counsel. The questioning ultimately led to the accused giving a full confession, including a state-

sée avec un policier qui, à son insu, était muni d'un micro-émetteur de poche qui avait permis d'enregistrer la conversation. Cet enregistrement clandestin avait été effectué sans mandat et violait donc l'art. 8 de la *Charte*. De toute évidence, l'accusé n'était pas détenu au moment où il a fait ces déclarations.

Quant au premier volet du critère de l'arrêt *Collins*, la Cour statue, au par. 55:

En ce qui a trait à la première question, il appert nettement que l'utilisation de la preuve n'a pas porté atteinte à l'équité du procès. Même en faisant un gros effort d'imagination, on ne peut dire que l'appelant a été forcé de s'incriminer dans ces conversations. [Je souligne.]

On peut ainsi constater qu'en règle générale on jugera que l'utilisation d'une preuve obtenue à la suite d'une violation des droits garantis à l'accusé par la *Charte*, qui a permis de mobiliser l'accusé contre lui-même ou de le forcer à s'incriminer par une déclaration ou par l'utilisation en preuve de son corps ou de ses substances corporelles, rend le procès inéquitable.

La preuve dérivée

La «preuve dérivée» constitue une sous-catégorie de la preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. C'est une expression qui est souvent utilisée pour désigner ce qui constitue essentiellement une preuve «matérielle» obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. Elle implique une violation de la *Charte* qui permet de mobiliser l'accusé contre lui-même (habituellement sous la forme d'une déclaration incriminante), et d'aboutir ensuite à la découverte d'un élément de preuve matérielle. En d'autres termes, la déclaration obtenue illégalement de l'accusé en le mobilisant contre lui-même est la cause nécessaire de la découverte de la preuve matérielle.

L'arrêt *Burlingham*, précité, en fournit un exemple. Dans cette affaire, la police avait fait subir un interrogatoire serré et manipulateur à une personne accusée de meurtre, en violation de son droit à l'assistance d'un avocat. Cet interrogatoire avait finalement amené l'accusé à faire une confes-

97

98

99

100

ment that the murder weapon could be found at the bottom of a frozen river. It was found that nothing would have been said had the accused not been improperly conscripted by the police to provide evidence against himself. The gun, which was ultimately seized from the river, was “real” evidence. However, its seizure was derived from the conscripted statement. This decision demonstrates that the gun should not be treated as “real” evidence “which will rarely render the trial unfair”, but rather, it should be viewed as conscriptive or self-incriminating evidence discovered as a result of the accused being conscripted to provide the evidence following a breach of his *Charter* rights. As Sopinka J. aptly put it (at paras. 144-45):

... it is unfair for the Crown to make out its case in whole or in part by the use of evidence that it obtained in breach of the rights of the accused and involving his or her participation. . . .

The participation of the accused in providing incriminating evidence involving a breach of *Charter* rights is the ingredient that tends to render the trial unfair as he or she is not under any obligation to assist the Crown to secure a conviction.

101 If the evidence under consideration is classified as conscriptive, that is to say self-incriminating, which in the case of statements includes derivative evidence, then it will be necessary to take the second step of the analysis and determine whether the admission of the evidence would render the trial unfair.

(ii) The Discoverability or “But For” Principle

102 The admission of self-incriminating evidence in the form of statements or bodily substances conscripted from the accused in violation of the *Charter* and evidence derived from unlawfully conscripted statements will, as a general rule, tend to render the trial unfair. Nevertheless, in recent cases it has been held that the admission of conscriptive evidence will not render the trial unfair where the

sion complète, y compris une déclaration que l’arme du crime pourrait être trouvée au fond d’une rivière gelée. On a conclu que l’accusé n’aurait rien dit s’il n’avait pas été irrégulièrement mobilisé par la police pour fournir une preuve contre lui-même. L’arme à feu qu’on a fini par retirer de la rivière était une preuve «matérielle». Cependant, la saisie de cette arme résultait de la déclaration qui avait été arrachée à l’accusé en le mobilisant contre lui-même. Cet arrêt démontre que l’arme à feu devrait être considérée non pas comme une preuve «matérielle» «qui rendra rarement le procès inéquitable», mais plutôt comme une preuve auto-incriminante ou obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même, qui a été découverte parce que l’accusé a été forcé de la fournir à la suite d’une violation de ses droits garantis par la *Charte*. Comme le juge Sopinka le dit si bien (aux par. 144 et 145):

... il est injuste que le ministère public présente une partie ou la totalité de sa preuve au moyen d’éléments de preuve obtenus en violation des droits de l’accusé et exigeant sa participation. . .

La participation de l’accusé qui fournit une preuve incriminante dans le contexte d’une violation de ses droits en vertu de la *Charte* est l’ingrédient qui tend à rendre le procès inéquitable puisque l’accusé n’a aucune obligation d’aider le ministère public à obtenir une déclaration de culpabilité.

Si la preuve examinée est qualifiée de preuve obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même, c’est-à-dire de preuve auto-incriminante, ce qui, dans le cas de déclarations, comprend la preuve dérivée, il faut alors passer à la deuxième étape de l’analyse et déterminer si l’utilisation de cette preuve rendrait le procès inéquitable.

(ii) Le principe de la possibilité de découvrir la preuve ou du «n’eût été»

L’utilisation d’une preuve auto-incriminante sous forme de déclaration ou de substances corporelles obtenues de l’accusé en le mobilisant contre lui-même, en violation de la *Charte*, et d’une preuve dérivée de déclarations obtenues illégalement en mobilisant l’accusé contre lui-même, tendra généralement à rendre le procès inéquitable. Néanmoins, dans des affaires récentes, il a été

impugned evidence would have been discovered in the absence of the unlawful conscription of the accused. There are two principal bases upon which it could be demonstrated that the evidence would have been discovered. The first is where an independent source of the evidence exists. The second is where the discovery of the evidence was inevitable.

Where the Evidence Would Have Been Discovered Absent the Unlawful Conscription of the Accused

Independent Source

In certain circumstances, the police may have had an alternative non-conscriptive means by which they could have obtained the impugned evidence, notwithstanding the fact that they obtained it by conscriptive means. Evidence which would have been obtained without the accused's participation yet, the accused was still compelled to participate, will nonetheless be classified as conscriptive evidence. The existence of an alternate means of obtaining the evidence has no bearing on how the evidence is classified. Nevertheless, where an alternative non-conscriptive means exists and the Crown has established on a balance of probabilities that the police would have availed themselves of it, the admission of the evidence would not effect the fairness of the trial.

In *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, the accused, whose impaired driving resulted in a motor vehicle accident, refused to give samples of his blood and urine for anything other than medical purposes. Notwithstanding the lack of consent, a lab technician gave the accused's bodily samples to the coroner, who then turned them over to a police officer. The results of the analysis of the samples were used against the accused at trial. It was held that the independent and prior existence of the sample, completely apart from any s. 8 infringement by the state, meant that the evidence was discoverable in any event. The police could have obtained a warrant to seize the sample and

statué que l'utilisation d'une preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même ne rendra pas le procès inéquitable si la preuve contestée aurait été découverte sans la mobilisation illégale de l'accusé contre lui-même. Il y a deux situations principales où il est possible de démontrer que la preuve aurait été découverte. Premièrement, lorsque la preuve peut être tirée d'une source indépendante. Deuxièmement, lorsque la découverte de la preuve était inévitable.

Le cas où la preuve aurait été découverte sans la mobilisation illégale de l'accusé contre lui-même

L'existence d'une source indépendante

Dans certains cas, il se peut que la police ait disposé d'un autre moyen d'obtenir la preuve contestée en ne mobilisant pas l'accusé contre lui-même, bien qu'elle l'ait obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. Pourtant, la preuve qui aurait été obtenue sans la participation de l'accusé, même s'il était toujours forcé de participer, sera néanmoins qualifiée de preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. L'existence d'un autre moyen d'obtenir la preuve n'a aucune incidence sur la façon de qualifier la preuve. Néanmoins, lorsqu'il existe un autre moyen non fondé sur la mobilisation de l'accusé contre lui-même, et que le ministère public a établi, suivant la prépondérance des probabilités, que la police y aurait eu recours, l'utilisation de la preuve ne nuirait pas à l'équité du procès.

Dans l'arrêt *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, l'accusé, dont la conduite en état d'ébriété était à l'origine d'un accident de la circulation, avait refusé de fournir des échantillons de son sang et de son urine à des fins autres que médicales. Malgré l'absence de consentement, un technicien de laboratoire avait remis des échantillons de substances corporelles de l'accusé au coroner qui, à son tour, les avait remis à un policier. Les résultats de l'analyse des échantillons avaient été utilisés contre l'accusé à son procès. La Cour a conclu que le fait que l'échantillon existait tout à fait indépendamment d'une violation de l'art. 8 par l'État, et préalablement à celle-ci, signifiait que la preuve

103

104

therefore a non-conscriptive means or independent source for the evidence existed.

105

In those cases where it is determined that a non-conscriptive means existed by which the evidence would have been obtained, the admission of the evidence may not render the trial unfair. However, the fact that an alternate means existed for obtaining the evidence may well also be relevant to the consideration of the seriousness of the violation. It is important to bear in mind what was said about such a situation in *Collins, supra*, at p. 285:

... the availability of other investigatory techniques and the fact that the evidence could have been obtained without the violation of the *Charter* tend to render the *Charter* violation more serious. We are considering the actual conduct of the authorities and the evidence must not be admitted on the basis that they could have proceeded otherwise and obtained the evidence properly. In fact, their failure to proceed properly when that option was open to them tends to indicate a blatant disregard for the *Charter*, which is a factor supporting the exclusion of the evidence.

Inevitable Discovery

106

R. v. Black, [1989] 2 S.C.R. 138, involved a breach of the accused's s. 10(b) rights. Following the *Charter* violation, the police officer improperly questioned the accused about the details of the offence. This led to the accused making an inculpatory statement. She was then escorted to her apartment where she produced a knife from a kitchen drawer and handed it over to the officers indicating that it was the murder weapon. The Court excluded the accused's statement on the basis that its admission would infringe her right against self-incrimination and thus render the trial unfair. The knife was held to be derivative evidence obtained as a direct result of the conscripted statement made by the accused. The Court then applied the discoverability principle. It concluded that there was no doubt that the police would have conducted a search of the accused's apartment where the killing occurred. During that search, the

pouvait être découverte de toute façon. La police aurait pu obtenir un mandat l'autorisant à saisir l'échantillon et la preuve aurait donc pu être tirée d'une source indépendante ou obtenue sans mobiliser l'accusé contre lui-même.

Dans les cas où on décide qu'il existait un moyen d'obtenir la preuve sans mobiliser l'accusé contre lui-même, il se peut que l'utilisation de la preuve ne rende pas le procès inéquitable. Toutefois, il se peut bien que l'existence d'un autre moyen d'obtenir la preuve soit également pertinente pour examiner la gravité de la violation. Il importe de se souvenir de ce qui a été dit au sujet d'une telle situation, à la p. 285 de l'arrêt *Collins*, précité:

... l'existence d'autres méthodes d'enquête et le fait que la preuve aurait pu être obtenue sans violation de la *Charte* tendent à aggraver les violations de la *Charte*. Nous examinons la conduite réelle des autorités et les éléments de preuve ne doivent pas être admis pour le motif que les autorités auraient pu procéder autrement et ainsi obtenir la preuve de façon régulière. D'ailleurs le fait de ne pas avoir procédé régulièrement lorsque cette possibilité leur était offerte tend à démontrer un mépris flagrant de la *Charte*, ce qui est un facteur en faveur de l'exclusion de la preuve.

La découverte inévitable

Dans l'arrêt *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138, il était question d'une violation des droits garantis à l'accusée par l'al. 10b). À la suite de la violation de la *Charte*, le policier a irrégulièrement demandé à l'accusée des précisions au sujet de l'infraction, ce qui l'a amenée à faire une déclaration incriminante. Les policiers l'ont ensuite accompagnée à son appartement, où elle a retiré un couteau d'un tiroir de la cuisine et l'a remis aux policiers en leur disant qu'il s'agissait de l'arme du crime. La Cour a écarté la déclaration de l'accusée pour le motif que son utilisation violerait son droit de ne pas s'incriminer et rendrait ainsi le procès inéquitable. Elle a jugé que le couteau était une preuve dérivée qui émanait directement de la déclaration obtenue de l'accusée en la mobilisant contre elle-même. La Cour a alors appliqué le principe de la possibilité de découvrir la preuve. Elle a conclu qu'il n'y avait aucun doute que la police aurait effectué une

police, even without her assistance, would have discovered the knife. In other words, the discovery of the knife was inevitable and therefore its admission would not render the trial unfair. The *Black* case, then, provides an example of how this two-step process prevents all conscripted evidence from being automatically excluded. I should note, in passing, that “inevitably” discoverable evidence may be subsumed in the consideration of evidence obtained by alternative non-conscriptive means.

In summary, where it is established that either a non-conscriptive means existed through which the evidence would have been discovered or that its discovery was inevitable, then the evidence was discoverable; it would have been discovered in the absence of the unlawful conscription of the accused. The Crown must bear the onus of establishing discoverability on a balance of probabilities. Where the evidence was “discoverable”, even though it may be conscriptive, its admission will not, as a general rule, render the trial unfair. The Court should therefore proceed to consider the seriousness of the violation.

Where the Evidence Would Not Have Been Discovered in the Absence of the Unlawful Conscripted Statement of the Accused

There will be cases where the evidence would not have been discovered in the absence of the unlawful conscription of the accused. That is to say there will be no independent source of evidence nor could it be established that it would inevitably have been discovered. The *Burlingham* case illustrates a situation where the discovery of the murder weapon was anything but inevitable. It would be safe to say that the police would never have found the gun but for the accused’s conscripted statement. Their investigation would not have led them to discover the weapon at the

perquisition dans l’appartement de l’accusée, où l’homicide avait eu lieu. Au cours de cette perquisition, la police aurait, même sans l’aide de l’accusée, découvert le couteau. En d’autres termes, la découverte du couteau était inévitable et, par conséquent, son utilisation ne rendrait pas le procès inéquitable. L’arrêt *Black* fournit donc un exemple de la façon dont ce processus en deux étapes empêche l’exclusion automatique de tout élément de preuve obtenu en mobilisant un accusé contre lui-même. Je tiens à noter, en passant, que la preuve qui aurait été découverte «inévitablement» peut entrer dans l’examen de la preuve obtenue autrement que par la mobilisation de l’accusé contre lui-même.

En résumé, lorsqu’il est établi qu’il y avait un moyen de découvrir la preuve sans mobiliser l’accusé contre lui-même, ou que sa découverte était inévitable, cette preuve pouvait alors être découverte; elle aurait été découverte sans la mobilisation illégale de l’accusé contre lui-même. Il incombe au ministère public d’établir, suivant la prépondérance des probabilités, que la preuve pouvait être découverte. Lorsque la preuve «pouvait être découverte», même si elle peut avoir été obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même, son utilisation ne rendra pas, en règle générale, le procès inéquitable. La Cour devrait donc passer à l’examen de la gravité de la violation.

Le cas où la preuve n’aurait pas été découverte sans la mobilisation illégale de l’accusé contre lui-même

Il y aura des cas où la preuve n’aurait pas été découverte sans la mobilisation illégale de l’accusé contre lui-même, c’est-à-dire où il n’y aura ni source de preuve indépendante, ni possibilité d’établir qu’elle aurait été inévitablement découverte. L’affaire *Burlingham* est un exemple de situation où la découverte de l’arme du crime n’était absolument pas inévitable. On pourrait affirmer, sans risque de se tromper, que la police n’aurait jamais trouvé l’arme à feu n’eût été la déclaration obtenue de l’accusé en le mobilisant contre lui-même. Son enquête ne l’aurait pas

107

108

bottom of a frozen river. To admit the gun in evidence would render the trial unfair.

109 Another example is provided by *Borden, supra*. A sample of the accused's blood was taken in order to link him to a sexual assault. In the process his ss. 8, 10(a) and (b) *Charter* rights were violated. The evidence was conscriptive and was not discoverable in any event. The accused had no legal obligation to provide the blood sample and the police could not obtain it without his consent or his unlawful conscription. Accordingly, the evidence was excluded on the basis that its admission would render the trial unfair.

110 Thus it can be seen that in situations where the evidence would not have been discovered in the absence of the conscription of the accused in violation of the *Charter*, its admission would render the trial unfair. In those circumstances it is not necessary to consider the seriousness of the violation or the repute of the administration of justice since a finding that the admission of the evidence would render the trial unfair indicates that the administration of justice would necessarily be brought into disrepute if the evidence were not excluded under s. 24(2).

111 Perhaps it would be helpful to set out a summary of the approach that should be taken when the trial fairness factor is being considered.

(iii) Trial Fairness Summary

112 A simple method by which trial judges may approach the trial fairness factor is to divide the analysis into two steps. First, the evidence must be classified as either "conscriptive" or "non-conscriptive". The classification will be based on the manner in which the evidence was obtained.

amenée à découvrir l'arme au fond d'une rivière gelée. L'admission en preuve de l'arme à feu rendrait le procès inéquitable.

L'arrêt *Borden*, précité, fournit un autre exemple. Un échantillon du sang de l'accusé a été prélevé dans le but de le lier à une agression sexuelle. Ce faisant, il y a eu violation des droits que lui garantissaient l'art. 8 et les al. 10(a) et b) de la *Charte*. La preuve avait été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même et n'aurait absolument pas pu être découverte. L'accusé n'avait aucune obligation légale de fournir un échantillon de sang et la police ne pouvait pas l'obtenir sans son consentement ou sans le mobiliser illégalement contre lui-même. Par conséquent, la preuve a été écartée pour le motif que son utilisation rendrait le procès inéquitable.

On peut donc constater que, dans les situations où la preuve n'aurait pas été découverte sans mobiliser l'accusé contre lui-même en violation de la *Charte*, son utilisation rendrait le procès inéquitable. Dans ces cas, il n'est pas nécessaire d'examiner la gravité de la violation ni la considération dont jouit l'administration de la justice, étant donné que la conclusion que l'utilisation de la preuve rendrait le procès inéquitable indique que l'administration de la justice serait nécessairement déconsidérée si cette preuve n'était pas écartée en vertu du par. 24(2).

Il serait peut-être utile de résumer la méthode qui devrait être adoptée pour examiner le facteur de l'équité du procès.

(iii) Résumé concernant l'équité du procès

Une façon simple pour les juges du procès d'aborder le facteur de l'équité du procès consiste à procéder à une analyse en deux étapes. Premièrement, la preuve doit être qualifiée soit de «preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même», soit de «preuve non obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même». La qualification de la preuve dépendra de la façon dont elle a été obtenue.

Classification

If the evidence, obtained in a manner which violates the *Charter*, involved the accused being compelled to incriminate himself either by a statement or the use as evidence of the body or of bodily substances it will be classified as conscriptive evidence. See *Manninen, supra*; *Ross, supra*, and *Bartle, supra*. On the other hand, if the evidence, obtained in a manner which violates the *Charter*, did not involve the accused being compelled to incriminate himself either by a statement or the use as evidence of the body or of bodily substances it will be classified as non-conscriptive evidence. See *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297, and *Evans, supra*.

Conscripted or self-incriminating evidence may lead to what has been termed derivative evidence. This phrase has been used to describe “real” evidence which has been “derived” from, that is to say found as a result of, the conscriptive evidence. The evidence discovered should be classified as conscriptive, since the accused’s compelled statement was a necessary cause of its discovery. In those cases, the courts must carefully review the events leading up to the finding of the evidence rather than simply considering whether the ultimate piece of evidence which the Crown is seeking to introduce is “real” evidence. As an example of derivative evidence that was conscripted from the accused, see *Burlingham, supra*.

Where evidence is determined to be non-conscriptive, its admission generally will not render the trial unfair and the court should proceed to consider the seriousness of the violation. However, where evidence is found to be of a conscriptive nature the court must proceed to the second step, which involves an assessment of whether the evidence would have been discovered in the absence of (but for) the *Charter* violation.

La qualification

Si la preuve a été obtenue dans des conditions qui violent la *Charte*, en forçant l’accusé à s’incriminer lui-même par une déclaration ou par l’utilisation en preuve de son corps ou de ses substances corporelles, elle sera qualifiée de preuve obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même. Voir les arrêts *Manninen*, *Ross* et *Bartle*, précités. Par contre, si la preuve a été obtenue dans des conditions qui violent la *Charte*, en ne forçant pas l’accusé à s’incriminer lui-même par une déclaration ou par l’utilisation en preuve de son corps ou de ses substances corporelles, elle sera qualifiée de preuve non obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même. Voir les arrêts *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297, et *Evans*, précité.

113

La preuve auto-incriminante ou obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même peut mener à ce qu’on appelle une preuve dérivée. Cette expression a été utilisée pour désigner la preuve «matérielle» qui a été «dérivée» de la preuve obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même, c’est-à-dire qui a été découverte grâce à cette preuve. La preuve découverte devrait être qualifiée de preuve obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même, étant donné qu’elle a été découverte nécessairement en raison de la déclaration forcée de ce dernier. Dans ces cas, la cour doit examiner avec soin les événements qui ont mené à la découverte de la preuve, plutôt que de simplement examiner si l’élément de preuve fondamental que le ministère public cherche à produire est une preuve «matérielle». Pour un exemple de preuve dérivée obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même, voir l’arrêt *Burlingham*, précité.

114

Si l’on décide que la preuve n’a pas été obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même, son utilisation ne rendra pas généralement le procès inéquitable et la cour doit passer à l’examen de la gravité de la violation. Toutefois, si on conclut que la preuve a été obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même, la cour doit passer à la deuxième étape et déterminer si elle aurait été découverte sans (n’eût été) la violation de la *Charte*.

115

Discoverability

116 There are two bases upon which it may be demonstrated that the evidence would have been discovered absent a *Charter* violation: (a) if the evidence would have been obtained, in any event, from an independent source; in other words, there were alternative non-conscriptive means by which the police could have seized the evidence and the Crown has established, on a balance of probabilities, that the police would have availed themselves of those means (see, for example, *Colarusso, supra*); or (b) if the evidence would inevitably have been discovered. See, for example, *Black, supra*, and *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343. In both circumstances, even though it is conscriptive evidence, the probability of its discovery means that its admission will not render the trial unfair. However, in determining the admissibility of the evidence that would have been discovered by the alternative means, the court will have to consider the seriousness of the *Charter* breach and the effect of exclusion on the repute of the administration of justice.

117 On the other hand, there will be cases where the evidence would not have been discovered in the absence of the conscription of the accused in violation of the *Charter*. In those situations it will be apparent that the police could not have obtained the evidence in the absence of the unlawful conscription of the accused. See as examples, *Burlingham, supra*, and *Borden, supra*.

118 Therefore, where the conscriptive evidence would not have been discovered in the absence of the unlawful conscription of the accused, its admission would generally tend to render the trial unfair. In those circumstances it is not necessary to consider the seriousness of the violation, or the repute of the administration of justice, as a finding that the admission of the evidence would render the trial unfair means that the administration of justice would necessarily be brought into disrepute if the evidence were not excluded under s. 24(2): *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Mellenthin, supra*.

La possibilité de découvrir la preuve

Il y a deux façons possibles de démontrer que la preuve aurait été découverte en l'absence d'une violation de la *Charte*: a) la preuve aurait été obtenue, de toute façon, auprès d'une source indépendante; autrement dit, la police disposait d'un autre moyen de saisir la preuve, qui n'était pas fondé sur la mobilisation de l'accusé contre lui-même, et le ministère public a établi, suivant la prépondérance des probabilités, que la police aurait eu recours à ce moyen (voir, par exemple, l'arrêt *Colarusso, précité*); ou b) la preuve aurait été découverte inévitavelmente. Voir, par exemple, les arrêts *Black, précité*, et *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343. Dans un cas comme dans l'autre, même s'il s'agit d'une preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, la probabilité de sa découverte fait en sorte que son utilisation ne rendra pas le procès inéquitable. Toutefois, pour déterminer l'admissibilité de la preuve qui aurait été découverte grâce à cet autre moyen, le tribunal devra examiner la gravité de la violation de la *Charte* et l'incidence de l'exclusion de cette preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice.

En revanche, il y aura des cas où la preuve n'aurait pas été découverte sans mobiliser l'accusé contre lui-même en violation de la *Charte*. Dans ces cas, il sera évident que la police n'aurait pas pu obtenir la preuve sans la mobilisation illégale de l'accusé contre lui-même. Voir, par exemple, les arrêts *Burlingham* et *Borden*, précités.

Par conséquent, lorsque la preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même n'aurait pas été découverte sans cette mobilisation illégale de l'accusé, son utilisation tendra généralement, à rendre le procès inéquitable. Dans ces circonstances, il n'est pas nécessaire d'examiner la gravité de la violation ni la considération dont jouit l'administration de la justice, étant donné que la conclusion que l'utilisation de la preuve rendrait le procès inéquitable signifie que l'administration de la justice serait nécessairement déconsidérée si la preuve en question n'était pas écartée en vertu du par. 24(2): *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Mellenthin, précité*.

The summary itself can be reduced to this short form:

1. Classify the evidence as conscriptive or non-conscriptive based upon the manner in which the evidence was obtained. If the evidence is non-conscriptive, its admission will not render the trial unfair and the court will proceed to consider the seriousness of the breach and the effect of exclusion on the repute of the administration of justice.
2. If the evidence is conscriptive and the Crown fails to demonstrate on a balance of probabilities that the evidence would have been discovered by alternative non-conscriptive means, then its admission will render the trial unfair. The Court, as a general rule, will exclude the evidence without considering the seriousness of the breach or the effect of exclusion on the repute of the administration of justice. This must be the result since an unfair trial would necessarily bring the administration of justice into disrepute.
3. If the evidence is found to be conscriptive and the Crown demonstrates on a balance of probabilities that it would have been discovered by alternative non-conscriptive means, then its admission will generally not render the trial unfair. However, the seriousness of the *Charter* breach and the effect of exclusion on the repute of the administration of justice will have to be considered.

(iv) Application of the Principles Discussed to this Case

Le résumé lui-même peut être ramené à ces quelques points:

1. Qualifier la preuve soit de preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, soit de preuve non obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, selon la manière dont elle a été obtenue. Si la preuve est une preuve non obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, son utilisation ne rendra pas le procès inéquitable et le tribunal passera à l'examen de la gravité de la violation et de l'incidence de l'exclusion de cette preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice.
2. Si la preuve a été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même et que le ministère public ne démontre pas, suivant la prépondérance des probabilités, qu'elle aurait été découverte par un autre moyen non fondé sur la mobilisation de l'accusé contre lui-même, son utilisation rendra alors le procès inéquitable. En règle générale, le tribunal écartera la preuve sans examiner la gravité de la violation ni l'incidence de son exclusion sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Il doit en être ainsi puisqu'un procès inéquitable déconsidérerait nécessairement l'administration de la justice.
3. Si l'on conclut que la preuve a été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même et si le ministère public démontre, suivant la prépondérance des probabilités, qu'elle aurait été découverte par un autre moyen non fondé sur la mobilisation de l'accusé contre lui-même, son utilisation ne rendra alors généralement pas le procès inéquitable. Toutefois, il faudra examiner la gravité de la violation de la *Charte* et l'incidence de l'exclusion de cette preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice.

(iv) Application des principes analysés à la présente affaire

The Samples of Hair, the Dental Impression and Buccal Swabs: Was this Evidence Conscripted From the Appellant?

Les échantillons de cheveux et de poils, les empreintes dentaires et les prélèvements faits dans la bouche: s'agissait-il d'éléments de preuve obtenus en mobilisant l'appellant contre lui-même?

120 The police had no right to obtain the hair samples, teeth impressions or buccal swabs from the appellant without his informed consent. The appellant clearly expressed his refusal to provide bodily samples. Yet, by threat of force the police obtained the sample of scalp hair, buccal swabs and compelled the appellant to pluck his pubic hair to provide as a sample. They proceeded with the lengthy and intrusive process of taking impressions of his teeth. There can be no doubt that the police, by their words and actions, compelled the appellant to participate in providing the evidence. Equally there can be no doubt that the evidence of bodily samples constituted conscriptive evidence.

La police n'avait pas le droit d'obtenir les échantillons de cheveux et de poils, les empreintes dentaires ou les prélèvements faits dans la bouche de l'appellant, sans le consentement éclairé de ce dernier. L'appellant a clairement exprimé son refus de fournir des échantillons de substances corporelles. Malgré cela, la police a, en menaçant de recourir à la force, obtenu les échantillons de cheveux et les prélèvements dans la bouche, et a contraint l'appellant à s'arracher des poils pubiens et à les fournir comme échantillons. Les policiers se sont ensuite engagés dans le long processus envahissant du prélèvement de ses empreintes dentaires. Il n'y a pas de doute que les policiers, par leurs paroles et leurs actions, ont contraint l'appellant à participer à la production de la preuve. Il n'y a pas de doute non plus que la preuve composée des substances corporelles avait été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même.

121 As Iacobucci J. noted in *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451: "Physical objects, observations, and bodily fluids may exist prior to a *Charter* breach, but they do not exist as evidence unless the state has a means to acquire them for trial" (para. 188 (emphasis in original)).

Comme le juge Iacobucci le fait remarquer dans *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451: «Les objets matériels, les observations et les liquides organiques peuvent exister avant une violation de la *Charte*, mais ils n'existent pas en tant qu'éléments de preuve sauf si l'État est en mesure de se les procurer pour un procès» (par. 188 (souligné dans l'original)).

Would the Evidence Have Been Discovered in the Absence of the Unlawful Conscripted of the Accused?

La preuve aurait-elle été découverte sans la mobilisation illégale de l'accusé contre lui-même?

122 It is apparent that the impugned evidence would not have been discovered had it not been for the conscription of the accused in violation of s. 7 and s. 8 of the *Charter*. The appellant was not obliged to provide the hair samples, teeth impressions or buccal swabs. His *Charter* guarantee of security of the person and the inviolability of his body meant that in the absence of statutory authority the Crown could not undertake the impugned procedure. Quite simply, the police could not, in the

Il est évident que la preuve contestée n'aurait pas été découverte si l'accusé n'avait pas été mobilisé contre lui-même en violation des art. 7 et 8 de la *Charte*. L'appellant n'était pas tenu de fournir des échantillons de cheveux et de poils, des empreintes dentaires ou des prélèvements faits dans sa bouche. Le droit à la sécurité de sa personne que lui garantissait la *Charte* et l'inviolabilité de son corps signifiaient qu'en l'absence d'autorisation légale le ministère public ne pouvait pas

absence of valid statutory authority, lawfully obtain the samples without his consent. No independent source existed by which the police could have obtained the impugned evidence. Since the appellant expressly refused to consent to provide samples, the evidence was not discoverable by the state without the conscription of the accused in violation of the *Charter*. It follows that the admission of the evidence would render the trial unfair. This finding is sufficient to resolve the s. 24(2) issue as the evidence must be excluded: *Hebert, supra*. However, something should be said of the seriousness of the *Charter* violation which occurred in this case.

(b) *Seriousness of the Charter Violation*

The violations of ss. 7 and 8 of the *Charter*, pursuant to which this evidence was obtained, were of a very serious nature. The police acted with blatant disregard for the fundamental rights of the appellant. Notwithstanding the appellant's express refusal to provide bodily samples or to give a statement, the police purposely waited until the appellant's lawyers had left and then immediately proceeded, through the use of force, threats and coercion to take his bodily samples and to interrogate him in an effort to obtain a statement. They pulled and cut samples of the appellant's scalp hair and made him pull his own pubic hair. They forced a plasticine mold into his mouth in order to obtain dental impressions and later, had a dentist conduct a two-hour procedure to take more accurate impressions.

Reprehensible as these actions were in themselves they become intolerable in these circumstances when the police were aware that the appellant was a young offender at the time, and that he was entitled to the special protection provided by the *Young Offenders Act*. The police knew the Act provides that a young person must be given a reasonable opportunity to have a lawyer, a parent, or

entreprendre la procédure contestée. En l'absence d'autorisation légale valide, la police ne pouvait tout simplement pas obtenir légalement les échantillons sans le consentement de l'appelant. Il n'y avait aucune source indépendante d'où la police aurait pu tirer la preuve contestée. Étant donné que l'appelant avait expressément refusé de consentir à fournir des échantillons, l'État n'était pas en mesure de découvrir la preuve sans mobiliser l'accusé contre lui-même en violation de la *Charte*. Il s'ensuit que l'utilisation de la preuve rendrait le procès inéquitable. Cette conclusion suffit pour répondre à la question du par. 24(2), étant donné que la preuve doit être écartée: *Hebert*, précité. On pourrait cependant dire quelque chose au sujet de la gravité de la violation de la *Charte* qui a été commise en l'espèce.

(b) *La gravité de la violation de la Charte*

Les violations des art. 7 et 8 de la *Charte*, qui ont permis d'obtenir la preuve en question, sont de nature très grave. La police a fait preuve d'un mépris flagrant pour les droits fondamentaux de l'appelant. Malgré le refus explicite de l'appelant de fournir des échantillons de substances corporelles ou de faire une déclaration, les policiers ont délibérément attendu le départ des avocats de l'appelant pour immédiatement commencer, en recourant à la force, aux menaces et à la contrainte, à prélever des échantillons de ses substances corporelles et à l'interroger dans le but d'obtenir une déclaration. Ils ont arraché et coupé des échantillons de cheveux de l'appelant et l'ont forcé à s'arracher des poils pubiens. Ils lui ont introduit dans la bouche un moule de plasticine afin d'obtenir ses empreintes dentaires et ont demandé, par la suite, à un dentiste de procéder à une prise d'empreintes plus précises qui a duré deux heures.

Quoique ces actions soient déjà répréhensibles en soi, elles deviennent d'autant plus intolérables que la police savait que l'appelant était à l'époque un jeune contrevenant et qu'il avait droit à la protection spéciale de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. La police savait que la Loi prévoit qu'un adolescent doit avoir la possibilité de bénéficier de la présence d'un avocat, de l'un de ses parents ou

a chosen adult present when the police seek to take a statement. All this was flagrantly disregarded.

125 The respondent argued that the police acted in good faith since they asked the Crown Attorney whether they had authority to seize bodily samples. I cannot accept this submission. The police were aware that, without the DNA evidence, they did not have enough to charge the appellant with murder. Under the circumstances, the comments of Sopinka J. in *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, at p. 28, are apposite:

... the unavailability of other, constitutionally permissible, investigative techniques is neither an excuse nor a justification for constitutionally impermissible investigative techniques.

(c) *The Administration of Justice*

126 The *Charter* rights of the accused were infringed by the actions of the police. Those actions could be taken to be abusive. It is easy to understand the sense of frustration of the police officers. They were attempting to obtain evidence implicating the person they suspected had murdered a young girl. Yet *Charter* rights are the rights of all people in Canada. They cannot be simply suspended when the police are dealing with those suspected of committing serious crimes. Frustrating and aggravating as it may seem, the police as respected and admired agents of our country, must respect the *Charter* rights of all individuals, even those who appear to be the least worthy of respect. Anything less must be unacceptable to the courts. The words of Iacobucci J. in *Burlingham*, *supra*, at para. 50, bear repeating:

... we should never lose sight of the fact that even a person accused of the most heinous crimes, and no matter the likelihood that he or she actually committed those crimes, is entitled to the full protection of the *Charter*. Short-cutting or short-circuiting those rights affects not only the accused but also the entire reputation of the criminal justice system. It must be empha-

d'un autre adulte de son choix lorsque la police cherche à obtenir une déclaration. Il y a eu mépris flagrant de tout cela.

L'intimée a fait valoir que la police a agi de bonne foi vu qu'elle a demandé au substitut du procureur général si elle était autorisée à saisir des échantillons de substances corporelles. Je ne puis retenir cet argument. La police savait que, sans la preuve d'empreintes génétiques, elle n'avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour accuser de meurtre l'appelant. Dans ces circonstances, les commentaires du juge Sopinka, dans *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, à la p. 28, sont pertinents:

... l'inexistence d'autres méthodes d'enquête, admissibles sur le plan constitutionnel, n'est ni une excuse ni une justification pour utiliser des méthodes d'enquête inadmissibles sur le plan constitutionnel.

c) *L'administration de la justice*

Par ses actions, la police a porté atteinte aux droits garantis à l'accusé par la *Charte*. On pourrait considérer que ces actions sont abusives. Il est facile de saisir le sentiment de frustration des policiers. Ils tentaient d'obtenir des éléments de preuve contre la personne qu'ils soupçonnaient d'avoir tué une jeune fille. Pourtant, les droits garantis par la *Charte* sont les droits de tous les Canadiens. Ils ne peuvent pas être simplement suspendus lorsque la police traite avec des personnes soupçonnées d'avoir commis des crimes graves. Quelque frustrant et exaspérant que cela puisse paraître, les policiers, en leur qualité de mandataires respectés et admirés de notre pays, doivent respecter les droits que la *Charte* garantit à toutes personnes, même celles qui paraissent le moins dignes de respect. Les tribunaux ne doivent accepter rien de moins. Il vaut la peine de reprendre les propos tenus par le juge Iacobucci, au par. 50 de l'arrêt *Burlingham*, précité:

... il ne faut jamais perdre de vue que même la personne accusée du crime le plus ignoble, peu importe la probabilité qu'elle ait bel et bien commis ce crime, a droit à la pleine protection de la *Charte*. Couper court aux droits qui y sont garantis ou les court-circuiter nuit non seulement à l'accusé, mais aussi à toute la considération dont jouit le système de justice criminelle. Il faut

sized that the goals of preserving the integrity of the criminal justice system as well as promoting the decency of investigatory techniques are of fundamental importance in applying s. 24(2).

In this case, it would certainly shock the conscience of all fair minded members of the community that the police rode roughshod over a young offender's refusal to provide his bodily samples. As a result, the evidence of the hair samples, dental impressions and buccal swabs must be excluded.

(2) The Tissue Containing Mucous

In contrast to the hair samples, teeth impressions and buccal swabs, the police did not force, or even request, a mucous sample from the appellant. He blew his nose of his own accord. The police acted surreptitiously in disregard for the appellant's explicit refusal to provide them with bodily samples. However, the violation of the appellant's *Charter* rights with respect to the tissue was not serious. The seizure did not interfere with the appellant's bodily integrity, nor cause him any loss of dignity. In any event, the police could and would have obtained the discarded tissue. They would have had reasonable and probable grounds to believe that the tissue would provide evidence in their investigation and therefore would have sealed the garbage container and obtained a search warrant in order to recover its contents. Quite simply, it was discoverable. In my view, the administration of justice would not be brought into disrepute if the evidence obtained from the mucous sample were to be admitted.

VI. Disposition

The appeal is allowed and a new trial is ordered in which the hair samples, dental impressions and buccal swabs are to be excluded, while the mucous sample may be admitted.

souligner que les objectifs de protection de l'intégrité du système de justice criminelle et de promotion de l'honnêteté des techniques d'enquête sont d'importance fondamentale dans l'application du par. 24(2).

En l'espèce, le fait que la police se soit moquée du refus d'un jeune contrevenant de fournir des échantillons de ses substances corporelles choquerait sûrement la conscience de tous les citoyens équitables. Par conséquent, la preuve composée des échantillons de cheveux et de poils, des empreintes dentaires et des prélèvements faits dans la bouche doit être écartée.

(2) Le papier-mouchoir contenant les mucosités

Contrairement à ce qui s'est passé dans le cas des échantillons de cheveux et de poils, des empreintes dentaires et des prélèvements faits dans la bouche, la police n'a pas forcé l'appelant à fournir un échantillon de ses mucosités, et ne lui a même pas demandé de le faire. Celui-ci s'est mouché de son propre gré. La police a agi subrepticement, au mépris du refus explicite de l'appelant de lui fournir des échantillons de substances corporelles. Cependant, les droits que la *Charte* garantissait à l'appelant relativement au papier-mouchoir n'ont pas été gravement violés. La saisie n'a pas porté atteinte à l'intégrité physique de l'appelant et ne lui a fait perdre sa dignité d'aucune manière. De toute façon, la police pouvait obtenir et aurait obtenu le papier-mouchoir jeté. Elle aurait eu des motifs raisonnables de croire que le papier-mouchoir constituerait un élément de preuve dans son enquête et elle aurait donc scellé la poubelle et obtenu un mandat de perquisition afin d'en récupérer le contenu. Cet élément de preuve pouvait tout simplement être découvert. À mon avis, l'administration de la justice ne serait pas déconsidérée si la preuve constituée par l'échantillon de mucosités était utilisée.

VI. Dispositif

Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné, où les échantillons de cheveux et de poils, les empreintes dentaires et les prélèvements faits dans la bouche devront être écartés, tandis que l'échantillon de mucosités pourra être utilisé.

127

128

129

The following are the reasons delivered by

Les motifs suivants ont été rendus par

130 L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — This case concerns the brutal murder of Pamela Bischoff, a 14-year-old girl. Her body was located in the Oromocto River on April 18, 1991, not far from where she had last been seen alive six days earlier in the company of the appellant. The circumstances of the killing and the horrendous details of the state in which the body of the victim was discovered are fully set out in the dissenting opinion of Rice J.A. in the judgment of the Court of Appeal of New Brunswick: (1995), 159 N.B.R. (2d) 321, 409 A.P.R. 321, 97 C.C.C. (3d) 164 (Hoyt C.J.N.B., Rice and Ayles J.J.A.), and need not be recounted here.

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Ce pourvoi concerne le meurtre brutal de Pamela Bischoff, une jeune fille de 14 ans. Son corps fut retrouvé dans la rivière Oromocto le 18 avril 1991, près de l'endroit où elle avait été aperçue pour la dernière fois, six jours plus tôt, en compagnie de l'appelant. Les circonstances de l'homicide et les détails horribles de l'état dans lequel le corps de la victime fut découvert sont relatés au complet dans les motifs de dissidence du juge Rice de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick: (1995), 159 R.N.-B. (2^e) 321, 409 A.P.R. 321, 97 C.C.C. (3d) 164 (le juge en chef Hoyt et les juges Rice et Ayles), et n'ont pas à être repris ici.

131 The autopsy of the victim revealed a blunt trauma to her head which caused her death, semen in her vagina and a human bite mark on her abdomen which had apparently been placed at or after the time of death.

L'autopsie de la victime a permis de déceler un brutal traumatisme crânien qui a causé son décès, la présence de sperme dans son vagin et la marque d'une morsure humaine sur son abdomen, apparemment faite au moment du décès ou subséquemment.

132 In relation to the killing of Pamela Bischoff, the appellant was charged with and convicted, before a judge and jury, of first degree murder and sentenced to life imprisonment with no eligibility for parole for eight years, mainly on the basis of four pieces of evidence obtained at the time of appellant's arrest: mucous found in a discarded tissue, hair samples, buccal swabs and teeth impressions. On a *voir dire*, such evidence was found to be admissible at trial: Court of Queen's Bench of New Brunswick, March 8, 1993, [1993] N.B.J. No. 625 (Russell J.). The DNA extracted from the appellant's mucous and hair samples was found to match the DNA of the semen found in the victim's vagina. Although the odontology results were inconclusive, the dental impressions and the bite mark found on the teenager's body were found to be somewhat consistent. That evidence is at the crux of this case.

L'appelant fut accusé de meurtre au premier degré relativement à l'homicide de Pamela Bischoff et, à l'issue d'un procès devant un juge et un jury, il fut déclaré coupable et condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant huit ans, et ce, principalement à partir de quatre éléments de preuve obtenus au moment de l'arrestation de l'appelant: des mucosités trouvées dans un papier-mouchoir jeté, des échantillons de cheveux et de poils, des prélèvements faits dans la bouche et des empreintes dentaires. Lors d'un voir-dire, ces éléments de preuve furent jugés admissibles au procès: Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, 8 mars 1993, [1993] A.N.-B. n° 625 (le juge Russell). On a conclu que l'ADN extrait des mucosités et des échantillons de cheveux et de poils de l'appelant correspondait à celui du sperme découvert dans le vagin de la victime. Bien que les résultats de l'analyse odontologique aient été peu concluants, les empreintes dentaires et la marque de morsure décelée sur le corps de l'adolescente furent jugées compatibles jusqu'à un certain point. Cette preuve est au cœur de ce pourvoi.

On appeal against the appellant's conviction, the majority of the Court of Appeal of New Brunswick dismissed the appeal and this case comes to us as of right on account of the dissent on appeal.

The appellant argues that the tissue found to contain mucous and the hair samples as well as the buccal swabs and the teeth impressions have been obtained in breach of his rights under ss. 7, 8 and 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, contrary to the trial judge's ruling on the *voir dire* and the judgment of the majority of the Court of Appeal, should have been excluded at trial. The Crown submits that no such *Charter* violations occurred and, if so, that the evidence was nevertheless admissible under s. 24(2) of the *Charter*.

The issue of whether the evidence in dispute was admissible at trial involves questions of fact as well as questions of law. My colleague Cory J. concludes that, except for the tissue found to contain mucous, such evidence is not admissible and would accordingly allow the appeal and order a new trial. I dissent for the following reasons.

The starting point of the analysis is the arrest. Was the arrest lawful? If so, was the search and seizure of the evidence at issue legal? If not, was such evidence admissible?

I. Was the Arrest Lawful?

My colleague Cory J., for the reasons he gives, concludes that the arrest was a lawful one. I agree.

II. Was the Search and Seizure Legal?

The search and seizure of the tissue containing mucous and the hair samples as well as the buccal swabs and the teeth impressions was accomplished

L'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité de l'appelant fut rejeté par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, à la majorité, et le pourvoi est formé de plein droit devant notre Cour compte tenu de la dissidence en cour d'appel.

L'appelant allègue que le papier-mouchoir qui, a-t-on constaté, contenait des mucosités et les échantillons de cheveux et de poils, de même que les prélèvements faits dans la bouche et les empreintes dentaires furent obtenus en violation des droits qui lui sont garantis en vertu des art. 7 et 8 et de l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et que, contrairement à la décision du juge du procès lors du voir-dire et à l'arrêt majoritaire de la Cour d'appel, ils auraient dû être écartés au procès. Le ministère public soutient qu'il n'y a pas eu violation de la *Charte* et que, même si tel était le cas, ces éléments de preuve seraient néanmoins admissibles en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

La question de savoir si les éléments de preuve contestés étaient admissibles au procès soulève des questions de fait et de droit. Mon collègue le juge Cory conclut que, à l'exception du papier-mouchoir qui, a-t-on constaté, contenait des mucosités, ces éléments de preuve ne sont pas admissibles, et, en conséquence, il accueillerait le pourvoi et ordonnerait un nouveau procès. Je ne partage pas son avis pour les raisons suivantes.

Le point de départ de l'analyse est l'arrestation. L'arrestation était-elle légale? Dans l'affirmative, la fouille et la saisie des éléments de preuve en question étaient-elles légales? Dans la négative, ces éléments de preuve étaient-ils admissibles?

I. L'arrestation était-elle légale?

Mon collègue le juge Cory conclut que l'arrestation était légale. Je suis d'accord avec lui, pour les mêmes motifs.

II. La fouille et la saisie étaient-elles légales?

La fouille et la saisie du papier-mouchoir contenant des mucosités et des échantillons de cheveux et de poils, ainsi que les prélèvements faits dans la

133

134

135

136

137

138

while the appellant was lawfully under arrest. My colleague Cory J. concludes that such search and seizure was not legal at common law on the basis that it does not fall within the police's power of search incidental to arrest given its impact on the bodily integrity of the appellant and the absence of urgency or exigent circumstances, such as the risk of destruction of evidence, which might have otherwise served as a justification (*Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158). My colleague is further of the view that, if the power of search incidental to arrest authorizes the seizure of such bodily samples and impressions, the common law rule itself is unreasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter* (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265). I do not agree.

bouche et la prise d'empreintes dentaires, ont été effectués pendant que l'appelant était légalement en état d'arrestation. Mon collègue le juge Cory conclut que ces fouilles et saisies n'étaient pas légales en common law parce qu'elles ne relèvent pas du pouvoir de la police de procéder à une fouille accessoire à une arrestation, en raison de leur incidence sur l'intégrité physique de l'appelant et de l'absence d'urgence ou d'une situation d'urgence comme le risque de destruction d'un élément de preuve, qui, par ailleurs, aurait pu servir de justification (*Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158). En outre, mon collègue est d'avis que, si le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation permet de saisir ces échantillons de substances corporelles et ces empreintes, la règle de common law elle-même est abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte* (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265). Je ne suis pas d'accord.

139 As a preliminary matter, it must be underlined that the law, as it stands today, gives courts jurisdiction to issue a warrant authorizing, albeit under strict guidelines and for designated offences only, “(a) the plucking of individual hairs from the person, including the root sheath; (b) the taking of buccal swabs by swabbing the lips, tongue and inside cheeks of the mouth to collect epithelial cells” (s. 487.06(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46). At the time of the appellant's arrest, however, the police could not have obtained such a warrant. While the police had reasonable and probable grounds to arrest the appellant, they did not have enough evidence to lay a charge of murder against him. In light of the absence of an alternative investigative technique for the purposes of securing the type of evidence they were seeking, it comes as no surprise, therefore, that the police had to rely on their common law search power.

À titre préliminaire, il y a lieu de souligner que la loi, dans son état actuel, accorde aux tribunaux le pouvoir de décerner un mandat autorisant, quoique sous réserve de lignes directrices strictes et uniquement pour les infractions y mentionnées, «a) [le prélèvement] de cheveux ou de poils comportant la gaine épithéliale; b) [le prélèvement] de cellules épithéliales par écouvillonnage des lèvres, de la langue et de l'intérieur des joues» (par. 487.06(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46). Toutefois, au moment où l'appelant a été arrêté, la police n'aurait pas pu obtenir un tel mandat. Même si la police avait des motifs raisonnables d'arrêter l'appelant, elle ne disposait pas de suffisamment d'éléments de preuve pour porter une accusation de meurtre contre lui. Étant donné l'absence d'une autre technique d'enquête qui lui aurait permis d'obtenir le genre de preuve qu'elle cherchait, il n'est donc pas étonnant que la police ait dû s'en remettre au pouvoir de fouille que lui reconnaissait la common law.

140 The police did so after consultation with Crown counsel who provided them with three decisions: *R. v. Alderton* (1985), 17 C.C.C. (3d) 204 (Ont. C.A.), which supports the proposition that the police have the power to take hair samples from a lawfully arrested person; *Cloutier v. Langlois*,

La police n'a procédé à cette fouille qu'après avoir consulté le substitut du procureur général qui lui a soumis trois arrêts: *R. c. Alderton* (1985), 17 C.C.C. (3d) 204 (C.A. Ont.), qui veut que la police ait le pouvoir de prélever des échantillons de cheveux et de poils sur une personne légalement en

supra, which recognizes the police's power to conduct a "frisk" search incidentally to a lawful arrest; and *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, in which the legislation authorizing the fingerprinting of a person in lawful custody was upheld. Perhaps inadvertently, the decision of the New Brunswick Court of Appeal in *R. v. Legere* (1988), 89 N.B.R. (2d) 361, which stands for the proposition that the seizure of a person's hair without his or her consent violates ss. 7 and 8 of the *Charter*, was not brought to the police's attention. As pointed out by my colleague Cory J., the question of whether or not the common law power of search incidental to arrest extends to allow the taking of bodily substances and impressions is controversial. The recent relevancy of DNA analysis and forensic odontology vouches for the uncertainty of the law and the conflicting, albeit limited, jurisprudence as regards the legality of the taking of bodily substances and impressions.

A proper analysis, in my view, starts with the premise that, upon lawful arrest, the police have certain obligations, such as that of preventing danger to the person under arrest, the police and the public, but also certain rights. One of those rights is the right to secure evidence. In *Cloutier v. Langlois*, *supra*, at pp. 180-81, this Court unanimously recognized that the common law power of search incidental to arrest was a legitimate means by which those rights and obligations were to be carried out:

In general, despite certain comments in scholarly discussion, it seems beyond question that the common law as recognized and developed in Canada holds that the police have a power to search a lawfully arrested person and to seize anything in his or her possession or immediate surroundings to guarantee the safety of the police and the accused, prevent the prisoner's escape or provide evidence against him. The common thread in this line of authority is the objective of guaranteeing safety and applying the law effectively. [Emphasis added.]

état d'arrestation; *Cloutier c. Langlois*, précité, qui reconnaît à la police le pouvoir de procéder à une fouille sommaire accessoire à une arrestation légale; et *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, qui a confirmé la validité de la mesure législative autorisant la prise des empreintes digitales d'une personne placée légalement sous garde. Peut-être par inadvertance, on n'a pas attiré l'attention de la police sur l'arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, *R. c. Legere* (1988), 89 R.N.-B. (2^e) 361, qui veut que la saisie des cheveux ou des poils d'une personne, sans son consentement, viole les art. 7 et 8 de la *Charte*. Comme l'a souligné mon collègue le juge Cory, la question de savoir si le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation va jusqu'à permettre de prélever des substances corporelles et de prendre des empreintes est controversée. La pertinence qu'on a attachée récemment à l'analyse médico-légale d'empreintes génétiques et dentaires témoigne de l'incertitude du droit et de la jurisprudence contradictoire et limitée concernant la légalité du prélèvement de substances corporelles et de la prise d'empreintes.

Comme point de départ de l'analyse, il est acquis que, lors d'une arrestation légale, la police a certaines obligations, dont celle d'empêcher que la personne arrêtée, les policiers et le public soient en danger, mais qu'elle a aussi certains droits, dont le droit de recueillir des éléments de preuve. Dans l'arrêt *Cloutier c. Langlois*, précité, aux pp. 180 et 181, notre Cour a reconnu à l'unanimité que le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation était un moyen légitime d'exercer ces droits et de remplir ces obligations:

Malgré certains commentaires de la doctrine, dans l'ensemble, il me semble indubitable que la common law telle qu'elle a été reçue et a évolué au Canada reconnaît aux policiers le pouvoir de fouiller la personne légalement mise en état d'arrestation et de saisir les objets en sa possession ou dans son entourage immédiat dans le but d'assurer la sécurité des policiers et du prévenu, d'empêcher l'évasion du prisonnier ou encore de constituer une preuve contre ce dernier. La trame commune de cette jurisprudence vise à assurer la sécurité et l'efficacité de l'application de la loi. [Je souligne.]

142

The right to secure evidence as an incident of arrest flows from the pivotal function of the police in the investigation of crime, the discovery of evidence and the effective application of the law. This crucial function was underscored by Cory J., for the Court, in *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241, at p. 254:

The essential role of the police is to investigate crimes. That role and function can and should continue after they have made a lawful arrest. The continued investigation will benefit society as a whole and not infrequently the arrested person. It is in the interest of the innocent arrested person that the investigation continue so that he or she may be cleared of the charges as quickly as possible.

In fact, in deciding whether the police may exercise its power to arrest, one of the factors to be considered is "the need . . . to secure or preserve evidence of or relating to the offence" (R. E. Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (6th ed. 1994 (loose-leaf)), at para. 3.50).

143

Clearly, the search and seizure at issue here was not necessary in order to protect the appellant, the police or the public. The only question at this point relates to the scope of the police's right to secure evidence upon lawful arrest in light of the nature of the evidence at issue, namely hair, saliva and mucous samples as well as dental impressions.

A. Scope of the Power of Search Incidental to Arrest

144

In *Cloutier v. Langlois*, *supra*, this Court had the occasion to review the scope of the police's common law power to search a lawfully arrested person. That case, however, only dealt with the "frisk" search of a person initially stopped by the police for violating a traffic municipal by-law and then identified as having unpaid traffic fines. Since the "frisk" search was conducted in order to ensure police safety, it was not necessary for this Court to elaborate on the extent of the right to secure evi-

Le droit de recueillir des éléments de preuve accessoirement à une arrestation découle de la fonction essentielle de découverte d'éléments de preuve et d'application efficace de la loi que la police exerce en enquêtant sur un crime. Cette fonction cruciale a été soulignée par le juge Cory, au nom de la Cour, dans l'arrêt *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241, à la p. 254:

Le rôle de la police consiste essentiellement à faire enquête sur les crimes. C'est là une fonction qu'elle peut et devrait continuer à exercer après avoir effectué une arrestation légale. La continuation de l'enquête profitera à la société dans son ensemble et souvent aussi à la personne arrêtée. En effet, il est dans l'intérêt de la personne innocente arrêtée que l'enquête se poursuive afin que son innocence à l'égard des accusations puisse être établie dans les plus brefs délais.

En fait, l'un des facteurs à considérer en décidant si la police peut exercer son pouvoir d'arrestation est [TRADUCTION] «le besoin [. . .] de recueillir et de préserver des éléments de preuve de l'infraction ou s'y rapportant» (R. E. Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (6^e éd. 1994 (feuilles mobiles)), au par. 3.50).

Il est clair que la fouille et la saisie en question ici n'étaient pas nécessaires pour protéger l'appellant, les policiers ou le public. La seule question qui se pose, à ce stade, concerne l'étendue du droit de la police de recueillir des éléments de preuve lors d'une arrestation légale, compte tenu de la nature des éléments de preuve en cause, soit les échantillons de cheveux, de poils, de salive et de mucosités, de même que les empreintes dentaires.

A. L'étendue du pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation

Dans l'arrêt *Cloutier c. Langlois*, précité, notre Cour a examiné l'étendue du pouvoir de common law de la police de fouiller une personne légalement mise en état d'arrestation. Cet arrêt ne portait, toutefois, que sur la fouille sommaire d'une personne qui avait d'abord été arrêtée par la police pour avoir enfreint un règlement municipal sur la circulation et au sujet de laquelle on avait ensuite appris qu'elle n'avait pas payé des contraventions. Étant donné que la fouille sommaire avait été

dence. The question in the present case is whether the recognition of the power of search as an incident of arrest in *Cloutier v. Langlois* extends to cover the search and seizure at issue here which, admittedly, raises different concerns.

The appellant proposes a narrow definition of the right to secure evidence by restricting it to the seizure of objects which may be destroyed or otherwise lost, thereby excluding from its scope bodily samples and impressions. The Crown submits that, as least as far as dental impressions are concerned, the common law power of search incidental to arrest allowed for such kind of evidence to be taken. If, however, it was found that bodily samples and impressions were not envisioned at common law as permissible evidence to be obtained by the police upon arrest, the Crown urges us to accept the view that the right to secure evidence should extend to that kind of evidence.

The determination of the limits of the police's power to search a lawfully arrested person, like other police powers derived from the common law, requires a balancing of the competing interests involved. Those interests were identified in *Cloutier v. Langlois, supra*, at pp. 182-83:

The system depends for its legitimacy on the safe and effective performance of this function by the police. In the context of an arrest, these requirements entail at least two primary considerations. First, the process of arrest must be capable of ensuring that those arrested will come before the court. An individual who is arrested should not be able to evade the police before he is released in accordance with the rules of criminal procedure, otherwise the administration of justice will be brought into disrepute . . . Further, the process of arrest must ensure that evidence found on the accused and in his immediate surroundings is preserved. The effectiveness of the system depends in part on the ability of peace officers to collect evidence that can be used in

effectuée pour garantir la sécurité des policiers, notre Cour n'avait pas à examiner en détail l'étendue du droit de recueillir des éléments de preuve. La question en l'espèce est de savoir si la reconnaissance, dans l'arrêt *Cloutier c. Langlois*, du pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation vise la fouille et la saisie en cause dans la présente affaire qui soulèvent, certes, des préoccupations différentes.

L'appelant propose une définition restrictive du droit de recueillir des éléments de preuve, en le limitant à la saisie d'objets susceptibles d'être détruits ou autrement perdus, soustrayant ainsi à sa portée les échantillons de substances corporelles et les empreintes. Le ministère public soutient que le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation permet à tout le moins de recueillir le genre d'élément de preuve constitué d'empreintes dentaires. Il presse la Cour d'accepter le point de vue selon lequel le droit de recueillir des éléments de preuve devrait viser ce genre d'éléments de preuve, si jamais elle concluait que la common law ne prévoit pas que des échantillons de substances corporelles et des empreintes sont des éléments de preuve que la police peut recueillir à la suite d'une arrestation.

La délimitation du pouvoir de la police de fouiller une personne légalement mise en état d'arrestation, comme ses autres pouvoirs dérivés de la common law, requiert une pondération des intérêts opposés qui sont en jeu. Ces intérêts sont décrits dans l'arrêt *Cloutier c. Langlois*, précité, aux pp. 182 et 183:

À cet égard, la légitimité du système impose aux policiers le devoir de s'acquitter d'une façon efficace et sécuritaire de cette mission. Or, dans le contexte de l'arrestation, ces impératifs emportent au moins deux considérations principales. D'une part, l'arrestation doit pouvoir assurer la présence des individus devant le tribunal. Un individu mis en état d'arrestation ne doit pas être en mesure de pouvoir se soustraire aux agents de la paix avant sa remise en liberté conformément aux règles de la procédure criminelle, au risque de déconsidérer l'administration de la justice. [. . .] D'autre part, l'arrestation doit assurer la conservation des éléments de preuve se trouvant sur le prévenu et dans son entourage immédiat lors de l'arrestation. L'efficacité du système dépend

establishing the guilt of a suspect beyond a reasonable doubt. The legitimacy of the justice system would be but a mere illusion if the person arrested were allowed to destroy evidence in his possession at the time of the arrest

However, while the common law gives the police the powers necessary for the effective and safe application of the law, it does not allow them to place themselves above the law and use their powers to intimidate citizens. This is where the protection of privacy and of individual freedoms becomes very important. [Emphasis added.]

In *Cloutier v. Langlois*, the minimal intrusion involved in a “frisk” search was held to reconcile the public’s interest both in the effective and safe enforcement of the law and in protecting the freedom and dignity of individuals.

147 At the outset, as my colleague Cory J. notes, the search and seizure in dispute may not be validated by considerations of urgency or the existence of exigent circumstances. In my view, however, the right to secure evidence at the time of arrest should not be confined to cases of urgency or necessity. To hold otherwise would be completely at odds with the ultimate purpose of the criminal justice system which is precisely “to convict those found guilty beyond a reasonable doubt” (*Cloutier v. Langlois, supra*, at p. 182). By so muzzling the ability of the police to secure evidence without any further inquiry into the manner in which it is obtained or the need for such evidence in order to establish the guilt of a suspect beyond a reasonable doubt, or, conversely, to create such a doubt, we are in fact undermining the effectiveness and the fairness of the criminal justice system which largely depends on the active role of the police in the investigation of crime.

148 The view that the right to secure evidence as an incident of arrest does not depend on the existence of urgency or exigent circumstances and may be extended to include securing any evidence which may assist the police in the investigation and the

en partie de la capacité des agents de la paix à recueillir des éléments de preuve susceptibles d’établir la culpabilité des suspects hors de tout doute raisonnable. L’administration de la justice serait réduite à une pure illusion s’il était permis à la personne arrêtée de détruire une preuve en sa possession au moment de l’arrestation. . .

Mais si la common law donne aux policiers les pouvoirs nécessaires pour l’application efficace et sécuritaire de la loi, elle ne leur permet pas de se placer au-dessus de la loi et d’user de leurs pouvoirs pour opprimer les citoyens. La protection de la vie privée et des libertés individuelles prend ici toute sa dimension. [Je souligne.]

Dans l’arrêt *Cloutier c. Langlois*, la Cour a conclu que l’atteinte minimale que comporte une fouille sommaire concilie l’intérêt que le public a à ce que la loi soit appliquée de manière efficace et sécuritaire et à ce que la liberté et la dignité de la personne soient protégées.

Comme mon collègue le juge Cory le fait remarquer, au départ, la fouille et la saisie ici contestées ne sauraient être validées ni par des motifs d’urgence ni par l’existence d’une situation urgente. À mon avis, toutefois, le droit de recueillir des éléments de preuve au moment de l’arrestation ne devrait pas se limiter aux situations d’urgence ou de nécessité. Conclure le contraire irait complètement à l’encontre du but fondamental du système de justice criminelle, qui est précisément «la condamnation des personnes reconnues coupables hors de tout doute raisonnable» (*Cloutier c. Langlois, précité*, à la p. 182). En entravant ainsi la capacité de la police de recueillir des éléments de preuve, sans autre examen des conditions dans lesquelles ils sont obtenus et de leur nécessité pour établir hors de tout doute raisonnable la culpabilité d’un suspect, ou, inversement, pour créer un doute à ce sujet, nous nous trouvons, en fait, à miner l’efficacité et l’équité du système de justice criminelle qui dépend en grande partie du rôle actif que joue la police en enquêtant sur un crime.

L’opinion selon laquelle le droit de recueillir des éléments de preuve accessoirement à une arrestation ne dépend pas de l’existence d’une urgence ou d’une situation d’urgence, et peut être élargi de manière à inclure la cueillette de tout élément de

eventual prosecution of the arrested person has been recently expressed by the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Smellie* (1994), 95 C.C.C. (3d) 9, at pp. 23-24 (leave to appeal to the S.C.C. refused June 8, 1995, [1995] 2 S.C.R. ix). See also *R. v. Garcia* (1992), 72 C.C.C. (3d) 240 (Que. C.A.), at p. 251; *R. v. Lerke* (1986), 49 C.R. (3d) 324 (Alta. C.A.), at p. 335; *R. v. Morrison* (1987), 58 C.R. (3d) 63 (Ont. C.A.), at p. 68; *R. v. Miller* (1987), 38 C.C.C. (3d) 252 (Ont. C.A.), at p. 257; *R. v. Debot* (1986), 54 C.R. (3d) 120 (Ont. C.A.), at p. 136 (aff'd without reference to this point [1989] 2 S.C.R. 1140); *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.), at p. 110; *R. v. Lim (No. 2)* (1990), 1 C.R.R. (2d) 136 (Ont. H.C.); P. Béliveau, J. Bellemare and J.-P. Lussier, *On Criminal Procedure* (1982), at p. 200; B. P. Archibald, "The Law of Arrest", in V. M. Del Buono, ed., *Criminal Procedure in Canada* (1982), 125, at pp. 157-58; R. E. Salhany, *The Police Manual of Arrest, Seizure & Interrogation* (6th ed. 1994), at p. 75. Further support may be found in cases which have held the seizure of bodily samples to fall within the common law power of search upon lawful arrest: *Alderton, supra*, at p. 208; *R. v. Schweir*, [1993] O.J. No. 3404 (Gen. Div.), at para. 40.

There is no reason, in my view, to limit the right to secure evidence to situations of necessity such as to exclude, in all cases, the taking of bodily samples and impressions from a lawfully arrested person. Indeed, just as "[t]he legitimacy of the justice system would be but a mere illusion if the person arrested were allowed to destroy evidence in his possession at the time of the arrest" (*Cloutier v. Langlois, supra*, at pp. 182-83), "[s]imilar illegitimacy would ensue if an arrested person was able to isolate his hair, saliva and blood from the justice system's search for the truth" (*Schweir, supra*, at para. 42 (*per McIsaac J.*)).

preuve susceptible d'aider la police à procéder à son enquête et à éventuellement engager des poursuites contre la personne arrêtée, a été exprimée récemment par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. c. Smellie* (1994), 95 C.C.C. (3d) 9, aux pp. 23 et 24 (autorisation de pourvoi devant notre Cour refusée le 8 juin 1995, [1995] 2 R.C.S. ix). Voir aussi *R. c. Garcia*, [1992] R.J.Q. 2716 (C.A.), à la p. 2724; *R. c. Lerke* (1986), 49 C.R. (3d) 324 (C.A. Alb.), à la p. 335; *R. c. Morrison* (1987), 58 C.R. (3d) 63 (C.A. Ont.), à la p. 68; *R. c. Miller* (1987), 38 C.C.C. (3d) 252 (C.A. Ont.), à la p. 257; *R. c. Debot* (1986), 54 C.R. (3d) 120 (C.A. Ont.), à la p. 136 (confirmé, sans mentionner ce point, par [1989] 2 R.C.S. 1140); *R. c. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.), à la p. 110; *R. c. Lim (No. 2)* (1990), 1 C.R.R. (2d) 136 (H.C. Ont.); P. Béliveau, J. Bellemare et J.-P. Lussier, *Traité de procédure pénale* (1981), à la p. 187; B. P. Archibald, «Le droit relatif à l'arrestation», dans V. M. Del Buono, dir., *Procédure pénale au Canada* (1983), 143, aux pp. 180 et 181; R. E. Salhany, *The Police Manual of Arrest, Seizure & Interrogation* (6^e éd. 1994), à la p. 75. Cette opinion est également étayée par la jurisprudence où on a conclu que la saisie d'échantillons de substances corporelles relevait du pouvoir de common law d'effectuer une fouille à la suite d'une arrestation légale: *Alderton, précité*, à la p. 208; *R. c. Schweir*, [1993] O.J. No. 3404 (Div. gén.), au par. 40.

Il n'y a pas de raison, à mon avis, de restreindre le droit de recueillir des éléments de preuve aux situations de nécessité de manière à exclure, dans tous les cas, le prélèvement de substances corporelles et la prise d'empreintes sur une personne légalement mise en état d'arrestation. En fait, de même que «[l']administration de la justice serait réduite à une pure illusion s'il était permis à la personne arrêtée de détruire une preuve en sa possession au moment de l'arrestation» (*Cloutier c. Langlois, précité*, à la p. 183), [TRADUCTION] «[u]ne illégitimité similaire résulterait si une personne arrêtée pouvait soustraire ses cheveux, ses poils, sa salive et son sang à la recherche de la vérité par le système de justice» (*Schweir, précité*, au par. 42 (le juge McIsaac)).

150

In addition to the case law noted above on the taking of bodily substances, such as hair, saliva or mucous, intended for DNA typing comparison, a compelling analogy may be also drawn with fingerprinting as a commonly accepted investigative tool at common law (*Beare, supra*, at p. 405). As in the case of fingerprinting, the methods by which hair and saliva samples may be obtained are quite straightforward and involve little if any inconvenience. Vigorous combing will generally suffice to obtain root sheath hair and saliva samples may be secured by such simple means as a buccal swab or a piece of gum chewed by the person. As well, the genetic code contained in DNA found in every human cell is specific to each individual, like fingerprints, but much more precise (G. M. Chayko, E. D. Gulliver and D. V. Macdougall, *Forensic Evidence in Canada* (1991), at pp. 302-5). As such, the powerful value of DNA evidence may assist the criminal justice system in identifying with greater certainty those who have committed serious offences and, in some cases, in establishing a person's innocence (*R. v. Morin* (1995), 37 C.R. (4th) 395 (Ont. C.A.)). Indeed, "[p]romptitude and facility in the identification and the discovery of indicia of guilt or innocence are of great importance in criminal investigations" (*Beare, supra*, at p. 404 (*per La Forest J.*)).

Outre la jurisprudence mentionnée plus haut quant au prélèvement de substances corporelles tels les cheveux, les poils, la salive ou les mucosités, pour fins de comparaison d'empreintes génétiques, il est également possible d'établir une analogie frappante avec la prise d'empreintes digitales en tant qu'instrument d'enquête généralement accepté en common law (*Beare, précité*, à la p. 405). Comme pour la prise d'empreintes digitales, les méthodes qui permettent d'obtenir des échantillons de cheveux, de poils et de salive sont fort simples et ne sauraient causer que peu d'inconvénients. Il suffit généralement de passer vigoureusement un peigne dans la chevelure pour obtenir des cheveux avec leur gaine épithéliale, et des échantillons de salive peuvent être recueillis par des moyens aussi simples que des prélèvements faits dans la bouche ou un morceau de gomme à mâcher utilisée par la personne en cause. De même, le code génétique de l'ADN présent dans toutes les cellules du corps humain est unique à chaque personne, comme le sont les empreintes digitales, mais il est encore beaucoup plus précis (G. M. Chayko, E. D. Gulliver et D. V. Macdougall, *Forensic Evidence in Canada* (1991), aux pp. 302 à 305). Ainsi, la force considérable de la preuve d'empreintes génétiques peut aider le système de justice criminelle à identifier avec plus de certitude les personnes qui ont commis des infractions graves et, dans certains cas, à établir l'innocence d'une personne (*R. c. Morin* (1995), 37 C.R. (4th) 395 (C.A. Ont.)). En fait, «[l]a rapidité et la facilité de l'identification et de la découverte d'indices de culpabilité ou d'innocence ont une grande importance dans les enquêtes criminelles» (*Beare, précité*, à la p. 404 (le juge La Forest)).

151

In *Alderton, supra*, for instance, hair samples, both pulled and already fallen, had been seized upon an arrest for break, enter and sexual assault. Martin J.A., delivering the unanimous judgment of the Ontario Court of Appeal, wrote, at p. 209:

In this case, Detective Ashton had reasonable grounds to believe that the analysis of hair samples from the appellant would connect him with the offence. The taking of hair samples was not accomplished by violence or threats of violence and we are all of the view that the

Par exemple, dans l'arrêt *Alderton, précité*, des échantillons de cheveux tant arrachés que tombés avaient été saisis lors d'une arrestation relative à une introduction par effraction et à une agression sexuelle. Le juge Martin écrit, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, à l'unanimité, à la p. 209:

[TRADUCTION] En l'espèce, le détective Ashton avait des motifs raisonnables de croire que l'analyse des échantillons de cheveux de l'appellant le lierait à l'infraction. Le prélèvement des échantillons de cheveux n'a pas été effectué violemment ni sous la menace de

taking of the hair samples, in the circumstances of this case, and having regard to the serious nature of the offence, did not contravene s. 8 of the Charter.

See also *Schweir, supra*. It is also worth noting that, in the United States, a variety of types of bodily samples have been validly admitted as evidence seized pursuant to a search incident to arrest: see, for example, with regard to hair samples, *United States v. Weir*, 657 F.2d 1005 (8th Cir. 1981); urine samples, *Ewing v. State*, 310 N.E.2d 571 (Ind. 1974); dental impressions, *Spence v. State*, 795 S.W.2d 743 (Tex. Crim. App. 1990); and pubic hair, *State v. Cobb*, 243 S.E.2d 759 (N.C. 1978); W. R. LaFave, *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment* (3rd ed. 1996), vol. 3, at pp. 132-34.

As in the case of bodily substances obtained for DNA testing purposes, the recent importance of bite-mark analysis in forensic sciences is illustrated by the absence of judicial authority on the scope of the power of search incidental to arrest as regards dental impressions (Chayko, Gulliver and Macdougall, *supra*, at p. 377). Like fingerprinting, no bodily substance is removed and minimal discomfort is involved in the taking of dental impressions, which are made by placing certain materials in the person's mouth for a short period of time; but contrary to fingerprinting, as the taking of saliva samples, it does involve an intrusion into a body cavity.

Admittedly, plucking hair or taking buccal swabs or dental impressions from a person is of a more intrusive character than, say, subjecting a person to a "frisk" search. It is striking to note, however, that more offensive investigative procedures have been permitted at common law, despite their serious impact on the bodily integrity of the person, on the basis of the underlying law enforcement objective of the search power upon arrest. As

violence, et nous sommes tous d'avis que ces prélèvements, dans les circonstances de la présente affaire et compte tenu de la gravité de l'infraction, n'ont pas violé l'art. 8 de la Charte.

Voir aussi *Schweir*, précité. Il vaut également la peine de souligner qu'aux États-Unis divers types d'échantillons de substances corporelles ont été validement admis à titre d'éléments de preuve saisis lors d'une fouille accessoire à une arrestation: voir, par exemple, en ce qui concerne des échantillons de cheveux, *United States c. Weir*, 657 F.2d 1005 (8th Cir. 1981); des échantillons d'urine, *Ewing c. State*, 310 N.E.2d 571 (Ind. 1974); des empreintes dentaires, *Spence c. State*, 795 S.W.2d 743 (Tex. Crim. App. 1990); et des poils pubiens, *State c. Cobb*, 243 S.E.2d 759 (N.C. 1978); W. R. LaFave, *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment* (3^e éd. 1996), vol. 3, aux pp. 132 à 134.

Comme pour les substances corporelles obtenues aux fins d'une analyse d'empreintes génétiques, l'importance que revêt depuis peu l'analyse des morsures dans le domaine médico-légal est illustrée par l'absence de jurisprudence sur l'étendue du pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation en ce qui concerne les empreintes dentaires (Chayko, Gulliver et Macdougall, *op. cit.*, à la p. 377). À l'instar des empreintes digitales, la prise d'empreintes dentaires, qui consiste à placer certaines substances dans la bouche d'une personne pendant un bref délai, ne comporte aucun prélèvement de substances corporelles et ne cause qu'un désagrément minimal. Cependant, contrairement à la prise d'empreintes digitales, mais comme pour le prélèvement d'un échantillon de salive, elle comporte une intrusion dans une cavité corporelle.

Certes, arracher des cheveux ou des poils, faire des prélèvements dans la bouche ou prendre les empreintes dentaires d'une personne sont des actions d'une nature plus envahissante que, disons, soumettre une personne à une fouille sommaire. Il est toutefois frappant de noter que des techniques d'enquête plus envahissantes ont été autorisées en common law, en dépit de leur grave incidence sur l'intégrité physique de la personne, en raison de

La Forest J. commented in *Beare, supra*, at pp. 403-4, in the context of the power to fingerprint a lawfully arrested person:

It should be observed that the common law permitted a number of other, in my view more serious, intrusions on the dignity of an individual or persons in custody in the interest of law enforcement. As an incident to a lawful arrest, a peace officer has a right to search the person arrested and to take any property the officer reasonably believes is connected with the offence charged, or any weapon found upon such person; see *R. v. Morrison* (1987), 20 O.A.C. 230. This authority is based on the need to disarm an accused and to discover evidence. In the course of custodial arrest an accused may be stripped. Of particular relevance, height, weight and natural or artificial marks on the body, such as birth marks or tattoo marks, may be used for purposes of identification; see *Adair v. M'Garry*, [1933] S.L.T. 482 (J.)

These procedures have been permitted because of the felt need in the community to arm the police with adequate and reasonable powers for the investigation of crime.

l'objectif d'application de la loi qui sous-tend le pouvoir d'effectuer une fouille à la suite d'une arrestation. Comme le juge La Forest le fait remarquer dans *Beare*, précité, aux pp. 403 et 404, dans le contexte du pouvoir de prendre les empreintes digitales d'une personne légalement mise en état d'arrestation:

Il faut souligner que la *common law* autorise plusieurs autres atteintes, à mon avis beaucoup plus graves, à la dignité de l'individu ou des personnes sous garde dans l'intérêt de l'application de la loi. Au cours d'une arrestation licite, un agent de la paix a le droit de procéder à la fouille de la personne arrêtée et de confisquer tout bien qu'il a des raisons de croire lié à l'infraction reprochée, ou toute arme trouvée sur elle; voir *R. v. Morrison* (1987), 20 O.A.C. 230. Ce pouvoir est fondé sur la nécessité de désarmer le prévenu et de réunir des preuves. En détention, après l'arrestation, le prévenu peut être déshabillé. Plus pertinent encore, la taille, le poids et les marques corporelles, naturelles ou artificielles, comme les taches de naissance ou les tatouages, peuvent servir à des fins d'identification; voir *Adair v. M'Garry*, [1993] S.L.T. 482 (J.)

Ces mesures sont autorisées parce que la collectivité reconnaît qu'il faut doter la force policière de moyens adéquats et raisonnables d'investigation du crime.

154

For instance, given that it is generally the possession of drugs which constitutes the commission of drug-related offences and in light of the difficulty to control the drug trade, mouth and rectal searches have been recognized as justified exercises of the police's power of search incidental to arrest in that context: *R. v. Brezack* (1949), 96 C.C.C. 97 (Ont. C.A.); *Reynen v. Antonenko* (1975), 20 C.C.C. (2d) 342 (Alta. S.C.T.D.), at pp. 348-49; *Scott v. The Queen* (1975), 24 C.C.C. (2d) 261 (F.C.A.); *R. v. Truchanek* (1984), 39 C.R. (3d) 137 (B.C. Co. Ct.). If such intrusive investigative procedures have been held to fall within the scope of the search power incidental to arrest, I fail to understand why the taking of bodily samples and impressions for DNA testing should be treated differently. The taking of such samples and impressions should be allowed, albeit under strict guidelines, in the case of highly reprehensible crimes, such as murder or sexual abuse, where the identity of the person may be difficult to establish

À titre d'exemple, vu que c'est généralement la possession de drogue qui constitue la commission d'une infraction en matière de drogue et compte tenu de la difficulté d'enrayer le commerce de la drogue, on a reconnu que, dans ce contexte, les fouilles buccales et rectales étaient un exercice justifié du pouvoir de la police de procéder à une fouille accessoire à une arrestation: *R. c. Brezack* (1949), 96 C.C.C. 97 (C.A. Ont.); *Reynen c. Antonenko* (1975), 20 C.C.C. (2d) 342 (C.S. Alb. 1^{re} inst.), aux pp. 348 et 349; *Scott c. The Queen* (1975), 24 C.C.C. (2d) 261 (C.A.F.); *R. c. Truchanek* (1984), 39 C.R. (3d) 137 (C. cté C.-B.). Si ces techniques d'enquête envahissantes ont été jugées conformes au pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation, je ne comprends pas pourquoi le prélèvement d'échantillons de substances corporelles et la prise d'empreintes pour fins d'analyse génétique devraient être traités différemment. Le prélèvement de ces échantillons et la prise de ces empreintes devraient être permis,

otherwise, considering the fact that such crimes may typically occur in private.

The fact that Parliament chose to create a statutory warrant procedure for the seizure of certain bodily substances for DNA analysis purposes does not, in my view, militate against the proposition that the common law does permit the taking of bodily substances and impressions as an incident of arrest. The purpose of the *Act to amend the Criminal Code and the Young Offenders Act (forensic DNA analysis)* (Bill C-104) was not to introduce the practice of DNA typing as a new investigative tool which would otherwise be prohibited, but rather to clarify the state of the law as to the circumstances in which it is to take place. This was clearly stated by the Hon. Allan Rock, Minister of Justice, in the *House of Commons Debates*, vol. 133, No. 224, 1st Sess., 35th Parl., June 22, 1995, at p. 14489:

In examining what the bill will accomplish, it is important to be clear regarding the present state of the law in Canada. What we are proposing is not in any sense revolutionary nor is it an ill-prepared step into uncharted territory.

Section 487.1 of the Criminal Code, a general warrant provision, currently allows for this type of procedure to take place. DNA samples are used in the courtrooms in this country on a regular basis. As I have previously said, they have figured in more than 1,000 cases.

The difficulty has been in the absence of an expressed authority in the criminal law to remove any doubt about the legitimacy of the practice, leaving room for challenge, leaving uncertainty in the law about the circumstances in which samples can be taken and the manner in which they can be put to use as proof.

See also: Law Reform Commission of Canada, Report 25, *Obtaining Forensic Evidence* (1985), at p. 12.

quoique sous réserve de lignes directrices strictes, dans le cas de crimes très répréhensibles comme le meurtre ou l'agression sexuelle, où il peut être difficile d'établir autrement l'identité de la personne, compte tenu du fait que ces crimes peuvent normalement être commis en l'absence de tout témoin.

Le fait que le Parlement ait choisi d'établir une procédure légale d'obtention d'un mandat autorisant la saisie de certaines substances corporelles pour fins d'analyse génétique ne milite pas, selon moi, contre la proposition voulant que la common law permette le prélèvement de substances corporelles et la prise d'empreintes accessoirement à une arrestation. La *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les jeunes contrevenants (analyse génétique à des fins médico-légales)* (Projet de loi C-104) visait non pas à instaurer la technique des empreintes génétiques comme nouvel instrument d'enquête qui serait par ailleurs interdit, mais plutôt à clarifier l'état du droit quant aux circonstances dans lesquelles elle peut être utilisée. C'est ce qu'a clairement indiqué l'honorable Allan Rock, ministre de la Justice, dans les *Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, n° 224, 1^{re} sess., 35^e lég., 22 juin 1995, à la p. 14489:

Pour déterminer ce qu'accomplira ce projet de loi, il convient de bien analyser l'état actuel de la législation canadienne. Ce que nous proposons n'a rien de révolutionnaire; ce n'est pas une mesure mal conçue que nous prenons à l'aveuglette.

L'article 487.1 du Code criminel, une disposition générale sur les mandats, autorise actuellement ce genre de procédure. Les échantillons d'ADN sont régulièrement examinés devant les tribunaux. Je le répète, on estime que des échantillons de ce genre ont été présentés dans plus de 1 000 causes au Canada.

Le problème tient à l'absence d'un fondement explicite dans la loi pénale, fondement nécessaire pour dissiper tout doute au sujet de la légitimité de la pratique, ce qui laisse place aux contestations et à l'incertitude en ce qui concerne les circonstances dans lesquelles les échantillons peuvent être prélevés et la façon dont ces preuves peuvent être présentées.

Voir aussi: Commission de réforme du droit du Canada, rapport 25, *Les techniques d'investigation policière et les droits de la personne* (1985), à la p. 13.

156

Obviously, however, the legitimate needs of law enforcement may not, in every case, justify the exercise of the right to secure evidence, particularly where interference with the bodily integrity of the person is involved. The question, as I see it, is not so much whether bodily substances and impressions may be taken from a person upon his or her arrest, but rather concerns the circumstances and the manner in which evidence of that nature may legally be obtained. For instance, it is generally accepted that the police may seize hair found on a lawfully arrested person's clothing or, where consent is given, pluck a person's hair. In line with this distinction, this Court has repeatedly recognized the importance of protecting the individual's privacy from state interference, but only to the extent that such interference is unreasonable. This Court has also acknowledged the corresponding need for clear rules guiding — not prohibiting — police conduct in the sensitive areas where law enforcement objectives and privacy interests interplay (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495).

157

Given the variety of circumstances in which bodily samples and impressions may be obtained, concerns relating to the protection of the bodily integrity of the person should be considered in determining the validity of the exercise of the power of search incidental to arrest rather than in delimitating the scope of such power. This brings us to the factors which must guide the police in deciding whether they may legally obtain bodily samples and impressions from a person under their power of search incidental to arrest.

B. Exercise of the Power of Search Incidental to Arrest

158

The distinction between the scope of the power of search incidental to arrest and its exercise was

Il est cependant évident qu'il se peut que les besoins légitimes en matière d'application de la loi ne justifient pas, dans tous les cas, l'exercice du droit de recueillir des éléments de preuve, particulièrement lorsqu'il est question d'atteinte à l'intégrité physique d'une personne. Il ne s'agit pas tant, à mon avis, de savoir si des substances corporelles et des empreintes peuvent être prélevées sur une personne lors de son arrestation, que de déterminer les circonstances dans lesquelles des éléments de preuve de cette nature peuvent être légalement obtenus, et de quelle manière. Par exemple, il est généralement accepté que la police peut saisir les cheveux trouvés sur les vêtements d'une personne légalement mise en état d'arrestation ou, si cette dernière y consent, lui arracher des cheveux. Dans la même veine, notre Cour a maintes fois reconnu l'importance de soustraire la vie privée d'une personne aux atteintes de l'État, mais seulement dans la mesure où ces atteintes sont abusives. Notre Cour a aussi reconnu la nécessité correspondante de règles claires qui guideraient — et non interdiraient — l'intervention policière dans les situations délicates où il y a interaction entre les objectifs d'application de la loi et le droit à la vie privée (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495).

Compte tenu de la diversité des situations où des échantillons de substances corporelles et des empreintes peuvent être obtenus, le souci de protéger l'intégrité physique de la personne devrait être pris en considération pour déterminer la validité de l'exercice du pouvoir d'effectuer une fouille accessoire à une arrestation plutôt que pour délimiter ce pouvoir. Cela nous amène aux facteurs qui doivent guider les policiers lorsqu'ils doivent décider s'ils peuvent légalement obtenir des échantillons de substances corporelles et les empreintes d'une personne en vertu de leur pouvoir d'effectuer une fouille accessoire à l'arrestation.

B. L'exercice du pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation

La distinction entre l'étendue du pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation et

clearly drawn in *Cloutier v. Langlois, supra*. Although reasonable and probable grounds were not held to be a prerequisite to the existence of the police's power of search as an incident of arrest, the validity of the exercise of such power at common law was nevertheless carefully circumscribed by three general propositions (at p. 186):

1. This power does not impose a duty. The police have some discretion in conducting the search. Where they are satisfied that the law can be effectively and safely applied without a search, the police may see fit not to conduct a search. They must be in a position to assess the circumstances of each case so as to determine whether a search meets the underlying objectives.

2. The search must be for a valid objective in pursuit of the ends of criminal justice, such as the discovery of an object that may be a threat to the safety of the police, the accused or the public, or that may facilitate escape or act as evidence against the accused. The purpose of the search must not be unrelated to the objectives of the proper administration of justice, which would be the case for example if the purpose of the search was to intimidate, ridicule or pressure the accused in order to obtain admissions.

3. The search must not be conducted in an abusive fashion and in particular, the use of physical or psychological constraint should be proportionate to the objectives sought and the other circumstances of the situation. [Emphasis added.]

By contrast with the "relatively non-intrusive" nature of a "frisk" search (*Cloutier v. Langlois, supra*, at p. 185), a search more seriously interfering with the bodily integrity of the person, such as the taking of bodily substances and impressions, requires a higher degree of justification (*Hunter v. Southam Inc., supra*, at p. 168; *Simmons, supra*, at p. 517). More precisely, as S. A. Cohen puts it, in "Search Incident to Arrest" (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 366, at p. 375:

As one proceeds along this escalator of progressively more intrusive forms of search, the requirement that the officer possess reasonable grounds to search becomes ever more important. Whatever may be the merits of

l'exercice de ce pouvoir a été clairement établie dans l'arrêt *Cloutier c. Langlois*, précité. Bien qu'on y ait statué que des motifs raisonnables n'étaient pas une condition préalable à l'existence du pouvoir de la police de procéder à une fouille accessoire à une arrestation, la validité de l'exercice de ce pouvoir en common law a néanmoins été soigneusement limitée au moyen de trois propositions générales (à la p. 186):

1. Ce pouvoir n'impose pas de devoir. Les policiers jouissent d'une discrétion dans l'exercice de la fouille. Dans les cas où ils sont satisfaits que l'application de la loi peut s'effectuer d'une façon efficace et sécuritaire sans l'intervention d'une fouille, les policiers peuvent juger opportun de ne pas procéder à la fouille. Ils doivent être en mesure d'apprécier les circonstances de chaque cas afin de déterminer si la fouille répond aux objectifs sous-jacents.

2. La fouille doit viser un objectif valable dans la poursuite des fins de la justice criminelle, telle la découverte d'un objet pouvant menacer la sécurité des policiers, du prévenu ou du public, faciliter l'évasion ou constituer une preuve contre le prévenu. Le but de la fouille ne doit pas être étranger aux fins d'une saine administration de la justice, ce qui serait le cas, par exemple, si la fouille avait pour but d'intimider le prévenu, de le ridiculiser ou d'exercer une contrainte pour lui soutirer des aveux.

3. La fouille ne doit pas être effectuée de façon abusive et, en particulier, l'usage de contrainte physique ou psychologique ne doit pas être hors de proportion avec les objectifs poursuivis et les autres circonstances de l'espèce. [Je souligne.]

Comparativement à la nature «relativement peu intrus[ive]» d'une fouille sommaire (*Cloutier c. Langlois*, précité, à la p. 185), une fouille qui constitue une atteinte plus grave à l'intégrité physique de la personne, comme le prélèvement de substances corporelles et la prise d'empreintes, nécessite une justification plus grande (*Hunter c. Southam Inc.*, précité, à la p. 168; *Simmons*, précité, à la p. 517). Plus précisément, comme S. A. Cohen l'affirme dans «Search Incident to Arrest» (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 366, à la p. 375:

[TRADUCTION] Au fur et à mesure que l'on considère des formes de fouilles de plus en plus envahissantes, l'importance de l'exigence que le policier ait des motifs raisonnables d'effectuer la fouille s'accroît. Quel que

recognizing the right of the officer to carry out the search as a mere incident of the arrest and without additional justification or cause in cases involving minimally intrusive searches, the requirement of cause to search surely becomes more acute as the degree of intrusion inherent in the search increases. [Emphasis added.]

Although acknowledging that the justification for allowing more intrusive searches without a warrant may be weakened, the author suggests, at p. 377:

An alternative approach would be to dispense with the need for a warrant but to subject the police conduct to greater scrutiny by imposing a higher degree of persuasion or justification in cases of intrusive searches. This approach would avoid overburdening the process with the need to seek the approval of a judicial officer.

160

Since the common law must be developed in a manner consistent with *Charter* values (*RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 603; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at pp. 878 and 911; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at paras. 91 and 206), this Court has held that, consistent with s. 8 of the *Charter*, a search will not be wrongful if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the search is conducted in a reasonable manner (*Collins, supra*, at p. 278). I have already demonstrated that the search in question here was authorized by law under the common law search power incidental to arrest. The next hurdle relates to the requirement that the guidelines for the exercise of such power survive *Charter* scrutiny.

161

The purpose of s. 8 of the *Charter* is to protect the individual, not against all state intrusions as such, but only against those intrusions which are unreasonable. As Dickson J. (as he then was), for the Court, wrote in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, at pp. 159-60:

The guarantee of security from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation [of privacy]. This limitation on the right guaranteed by

soit le bien-fondé du droit du policier d'effectuer une fouille simplement accessoire à l'arrestation, sans justification ni motif supplémentaire, lorsque le caractère envahissant de la fouille est minime, l'existence d'un motif de fouiller s'accroît au fur et à mesure que le caractère envahissant de la fouille augmente. [Je souligne.]

Tout en reconnaissant que la justification des fouilles plus envahissantes sans mandat peut être affaiblie, l'auteur affirme, à la p. 377:

[TRADUCTION] Un autre point de vue consisterait à dispenser de l'obligation d'obtenir un mandat à la condition de soumettre la conduite de la police à un examen plus approfondi en lui imposant des normes de persuasion et de justification plus élevées dans le cas de fouilles envahissantes. Ce point de vue permettrait d'éviter d'encombrer le processus de la nécessité d'obtenir l'approbation d'un officier de justice.

Étant donné que la common law doit évoluer de façon compatible avec les valeurs de la *Charte* (*SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, à la p. 603; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, aux pp. 878 et 911; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, aux par. 91 et 206), notre Cour a statué que, conformément à l'art. 8 de la *Charte*, une fouille ou perquisition ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même est raisonnable et si elle est effectuée d'une manière raisonnable (*Collins, précité*, à la p. 278). J'ai déjà démontré que la fouille en cause ici était autorisée par la loi en vertu du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. La prochaine étape concerne l'exigence que les lignes directrices qui régissent l'exercice de ce pouvoir survivent à l'examen fondé sur la *Charte*.

L'article 8 de la *Charte* a pour but de protéger le citoyen, non contre toute atteinte comme telle de l'État, mais seulement contre les atteintes qui sont abusives. Comme le juge Dickson (plus tard Juge en chef) l'a écrit, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, *précité*, aux pp. 159 et 160:

La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu'une attente raisonnable [en matière de vie privée]. Cette limitation du

s. 8 . . . indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement. [Emphasis in original.]

The Court further held (at p. 161) that, "where it is feasible to obtain prior authorization", a warrantless search and seizure is *prima facie* unreasonable and the Crown has the burden of rebutting that presumption (*Collins, supra*, at p. 278). In this respect, as I already noted, at the time this case was investigated, it was not "feasible to obtain prior authorization" since the police had no recourse to a warrant procedure to secure the type of evidence they sought. Had it in fact been possible to secure a warrant for the search at issue, this factor would have had a substantial effect upon the assessment of the reasonableness of the warrantless search in this case.

It follows that, in order to meet the constitutional reasonableness requirement under s. 8, the police's discretion in exercising their search power incidental to arrest must be informed by clear guidelines which strike a proper balance between society's interest in detecting and punishing crime and the individual's interests in personal privacy and autonomy over his or her own body. Such guidelines should "provide a consistent standard for identifying the point at which the interests of the state in such intrusions come to prevail over the interests of the individual in resisting them" (*Hunter v. Southam Inc., supra*, at p. 167). Moreover, the situations in which the taking of bodily samples or impressions will be constitutionally permissible should be limited and narrowly defined in order to ensure that resort to such investigative techniques without prior authorization remain the exception, not the rule. See generally Cohen, *supra*, at pp. 374-78; LaFave, *supra*, at pp. 130-41.

droit garanti par l'art. 8 [. . .] indique qu'il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi. [Souligné dans l'original.]

La Cour a en outre statué qu'une fouille ou perquisition et une saisie effectuées sans mandat sont *prima facie* abusives si «une [. . .] autorisation [préalable] peut être obtenue» (à la p. 161), et qu'il incombe au ministère public de réfuter cette présomption (*Collins, précité*, à la p. 278). À cet égard, comme je l'ai déjà fait remarquer, au moment où on a enquêté sur cette affaire, «une [. . .] autorisation [préalable ne pouvait pas] être obtenue», étant donné que la police ne pouvait pas avoir recours à une procédure de mandat pour recueillir le genre d'éléments de preuve qu'elle cherchait. S'il avait été effectivement possible d'obtenir un mandat pour effectuer la fouille en question, cela aurait eu une incidence importante sur l'évaluation du caractère raisonnable de la fouille effectuée sans mandat en l'espèce.

Il s'ensuit que, pour satisfaire à l'exigence constitutionnelle du caractère raisonnable imposée par l'art. 8, l'exercice par la police de son pouvoir discrétionnaire d'effectuer une fouille accessoire à une arrestation doit être guidé par des lignes directrices claires qui permettent d'établir un juste équilibre entre l'intérêt de la société dans la découverte et la répression du crime et le droit d'un individu à la protection de sa vie privée et de son intégrité physique. Ces lignes directrices devraient «fournir un critère uniforme permettant de déterminer à quel moment les droits de l'État de commettre ces intrusions l'emportent sur ceux du particulier de s'y opposer» (*Hunter c. Southam Inc., précité*, à la p. 167). De plus, les situations où le prélèvement d'échantillons de substances corporelles et la prise d'empreintes seront permis en vertu de la Constitution devraient être limitées et définies restrictivement de manière à ce que le recours sans autorisation préalable à ces techniques d'enquête demeure l'exception, et non la règle. Voir, de façon générale, Cohen, *loc. cit.*, aux pp. 374 à 378; LaFave, *op. cit.*, aux pp. 130 à 141.

163 The following guidelines, which incorporate the three general propositions outlined in *Cloutier v. Langlois*, properly weigh and safeguard the competing interests at issue where the taking of bodily samples or impressions occurs as an incident to arrest. Such guidelines, in my view, are thus “reasonable” within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

164 1. The police must exercise their discretion, given all of the circumstances, in deciding whether to conduct a search for the purpose of obtaining bodily samples and impressions from a lawfully arrested person.

165 2. The search must be for a valid objective in pursuit of the ends of criminal justice, such as the discovery of evidence which might either incriminate or establish the innocence of the person under arrest, without running counter to the general objectives of the proper administration of justice.

166 3. Consideration must be given to the intrusiveness involved in the search: the more intrusive, the higher the threshold for finding that the taking of bodily samples or impressions is both justified and conducted in a reasonable manner in given circumstances. This is a matter of degree as well as common sense. While I agree with my colleague Cory J. that particular concerns arise where a search involves a person’s bodily integrity, it must also be underscored that those concerns vary along the spectrum of possible investigative tools in respect of the person. Obviously, seriously intrusive procedures such as extracting blood or pumping the content of a person’s stomach should not be permissible as a mere incident to arrest. By contrast, the state’s law enforcement interests in undertaking more commonplace or routine procedures, which involve virtually no risk, trauma or pain for the person, may, exceptionally and in light of the totality of the circumstances, prevail over the privacy interests of the individual. In this respect, it must be remembered that a person who is lawfully arrested must “expect a significant loss of personal

Les lignes directrices suivantes, qui incorporent les trois propositions générales énoncées dans l’arrêt *Cloutier c. Langlois*, soupèsent et sauvegardent correctement les intérêts opposés qui sont en cause lors du prélèvement d’échantillons de substances corporelles et de la prise d’empreintes effectués accessoirement à une arrestation. Ces lignes directrices sont donc, à mon avis, raisonnables au sens de l’art. 8 de la *Charte*.

1. En décidant d’effectuer une fouille afin d’obtenir des échantillons de substances corporelles et de prendre les empreintes d’une personne légalement mise en état d’arrestation, la police doit exercer son pouvoir discrétionnaire en tenant compte de toutes les circonstances.

2. La fouille doit viser un objectif valable dans la poursuite des fins de la justice criminelle, comme la découverte d’un élément de preuve susceptible soit d’incriminer la personne arrêtée soit d’en établir l’innocence, sans aller à l’encontre des objectifs généraux d’une saine administration de la justice.

3. Le caractère envahissant de la fouille en question doit être pris en considération: plus la fouille est envahissante, plus strictes doivent être les conditions qui permettront de conclure que le prélèvement de substances corporelles ou la prise d’empreintes sont à la fois justifiés et effectués d’une manière raisonnable dans les circonstances. C’est une question de degré et de bon sens. Bien que je convienne avec mon collègue le juge Cory qu’une fouille qui porte atteinte à l’intégrité physique d’une personne soulève des préoccupations particulières, il faut aussi souligner que ces préoccupations varient suivant la gamme d’instruments d’enquête qui peuvent être utilisés à l’égard de la personne en cause. Il est évident que des procédures fortement envahissantes, telles que la prise de sang ou l’aspiration gastrique, ne devraient pas être permises comme simples procédures accessoires à une arrestation. En revanche, les intérêts qu’a l’État, en matière d’application de la loi, à recourir à des procédures plus courantes ou habituelles qui ne comportent pratiquement aucun risque, aucun traumatisme ni aucune douleur

privacy” (*Beare, supra*, at p. 413 (*per La Forest J.*)).

4. The police must have reasonable and probable grounds to conduct a search for the purpose of obtaining bodily samples or impressions from a lawfully arrested person. In other words, the police must reasonably believe that the taking of such bodily samples or impressions is likely to yield highly relevant and probative evidence of, or in relation to, the offence for which that person is arrested.

5. The search must be predicated on sufficiently important circumstances in order to restrict the taking of bodily samples or impressions to situations where the state’s significant law enforcement interests might otherwise be jeopardized. Those circumstances will generally be established where: (a) it is impracticable to obtain a warrant to secure the desired evidence; (b) such evidence cannot be obtained by a less intrusive means; (c) there is no alternative evidence available; (d) the offence for which the arrest was made is a serious one; and (e) public policy is served by the type of search at issue.

6. The manner in which the search is conducted must not be abusive or unreasonable given the totality of the circumstances.

A search which does not comply with these requirements could be characterized as unreasonable at common law as well as under s. 8 of the *Charter*. The determination of whether a search occurred legally as an incident to arrest will depend upon a balancing of these factors, and I stress that the result will not inevitably be that the search was, in fact, a lawful one. To take one obvi-

pour la personne qui y est soumise, peuvent, exceptionnellement et compte tenu de toutes les circonstances, l’emporter sur les droits individuels à la vie privée. À cet égard, il faut se rappeler que la personne légalement mise en état d’arrestation doit «s’attendre à une atteinte importante à sa vie privée» (*Beare, précité*, à la p. 413 (*le juge La Forest*)).

4. La police doit avoir des motifs raisonnables d’effectuer une fouille visant à obtenir des échantillons de substances corporelles ou des empreintes d’une personne légalement mise en état d’arrestation. Autrement dit, la police doit avoir des raisons de croire que le prélèvement de ces échantillons de substances corporelles ou la prise de ces empreintes permettra vraisemblablement d’obtenir des éléments de preuve très pertinents et probants concernant l’infraction à l’origine de l’arrestation de la personne en question.

5. La fouille doit dépendre de circonstances suffisamment importantes pour restreindre le prélèvement d’échantillons de substances corporelles et la prise d’empreintes aux situations où les intérêts importants de l’État dans l’application de la loi pourraient être par ailleurs mis en péril. L’existence de ces circonstances sera généralement établie a) s’il est pratiquement impossible d’obtenir un mandat pour recueillir les éléments de preuve souhaités, b) s’il n’existe pas de moyens moins envahissants d’obtenir ces éléments de preuve, c) s’il n’y a pas d’autres éléments de preuve disponibles, d) si l’infraction à l’origine de l’arrestation est grave, et e) si le type de fouille en question est conforme à l’intérêt public.

6. La façon dont la fouille est effectuée ne doit être ni abusive ni déraisonnable compte tenu de toutes les circonstances.

Une fouille qui ne respecte pas ces exigences pourrait être qualifiée d’abusives tant en common law qu’en vertu de l’art. 8 de la *Charte*. La réponse à la question de savoir si on a procédé légalement à une fouille accessoire à une arrestation dépendra d’une pondération de ces facteurs, et je souligne que cette pondération n’amènera pas inévitablement à conclure que la fouille était effectivement

167

168

169

170

ous example, seriously intrusive searches incident to arrest, as aforementioned, will generally be classified as unlawful even in circumstances similar to the case at bar.

légale. À titre d'exemple évident, les fouilles accessoires à une arrestation qui constituent une atteinte grave seront généralement, tel que mentionné plus haut, qualifiées d'illégales même dans des circonstances similaires à celles de la présente affaire.

171 Having determined the factors which should guide the exercise of the police's power to obtain bodily samples and impressions upon arrest and found that such factors satisfy the constitutional reasonableness requirement, the remaining question is whether such power was reasonably exercised in the circumstances. Since different considerations arise from both the nature of the evidence in dispute and the manner in which it was obtained, I will deal separately with the tissue containing mucous and the other pieces of evidence.

Après avoir établi les facteurs qui doivent guider l'exercice du pouvoir de la police d'obtenir des échantillons de substances corporelles et des empreintes à la suite d'une arrestation, et après avoir conclu que ces facteurs satisfont à l'exigence constitutionnelle du caractère raisonnable, il reste à déterminer si ce pouvoir a été exercé raisonnablement dans les circonstances. Étant donné que la nature des éléments de preuve contestés et la manière dont ils ont été obtenus soulèvent des considérations différentes, je vais traiter de la question du papier-mouchoir contenant les mucosités séparément de celle des autres éléments de preuve.

C. Application to the Facts

C. Application aux faits

(1) The Tissue Containing Mucous

(1) Le papier-mouchoir contenant les mucosités

172 I agree with my colleagues McLachlin and Major JJ. that the mucous sample was not obtained in violation of s. 8 of the *Charter*, since the appellant could not claim any right of privacy in this specimen. Consequently, this evidence was admissible at trial.

Je suis d'accord avec mes collègues les juges McLachlin et Major pour dire que l'échantillon de mucosités n'a pas été obtenu en violation de l'art. 8 de la *Charte*, étant donné que l'appelant ne pouvait invoquer aucun droit à la vie privée relativement à cet échantillon. Par conséquent, cet élément de preuve était admissible au procès.

(2) The Hair Samples, the Buccal Swabs and the Dental Impressions

(2) Les échantillons de cheveux et de poils, les prélèvements faits dans la bouche et les empreintes dentaires

173 Applying the legal standard to the facts of this case, the evidence indicates that the police believed that, in all of the circumstances, it was necessary to obtain bodily substances and dental impressions from the appellant in order to apply the law effectively. Indeed, the police testified that, at the time of the appellant's arrest, they could not have proceeded with the murder charge without the DNA typing evidence obtained from the appellant's bodily substances or the bite-mark analysis of his teeth impressions. Second, the search and seizure here in question took place in order to

Si on applique la norme juridique aux faits de la présente affaire, il ressort de la preuve que la police croyait que, compte tenu de toutes les circonstances, il était nécessaire d'obtenir de l'appelant des échantillons de substances corporelles et des empreintes dentaires afin d'appliquer efficacement la loi. En fait, la police a témoigné qu'au moment de l'arrestation de l'appelant elle n'aurait pas pu l'accuser de meurtre sans la preuve des empreintes génétiques tirée des substances corporelles ou sans l'analyse de la marque de morsure au moyen de ses empreintes dentaires. Deuxième-

achieve a valid objective, that is the discovery of evidence which could have either incriminated or established the innocence of the appellant in relation to the murder with which he was charged.

Third, the type of search and seizure at issue constituted, in my opinion, minimal affronts to the appellant's bodily integrity. Combing or plucking scalp hair is a procedure most people submit to daily without any risk, trauma or pain. The same can be said for the taking of buccal swabs which involves even less, if any, discomfort. The seizure of pubic hair, on the other hand, is more intrusive given it involves an intimate part of the body. Similarly, because of the variable length of the procedure, the level of discomfort involved in the making of dental impressions may render such procedure more intrusive. On the whole, however, given that the appellant was made to pull out some of his own pubic hair himself and that the dental impressions were made by a dentist according to professional standards, the taking of those specimens is not, in my view, of such an offensive character in the circumstances of this case that it would constitute an unreasonable search.

In this regard, the appellant's refusal to provide any bodily substance and the absence of his lawyers while the specimens here in question were seized, in my view, are irrelevant in assessing whether the police reasonably exercised their power of search incidental to arrest. Once a search is found to fall within the scope of such power, as it is the case here, the police may, in accordance with the guidelines previously set out, proceed to search a lawfully arrested person, whether or not that person consents and whether or not his or her lawyer is present. In the same line of thought, while it is true that the appellant's bodily substances and teeth impressions could have been obtained later, this is not a relevant consideration.

Fourth, I agree with the trial judge that the police had reasonable and probable grounds for

ment, la fouille et la saisie ont été effectuées en l'espèce dans le but de réaliser un objectif valable, soit la découverte d'une preuve susceptible soit d'incriminer l'appellant soit d'établir son innocence relativement au meurtre dont il était accusé.

Troisièmement, le genre de fouille et de saisie en cause constituait, selon moi, une atteinte minimale à l'intégrité physique de l'appellant. La plupart des gens se peignent et s'arrachent des cheveux quotidiennement sans courir de risque ni subir de traumatisme ou de douleur. On peut dire la même chose des prélèvements faits dans la bouche, qui causent encore moins de désagrément, s'il en est. Par contre, la saisie de poils pubiens est plus envahissante, étant donné qu'il est question d'une partie intime du corps. De même, il se peut que, en raison de sa durée variable, la prise d'empreintes dentaires cause un désagrément qui la rendra plus envahissante. Dans l'ensemble, toutefois, étant donné que l'on a forcé l'appellant à s'arracher lui-même des poils pubiens et que les empreintes dentaires ont été prises par un dentiste selon les règles de l'art, le prélèvement de ces échantillons n'est pas, selon moi, fautif au point de constituer une fouille abusive dans les circonstances de la présente affaire.

À cet égard, le refus de l'appellant de fournir des échantillons de substances corporelles et l'absence de ses avocats au moment où les échantillons en cause ont été saisis n'ont, à mon avis, aucune pertinence pour évaluer si la police a raisonnablement exercé son pouvoir d'effectuer une fouille accessoire à une arrestation. Dès qu'on conclut qu'une fouille est conforme à ce pouvoir, comme c'est le cas en l'espèce, la police peut, conformément aux lignes directrices énoncées plus haut, la faire subir à une personne légalement mise en état d'arrestation, peu importe que cette personne y consente ou non, ou encore que son avocat soit présent ou non. Dans la même veine, même s'il est exact que les échantillons de substances corporelles et les empreintes dentaires de l'appellant auraient pu être obtenus ultérieurement, ce n'est pas un facteur pertinent.

Quatrièmement, je conviens avec le juge du procès que la police avait des motifs raisonnables de

174

175

176

taking bodily samples and dental impressions from the appellant. The police had reasonable and probable grounds to believe that the appellant had murdered a young girl and did in fact believe that they had the authority to seize such evidence. Given the results of the autopsy of the victim which revealed semen in her vagina and a human bite mark on her abdomen, the taking of the appellant's bodily substances and teeth impressions was clearly not done in a vacuum or without a precise forensic reason. In light of the reliability of the DNA typing evidence which would be obtained from the appellant's bodily samples as well as the specificity of the appellant's teeth impressions, such evidence was highly relevant and probative for the purpose of establishing whether or not the appellant was the murderer.

prélever des échantillons de substances corporelles de l'appellant et de prendre ses empreintes dentaires. Elle avait des motifs raisonnables de croire que l'appellant avait tué une jeune fille, et elle croyait effectivement qu'elle avait le pouvoir de saisir ces éléments de preuve. Compte tenu des résultats de l'autopsie de la victime qui ont révélé la présence de sperme dans son vagin et d'une morsure humaine sur son abdomen, le prélèvement d'échantillons de substances corporelles de l'appellant et la prise de ses empreintes dentaires n'ont manifestement pas été effectués en l'absence de tout contexte ou sans raison médico-légale précise. Compte tenu de la fiabilité de la preuve d'empreintes génétiques qui serait tirée des échantillons de substances corporelles de l'appellant, et de la spécificité de ses empreintes dentaires, ces éléments de preuve étaient fort pertinents et probants pour déterminer si l'appellant était l'auteur du meurtre.

177 Fifth, I believe that the evidence discloses circumstances of sufficient importance to justify the taking of bodily substances and dental impressions from the appellant. The police could not have obtained a warrant to secure the type of evidence they sought and the appellant's hair (with root sheaths), saliva and dental impressions could not have been obtained by less intrusive means than those that were used by the police. Given the absence of any witness to the murder, there was no alternative evidence that the appellant committed the extremely serious offence for which he was arrested.

Cinquièmement, je crois que la preuve révèle l'existence de circonstances suffisamment importantes pour justifier le prélèvement de substances corporelles de l'appellant et la prise de ses empreintes dentaires. La police n'aurait pas pu obtenir un mandat l'autorisant à recueillir le genre d'éléments de preuve qu'elle cherchait, et les cheveux et poils (comportant la gaine épithéliale) de l'appellant, sa salive et ses empreintes dentaires n'auraient pas pu être obtenus par des moyens moins envahissants que ceux qui ont été utilisés par la police. Étant donné l'absence de témoin du meurtre, il n'existait pas d'autre preuve que l'appellant avait commis l'infraction extrêmement grave à l'origine de son arrestation.

178 I am further of the view that public policy is served by the type of search at issue. The appellant was arrested in relation to the death of a young girl who had been viciously beaten and possibly sexually assaulted in the course of events. Because crimes of this nature typically occur in private, the identity of the perpetrator is often very difficult to establish. Where indicia such as bodily fluids or a human bite mark are found on the victim's body, the possibility of resorting to DNA typing analysis or forensic odontology serves, in my opinion,

Je suis aussi d'avis que le genre de fouille en cause est conforme à l'intérêt public. L'appellant a été arrêté relativement au décès d'une jeune fille qui avait été sauvagement battue et peut-être agressée sexuellement. Parce que ce genre de crime est normalement commis en l'absence de tout témoin, l'identité de son auteur est souvent très difficile à établir. Lorsque des indices tels que des liquides organiques ou une marque de morsure humaine sont découverts sur le corps de la victime, la possibilité de recourir à une analyse génétique ou odon-

society's substantial interest in deterring such crimes.

For these reasons, I would conclude that the search and seizure of the evidence at issue was legal as incidental to arrest and conducted in a reasonable manner in the circumstances of this case given the seriousness of the offence as well as the unavailability of any legal authorization procedure at the time of the appellant's arrest. I wish to re-emphasize that had there been a procedure available in which the police could have obtained a warrant, it is highly likely that, given those circumstances, the search could indeed have been found to be an unreasonable one.

D. Section 7 of the Charter

The appellant has also argued that the taking of the dental impressions and hair samples violated his rights under s. 7 of the *Charter* in that the intrusion upon his person did not take place in accord with the principles of fundamental justice. Given my conclusion that the manner in which the police obtained the evidence was, in fact, lawful, it follows that the search was also in accord with the principles of fundamental justice. Had I concluded, however, that the police's conduct was unlawful, I would have agreed with Cory J. that a violation of s. 7 was the inevitable result.

E. Conclusion

In conclusion, I find that there was no breach of the appellant's *Charter* rights in the obtention of the evidence here in question, and that the trial judge and the majority of the Court of Appeal, albeit for different reasons, were correct in finding that such evidence was admissible at trial.

Consequently, it is not strictly necessary to deal with a s. 24(2) inquiry. Nevertheless, given the

logique médicolégal est, à mon avis, conforme à l'intérêt important qu'a la société à décourager la perpétration de tels crimes.

Pour ces motifs, je conclurais que la fouille et la saisie des éléments de preuve en cause ont été légalement effectuées accessoirement à l'arrestation et d'une manière raisonnable dans les circonstances de la présente affaire, compte tenu de la gravité de l'infraction commise ainsi que de l'absence de procédure d'autorisation légale au moment de l'arrestation de l'appelant. Je tiens à souligner une fois de plus que, si la police avait pu recourir à une procédure d'obtention de mandat, il est très probable que, dans ces circonstances, la fouille aurait pu être effectivement jugée abusive.

D. L'article 7 de la Charte

L'appelant a aussi allégué que la prise des empreintes dentaires et le prélèvement des échantillons de cheveux et de poils ont violé les droits que lui garantissait l'art. 7 de la *Charte*, en ce qu'il n'avait pas été porté atteinte à sa personne en conformité avec les principes de justice fondamentale. Étant donné que j'ai conclu que la manière dont la police a obtenu les éléments de preuve était effectivement légale, il s'ensuit que la fouille était également conforme aux principes de justice fondamentale. Toutefois, si j'avais conclu que la conduite de la police était illégale, j'aurais convenu avec le juge Cory qu'il en aurait inévitablement résulté une violation de l'art. 7.

E. Conclusion

En conclusion, je considère qu'il n'y a eu aucune violation des droits garantis à l'appelant par la *Charte* lors de l'obtention des éléments de preuve en question, et que, bien que ce soit pour des motifs différents, le juge du procès et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu raison de statuer que ces éléments de preuve étaient admissibles au procès.

Par conséquent, il n'est pas strictement nécessaire d'examiner la question de l'examen fondé sur

179

180

181

182

importance of this issue in the reasons of Cory and McLachlin JJ., some comment is in order.

III. Section 24(2) of the Charter

183

At the outset, I must say that I could not agree more with Cory J. that an invasion of a person's body is a serious intrusion which goes to that individual's personal dignity and privacy. While I do not consider the bodily invasions which took place in the case at bar to have been of such a magnitude as those invoked by Cory J., I agree that in other circumstances, these types of searches could result in breaches of s. 8 and in certain cases s. 7 and thus necessitate a remedy under s. 24(2) of the *Charter*. Where I disagree with my colleague is what test would then apply under s. 24(2). In my view, the test set out by this Court in *Collins* mandates a consideration of all the factors and circumstances of an individual case, and this inquiry should not stop after examining the first of these factors: the effect of the admission of the evidence on the fairness of the trial. In that regard, I completely agree with the analysis of McLachlin J.

184

The framework set out in *Collins*, in my opinion, represents the proper approach to s. 24(2) and efforts since then to explain, clarify, refine, extend, add to or distinguish *Collins*, have only served to further muddy the waters. See, for instance, *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206. The inquiry has now become such a complicated exercise that I wonder how trial judges will ever be able to resolve the issues arising under s. 24(2) in order to ensure that justice is done. I am strongly of the view, in particular, that the classification of evidence proposed by my colleague Cory J., under the trial fairness aspect of the s. 24(2) analysis, in terms of "non-conscriptive 'real' evidence" and "conscriptive evidence" (which includes "derivative evidence"), with their possible extension to all kinds of unforeseen situations, is, in my view, an unfortunate development. As I said in *Burlingham*,

le par. 24(2). Néanmoins, vu l'importance que cette question revêt dans les motifs des juges Cory et McLachlin, je me dois de faire un commentaire.

III. Le paragraphe 24(2) de la Charte

Au départ, je dois dire que je suis entièrement d'accord avec le juge Cory qu'une atteinte au corps d'une personne est une atteinte grave qui touche la dignité de cette personne et sa vie privée. Bien que je considère que les atteintes physiques commises en l'espèce n'avaient pas l'ampleur qu'évoque le juge Cory, je conviens que, dans d'autres circonstances, ces genres de fouilles pourraient entraîner une violation de l'art. 8 et, dans certains cas, de l'art. 7, et ainsi nécessiter une réparation au sens du par. 24(2) de la *Charte*. Là où je suis en désaccord avec mon collègue, c'est quant au critère alors applicable en vertu du par. 24(2). À mon avis, le critère énoncé par la Cour dans l'arrêt *Collins* commande l'examen de tous les facteurs et de toutes les circonstances d'une affaire, et cet examen ne devrait pas s'arrêter après l'analyse du premier de ces facteurs: l'incidence de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès. À cet égard, je souscris entièrement à l'analyse de Madame le juge McLachlin.

Le cadre établi dans l'arrêt *Collins* constitue, selon moi, la façon appropriée d'aborder le par. 24(2), et les efforts déployés depuis pour expliquer, clarifier et raffiner l'arrêt *Collins*, ou pour en élargir la portée, y ajouter quelque chose ou établir une distinction d'avec cet arrêt, n'ont contribué qu'à embrouiller davantage la situation. Voir, par exemple, les arrêts *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206. L'examen est maintenant devenu si compliqué que je me demande comment les juges du procès pourront jamais résoudre les questions soulevées en vertu du par. 24(2), afin de garantir que justice soit rendue. Plus particulièrement, je suis fermement d'avis que la classification de la preuve proposée par mon collègue le juge Cory eu égard à l'aspect «équité du procès» de l'analyse fondée sur le par. 24(2), à savoir la classification de la preuve en «preuve "matérielle" non

supra, where I expressed my concerns at length, at paras. 108-9:

The thrust of my criticism of this Court's recent jurisprudence on s. 24(2) is that we may be digging ourselves into a hole. If we are to create a test of absolute exclusion to further the purposes of s. 24(2), then I believe that we must not define that test so broadly as to risk frustrating the text of s. 24(2), which calls upon courts to evaluate "all of the circumstances" in preserving the reputation of the justice system. I therefore prefer to formulate any absolute exclusionary rules more narrowly than most of my colleagues.

In my view, it is most consistent both with our common law approach to exclusion and with the purposes of s. 24(2) of the *Charter* to confine an absolute exclusionary rule to circumstances in which the unconstitutional conduct of state authorities is responsible for evidence which may possibly be unreliable. I do not feel that the nature of the evidence (real vs. self-incriminatory, or discoverable vs. undiscoverable) should be determinative of absolute exclusion. For my part, I believe that a viable distinction can and must be drawn between evidence whose admission potentially touches upon the adjudicative fairness of the hearing and evidence which is obtained in a manner which does violence to the integrity of the judicial system. Whereas the former must almost inevitably be excluded, the latter must be evaluated "having regard to all of the circumstances". [Emphasis added.]

Under the classification put forward by my colleague, evidence will be found to be conscriptive if the accused "is compelled to incriminate himself at the behest of the state by means of a statement, the use of the body or the production of bodily samples" (para. 80), or if other types of evidence are discovered because of a statement by the accused. Applying this criterion to the facts of this case, since "the police, by their words and actions, compelled the appellant to participate in providing the evidence" (para. 120), my colleague concludes that the hair samples, the buccal swabs and the dental impressions constitute conscriptive evidence.

obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même» et en «preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même» (qui comprend la «preuve dérivée»), avec son application possible à toutes sortes de situations imprévues, est, à mon avis, malheureuse. Comme je l'ai affirmé dans *Burlingham*, précité, où j'exprime mes préoccupations en détail, au par. 108 et 109:

L'essentiel de mes critiques de la jurisprudence récente de la Cour concernant le par. 24(2) tient à ce que nous risquons de nous enliser. Si nous devons formuler un critère d'exclusion absolue aux fins du par. 24(2), je crois alors que nous devons éviter de le définir trop largement au risque de contrecarrer le texte du par. 24(2) qui demande aux tribunaux d'évaluer toutes «les circonstances» tout en préservant la réputation du système de justice. C'est pourquoi je préfère définir plus restrictivement toute règle d'exclusion absolue que ce que proposent la plupart de mes collègues.

Il est, selon moi, tout à fait compatible tant avec notre approche de l'exclusion en common law qu'avec les objectifs du par. 24(2) de la *Charte* de limiter la règle de l'exclusion absolue à des circonstances dans lesquelles la conduite inconstitutionnelle des autorités de l'État est à l'origine d'une preuve qui pourrait ne pas être fiable. Je ne pense pas que la nature de la preuve (preuve matérielle, preuve auto-incriminante ou preuve dont la découverte aurait été possible ou non) devrait décider de l'exclusion absolue. Pour ma part, j'estime possible de faire une distinction viable entre la preuve dont l'admission pourrait avoir une incidence sur l'équité de l'audition et la preuve qui est obtenue d'une façon qui menace l'intégrité du système judiciaire. La première doit presque inévitablement être exclue, la seconde doit être examinée «eu égard à toutes les circonstances». [Je souligne.]

Selon la classification proposée par mon collègue, la preuve sera qualifiée de preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même si «l'accusé [...] est forcé de s'incriminer sur l'ordre de l'État au moyen d'une déclaration, de l'utilisation de son corps ou de la production de substances corporelles» (par. 80), ou si d'autres types d'éléments de preuve sont découverts grâce à une déclaration de l'accusé. Appliquant ce critère aux faits de la présente affaire, mon collègue conclut que, puisque «les policiers, par leurs paroles et leurs actions, ont contraint l'appelant à participer à la production de la preuve» (par. 120), les échantil-

Pursuant to this reasoning, I fail to imagine a situation in which, absent the accused's informed consent, bodily samples seized while the accused is under the control of the state would not be conscriptive evidence. Indeed, the detention itself is a clear form of state compulsion. In that perspective, any bodily substance emanating either naturally or by accident from the accused while he or she is under the state's control would qualify as conscriptive evidence since the accused has no means of preventing such emanations.

lons de cheveux et de poils, les prélèvements faits dans la bouche et les empreintes dentaires constituent des éléments de preuve obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même. Suivant ce raisonnement, je n'arrive pas à imaginer une situation où des échantillons de substances corporelles saisis, sans le consentement éclairé de l'accusé, pendant que celui-ci était sous le contrôle de l'État ne seraient pas des éléments de preuve obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même. En fait, la détention elle-même est clairement une forme de contrainte exercée par l'État. Dans cette perspective, toute substance corporelle produite naturellement ou accidentellement par l'accusé alors qu'il est sous le contrôle de l'État pourrait être qualifiée d'élément de preuve obtenu en mobilisant l'accusé contre lui-même, étant donné que celui-ci n'a aucun moyen d'en empêcher la production.

186 In the course of their reasons, my colleagues Cory and McLachlin JJ. have concentrated upon two issues concerning the application of s. 24(2). The first concerns what types of evidence will "tend" to render a trial unfair, under the first branch of factors as set out in *Collins*; the second is whether evidence which attracts the "trial fairness" designation must automatically be excluded. I propose to briefly address each of these issues.

Dans leurs motifs, mes collègues les juges Cory et McLachlin se sont concentrés sur deux questions touchant l'application du par. 24(2). La première concerne les genres d'éléments de preuve qui «tendent» à rendre le procès inéquitable, eu égard à la première catégorie de facteurs énoncés dans l'arrêt *Collins*; la deuxième est de savoir si la preuve qui compromet l'«équité du procès» doit automatiquement être écartée. Je me propose d'examiner brièvement chacune de ces questions.

187 Regarding the first point, I have consistently maintained that the trial fairness concern arises solely where the accused is compelled as a result of a *Charter* breach to participate in the creation or discovery of self-incriminating evidence, and that this protection against self-incrimination is confined to testimonial evidence. In a number of my dissenting opinions, beginning with *Ross*, *supra*, at p. 19, and *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93, at p. 126, and continuing more recently in *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, at p. 227, I have repeatedly advocated this approach. In this respect, in *S. (R.J.)*, *supra*, albeit in the context of fundamental justice, this Court had occasion to discuss the purpose and the scope of the principle against self-incrimination. The comments I made then, at para. 260, also remain apposite in the present case:

En ce qui concerne le premier point, j'ai constamment soutenu que le problème de l'équité du procès ne se pose que si l'accusé a été forcé, à la suite d'une violation de la *Charte*, de participer à la constitution ou à la découverte d'une preuve auto-incriminante, et que cette protection contre l'auto-incrimination est limitée à la preuve testimoniale. Dans un certain nombre de mes dissidences, à commencer par *Ross*, précité, à la p. 19, et *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, à la p. 126, puis, plus récemment, dans *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, à la p. 227, j'ai sans cesse préconisé ce point de vue. À cet égard, dans l'arrêt *S. (R.J.)*, précité, bien que ce fût dans le contexte de la justice fondamentale, notre Cour a analysé l'objet et la portée du principe interdisant l'auto-incrimination. Le commentaire que j'ai alors fait, au par. 260, demeure pertinent en l'espèce:

Both the common law and the *Charter* draw a fundamental distinction between incriminating evidence and self-incriminating evidence: the former is evidence which tends to establish the accused's guilt, while the latter is evidence which tends to establish the accused's guilt by his own admission, or based upon his own communication. The s. 7 principle against self-incrimination that is fundamental to justice requires protection against the use of compelled evidence which tends to establish the accused's guilt on the basis of the latter grounds, but not the former. [Emphasis in original.]

In addition, as I stated in *Burlingham, supra*, at paras. 88 and 94:

In my opinion, evidence is capable of affecting "trial fairness", as that term is employed in the first branch of *Collins*, where its admission could give rise to concerns analogous to, or falling within, the rubric of the Reliability Principle, outlined above. Where, by contrast, the complaint about the impugned evidence is, for instance, that it would not have been obtained "but for" the rights violation, then this complaint relates more fundamentally to the Fairness Principle. The objection to the admission of the evidence is not that it has the potential to mislead a trier of fact or convict an innocent person, but rather that the manner in which the authorities obtained the evidence was fundamentally unfair, and erodes values that are fundamental to our society. I therefore believe that the fact that the evidence could not have been obtained "but for" the rights violation is more accurately viewed as a relevant consideration to the second branch of the *Collins* framework: the impact of the seriousness of the rights violation on the reputation of the justice system.

As I have already mentioned, the first set of factors relates to the exclusion of evidence which may offend the Reliability Principle. Where anything done by the authorities casts some doubt as to the accused's having been induced to make a possibly unreliable statement, then the evidence obtained under such circumstances touches upon the Reliability Principle. This set of factors relates to any circumstances under which a person may be convicted of an offence of which he or she is innocent. As such, they relate to the fairness of the trial and its corollary, the right to make full answer and defence. The admission of unconstitutionally obtained evidence which may render the trial unfair in this manner could bring the administration of justice into disre-

Tant la common law que la *Charte* font une distinction fondamentale entre une preuve incriminante et une preuve auto-incriminante: la première est la preuve qui tend à établir la culpabilité de l'accusé, alors que la deuxième est la preuve qui tend à établir la culpabilité de l'accusé par suite de son propre aveu ou de sa propre déclaration. Le principe interdisant l'auto-incrimination visé à l'art. 7, qui est fondamental pour la justice, nécessite une protection contre l'utilisation de témoignages donnés sous la contrainte qui tendent à établir la culpabilité de l'accusé à partir de la deuxième catégorie et non de la première. [Souligné dans l'original.]

En outre, comme je l'ai affirmé dans l'arrêt *Burlingham*, précité, aux par. 88 et 94:

À mon avis, une preuve est susceptible de compromettre l'«équité du procès», au sens de ce terme dans le premier volet de *Collins*, si son utilisation peut susciter des préoccupations analogues à celles que j'ai qualifiées comme relevant du principe de la fiabilité, exposées précédemment, ou qui y ont trait. Par contre, lorsque la plainte relative à la preuve contestée veut, par exemple, qu'elle n'aurait pas été obtenue «n'eût été» la violation des droits, cette plainte a trait plus fondamentalement au principe de l'équité. On ne s'oppose pas à l'utilisation de la preuve parce qu'elle risque d'induire en erreur le juge des faits ou d'entraîner la déclaration de culpabilité d'une personne innocente, mais plutôt parce que les autorités ont obtenu la preuve d'une manière fondamentalement inéquitable, qui mine des valeurs essentielles à notre société. Je crois donc que le fait que la preuve n'aurait pas pu être obtenue «n'eût été» la violation des droits est plus justement considéré comme un facteur pertinent quant au second volet du test de l'arrêt *Collins*, soit l'incidence de gravité de la violation des droits sur la réputation du système judiciaire.

Comme je l'ai déjà mentionné, le premier ensemble de facteurs se rapporte à l'exclusion d'une preuve susceptible de contrevenir au principe de la fiabilité. Lorsque les autorités ont fait quelque chose qui jette un doute quant à savoir si l'accusé a été induit à faire une déclaration qui n'est peut-être pas fiable, alors la preuve obtenue dans ces circonstances est visée par le principe de la fiabilité. Cet ensemble de facteurs vise toute situation dans laquelle une personne peut être déclarée coupable d'une infraction dont elle est innocente. Ainsi, ils concernent l'équité du procès et son corollaire, le droit de présenter une défense pleine et entière. L'utilisation d'une preuve obtenue inconstitutionnellement qui pourrait rendre le procès inéquitable de cette manière serait

pute in the eyes of a reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances. [Third emphasis added.]

189 As a consequence, I do not disagree with McLachlin J. and her analysis on this point. Therefore, inasmuch as the nature of the evidence is relevant under s. 24(2), I am of the view that it is only where the accused is compelled to participate in the creation or discovery of "evidence which tends to establish the accused's guilt by his own admission, or based upon his own communication" that the admission of such evidence could, under some circumstances, bring the administration of justice into greater disrepute than its exclusion.

190 With regard to the second question, as to whether evidence which affects the fairness of the trial must inevitably be excluded under s. 24(2), I would respond in the negative. Like McLachlin J., I am of the view that a proper consideration of "all the circumstances" demands a balancing of each set of factors set out in *Collins*.

191 This is an approach I believe is consistent with the wording, as well as the principles upon which s. 24(2) is based. As Professor Stuart has recently stated:

Accepting that the court is committed to the *Collins* test, it should insist that, even where the evidence affects trial fairness in the sense that the accused were "conscripted against themselves in the creation of evidence", there must be a full consideration of the other *Collins* factors of seriousness of violation and repute of the administration of justice.

Discoverability of the evidence may be a factor under these inquiries but it should only be one of the factors and it should not be determinative. Section 24(2) calls for discretion in all circumstances rather than a simplistic rule.

D. Stuart, "Questioning the Discoverability Doctrine in Section 24(2) Rulings" (1996), 48 C.R. (4th) 351, at pp. 355-56. See also D. Stuart, "*Burlingham and Silveira: New Charter Standards*

susceptible de déconsidérer l'administration de la justice aux yeux d'une personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances. [Troisième soulignement ajouté.]

Sur ce point, je ne saurais être en désaccord avec l'analyse de Madame le juge McLachlin. Par conséquent, dans la mesure où la nature de la preuve est pertinente pour les fins du par. 24(2), je suis d'avis que ce n'est que lorsqu'un accusé est forcé de participer à la constitution ou à la découverte d'une «preuve qui tend à établir la culpabilité de l'accusé par suite de son propre aveu ou de sa propre déclaration» que l'utilisation de cette preuve pourrait, dans certaines circonstances, déconsidérer davantage l'administration de la justice que son exclusion.

En ce qui concerne la seconde question, à savoir si la preuve qui compromet l'équité du procès doit inévitablement être écartée en vertu du par. 24(2), je répondrais par la négative. À l'instar de Madame le juge McLachlin, je suis d'avis que la prise en considération appropriée des «circonstances» exige la pondération de chaque ensemble de facteurs énoncés dans l'arrêt *Collins*.

Je crois que cette approche est conforme à la lettre du par. 24(2) et aux principes qui le sous-tendent. Comme le professeur Stuart l'affirmait récemment:

[TRADUCTION] Si on accepte que la cour est tenue d'appliquer le critère de l'arrêt *Collins*, elle devrait exiger que, même lorsque la preuve compromet l'équité du procès du fait que les accusés ont été «mobilisés contre eux-mêmes pour constituer la preuve», que l'on tienne compte parfaitement des autres facteurs énoncés dans l'arrêt *Collins*, à savoir la gravité de la violation et la considération dont jouit l'administration de la justice.

La possibilité de découvrir la preuve peut être un facteur à prendre en considération dans cet examen, mais ce ne devrait être qu'un des facteurs et il ne devrait pas être déterminant. Le paragraphe 24(2) requiert l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans tous les cas, et non l'application d'une règle simpliste.

D. Stuart, «Questioning the Discoverability Doctrine in Section 24(2) Rulings» (1996), 48 C.R. (4th) 351, aux pp. 355 et 356. Voir aussi D. Stuart, «*Burlingham and Silveira: New Charter Standards*

Control Police Manipulation and Exclusion of Evidence” (1995), 38 C.R. (4th) 386, at p. 395. On this issue at least, Professor Stuart and I are in agreement. This is the approach I have consistently advocated for s. 24(2). For further comment on this point, see: *Ross, supra; Duguay, supra; Burlingham, supra*.

This being said, since the admissibility in evidence of the discarded tissue containing mucous, the hair samples, the buccal swabs and the dental impressions, all of which I find to be admissible, was the only ground of appeal raised by the appellant, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

GONTHIER J. (dissenting) — I concur with Justice L’Heureux-Dubé and also expressly agree with the reasons of Justice McLachlin as to the scope of the principle of self-incrimination and the proper analytical approach to the determination of admissibility of evidence under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) — The appellant was arrested following the brutal sexual murder of a teenage girl. The police took samples of his hair, buccal swabs, dental impressions and a tissue containing mucous fluid from him while he was in custody. DNA tests on these items linked the appellant to the murder. The trial judge held that the evidence pertaining to the hair samples, buccal swabs and dental impressions had been taken in violation of the appellant’s *Charter* rights, but ruled the evidence nevertheless admissible under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that its admission would not bring the administration of justice into disrepute: [1993] N.B.J. No. 625 (Q.B.). The appellant was convicted. The New Brunswick Court of Appeal, Rice J.A. dissenting, upheld the trial judge’s ruling and the conviction: (1995), 159 N.B.R. (2d) 321, 409 A.P.R. 321, 97 C.C.C. (3d) 164. The majority of this Court would reverse

to Control Police Manipulation and Exclusion of Evidence» (1995), 38 C.R. (4th) 386, à la p. 395. Le professeur Stuart et moi sommes d’accord au moins sur ce point. C’est l’approche que j’ai constamment préconisée pour le par. 24(2). Pour d’autres commentaires sur cette question, voir les arrêts *Ross, Duguay et Burlingham*, précités.

Cela dit, étant donné que le seul moyen d’appel avancé par l’appelant concernait l’admissibilité en preuve du papier-mouchoir jeté contenant les mucosités, des échantillons de cheveux et de poils, des prélèvements faits dans la bouche et des empreintes dentaires, et que je juge tous ces éléments admissibles, je rejetterais le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER (dissident) — Je suis d’accord avec le juge L’Heureux-Dubé et, en outre, je souscris expressément aux motifs du juge McLachlin quant à la portée du principe de l’auto-incrimination et à la méthode analytique utile pour déterminer l’admissibilité de la preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — L’appelant a été arrêté à la suite du meurtre sexuel brutal d’une adolescente. Pendant la détention de l’appelant, la police a prélevé des échantillons de ses cheveux et de ses poils, a fait des prélèvements dans sa bouche, a pris ses empreintes dentaires et a recueilli un papier-mouchoir contenant ses mucosités. L’analyse génétique de ces objets a permis de lier l’appelant au meurtre. Le juge du procès a statué que la preuve constituée des échantillons de cheveux et de poils, des prélèvements faits dans la bouche et des empreintes dentaires avait été obtenue en violation des droits garantis à l’appelant par la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais il a néanmoins conclu que cette preuve pouvait être utilisée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, parce que son utilisation n’était pas susceptible de déconsidérer l’administration de la justice: [1993] A.N.-B. n° 625 (B.R.). L’appelant a été déclaré coupable. La Cour d’appel du Nouveau-

192

193

194

these rulings, set aside the conviction, and order a new trial. With respect, I cannot agree. I find no error in the rulings of the New Brunswick courts. I agree with them that while taking the hair samples, the buccal swabs, and the dental impressions violated the appellant's freedom from unreasonable search and seizure, admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute. I would affirm the appellant's conviction.

I. Did the Conduct of the Police Violate the Appellant's Charter Rights?

A. What Rights Are at Stake?

¹⁹⁵ It is first necessary to determine what *Charter* rights are at stake in this case. The New Brunswick courts treated the taking of the hair, buccal swabs, dental impressions and tissue as seizures, to be dealt with under s. 8 of the *Charter* which guarantees the individual freedom from unreasonable search and seizure.

¹⁹⁶ The appellant accepts that the taking of the hair, buccal swabs, dental impressions and tissue are most naturally examined under the principles that govern searches and seizures. The appellant was searched. These things were taken. Similar police conduct has traditionally been considered under the rubric of search and seizure.

¹⁹⁷ The appellant argues, however, that the searches and seizures also violated s. 7 of the *Charter*,

Brunswick, le juge Rice étant dissident, a confirmé la décision du juge du procès et la déclaration de culpabilité: (1995), 159 R.N.-B. (2^e) 321, 409 A.P.R. 321, 97 C.C.C. (3d) 164. Notre Cour, à la majorité, est d'avis d'infirmer cet arrêt, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. En toute déférence, je ne puis être d'accord. Je ne vois aucune erreur dans les décisions des tribunaux du Nouveau-Brunswick. Je conviens avec eux que, bien que le prélèvement d'échantillons de cheveux et de poils, les prélèvements faits dans la bouche et la prise des empreintes dentaires aient violé le droit de l'appelant à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, l'utilisation de ces éléments de preuve n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Je confirmerais la déclaration de culpabilité de l'appelant.

I. La conduite de la police a-t-elle violé les droits garantis à l'appelant par la Charte?

A. Quels sont les droits en jeu?

Il faut d'abord déterminer quels droits garantis par la *Charte* sont en jeu en l'espèce. Les tribunaux du Nouveau-Brunswick ont considéré que le prélèvement de cheveux et de poils, les prélèvements faits dans la bouche, la prise des empreintes dentaires et la récupération du papier-mouchoir constituaient des saisies qui devaient être examinées au regard de l'art. 8 de la *Charte*, qui garantit le droit de toute personne à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

L'appelant accepte que le prélèvement de cheveux et de poils, les prélèvements faits dans la bouche, la prise d'empreintes dentaires et la récupération du papier-mouchoir relèvent tout naturellement d'un examen fondé sur les principes qui régissent les fouilles, perquisitions et saisies. L'appelant a été fouillé. Ces choses ont été prises. Ce genre d'activités de la part de policiers est habituellement examiné sous l'angle des fouilles, perquisitions et saisies.

L'appelant allègue toutefois que la fouille et les saisies ont aussi violé l'art. 7 de la *Charte* selon

which provides that a person's life, liberty and security of person may be violated only in accordance with the principles of fundamental justice. The searches and seizures affected his "liberty" because they were used to assist in his prosecution. It is more doubtful whether they affected his "security of person", which has not to date been extended beyond medical treatment: *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), at p. 1029. However, establishing a state act that affects liberty or security of the person does not necessarily violate s. 7. The act must also have been carried out in contravention of a principle of fundamental justice for s. 7 to be invoked. The principle of fundamental justice engaged here, the appellant argues, is the privilege against self-incrimination. The searches and seizures at issue, it is argued, required the appellant to incriminate himself. Therefore a conviction based on this evidence violates a principle of fundamental justice and hence s. 7 of the *Charter*. Another way of making the same argument is to say that it is a principle of fundamental justice that the accused have a fair trial. The use of evidence taken in violation of the privilege against self-incrimination renders the trial unfair. The appellant asserts that this violates a principle of fundamental justice and hence s. 7 of the *Charter*.

Both variations of the argument rest on the premise that the searches and seizures here at issue engage the principle of fundamental justice known as the privilege against self-incrimination. In my view, this premise is faulty. The privilege against self-incrimination is confined to testimonial evidence. It has never extended to the search of persons or premises or to the seizure of physical evidence, except in the case of physical evidence derived from testimonial evidence.

Section 7 of the *Charter* does not purport to enlarge the common law principle against self-incrimination. The framers of the *Charter*, when

lequel il ne peut être porté atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Les fouilles et les saisies ont porté atteinte à sa «liberté» parce qu'on s'en est servi pour le poursuivre. Il est plus douteux qu'elles aient touché la «sécurité de sa personne», dont la portée n'a pas été, jusqu'à maintenant, étendue au-delà du traitement médical: *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), à la p. 1029. Cependant, la preuve que l'État a commis un acte qui porte atteinte à la liberté ou à la sécurité de la personne n'emporte pas nécessairement qu'il y a violation de l'art. 7. L'acte doit aussi avoir été accompli en violation d'un principe de justice fondamentale pour que l'on puisse invoquer l'art. 7. L'appellant allègue que le principe de justice fondamentale qui est en cause dans la présente affaire est le privilège de ne pas s'incriminer. La fouille et les saisies en cause, fait-on valoir, ont obligé l'appellant à s'incriminer. Par conséquent, une déclaration de culpabilité fondée sur cette preuve viole un principe de justice fondamentale et, ainsi, l'art. 7 de la *Charte*. Une autre façon de formuler le même argument consiste à dire que le droit d'un accusé à un procès équitable est un principe de justice fondamentale. L'utilisation de la preuve obtenue en violation du privilège de ne pas s'incriminer rend le procès inéquitable. L'appellant affirme que cela contrevient à un principe de justice fondamentale et, ainsi, à l'art. 7 de la *Charte*.

Ces deux variantes de l'argument reposent sur la prémisse que la fouille et les saisies en cause déclenchent l'application du principe de justice fondamentale connu sous le nom de privilège de ne pas s'incriminer. À mon avis, cette prémisse est fautive. Le privilège de ne pas s'incriminer se limite à la preuve testimoniale. Il n'a jamais visé la fouille des personnes ou la perquisition dans des lieux ni la saisie d'une preuve matérielle, sauf dans le cas où cette preuve matérielle découle de la preuve testimoniale.

L'article 7 de la *Charte* n'a pas pour objet d'élargir la portée du principe de common law interdisant l'auto-incrimination. Il faut considérer

they used the term “principles of fundamental justice”, must be taken to have had in mind the principles of fundamental justice which actuated the common law system into which the *Charter* was introduced: *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151. The more specific language of some of the other sections of the *Charter* may permit the inference that the framers of the *Charter* intended to alter common law rights and amplify the principles of fundamental justice. The *Charter*, however, makes no mention of a general right against self-incrimination, much less of expanding it. We are therefore cast back to the common law. The question is this: what was the extent of the privilege against self-incrimination at common law?

que, lorsque les rédacteurs de la *Charte* ont utilisé l’expression «principes de justice fondamentale», ils avaient à l’esprit les principes de justice fondamentale qui sous-tendaient le régime de common law dans lequel la *Charte* a été adoptée: *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151. La formulation plus précise de certains autres articles de la *Charte* peuvent permettre de déduire que les rédacteurs de la *Charte* avaient l’intention de modifier des droits de common law et d’étendre la portée des principes de justice fondamentale. Cependant, la *Charte* ne mentionne aucun droit général de ne pas s’incriminer, et étend encore moins la portée d’un tel droit. Nous devons donc nous reporter à la common law. La question est la suivante: quelle était la portée du privilège de ne pas s’incriminer en common law?

200

The privilege against self-incrimination at common law found expression in the confessions rule, the right to silence, and rules protecting witnesses from the use of their testimony against them in other proceedings. All these rules were concerned exclusively with testimonial evidence. The confessions rule held that involuntary statements made to persons in authority were inadmissible. The right to silence prevented the state from forcing a person suspected or accused of a crime to give a statement to the police or the court. Finally, statutory provisions protecting witnesses from subsequent use of their statements against them sought to give protection equivalent to the right to silence to persons not on trial. These rules find their origin in the abhorrence of the coercive “Star Chamber” practices which characterized British justice as late as the 16th century: L. Herman, “The Unexplored Relationship Between the Privilege Against Compulsory Self-Incrimination and the Involuntary Confession Rule (Part I)” (1992), 53 *Ohio St. L.J.* 101. They rest on the premise that a suspect cannot be coerced to give evidence against himself or herself. The suspect has the right to choose whether to make a statement or not. The right to choose whether or not to make a statement which may be used in evidence against oneself is a right that lies at the heart of the principle against self-incrimination. It was this right that led this Court in *Hebert*, *supra*, to conclude that the confessions rule at common law could reasonably be viewed as

En common law, le privilège de ne pas s’incriminer était exprimé dans la règle des confessions, le droit de garder le silence et les règles protégeant les témoins contre l’utilisation de leur témoignage contre eux dans d’autres procédures. Toutes ces règles concernaient exclusivement la preuve testimoniale. La règle des confessions établissait que les déclarations faites involontairement à des personnes en situation d’autorité étaient inadmissibles en preuve. Le droit de garder le silence empêchait l’État de forcer une personne soupçonnée ou accusée d’un crime de faire une déclaration à la police ou à la cour. Finalement, des dispositions législatives qui interdisaient que les déclarations de témoins soient subséquemment utilisées contre eux cherchaient à accorder une protection équivalente au droit de garder le silence aux personnes qui ne subissaient pas un procès. Ces règles trouvent leur origine dans la répugnance pour les pratiques coercitives de la «Chambre Étoilée» qui, au XVI^e siècle, caractérisaient encore la justice britannique: L. Herman, «The Unexplored Relationship Between the Privilege Against Compulsory Self-Incrimination and the Involuntary Confession Rule (Part I)» (1992), 53 *Ohio St. L.J.* 101. Elles ont comme prémisse qu’un suspect ne peut pas être forcé de témoigner contre lui-même. Le suspect a le droit de choisir de faire ou non une déclaration. Le droit de choisir de faire ou non une déclaration qui pourra servir de preuve contre soi est un droit qui est au cœur du principe interdisant l’auto-incrimi-

excluding statements obtained through police trickery. It was not suggested, however, that the principle against self-incrimination had any application outside the realm of testimonial evidence.

The common law “carved a sharp and clear line between cases where accused persons were compelled to answer allegations made against them and cases where they were forced to participate in the provision of physical evidence”: D. M. Paciocco, “Self-Incrimination: Removing the Coffin Nails” (1989), 35 *McGill L.J.* 73, at p. 85. Professor Paciocco notes at pp. 85-86 that “[p]re-*Charter* Supreme Court judgments denied consistently that the concept of self-incrimination had anything to do with the obtainment of real evidence from accused persons, even where the obtainment of the evidence required a degree of forced co-operation such as where the accused was compelled to participate in a line-up” (*Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763) “or to provide breath or blood samples” (*Hogan v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 574). See also *Attorney General for Quebec v. Bégin*, [1955] S.C.R. 593 (blood samples); *Validity of Section 92(4) of the Vehicles Act, 1957 (Sask.)*, [1958] S.C.R. 608 (breath samples). Professor Paciocco concludes (at p. 77):

Often, accused persons are asked or even required to participate in their own prosecutions through the provision of real evidence, such as breath or blood samples, or fingerprints. Traditionally, real evidence obtained from accused persons was left unprotected by the principle against self-incrimination, and it was much more likely to be admitted than compelled testimonial evidence. This dichotomy of protection was a principled one and should continue to be mirrored in the *Charter* jurisprudence. [Emphasis added.]

nation. C’est ce droit qui a amené la Cour à conclure, dans l’arrêt *Hebert*, précité, que la règle des confessions, en common law, pouvait raisonnablement être considérée comme excluant les déclarations obtenues grâce à des supercheries de la police. Toutefois, on n’a pas laissé entendre que le principe interdisant l’auto-incrimination s’appliquait de quelque manière à l’extérieur du domaine de la preuve testimoniale.

La common law [TRADUCTION] «a tracé une ligne claire et nette entre les affaires où des accusés étaient forcés de répondre aux allégations contre eux et celles où des accusés étaient forcés de participer à la prestation d’une preuve matérielle»: D. M. Paciocco, «Self-Incrimination: Removing the Coffin Nails» (1989), 35 *R.D. McGill* 73, à la p. 85. Le professeur Paciocco fait remarquer, aux pp. 85 et 86, que [TRADUCTION] «[l]es arrêts rendus par la Cour suprême avant l’adoption de la *Charte* ont constamment nié que le concept d’auto-incrimination ait eu quoi que ce soit à voir avec l’obtention d’une preuve matérielle auprès de personnes accusées, même lorsque l’obtention de cette preuve nécessitait une certaine mesure de coopération forcée, comme dans le cas où l’accusé est contraint à participer à une séance d’identification» (*Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763) [TRADUCTION] «ou à fournir des échantillons d’haleine ou de sang» (*Hogan c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574). Voir également *Attorney General for Quebec c. Bégin*, [1955] R.C.S. 593 (échantillons de sang); *Validity of Section 92(4) of the Vehicles Act, 1957 (Sask.)*, [1958] R.C.S. 608 (échantillons d’haleine). Le professeur Paciocco conclut (à la p. 77):

[TRADUCTION] Souvent, on demande ou même on exige des accusés qu’ils participent aux poursuites intentées contre eux, en fournissant des éléments de preuve matérielle tels que des échantillons d’haleine ou de sang, ou encore des empreintes digitales. Traditionnellement, les éléments de preuve matérielle obtenus d’un accusé n’étaient pas protégés par le principe interdisant l’auto-incrimination et étaient beaucoup plus susceptibles d’être admis que la preuve testimoniale obtenue sous la contrainte. Cette différence de protection était fondée sur des principes et devrait continuer de se refléter dans la jurisprudence relative à la *Charte*. [Je souligne.]

202

Professor Paciocco offers three reasons for the distinction that the common law has drawn between testimonial evidence and real evidence. The first relates to the reliability of the information provided. The primary function of evidence is to produce correct determinations of fact. Testimonial evidence is more likely to be misleading than real evidence. The prohibition of threats and promises running throughout the confessions cases is frequently linked to the danger that confessions obtained by these means may be inaccurate and may lead to the ultimate bane of any civilized system — the conviction of an innocent person. Additional dangers of testimonial evidence include the possibility that the witness was mistaken, that the witness's recollection may be faulty, that misunderstanding may arise through incomplete or inarticulate wording of testimony, and that the witness may be deliberately lying. None of these dangers exist with real evidence, where the physical thing is available for examination and, in many cases, may be directly observed by the trier of fact: *R. v. Nikolovski*, [1996] 3 S.C.R. 1197, *per Cory J.* It is thus not surprising, Professor Paciocco opines, "to find absolute rules of exclusion related to compelled testimonial evidence, but not to rules about the proof of real evidence" (p. 87).

203

The second reason for the common law's refusal to extend rules protecting against self-incrimination to non-testimonial evidence concerns the causal connection between improper police conduct and the evidence. In the case of testimonial evidence, the causal connection is direct. The confession would not have existed "but for" the improper pressure, inducement or exploitation of the accused. The wrongful act, in a very real sense, creates the information, which would not have existed without it. This is not the case with real evidence. Real evidence — be it the murder weapon or the accused's blood — exists independently of the police conduct. Even where real evidence would not have been found "but for" the improper conduct of the police, the evidence it reveals is usually there to be discovered. For example, in the case at bar, had the police not

Le professeur Paciocco énonce trois raisons pour lesquelles la common law a établi une distinction entre la preuve testimoniale et la preuve matérielle. La première concerne la fiabilité de l'information donnée. La fonction première de la preuve est d'établir exactement les faits. La preuve testimoniale est plus susceptible d'induire en erreur que la preuve matérielle. L'interdiction des menaces et des promesses que l'on trouve dans toute la jurisprudence en matière de confessions est fréquemment liée au danger que les confessions obtenues par ces moyens soient inexacts et puissent mener au pire fléau d'un régime civilisé — la condamnation d'une personne innocente. Parmi les autres dangers que comporte la preuve testimoniale, il y a la possibilité que le témoin ait fait erreur, que sa mémoire soit défectueuse, qu'un malentendu survienne à la suite d'un témoignage incomplet ou confus, et que le témoin mente délibérément. Aucun de ces dangers n'existe dans le cas d'une preuve matérielle, où l'objet matériel peut être examiné et, dans bien des cas, directement observé par le juge des faits: *R. c. Nikolovski*, [1996] 3 R.C.S. 1197, le juge Cory. Il n'est donc pas surprenant, comme le fait remarquer le professeur Paciocco, [TRADUCTION] «de trouver des règles absolues d'exclusion concernant la preuve testimoniale obtenue sous la contrainte, mais non concernant la preuve matérielle» (p. 87).

La deuxième raison du refus de la common law d'étendre la portée des règles protégeant contre l'auto-incrimination à la preuve non testimoniale a trait au lien de causalité entre la preuve et la conduite répréhensible des policiers. Dans le cas de la preuve testimoniale, le lien de causalité est direct. La confession n'aurait pas existé «n'eût été» l'exercice sur l'accusé de pressions, d'incitations ou d'une exploitation abusives. L'acte illicite crée, de façon très réelle, l'information, qui, autrement, n'aurait pas existé. Ce n'est pas le cas de la preuve matérielle. La preuve matérielle, que ce soit l'arme du crime ou le sang de l'accusé, existe indépendamment de la conduite de la police. Même dans le cas où la preuve matérielle n'aurait pas été découverte «n'eût été» la conduite répréhensible des policiers, la preuve qu'elle révèle est habituellement accessible à la découverte. Par exemple, en

taken the appellant's hair, dental imprint or discarded tissue, the DNA evidence and the evidence of his bite which they produced would have still existed, and quite possibly have been discovered by the police in a more legitimate way. This Court has held that the independent existence and ultimate discoverability of real evidence may lead to its admission when a statement taken in similar circumstances is excluded: *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138, *per* Wilson J. for the unanimous Court. The distinction is necessary since to exclude the real evidence in such a case would "accomplish more than perfect *restitutio in integrum* between the parties; by causing the state to lose the evidence completely, it may well be put in a position that is worse than if the constitutional violation had never occurred" (Paciocco, *supra*, at p. 88). Where the real evidence is obtained as a result of an involuntary statement it may attract derivative testimonial privilege provided it would not have been otherwise discoverable. But this does not negate the fact that real evidence generally exists independently of police misconduct.

To these two reasons for the common law's refusal to extend the self-incrimination principle to real evidence, Professor Paciocco adds a third, the heightened degree to which compelled testimonial evidence violates personal autonomy and privacy of mind (at p. 88):

. . . there is something in the nature of the seizure of the information stored in the memory of an accused person which makes it more reprehensible than the taking of real or physical evidence from his or her person. By its very nature that which is in the mind of the accused person is more private than that which is physically possessed. It is certainly less accessible. What exists can usually be observed by a third party without a willed act of participation by the accused. Physical characteristics used to identify an accused and the possession of objects by the accused can be observed without his or her participation. Even bodily specimens can be forcibly taken from an accused who continues to resist. Information stored in the recesses of the mind can become available

l'espèce, si la police n'avait pas prélevé des cheveux et des poils de l'appelant, pris des empreintes dentaires ni récupéré le papier-mouchoir jeté, la preuve des empreintes génétiques et celle de sa morsure qu'ils ont produites auraient quand même existé et auraient fort probablement été découvertes par la police d'une façon plus légitime. Notre Cour a statué que l'existence indépendante d'une preuve matérielle et la possibilité qu'elle soit finalement découverte peut mener à son utilisation, alors qu'une déclaration obtenue dans des circonstances semblables est écartée: *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138, le juge Wilson, au nom de la Cour à l'unanimité. La distinction est nécessaire, car écarter la preuve matérielle dans un tel cas [TRADUCTION] «réaliserait plus que la *restitutio in integrum* entre les parties; en faisant perdre complètement la preuve à l'État, il peut bien se trouver dans une situation pire que si la violation de la Constitution n'avait jamais eu lieu» (Paciocco, *loc. cit.*, à la p. 88). La preuve matérielle obtenue à la suite d'une déclaration involontaire peut faire l'objet d'un privilège dérivé de la preuve testimoniale, à la condition qu'elle n'aurait pas pu être découverte autrement. Toutefois, cela ne nie pas le fait que la preuve matérielle existe généralement indépendamment de l'inconduite des policiers.

À ces deux raisons pour lesquelles la common law refuse d'appliquer le principe interdisant l'auto-incrimination à la preuve matérielle, le professeur Paciocco en ajoute une troisième, soit la mesure accrue dans laquelle la preuve testimoniale forcée viole l'autonomie d'une personne et son droit au secret de ses pensées (à la p. 88):

[TRADUCTION] . . . de par sa nature, la saisie de l'information emmagasinée dans la mémoire d'un accusé a quelque chose qui la rend plus répréhensible que la saisie d'une preuve matérielle sur sa personne. De par sa propre nature, ce que l'accusé pense est plus privé que ce qu'il possède physiquement. C'est certainement moins accessible. Ce qui existe peut habituellement être observé par un tiers sans aucune participation volontaire de l'accusé. Les particularités physiques servant à identifier un accusé et la possession d'objets par l'accusé peuvent être observées sans sa participation. Même des échantillons de substances corporelles peuvent être prélevés de force sur un accusé qui continue d'offrir de la résistance. L'information qui se trouve dans les replis de

for use against the accused, however, only through an act of the accused. He or she must be a full participant in its creation by making a conscious decision to speak. In this sense, the seizure of involuntary statements involves an overbearing of the will of the individual to resist and conscripts the accused in a way that the seizure of physical evidence does not. It is an act of the self which ultimately leads to the evidence. The privacy of the mind, the last refuge of the individual, is invaded with the enforced complicity of the accused.

205

These reasons for the common law confinement of the principle against self-incrimination to testimonial evidence may be supplemented by a fourth. To render illegal the compelled use of the accused's body in gathering evidence against the accused would be to render inadmissible many kinds of evidence which have long been routinely admitted. The identification witness who says, "I recognize the man in the prisoner's box as the person I saw at the scene of the crime", is using the accused's body against him. Standard police techniques such as photographing the accused or requiring him to appear in an identification line-up similarly depend on using the accused's body against him, usually without consent. The principle against self-incrimination provides no means to distinguish between the police photo and more serious incursions of the suspect's body. The principle of protection against unreasonable search and seizure, on the other hand, provides such means. The principle against self-incrimination applied to physical evidence is a blunt tool, requiring either distortion or supplementation if it is to operate fairly and practically. The principle against unreasonable search and seizure, by contrast, evokes a body of jurisprudence aimed at aiding the court in making the necessary distinctions between permissible use of the suspect's body and impermissible use of the suspect's body. For this reason, Holmes J. in *Holt v. United States*, 218 U.S. 245 (1910), referred to the argument that evidence of an accused's non-consensual modelling of a blouse violated the privilege against self-incrimination as

son esprit ne peut, cependant, devenir disponible contre l'accusé que par un acte de celui-ci. Il doit participer pleinement à la production de cette information en prenant une décision délibérée de parler. En ce sens, la saisie de déclarations involontaires implique un mépris de la volonté de la personne de s'opposer et mobilise l'accusé d'une manière que la saisie d'une preuve matérielle ne fait pas. C'est un acte personnel qui mène en définitive à la preuve. Le secret des pensées, le dernier refuge d'une personne, est envahi avec la complicité forcée de l'accusé.

Ces raisons pour lesquelles la common law restreint l'application du principe interdisant l'auto-incrimination à la preuve testimoniale peuvent être complétées par une quatrième. Rendre illégale l'utilisation forcée du corps de l'accusé pour recueillir des éléments de preuve contre lui reviendrait à rendre inadmissibles de nombreux genres d'éléments de preuve qui sont couramment admis depuis longtemps. Le témoin qui dit, lors d'une identification: «Je reconnais l'homme qui se trouve au banc des accusés comme étant celui que j'ai vu sur les lieux du crime», utilise le corps de l'accusé contre lui. Des techniques policières normales qui consistent notamment à photographier l'accusé ou à exiger qu'il participe à une séance d'identification dépendent, de la même façon, de l'utilisation du corps de l'accusé contre lui, habituellement sans son consentement. Le principe interdisant l'auto-incrimination ne prévoit aucun moyen de distinguer entre la photographie prise par la police et des atteintes plus graves au corps du suspect. En revanche, le principe de la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives fournit ce moyen. Le principe interdisant l'auto-incrimination, appliqué à la preuve matérielle, est un outil rudimentaire qui a besoin d'être altéré ou complété pour produire un résultat équitable et pratique. Par contre, le principe interdisant les fouilles, perquisitions et saisies abusives évoque un corps jurisprudentiel destiné à aider la cour à faire les distinctions nécessaires entre un usage acceptable et un usage inacceptable du corps du suspect. C'est pour cette raison que, dans l'arrêt *Holt c. United States*, 218 U.S. 245 (1910), le juge Holmes a qualifié [TRADUCTION] «d'extension extravagante de la portée du Cinquième amendement» l'argument selon lequel la preuve obtenue par suite de l'essayage

“an extravagant extension of the Fifth Amendment” (p. 252).

That great chronicler of the common law of evidence, Wigmore, offers a detailed discussion of the fundamental distinction that the common law drew between compelled testimonial evidence and compelled real evidence. He begins by asking the question which occupies us at this point:

Does [the privilege] apply only (1) to self-incriminating disclosures which are *testimonial* (i.e., communicative, or assertive) in nature? Or (2) to self-incriminating disclosures which, whether or not testimonial, involve *cooperative participation* by the witness? Or (3) to *all evidence obtained from a witness* which incriminates him, whether or not his cooperation is involved? [Emphasis in original.]

(*Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), §2263, at p. 378.)

He concludes that the answer is the first; the privilege against self-incrimination is confined to testimonial disclosures (at pp. 378-79):

It should be agreed, at least, that evidence satisfying only the third description — evidence obtained from a witness without compelling his cooperation, testimonial or otherwise, is not within the privilege. E.g., viewing, measuring, placing a hat on and even moving a limb of the relaxed body of the individual do not offend the policies of the privilege . . . and are not the sort of things which historically gave rise to the privilege . . . There is an understandable difference of opinion, however, as to whether it is the first or the more inclusive second description which correctly circumscribes the form of disclosure protected. Compare, e.g., (1) requiring the witness to make a verbal communication of an incriminating fact (testimonial cooperation), with (2) requiring him to write a sample of his handwriting for comparison purposes (nontestimonial cooperation).

The history of the privilege . . . — especially the spirit of the struggle by which its establishment came about — suggests that the privilege is limited to testimonial disclosures. It was directed at the employment of legal process to extract from the person's own lips an admission of guilt, which would thus take the place of

d'une blouse par l'accusé contre son gré viole le droit de ne pas s'incriminer (p. 252).

Wigmore, ce grand commentateur de la common law en matière de preuve, présente une analyse détaillée de la distinction fondamentale que la common law a établie entre la preuve testimoniale forcée et la preuve matérielle forcée. Il commence par poser la question qui nous occupe à ce stade:

[TRADUCTION] [Le privilège] s'applique-t-il seulement (1) aux divulgations auto-incriminantes qui sont de nature *testimonial* (c.-à-d. qui tiennent de la communication ou de l'affirmation)? Ou (2) aux divulgations auto-incriminantes testimoniales ou autres qui impliquent la *coopération* du témoin? Ou encore (3) à *toute preuve obtenue d'un témoin* qui l'incrimine, peu importe qu'il y ait eu ou non coopération de sa part? [En italique dans l'original.]

(*Wigmore on Evidence*, vol. 8 (rév. McNaughton 1961), §2263, à la p. 378.)

Il conclut que la première proposition est la bonne réponse, c'est-à-dire que le privilège de ne pas s'incriminer ne s'applique qu'aux divulgations testimoniales (aux pp. 378 et 379):

[TRADUCTION] On devrait convenir, au moins, que le privilège ne s'applique pas à la preuve qui ne répond qu'à la troisième description, soit la preuve obtenue d'un témoin sans que sa coopération, testimoniale ou autre, ait été forcée. Par exemple, regarder, mesurer, placer un chapeau sur sa tête, et même déplacer un membre du corps du témoin sans qu'il y ait résistance ne va pas à l'encontre des politiques qui sous-tendent ce privilège [. . .] et ne font pas partie du genre de choses qui, dans le passé, ont donné lieu à l'application de ce privilège [. . .] Il est toutefois compréhensible que les opinions divergent quant à savoir si c'est la première description ou la deuxième, plus globale, qui délimite correctement la forme de divulgation protégée. Comparer, par exemple, (1) le fait d'exiger que le témoin communique verbalement un fait incriminant (coopération testimoniale) avec (2) le fait d'exiger qu'il donne un échantillon de son écriture à des fins de comparaison (coopération non testimoniale).

L'histoire du privilège [. . .] — spécialement l'esprit de la lutte dont il émane — porte à croire que le privilège est limité à la divulgation testimoniale. Il visait l'utilisation d'une procédure judiciaire pour extirper des lèvres de la personne un aveu de culpabilité qui viendrait remplacer d'autres éléments de preuve. En d'autres

other evidence. That is, it was intended to prevent the use of legal compulsion to extract from the person a sworn communication of his knowledge of facts which would incriminate him. Such was the process of the ecclesiastical court, as opposed through two centuries — the inquisitorial method of putting the accused upon his oath in order to supply the lack of the required two witnesses. Such was the complaint of Lilburn and his fellow objectors, that he ought to be convicted by other evidence and not by his own forced confession upon oath.

Such, too, is the main thrust of the *policies* of the privilege While the policies admittedly apply to some extent to nontestimonial cooperation, it is in testimonial disclosures only that the oath and private thoughts and beliefs of the individual — and therefore the fundamental sentiments supporting the privilege — are involved.

In other words, it is not merely any and every *compulsion* that is the kernel of the privilege, in history and in the constitutional definitions, but *testimonial compulsion*. The latter idea is as essential as the former. [Italics in original; underlining added.]

207

In a subsequent passage, Wigmore addresses more directly the question of bodily condition (§2265, at pp. 386 *et seq.*) covering 11 categories of which the first six were easily considered as not covered by the privilege against self-incrimination. Wigmore acknowledges that the remaining categories are more difficult to analyse since they demand the co-operation of the accused person. However, he concludes that they nevertheless do not engage the privilege against self-incrimination because they generally do not compel communication. The 11 categories are as follows:

- (1) Routine fingerprinting, photographing or measuring of a suspect.
- (2) Imprinting of other portions of a suspect's body (e.g., foot in mud, nose and cheek on window) for purposes of identification.
- (3) Examination of the body of a suspect for identifying characteristics.

termes, il visait à empêcher l'exercice de la contrainte judiciaire pour extirper de la personne une communication sous serment de sa connaissance de faits qui l'incrimineraient. Telle était la procédure du tribunal ecclésiastique, à laquelle on s'est opposé pendant deux siècles — la méthode inquisitoire suivant laquelle l'accusé était contraint sous serment afin de pallier l'absence des deux témoins exigés. Telle était le grief de Lilburn et de ses sympathisants, qu'il devrait être condamné sur la foi d'une autre preuve que sa propre confession forcée faite sous serment.

Telle est aussi la portée principale des *politiques* qui sous-tendent le privilège [. . .] Bien qu'il soit admis que les politiques s'appliquent dans une certaine mesure à la coopération non testimoniale, ce n'est que dans les divulgations testimoniales qu'il est question du serment, des pensées secrètes et des croyances de la personne — et donc des sentiments fondamentaux qui appuient le privilège.

En d'autres termes, ce n'est pas simplement toute *contrainte*, quelle qu'elle soit, qui est au cœur du privilège sur le plan historique et dans les définitions constitutionnelles, mais la contrainte *testimonial*. La dernière idée est aussi essentielle que la première. [En italique dans l'original; je souligne.]

Plus loin dans son ouvrage, Wigmore examine plus directement la question des traits physiques (§2265, aux pp. 386 et suiv.), énonçant 11 catégories dont les six premières ont facilement été considérées comme non visées par le privilège de ne pas s'incriminer. Wigmore reconnaît que les autres catégories sont plus difficiles à analyser parce qu'elles exigent la coopération de l'accusé. Cependant, il conclut que, malgré tout, elles ne déclenchent pas l'application du privilège de ne pas s'incriminer, parce que, de façon générale, elles n'imposent pas la communication. Ces 11 catégories sont les suivantes:

- [TRADUCTION] (1) Procéder à la prise habituelle des empreintes digitales, de photographies et des mensurations d'un suspect.
- (2) Prendre les empreintes d'autres parties du corps d'un suspect (par exemple, une empreinte de pied dans la boue, une empreinte du nez et de la joue sur une fenêtre) pour fins d'identification.
 - (3) Examiner le corps d'un suspect dans le but d'y trouver des caractéristiques.

(4) Examination of the body of a suspect, including his private parts, for evidence of disease or crime.

(5) Extraction of substance from inside the body of a suspect for purposes of analysis and use in evidence.

(6) Removing from or placing on a suspect shoes or head coverings or other clothing.

. . . .

(7) Requiring a suspect to speak for identification.

(8) Requiring a suspect to write for identification.

(9) Requiring a suspect to appear in court, stand, assume a stance, walk or make a particular gesture.

(10) Requiring a suspect to submit to an examination for sanity.

. . . .

(11) Requiring a suspect to submit to the use of truth serum or the lie detector

All the samples in this appeal fall within two of the first six categories.

To summarize, the common law as adopted and applied in Canada confined the principle of fundamental justice known as the principle against self-incrimination to testimonial evidence. For good and principled reasons, it refused to extend it to physical or "real" evidence. It follows that the principle against self-incrimination which may be read by inference into s. 7 of the *Charter* does not apply to real evidence. The only exception is real evidence derivative from testimonial evidence which would not have been discovered but for the accused's involuntary testimony. Otherwise, real evidence falls to be treated under the search and seizure guarantee of the *Charter*.

To hold otherwise would extend the principle against self-incrimination not only beyond its heretofore recognized ambit in Canada, but beyond its limits in comparable justice systems throughout

(4) Examiner le corps d'un suspect, y compris ses parties intimes, dans le but de découvrir des signes de maladie ou de la perpétration d'un crime.

(5) Extraire une substance du corps d'un suspect pour fins d'analyse et d'utilisation en preuve.

(6) Retirer ou faire porter à un suspect des chaussures ou des couvre-chefs ou d'autres vêtements.

. . . .

(7) Exiger d'un suspect qu'il parle à des fins d'identification.

(8) Exiger d'un suspect qu'il écrive à des fins d'identification.

(9) Exiger d'un suspect qu'il compare en cour, qu'il se tienne debout, qu'il prenne une pose, qu'il marche ou fasse un geste particulier.

(10) Exiger d'un suspect qu'il subisse des tests de santé mentale.

. . . .

(11) Exiger d'un suspect qu'il se soumette à l'utilisation d'un sérum de vérité ou du détecteur de mensonge

En l'espèce, tous les échantillons relèvent de deux des six premières catégories.

En résumé, la common law adoptée et appliquée au Canada a restreint à la preuve testimoniale l'application du principe de justice fondamentale connu sous le nom de principe interdisant l'auto-incrimination. Pour de bonnes raisons de principe, elle a refusé d'en étendre l'application à la preuve «matérielle». Il s'ensuit que le principe interdisant l'auto-incrimination, qui peut être inféré de l'art. 7 de la *Charte*, ne s'applique pas à la preuve matérielle. La seule exception est la preuve matérielle dérivée de la preuve testimoniale, qui n'aurait pas été découverte n'eût été le témoignage involontaire de l'accusé. Dans les autres cas, la preuve matérielle relève de la garantie de la *Charte* relative aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies.

Conclure le contraire reviendrait à pousser le principe interdisant l'auto-incrimination non seulement au-delà de la portée qui lui a été reconnue jusqu'ici au Canada, mais encore au-delà des

the world. The United States Constitution, unlike the *Charter*, contains an express and unqualified guarantee of protection from self-incrimination. The Fifth Amendment provides, in part, that “[n]o person shall . . . be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law”. Yet despite its broad and emphatic wording, American courts have refused to apply the Fifth Amendment to the use of the accused’s body to produce evidence against the accused. In *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966), the Supreme Court of the United States ruled that the privilege against self-incrimination applies only to testimonial evidence. It was argued that by taking the accused’s blood and seeking to use it in evidence against him, the state was compelling the accused “to be a witness against himself” (p. 761). Although acknowledging that the privilege against self-incrimination seeks to protect the values of dignity and integrity of citizens, the majority of the court, *per* Brennan J., held that “the privilege has never been given the full scope which the values it helps to protect suggest” (p. 762). Both history and lower court decisions had restricted the privilege to circumstances where the evidence was obtained from the accused’s own mouth (at p. 763):

“(T)he prohibition of compelling a man in a criminal court to be witness against himself is a prohibition of the use of physical or moral compulsion to extort communications from him, not an exclusion of his body as evidence when it may be material. The objection in principle would forbid a jury to look at a prisoner and compare his features with a photograph in proof.” [*Holt v. United States*] 218 U.S., at 252-253.

The majority went on (at p. 764):

. . . both federal and state courts have usually held that it offers no protection against compulsion to submit to fingerprinting, photographing, or measurements, to write or speak for identification, to appear in court, to stand, to assume a stance, to walk, or to make a particular ges-

limites qui lui sont imposées dans des systèmes de justice comparables ailleurs dans le monde. La Constitution des États-Unis, contrairement à la *Charte*, comporte une garantie expresse et absolue de protection contre l’auto-incrimination. Le Cinquième amendement prévoit, en partie, que [TRADUCTION] «[n]ul ne [. . .] se verra forcé de témoigner contre lui-même dans une affaire criminelle, ni ne sera privé de vie, de liberté ou de propriété sans procédure légale convenable». Pourtant, en dépit de cette formulation générale et catégorique, les tribunaux américains ont refusé d’appliquer le Cinquième amendement à l’utilisation du corps de l’accusé visant à produire des éléments de preuve contre lui. Dans l’arrêt *Schmerber c. California*, 384 U.S. 757 (1966), la Cour suprême des États-Unis a statué que le privilège de ne pas s’incriminer ne s’applique qu’à la preuve testimoniale. On avait allégué que, en prélevant du sang de l’accusé et en cherchant à l’utiliser en preuve contre lui, l’État forçait l’accusé [TRADUCTION] «à témoigner contre lui-même» (p. 761). Tout en reconnaissant que le privilège de ne pas s’incriminer a pour but de protéger les valeurs de dignité et d’intégrité des citoyens, le juge Brennan a statué au nom de la cour à la majorité, que [TRADUCTION] «le privilège n’a jamais reçu toute la portée que supposent les valeurs qu’il aide à protéger» (p. 762). L’histoire et les tribunaux d’instance inférieure avaient restreint l’application du privilège aux circonstances où la preuve avait été obtenue de la bouche même de l’accusé (à la p. 763):

[TRADUCTION] «(L)’interdiction de forcer un homme, devant une cour criminelle, à témoigner contre lui-même est une interdiction de recourir à la contrainte physique ou morale pour extirper de lui des communications, et non une exclusion de son corps comme preuve lorsque cette preuve peut être substantielle. L’objection de principe interdirait à un jury de regarder le prisonnier et de comparer ses traits avec une photographie versée en preuve.» [*Holt c. United States*] 218 U.S., aux pp. 252 et 253.

La cour à la majorité ajoute (à la p. 764):

[TRADUCTION] . . . les tribunaux fédéraux et les tribunaux des États ont habituellement statué qu’il n’accorde aucune protection contre la contrainte à se soumettre à la prise d’empreintes digitales, de photographies ou de mensurations, à écrire ou à parler à des fins d’identifica-

ture. The distinction which has emerged, often expressed in different ways, is that the privilege is a bar against compelling "communications" or "testimony," but that compulsion which makes a suspect or accused the source of "real or physical evidence" does not violate it. [Emphasis added.]

In the result, the majority was of the view that (at p. 761):

... the privilege protects an accused only from being compelled to testify against himself, or otherwise provide the State with evidence of a testimonial or communicative nature, and that the withdrawal of blood and use of the analysis in question in this case did not involve compulsion to these ends.

The majority went on to consider the taking of the accused's blood under the guarantee against unreasonable search and seizure found in the Fourth Amendment. Here the values of human dignity and privacy found full expression in the context of searches beyond the body's surface: the "human dignity and privacy which the Fourth Amendment protects forbid any such intrusions on the mere chance that desired evidence might be obtained" (p. 770). Reasonable and probable grounds that evidence would be obtained were required, normally attested to by the grant of a search warrant. However, since in *Schmerber* the blood was reasonably taken in a situation of emergency, it was admitted in the absence of a warrant as "an appropriate incident to petitioner's arrest" (p. 771). At the same time, the majority sounded a caution that more serious intrusions into an individual's body might not be found reasonable, resulting in rejection of the evidence. Instead of the all or nothing approach to exclusion required by the principle against self-incrimination, the use of the search power permitted a sensitive case-specific approach to the issue of the use of

tion, à comparaître en cour, à se tenir debout, à prendre une pose ou à faire un geste particulier. La distinction qui a ressorti, souvent exprimée de différentes façons, veut que le privilège soit une interdiction d'obtenir une «communication» ou un «témoignage» forcés, mais que la contrainte qui permet de tirer d'un suspect ou d'un accusé une «preuve matérielle» ne l'enfreigne pas. [Je souligne.]

En définitive, la cour à la majorité était d'avis que (à la p. 761):

[TRADUCTION] ... le privilège protège un accusé uniquement contre l'obligation de témoigner contre lui-même, ou de fournir par ailleurs à l'État une preuve sous forme de témoignage ou de communication, et la prise de sang et l'utilisation de l'analyse en question en l'espèce ne comportaient l'exercice d'aucune contrainte à ces fins.

La cour à la majorité a ensuite procédé à l'examen du prélèvement de sang de l'accusé, au regard de la garantie offerte par le Quatrième amendement contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. Ici, les valeurs de la dignité et du droit à la vie privée de la personne ont trouvé leur pleine expression dans le contexte des fouilles qui vont au-delà de la palpation: [TRADUCTION] «la dignité humaine et le droit à la vie privée que le Quatrième amendement protège interdisent que de telles atteintes soient portées en raison de la simple possibilité d'obtenir la preuve souhaitée» (p. 770). Il était nécessaire d'avoir des motifs raisonnables de croire que des éléments de preuve seraient obtenus, lesquels motifs étaient normalement attestés par la délivrance d'un mandat de perquisition. Toutefois, étant donné que, dans l'arrêt *Schmerber*, le sang avait été prélevé raisonnablement dans une situation d'urgence, il a été admis en l'absence de mandat, à titre d'[TRADUCTION] «accessoire convenable à l'arrestation du requérant» (p. 771). Par la même occasion, la cour à la majorité a lancé l'avertissement qu'il se pourrait que des atteintes plus graves au corps d'une personne ne soient pas jugées raisonnables, et qu'il en résulte un rejet de la preuve. Au lieu de la méthode du tout ou rien que suppose le principe interdisant l'auto-incrimination en matière d'exclusion, l'utilisation du pouvoir d'effectuer une fouille ou perquisition permettait d'aborder d'une façon adaptée à chaque cas et tenant compte de la gravité de l'atteinte commise,

the accused's body against him, one calibrated to the seriousness of the invasion.

211 Despite emphatic dissents from four justices, *Schmerber* has stood the test of time. In the 30 ensuing years it has been affirmed, reaffirmed and applied by the Supreme Court and courts below. The most eloquent testament to its unquestioned authority is the fact that despite the admissibility of DNA evidence in the U.S. since 1988, a search reveals no case in which its use has been challenged under the Fifth Amendment. Moreover, discussion in the plethora of scholarly comments on DNA, DNA testing methods, identification by DNA, and legislation authorizing DNA databanks, proceeds entirely in the context of the Fourth Amendment guarantee against unreasonable search and seizure.

212 In Great Britain, the use of the accused's body to provide evidence against the accused was traditionally governed by the common law, which, as discussed above, refused to extend the principle against self-incrimination to physical evidence, preferring to treat it under the rubric of search and seizure. More recently, legislation has been adopted: *Police and Criminal Evidence Act 1984* (U.K.), 1984, c. 60, and the *Criminal Justice and Public Order Act 1994* (U.K.), 1994, c. 33. Both Acts classify bodily samples as either intimate or non-intimate. Consent of the accused is required for intimate body samples but not for non-intimate samples. Non-intimate samples include saliva, mouth swabs, hair other than pubic hair, samples taken from a nail or from under a nail, a swab taken from any part of a person's body other than a body orifice, and a footprint or a similar impression of any part of a body other than a part of the hand. Fingerprints and palm prints may be taken under other legislation. Dental impressions and swabs from orifices other than the mouth are classified as intimate samples, for which the accused's consent is required. Limits, by way of authorization from a superior officer, are imposed on taking

la question de l'utilisation du corps de l'accusé contre lui-même.

En dépit des dissidences catégoriques de quatre juges, l'arrêt *Schmerber* a résisté à l'épreuve du temps. Au cours des 30 années qui ont suivi, il a été confirmé à maintes reprises et appliqué par la Cour suprême des États-Unis et des tribunaux d'instance inférieure. Le témoignage le plus éloquent de son autorité incontestée réside dans le fait que, même si la preuve des empreintes génétiques est admissible aux États-Unis depuis 1988, on ne trouve aucun cas où son utilisation a été contestée en vertu du Cinquième amendement. En outre, dans la pléthore de commentaires d'auteurs sur les empreintes génétiques, les méthodes d'analyse génétique, l'identification au moyen des empreintes génétiques et la loi autorisant les banques de données génétiques, l'analyse est effectuée entièrement dans le contexte de la garantie du Quatrième amendement contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives.

En Grande-Bretagne, l'utilisation du corps de l'accusé afin d'obtenir une preuve contre lui a traditionnellement été régie par la common law qui, comme nous l'avons vu, a refusé d'étendre à la preuve matérielle l'application du principe interdisant l'auto-incrimination, préférant la considérer sous l'angle des fouilles, perquisitions et saisies. Plus récemment, des lois ont été adoptées: *Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), 1984, ch. 60, et la *Criminal Justice and Public Order Act 1994* (R.-U.), 1994, ch. 33. Ces deux lois qualifient les échantillons de substances corporelles soit d'intimes, soit de non intimes. Le consentement de l'accusé est requis pour prélever des échantillons de substances corporelles intimes, mais non pour prélever des échantillons de substances corporelles non intimes. Les substances corporelles non intimes comprennent la salive, les prélèvements faits dans la bouche, les cheveux et poils autres que les poils pubiens, les substances tirées d'un ongle ou du dessous d'un ongle, un prélèvement effectué sur toute partie du corps d'une personne autre qu'un orifice corporel, de même qu'une empreinte de pied ou une empreinte semblable de toute partie du corps autre qu'une partie de la

non-intimate samples. What is important for our discussion here is that the principle against self-incrimination has not been held to confer protection against the taking and use of bodily samples in the United Kingdom. Indeed, that principle has been narrowed within the domain of testimonial evidence, since the traditional common law right to silence has been severely curtailed by recent legislation: *Criminal Justice and Public Order Act 1994*, s. 35. Far from extending the principle against self-incrimination as proposed by the majority in this case, the direction in the United Kingdom is the reverse. At the same time, significant protection against the improper seizure and use of bodily samples is provided through legislation updating the common law of search and seizure. This legislation takes the form of a short-hand classification of what type of searches and seizures are regarded as “reasonable” for the United Kingdom.

In Australia, as in Great Britain, there is no written constitutional guarantee against self-incrimination. Nevertheless, the common law principle that no person can be compelled to incriminate himself or herself is accepted as fundamental. At the same time, Australian courts have confined the principle to testimonial evidence and refused to apply it to evidence of bodily samples. In *King v. McLellan*, [1974] V.R. 773, the Supreme Court of Victoria rejected the argument that compelled provision of a breath sample violates the principle against self-incrimination. It quoted (at pp. 776-77) the aforementioned passage from Wigmore:

“The history of the privilege — especially the spirit of the struggle by which its establishment came about

main. Les empreintes digitales et palmaires peuvent être prises en vertu d’une autre loi. Les empreintes dentaires et les prélèvements effectués dans un orifice autre que la bouche sont qualifiés d’échantillons intimes qui requièrent le consentement de l’accusé. Des limites, sous forme d’autorisation nécessaire d’un supérieur, sont imposées au prélèvement d’échantillons non intimes. Ce qui est important aux fins de notre analyse en l’espèce, c’est que l’on n’a pas jugé que le principe interdisant l’auto-incrimination conférait une protection contre le prélèvement et l’utilisation de substances corporelles au Royaume-Uni. En fait, ce principe a même été restreint dans le domaine de la preuve testimoniale depuis que le droit traditionnel de common law de garder le silence a été sensiblement réduit par une loi récente: *Criminal Justice and Public Order Act 1994*, art. 35. Loin d’étendre l’application du principe interdisant l’auto-incrimination, comme le propose la Cour à la majorité en l’espèce, le Royaume-Uni a choisi une orientation contraire. En même temps, une protection importante contre la saisie et l’utilisation abusives d’échantillons de substances corporelles est accordée au moyen de lois qui mettent à jour la common law en matière de fouilles, perquisitions et saisies. Ces lois prennent la forme d’une classification abrégée des genres de fouilles, perquisitions et saisies qui sont jugés «raisonnables» au Royaume-Uni.

En Australie, comme en Grande-Bretagne, il n’existe aucune garantie constitutionnelle écrite contre l’auto-incrimination. Néanmoins, le principe de common law selon lequel personne ne peut être forcé de s’incriminer est reconnu comme étant fondamental. En même temps, les tribunaux australiens ont limité l’application du principe à la preuve testimoniale et refusé de l’appliquer aux échantillons de substances corporelles. Dans *King c. McLellan*, [1974] V.R. 773, la Cour suprême de Victoria a rejeté l’argument selon lequel la fourniture forcée d’un échantillon d’haleine viole le principe interdisant l’auto-incrimination. Elle a cité (aux pp. 776 et 777) le passage susmentionné de Wigmore:

[TRADUCTION] «L’historique du privilège [...] — spécialement l’esprit de la lutte dont il émane — porte à

— suggests that the privilege is limited to testimonial disclosures. It was directed at the employment of legal process to extract from the person's own lips an admission of his guilt which would thus take the place of other evidence. . . . In other words, it is not merely any and every compulsion that is the kernel of the privilege, in history and in the constitutional definitions, but testimonial compulsion". . . .

214 Pointing out that unlike statements, "a fingerprint or some physical feature is already in existence; it exists as a physical fact, and is not susceptible of misrepresentation in any relevant sense", the court continued (at p. 777):

The alcoholic content of the blood of a person is no less a physical fact than a fingerprint. There would seem to be no valid ground for saying that the furnishing of a blood sample under s. 80D or a breath sample under s. 80F which upon analysis may indicate a particular quantity of alcohol in the suspect's blood is in any way different in principle from the taking of a fingerprint, for if any alcohol is in the suspect's blood, it is of a particular concentration whether sampled or not, and the procedures laid down by the Act do no more than bring to light by analysis what is hidden but already in existence.

215 In *Sorby v. Commonwealth of Australia* (1983), 152 C.L.R. 281, at p. 292, *per Gibbs C.J.*, the High Court of Australia referred with approval to the conclusion in *King v. McLellan* that the principle against self-incrimination was confined to testimonial evidence. In *Howard v. Bates* (1994), 72 A. Crim. R. 96 (F.C.), it was held unequivocally that bodily samples, whether fingerprints or DNA, do not enjoy the privilege against self-incrimination. In summary, the rule in Australia appears to be that the protection against self-incrimination is confined to testimonial evidence and does not apply to evidence of bodily samples.

216 I conclude that as a matter of principle and accepted jurisprudence, the taking of bodily sam-

croire que le privilège est limité à la divulgation testimoniale. Il visait l'utilisation d'une procédure judiciaire pour extirper des lèvres de la personne un aveu de culpabilité qui viendrait remplacer d'autres éléments de preuve. [. . .] En d'autres termes, ce n'est pas simplement toute contrainte, quelle qu'elle soit, qui est au cœur du privilège sur le plan historique et dans les définitions constitutionnelles, mais la contrainte testimoniale». . . .

Faisant remarquer que, contrairement aux déclarations, [TRADUCTION] «une empreinte digitale ou une autre caractéristique physique existe déjà; elle existe en tant que fait matériel et n'est pas susceptible d'être dénaturée au sens propre du terme», la cour poursuit (à la p. 777):

[TRADUCTION] La teneur en alcool du sang d'une personne n'est pas moins un fait matériel qu'une empreinte digitale. Il ne semblerait pas y avoir de raison valable d'affirmer que la fourniture d'un échantillon de sang en vertu de l'art. 80D ou d'un échantillon d'haleine en vertu de l'art. 80F, qui, après analyse, peuvent révéler la présence d'une certaine quantité d'alcool dans le sang du suspect, diffère en principe de quelque façon de la prise d'une empreinte digitale, en ce sens que, s'il y a de l'alcool dans le sang du suspect, il y en a une certaine concentration, qu'un échantillon de sang soit pris ou non, et les procédures établies par la Loi ne font rien de plus que de révéler, au moyen de l'analyse, ce qui est caché, mais existe déjà.

Dans *Sorby c. Commonwealth of Australia* (1983), 152 C.L.R. 281, à la p. 292 (motifs du juge en chef Gibbs), la Haute Cour d'Australie a cité en l'approuvant la conclusion de la décision *King c. McLellan*, suivant laquelle le principe interdisant l'auto-incrimination ne s'appliquait qu'à la preuve testimoniale. Dans *Howard c. Bates* (1994), 72 A. Crim. R. 96 (F.C.), il a été statué sans équivoque que le privilège de ne pas s'incriminer ne s'applique pas aux échantillons de substances corporelles, peu importe qu'il s'agisse d'empreintes digitales ou d'empreintes génétiques. En résumé, en Australie, la règle semble être que la protection contre l'auto-incrimination est limitée à la preuve testimoniale et ne s'applique pas à la preuve constituée d'échantillons de substances corporelles.

Je conclus que, suivant les principes et la jurisprudence établie, le prélèvement d'échantillons de

ples falls to be decided under the guarantee against unreasonable search and seizure found in s. 8 of the *Charter*.

B. *Did the Police Conduct Violate Section 8 of the Charter?*

(1) The Hair Samples, Buccal Swabs and Dental Impressions

Before the police can conduct a search they must have reasonable and probable grounds to believe that the search will yield evidence material to the commission of a crime. As a general rule, the police must persuade a judicial officer that they have such grounds and obtain a search warrant before proceeding with the search. If the police do not obtain a warrant, the search is presumptively unreasonable. In certain exceptional cases, the absence of a warrant will not in and of itself establish that the search was unreasonable. In all cases, however, the search must have been based on reasonable and probable grounds. The two established exceptions are search incidental to arrest (for the purpose of protecting the public or police or securing evidence) and search in emergency circumstances which preclude the obtaining of a search warrant. No emergency is alleged in the case at bar. Nor were the searches necessary to protect the immediate safety of the police or the public. The only question therefore is whether the searches were required to secure the evidence. In my view, they were not.

A preliminary question in the examination of this point is whether the police were excused from obtaining a warrant because, at the time of the appellant's arrest, no warrant procedure existed with respect to the obtaining of hairs, buccal swabs and dental impressions. The absence of a procedure for obtaining a warrant to search for and seize such items reflects the absence of authority in the common law for such searches. The common law as it existed in Canada prior to the *Charter* had recognized the right of the police to take photo-

substances corporelles relève de la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garantie par l'art. 8 de la *Charte*.

B. *La conduite de la police a-t-elle violé l'art. 8 de la Charte?*

(1) Les échantillons de cheveux et de poils, les prélèvements dans la bouche et les empreintes dentaires

Pour que la police puisse effectuer une fouille ou perquisition, elle doit avoir des motifs raisonnables de croire que la fouille ou perquisition permettra de découvrir des éléments de preuve liés à la perpétration d'un crime. En règle générale, la police doit convaincre un officier de justice qu'elle a ces motifs et obtenir un mandat pour pouvoir effectuer la fouille ou perquisition. Si la police n'obtient pas de mandat, la fouille ou perquisition est présumée abusive. Dans certains cas exceptionnels, l'absence de mandat n'établira pas en soi que la fouille ou perquisition était abusive. Dans tous les cas cependant, la fouille ou perquisition doit avoir reposé sur des motifs raisonnables. Les deux exceptions reconnues sont la fouille ou perquisition accessoire à une arrestation (dans le but de protéger le public ou la police, ou de recueillir des éléments de preuve) et la fouille ou perquisition effectuée dans une situation d'urgence où il est impossible d'obtenir un mandat. On n'a allégué l'existence d'aucune urgence en l'espèce. Les fouilles n'étaient pas nécessaires non plus pour garantir la sécurité immédiate des policiers ou du public. Il s'agit donc seulement de savoir si les fouilles étaient nécessaires pour recueillir des éléments de preuve. À mon avis, elles ne l'étaient pas.

La question préliminaire qu'il faut se poser en examinant ce point est de savoir si la police était dispensée d'obtenir un mandat parce que, au moment de l'arrestation de l'appelant, aucune procédure de mandat n'existait pour obtenir des cheveux, des poils, des prélèvements dans la bouche et des empreintes dentaires. L'absence de procédure d'obtention d'un mandat permettant de chercher et de saisir ces objets traduit l'absence d'un pouvoir d'effectuer ces fouilles en common law. La common law, telle qu'elle existait avant l'adoption de

graphs, fingerprints and require the suspect to participate in a line-up. But at the time of the appellant's arrest, it had not addressed the issue of hair samples and bodily fluids and Parliament had not enacted a specific procedure by which police could obtain a warrant to seize such samples. While such evidence was sometimes admitted at an accused's trial on the basis that it was reliable, the common law did not expressly condone the methods by which it was gathered: *Kuruma v. The Queen*, [1955] A.C. 197 (P.C.); *Attorney General for Quebec v. Bégin*, *supra*.

219

Therefore, the highest claim that can be made for the police here is that they were acting by virtue of a purported extension of common law powers to take evidence from a suspect in custody for purposes of identification. Yet the intrusive nature of the procedures casts doubt on this claim. Taking hair samples, buccal swabs or dental impressions is far more intrusive than fingerprinting or photographing. The common law has never permitted such methods of identification. Having acted outside the apparent authority of the law, it is difficult to contend that the police acted reasonably.

220

The common law permitted relatively non-intrusive procedures such as photos, fingerprinting and police line-ups; see, for example, the Scottish case of *Adair v. M'Garry*, [1933] S.L.T. 482 (H.C.J.), and similar Canadian cases, including *R. v. Buckingham* (1943), 86 C.C.C. 76 (B.C.S.C.); *R. v. Hayward* (1957), 118 C.C.C. 365 (N.B.C.A.); *R. v. Nowakowski* (1977), 40 C.R.N.S. 144 (B.C.S.C.); and *R. v. McLarty (No. 2)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 72 (Ont. Ct. S.P.); see also *Marcoux*, *supra*. But one searches in vain for common law support for more invasive uses of the suspect's body. This distinction is related to the common law concern for the protection of the dignity and privacy of the

la *Charte*, reconnaissait à la police le droit de prendre des photographies, des empreintes digitales et d'exiger d'un suspect qu'il participe à une séance d'identification. Mais à l'époque de l'arrestation de l'appelant, elle n'avait pas abordé la question des échantillons de cheveux ou de poils et des liquides organiques, et le Parlement n'avait adopté aucune procédure particulière permettant à la police d'obtenir un mandat pour saisir de tels échantillons. Bien que de tels éléments de preuve aient parfois été admis au procès d'un accusé parce qu'ils étaient fiables, la common law n'a jamais toléré expressément les méthodes par lesquelles ils étaient recueillis: *Kuruma c. The Queen*, [1955] A.C. 197 (C.P.), *Attorney General for Quebec c. Bégin*, précité.

Par conséquent, le meilleur argument qui puisse être présenté pour le compte de la police en l'espèce est qu'elle a agi en vertu d'une extension présumée des pouvoirs de common law de recueillir des éléments de preuve auprès d'un suspect détenu à des fins d'identification. Pourtant, la nature envahissante des procédures suscite un doute quant à la validité de cet argument. Le prélèvement d'échantillons de cheveux, la prise d'empreintes dentaires et les prélèvements dans la bouche sont beaucoup plus envahissants que la prise d'empreintes digitales ou de photographies. La common law n'a jamais permis le recours à de telles méthodes d'identification. Étant donné que la police a agi sans autorisation apparente de la loi, il est difficile de soutenir qu'elle a agi raisonnablement.

La common law permettait le recours à des procédures relativement peu envahissantes comme la prise de photos et d'empreintes digitales et les séances d'identification; voir, par exemple, l'affaire écossaise *Adair c. M'Garry*, [1933] S.L.T. 482 (H.C.J.), et des affaires canadiennes similaires, dont *R. c. Buckingham* (1943), 86 C.C.C. 76 (C.S.C.-B.), *R. c. Hayward* (1957), 118 C.C.C. 365 (C.A.N.-B.), *R. c. Nowakowski* (1977), 40 C.R.N.S. 144 (C.S.C.-B.), et *R. c. McLarty (No. 2)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 72 (C.S.P. Ont.); voir également l'arrêt *Marcoux*, précité. Mais c'est en vain que l'on cherche dans la common law une justification des utilisations plus envahissantes du corps

individual. Searches and seizures aimed at establishing identity are seen as reasonable incidents of arrest provided they do not trench too seriously on the dignity and privacy of the individual. These searches may secure evidence but they also serve another important interest — determining the nexus if any between the suspect and the crime alleged. When an individual is arrested it is important to ascertain what connection if any he or she really has with the crime. As is not infrequently the case with fingerprint, line-up and DNA evidence, the suspect may be cleared and the way opened for the police to pursue the real offender. Provided the incursion on individual privacy and dignity is not too serious, the public interest requires that the police be permitted to conduct preliminary tests involving the accused's body to confirm or negate his involvement with the alleged crime. Such conduct is reasonable, and hence does not violate s. 8 of the *Charter*.

I conclude that the invasiveness of the searches and seizures leading to taking of the hair samples, buccal swabs and dental impressions, and the seriousness of the incursion on the accused's privacy and dignity they entailed place them outside the scope of lawful search incidental to arrest. It follows that they violated s. 8 of the *Charter*.

(2) The Tissue

The appellant blew his nose and threw the tissue into the trash can. Later the police retrieved the tissue and used it for proof of DNA linking the appellant to the crime.

In my view, the police action in taking the tissue did not violate s. 8 of the *Charter*. The tissue was not obtained as a result of a search of the appellant. Nor was it seized from him; he had discarded it. To

d'un suspect. Cette distinction est liée au souci de la common law de protéger la dignité et la vie privée de la personne. Les fouilles, perquisitions et saisies effectuées dans le but d'établir l'identité sont considérées comme des procédures raisonnables accessoires à l'arrestation, pourvu qu'elles ne portent pas atteinte trop gravement à la dignité et à la vie privée de la personne. Ces fouilles peuvent permettre de recueillir des éléments de preuve, mais elles servent aussi un autre intérêt important, soit déterminer le lien qu'il peut y avoir entre le suspect et le crime reproché. Lorsqu'une personne est arrêtée, il importe de déterminer le lien que cette personne peut réellement avoir avec le crime. Il n'est pas rare, dans le cas d'une prise d'empreintes digitales, d'une séance d'identification ou d'une preuve composée d'empreintes génétiques, que le suspect soit innocenté et que la police ait alors libre cours pour rechercher le véritable contrevenant. Pourvu que l'atteinte à la vie privée et à la dignité de la personne ne soit pas trop grave, l'intérêt public exige que la police puisse effectuer des tests préliminaires au moyen du corps de l'accusé, pour confirmer ou nier sa participation au crime reproché. Une telle conduite est raisonnable et ne viole donc pas l'art. 8 de la *Charte*.

Je conclus qu'en raison du caractère envahissant des fouilles et des saisies qui ont mené au prélèvement d'échantillons de cheveux et de poils, aux prélèvements dans la bouche et à la prise d'empreintes dentaires, et de la gravité de l'atteinte à la vie privée et à la dignité de l'accusé qu'elles ont entraînée, ces fouilles et saisies ne constituent pas une fouille légale accessoire à une arrestation. Il s'ensuit qu'elles ont violé l'art. 8 de la *Charte*.

(2) Le papier-mouchoir

L'appellant s'est mouché et a jeté le papier-mouchoir dans la poubelle. La police a récupéré le papier-mouchoir par la suite et l'a utilisé pour établir une preuve d'empreintes génétiques liant l'appellant au crime.

À mon avis, la récupération du papier-mouchoir par la police n'a pas violé l'art. 8 de la *Charte*. Le papier-mouchoir n'a pas été obtenu à la suite d'une fouille de l'appellant. Il n'a pas été saisi sur lui; il

221

222

223

put it another way, the appellant had abandoned any privacy interest in the tissue that he may have had. The police may find and use a gun thrown away by a killer as evidence against the killer. In my view, so may they find and use a tissue that he has discarded. The purpose of s. 8 is to protect the person and property of the individual from unreasonable search and seizure. This purpose is not engaged in the case of property which the accused has discarded.

224

Many cases have held that property abandoned by a suspect does not attract the protection of s. 8 of the *Charter*. This Court accepted the concept of abandonment in *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, referring to *R. v. LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31 (N.B.C.A.), where it was held that the accused had abandoned a sample of his blood left in the front seat of a vehicle. In *R. v. Love*, [1994] A.J. No. 847 (Q.B.), aff'd (1995), 102 C.C.C. (3d) 393 (C.A.), Cairns J. held that an undercover officer's retrieval of a tissue into which the accused had blown his nose from a garbage can "did not amount to a seizure from the accused — he had discarded the tissue paper — and the policeman simply retrieved what I would describe as 'potentially valuable waste'" (para. 102). Similarly, discarded cigarette butts taken from a police ashtray were held to have been abandoned by the accused and hence not to attract s. 8 protection in *R. v. Arp*, [1995] B.C.J. No. 882 (S.C.). See also *R. v. Legere* (1994), 95 C.C.C. (3d) 139 (N.B.C.A.), and *R. v. Titian*, B.C.S.C., Victoria Reg. No. 70624, May 26, 1994, unreported. There appear to be no cases holding otherwise.

225

The majority of this Court on this appeal would reject the unanimous view of all other judges who have considered the matter on the ground that "it is somewhat misleading to speak of 'abandonment' in the context of evidence obtained from an accused who is in custody" (para. 58). Cory J. argues that abandonment depends on consent; and is a question of fact for the judge in each case. He

l'avait jeté. Autrement dit, l'appelant avait abandonné tout droit à la vie privée qu'il pouvait avoir eu relativement à ce papier-mouchoir. La police peut trouver une arme à feu jetée par un meurtrier et l'utiliser en preuve contre lui. À mon avis, elle peut, de façon similaire, trouver et utiliser un papier-mouchoir qu'il a jeté. L'article 8 a pour objet de protéger la personne et ses biens contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Cet objet ne joue pas dans le cas de biens que l'accusé a jetés.

Il a été statué, dans de nombreux arrêts, qu'un bien abandonné par un suspect ne peut pas faire l'objet de la protection accordée par l'art. 8 de la *Charte*. Notre Cour a accepté la notion d'abandon dans *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, renvoyant à l'arrêt *R. c. LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31 (C.A.N.-B.), où l'on avait statué que l'accusé avait abandonné un échantillon de son sang sur la banquette avant d'un véhicule. Dans *R. c. Love*, [1994] A.J. No. 847 (B.R.), conf. par (1995), 102 C.C.C. (3d) 393 (C.A.), le juge Cairns a décidé que la récupération, dans une poubelle, par un policier en civil, du papier-mouchoir dont l'accusé s'était servi pour se moucher [TRADUCTION] «n'équivalait pas à une saisie auprès de l'accusé — il avait jeté le papier-mouchoir — et le policier a simplement récupéré ce que je décrirais comme un «rebut potentiellement utile»» (par. 102). De même, on a jugé, dans *R. c. Arp*, [1995] B.C.J. No. 882 (C.S.), que les mégots de cigarette jetés et récupérés dans un cendrier de la police avaient été abandonnés par l'accusé et ne pouvaient donc faire l'objet de la protection de l'art. 8. Voir également *R. c. Legere* (1994), 95 C.C.C. (3d) 139 (C.A.N.-B.), et *R. c. Titian*, C.S.C.-B., n° du greffe de Victoria 70624, 26 mai 1994, inédit. Il ne paraît y avoir aucune jurisprudence contraire.

Dans le présent pourvoi, la Cour à la majorité est d'avis de rejeter l'opinion unanime de tous les autres juges qui ont examiné l'affaire, pour le motif qu'«il est quelque peu trompeur de parler d'«abandon» dans le contexte d'un élément de preuve obtenu auprès d'un accusé qui est détenu» (par. 58). Le juge Cory affirme qu'il doit y avoir consentement pour qu'il y ait abandon, et que c'est

relies on *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615, which holds that in order to justify an unlawful search, it is incumbent on the Crown to show that the accused consented to the search.

With respect, this is to assume the very point in issue. The issue is whether the taking of the discarded tissue was a search at all. If it was not, the requirement of consent as *per Mellenthin* does not apply. A suspect need not consent to the police taking what is no longer his. If the police find a murder weapon the accused has thrown away, they need not ask his consent to take it or use it in evidence. No more should they be required to obtain his consent to taking and using a tissue he has thrown away. There simply is no search of the suspect's person or property.

It is argued, however, that this case is different because the tissue was discarded in the police station while the appellant was in custody. A suspect in custody, it is submitted, cannot prevent samples, like the tissue here at issue, from being created and taken while he or she is in custody. Moreover, police conduct may abet the production of the samples: questioning may provoke tears and the need for a tissue; the offer of a cigarette may produce a butt coated with saliva. In short, the suspect is deprived of the choice of whether to give evidence or not.

This argument is a self-incrimination argument. It rests on the premise that the accused has no option but to incriminate himself or herself while in custody, and infers from this that his right not to incriminate himself has been violated. If the evidence at stake was testimonial, the argument might be pertinent: *Hebert*, *supra*. But the privilege against self-incrimination does not apply to real evidence, as discussed above. Unless it is derivative from testimonial evidence, real evidence falls to be considered under the rubric of search and

une question de fait qui doit être tranchée par le juge dans chaque affaire. Il s'appuie sur l'arrêt *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615, où notre Cour a statué que, pour justifier une fouille ou perquisition illégale, il incombe au ministère public d'établir que l'accusé y a consenti.

En toute déférence, c'est là présumer de la réponse à donner à la question même qui est en litige. Il s'agit de savoir si la récupération du papier-mouchoir jeté constituait une fouille. Si ce n'était pas une fouille, l'exigence d'un consentement selon l'arrêt *Mellenthin* ne s'applique pas. Un suspect n'a pas à consentir à ce que la police prenne ce qui ne lui appartient plus. Si la police découvre l'arme du crime jetée par l'accusé, elle n'a pas à demander son consentement pour la prendre ou l'utiliser en preuve. Elle ne devrait pas être tenue non plus d'obtenir son consentement pour récupérer et utiliser un papier-mouchoir qu'il a jeté. Il n'y a simplement ni fouille du suspect ni perquisition de ses biens.

On allègue toutefois que la présente affaire est différente parce que le papier-mouchoir a été jeté alors que l'appelant était détenu au poste de police. On soutient qu'un suspect en détention ne peut pas empêcher que des échantillons, comme ceux contenus dans le papier-mouchoir dont il est question en l'espèce, soient produits et prélevés pendant sa détention. De plus, la conduite de la police peut encourager la production d'échantillons: l'interrogatoire peut provoquer des larmes et la nécessité d'utiliser un papier-mouchoir; l'offre d'une cigarette peut produire un mégot enduit de salive. Bref, on prive le suspect du choix de fournir ou non des éléments de preuve.

Cet argument est un argument d'auto-incrimination. Il repose sur la prémisse que l'accusé n'a d'autre choix que de s'incriminer lorsqu'il est en détention, d'où la déduction qu'il y a eu violation de son droit de ne pas s'incriminer. Si la preuve en jeu était testimoniale, l'argument pourrait être pertinent: *Hebert*, précité. Cependant, le privilège de ne pas s'incriminer ne s'applique pas à la preuve matérielle, comme nous l'avons vu. À moins qu'elle ne soit dérivée de la preuve testimoniale, la preuve matérielle doit être appréciée sous l'angle

226

227

228

seizure. In short, the argument is misplaced. It has no application to the tissue.

229 All the reasons cited earlier for not applying the principle against self-incrimination to determine whether the seizure of real evidence violates the *Charter* apply to the tissue taken by the police in this case. The information produced is highly reliable. Its taking represents no violation of the suspect's privacy of person, much less the heightened invasion of privacy of the mind. There has been no overbearing of the will or conscription of the mental processes of the suspect that justifies the heightened stringency associated with testimonial evidence. Finally, the DNA that the tissue revealed exists independently of any police action.

230 While it is true that the samples may necessarily be created as a result of the arrest and detention, the fact remains that the bodily state to which they attest and which gives them their significance is not created by the detention. It has a real existence apart from the detention. The detention merely provides an opportunity to ascertain that bodily state. Just as a police officer confronted with a drunken suspect in custody may later testify as to his apparent drunkenness, so a police officer who finds a discarded tissue may testify to that. The body tells its own story. Had the suspect not been in custody, the story would not have been told the same way, although it might well have been told through other witnesses by other means. The fact that it was told while the suspect was in custody does not violate any of the suspect's rights and so render the evidence potentially inadmissible.

231 I conclude that the taking of the tissue did not violate the protection against unreasonable search and seizure granted by s. 8 of the *Charter*.

(3) Summary of Violations

232 I conclude that the police violated the appellant's protection from unlawful search and seizure

des fouilles, perquisitions et saisies. Bref, l'argument est hors de propos. Il ne s'applique pas au papier-mouchoir.

Toutes les raisons précitées de ne pas appliquer le principe interdisant l'auto-incrimination pour déterminer si la saisie d'une preuve matérielle viole la *Charte* s'appliquent au papier-mouchoir saisi en l'espèce par la police. L'information produite est très fiable. Son obtention ne représente aucune violation de la vie privée du suspect, encore moins une atteinte accrue au secret de ses pensées. Il n'y a eu aucun mépris de la volonté du suspect ni aucune mobilisation de son processus mental justifiant que l'on fasse preuve de la rigueur accrue qui est associée à la preuve testimoniale. Finalement, les empreintes génétiques que le papier-mouchoir a révélées existent indépendamment de toute action policière.

Même s'il est vrai que les échantillons peuvent nécessairement résulter de l'arrestation et de la détention, il reste que la condition physique qu'ils attestent et qui leur donne leur importance n'est pas créée par la détention. Elle a une existence véritable qui ne dépend pas de la détention. La détention fournit simplement l'occasion de constater cette condition physique. Tout comme le policier qui a affaire à un suspect ivre en détention peut par la suite témoigner quant à son ivresse apparente, le policier qui trouve un papier-mouchoir jeté peut témoigner à ce sujet. Le corps livre son propre récit. Si le suspect n'avait pas été en détention, ce récit n'aurait pas été livré de la même façon, mais il aurait pu l'être par l'intermédiaire d'autres témoins et par d'autres moyens. Le fait qu'il ait été livré alors que le suspect était en détention ne viole aucun de ses droits et ne rend donc pas la preuve potentiellement inadmissible.

Je conclus que la récupération du papier-mouchoir ne viole pas la protection de l'art. 8 de la *Charte* contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives.

(3) Résumé des violations

Je conclus que, en saisissant des cheveux et des poils du corps de l'appelant, en effectuant des

guaranteed by s. 8 of the *Charter* in seizing his body hair, taking the buccal swabs and taking the dental impressions. They did not violate his rights in taking the discarded tissue, since he had abandoned it. I turn next to whether the New Brunswick courts erred in admitting the evidence taken in violation of the *Charter* under s. 24(2) of the *Charter*.

II. Was the Evidence Obtained in Violation of Section 8 of the *Charter* Properly Admitted Under Section 24(2) of the *Charter*?

A. *The Test for Admission*

The test for the admission of evidence where a *Charter* breach is alleged requires the judge to conduct a two-part inquiry. The first step is to determine whether the evidence was taken in a manner which infringed the accused's *Charter* rights. If so, the judge must go on to consider whether, as a result of the infringement, the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*, which provides that "the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute".

How does the judge determine whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute? This Court has addressed this question in many cases. While there is general agreement on the factors to be considered, doubt has arisen as to whether one of them — potential trial unfairness arising from the fact that the accused has been required to incriminate himself — is conclusive in the sense that if established, it mandates exclusion of the evidence regardless of any other factors or circumstances. In order to deal with this issue afresh should it prove necessary to do so, this Court adjourned the first hearing of this appeal and rescheduled a second hearing before a full bench. We are thus in a position to reassess the jurisprudence under s. 24(2).

prélèvements dans sa bouche et en prenant ses empreintes dentaires, la police a violé la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives que l'art. 8 de la *Charte* garantissait à l'appelant. Elle n'a pas violé ses droits en récupérant le papier-mouchoir jeté, étant donné qu'il l'avait abandonné. Je vais maintenant examiner si, eu égard au par. 24(2) de la *Charte*, les tribunaux du Nouveau-Brunswick ont commis une erreur en utilisant la preuve recueillie en violation de la *Charte*.

II. La preuve obtenue en contravention de l'art. 8 de la *Charte* a-t-elle été régulièrement utilisée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*?

A. *Le critère d'utilisation*

Le critère d'utilisation d'éléments de preuve, dans le cas où on allègue l'existence d'une violation de la *Charte*, exige que le juge procède à un examen en deux étapes. La première étape consiste à déterminer si les éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits garantis à l'accusé par la *Charte*. Dans l'affirmative, le juge doit ensuite se demander si, en raison de cette atteinte, les éléments de preuve devraient être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, qui prévoit que «ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice».

De quelle façon le juge détermine-t-il si l'utilisation d'éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? Notre Cour a examiné cette question dans de nombreuses affaires. Bien qu'il y ait accord général quant aux facteurs qui doivent être pris en considération, un doute a surgi quant à savoir si l'un d'eux — la possibilité qu'un procès soit inéquitable du fait que l'accusé a été forcé de s'incriminer — est concluant en ce sens que, si son existence est établie, il commande l'exclusion de la preuve indépendamment de tout autre facteur ou de toute autre circonstance. Afin de pouvoir réexaminer cette question si cela devait s'avérer nécessaire, la Cour a ajourné la première audition du présent pourvoi et a fixé une nouvelle date d'audition devant tous les

233

234

As will become apparent, I adhere essentially to the position adopted in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. I depart, however, from some of the more legalistic interpretations which have been placed on *Collins* and hence on s. 24(2) of the *Charter*. The choice, as I see it, is between a pragmatic evaluation of all the factors touching on whether admission of the evidence will bring the administration of justice into disrepute, and an automatic exclusionary rule for evidence affecting trial fairness. In my view, the weight of this Court's jurisprudence and the wording of s. 24(2) support a flexible multi-factored approach.

juges de la Cour. Nous sommes donc en mesure de réévaluer la jurisprudence relative au par. 24(2). Comme on le constatera, je souscris pour l'essentiel au point de vue adopté dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. Je me dissocie toutefois de certaines interprétations plus formalistes qui ont été données de l'arrêt *Collins* et donc du par. 24(2) de la *Charte*. Selon moi, il s'agit de choisir entre, d'une part, une évaluation pragmatique de tous les facteurs touchant la question de savoir si l'utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, et, d'autre part, une règle d'exclusion automatique des éléments de preuve qui compromettent l'équité du procès. À mon avis, l'ensemble de la jurisprudence de notre Cour et le texte du par. 24(2) appuient une méthode multifactorielle souple.

235 The discussion that follows begins by looking at s. 24(2) and the early jurisprudence favouring a flexible, multi-factored approach. It proceeds to contrast this with later decisions suggesting an automatic exclusionary rule based on the notion of self-incrimination or conscription. Finally, it asks which approach is most consistent with the philosophy of the *Charter* and the furtherance of an effective and fair system of justice.

Dans l'analyse qui suit, je commence par examiner le par. 24(2) et la jurisprudence initiale qui favorise une méthode multifactorielle souple. Je compare ensuite le tout avec la jurisprudence ultérieure qui préconise une règle d'exclusion automatique fondée sur la notion de l'auto-incrimination ou de la mobilisation de l'accusé contre lui-même. Finalement, je me demande quelle approche est plus compatible avec la philosophie de la *Charte* et avec la promotion d'un système de justice efficace et équitable.

(1) The History of Section 24(2) of the *Charter* and the Early Cases — The Balancing Approach

(1) L'historique du par. 24(2) de la *Charte* et la jurisprudence initiale — la méthode de la pondération

236 When constitutional rights are established, the question arises: what will be the consequences of their breach? One alternative is to hold that evidence obtained as a result of the violation will be inadmissible. This approach, with some exceptions, has been adopted in the United States. It is referred to as the "automatic exclusionary rule". A second alternative is to hold that the manner of obtaining the evidence should never result in its exclusion, provided it is relevant and otherwise admissible. The second alternative prevailed in Canada prior to enactment of the *Charter*. Section 24(2) of the *Charter* may be seen as a compromise between the "automatic exclusionary" rule of the United States, and the "no exclusion" rule prevail-

L'établissement de droits constitutionnels soulève la question suivante: quelles seront les conséquences de leur violation? D'une part, on peut répondre que la preuve obtenue grâce à cette violation sera inadmissible. Cette solution, sous réserve de quelques exceptions, a été adoptée aux États-Unis et est appelée la «règle d'exclusion automatique». D'autre part, on peut répondre que les conditions dans lesquelles la preuve a été obtenue ne devraient jamais en entraîner l'exclusion, à la condition que cette preuve soit pertinente et par ailleurs admissible. C'est cette dernière solution qui prévalait au Canada avant l'adoption de la *Charte*. Le paragraphe 24(2) de la *Charte* peut être considéré comme un compromis entre la règle «d'exclu-

ing in Canada in 1982 prior to the *Charter's* adoption.

The first public draft of the *Charter* expressly denied exclusion of evidence as a remedy for *Charter* breaches: s. 22(b) (the August 28th Draft). Various public interest groups made strong submissions against this position. In compromise, s. 24(2) was settled upon. It was seen as striking a balance between the fears of many that an exclusionary clause might unduly benefit accused persons and serious criminals on the one hand, and, on the other, the concerns of civil libertarians that more flagrant *Charter* violations should be attended by meaningful consequences, in order better to maintain the integrity of the justice system.

The language of s. 24(2) charts a mean course between strict exclusion and no exclusion. The criterion for exclusion is not breach, as in the case of a strict exclusionary rule, but the repute of the administration of justice. The repute of the administration of justice embraces both the concerns of those seeking an exclusionary remedy and those against it. Those favouring an exclusionary remedy typically point to the need to maintain fair police conduct and court proceedings if the repute of the administration of justice is to be maintained. Those fearing excessive exclusion, on the other hand, typically point to the harm done to the repute of the administration of justice by routinely "letting the guilty off" because of procedural violations. In making the admission of evidence which has violated rights dependent on the repute of the administration of justice, "having regard to all the circumstances", the framers of the *Charter* adopted a test which requires the judge to consider both these points of view, and decide whether the repute of the administration of justice favours exclusion or admission of the evidence. The repute of the administration of justice, thus viewed, is not determined by simple reference to the barometer of current public opinion. Rather it requires the judge to balance the factors weighing for and against exclu-

sion automatique» appliquée aux États-Unis et la règle «de non-exclusion», qui prévalait au Canada en 1982, avant l'adoption de la *Charte*.

La première version publique de la *Charte* interdisait expressément l'exclusion d'éléments de preuve à titre de réparation d'une violation de la *Charte*: al. 22b) (version du 28 août). Divers groupes d'intérêt public ont avancé de puissants arguments contre ce point de vue. L'adoption du par. 24(2) résulte d'un compromis. On considérait qu'il établissait un équilibre entre, d'une part, les craintes de nombreux intervenants qu'une clause d'exclusion puisse avantager indûment les accusés et les auteurs de crimes graves et, d'autre part, le souci des défenseurs des libertés civiles que les violations plus flagrantes de la *Charte* entraînent des conséquences sérieuses afin de mieux préserver l'intégrité du système de justice.

Le texte du par. 24(2) établit un moyen terme entre l'exclusion stricte et la non-exclusion. Le critère d'exclusion n'est pas la violation, comme dans le cas d'une règle d'exclusion stricte, mais la considération dont jouit l'administration de la justice. La considération dont jouit l'administration de la justice concerne tout autant ceux qui demandent une réparation sous forme d'exclusion que ceux qui s'y opposent. Ceux qui préconisent une réparation sous forme d'exclusion soulignent habituellement le besoin d'assurer l'équité de la conduite des policiers et des procédures judiciaires pour éviter que l'administration de la justice ne soit déconsidérée. Par contre, ceux qui craignent une exclusion excessive soulignent habituellement la déconsidération de l'administration de la justice qui résulte du fait de permettre systématiquement au coupable de s'en sortir à cause de violations procédurales. En assujettissant l'utilisation de la preuve obtenue dans des conditions qui ont porté atteinte à des droits à la considération dont jouit l'administration de la justice, «eu égard aux circonstances», les rédacteurs de la *Charte* ont adopté un critère qui exige que le juge examine ces deux points de vue et qu'il décide si la considération dont jouit l'administration de la justice milite en faveur de l'exclusion de cette preuve ou de son utilisation. La ques-

sion with a view to maintaining the integrity and repute of the justice system.

239

It is difficult to escape the conclusion that the framers of s. 24(2) were seeking to avoid a rule of automatic exclusion. As Professor Paciocco puts it: “[t]he spirit of the provision, if not [the] very language, calls into question the legitimacy of developing even *quasi*-automatic principles for exclusion”: “The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule” (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 326, at p. 354. *Quasi*-automatic principles of exclusion necessarily preclude a decision made on the basis of all the circumstances of the case, since no rule can embrace all of the various circumstances which may arise in a given case. In place of a principle of automatic exclusion, s. 24(2) asks judges to determine on a case-by-case basis whether, in the circumstances before them, admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

240

Section 24(2) introduces a balancing process. The judge must consider how admission of the evidence would impact on the repute of the administration of justice. Would its use be so unfair to the accused or amount to condonation of police conduct so reprehensible that the respect for justice would be diminished? The judge must then go on to consider the effect of the exclusion of the evidence on the repute of the administration of justice and weigh this against the disrepute that may inure from the admission of the evidence. In the end the judge must ask which will better serve the repute of the system of justice on the particular facts of the case — admission or exclusion? As one scholar puts it:

Before deciding to exclude evidence, a court should weigh any disrepute to the administration of justice that

tion de la considération dont jouit l’administration de la justice, ainsi perçue, n’est pas tranchée par un simple renvoi au baromètre de l’opinion publique du moment. Elle exige plutôt que le juge pondère les facteurs militant pour ou contre l’exclusion, de manière à préserver l’intégrité du système de justice et la considération dont il jouit.

Il est difficile de ne pas conclure que les rédacteurs du par. 24(2) cherchaient à éviter une règle d’exclusion automatique. Comme le professeur Paciocco l’affirme: [TRADUCTION] «[l]’esprit de la disposition, voire [son] texte même, remet en question la légitimité d’établir même des principes d’exclusion *quasi* automatique»: «The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule» (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 326, à la p. 354. Les principes d’exclusion *quasi* automatique empêchent nécessairement qu’une décision soit prise en fonction de toutes les circonstances de l’affaire, étant donné qu’aucune règle ne peut prévoir toutes les circonstances qui peuvent se présenter dans une affaire donnée. Au lieu d’un principe d’exclusion automatique, le par. 24(2) demande aux juges de déterminer au cas par cas si, dans les circonstances dont ils sont saisis, l’utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

Le paragraphe 24(2) introduit un processus de pondération. Le juge doit examiner quelle incidence l’utilisation de la preuve aurait sur la considération dont jouit l’administration de la justice. Son utilisation serait-elle si inéquitable pour l’accusé ou reviendrait-elle à tolérer une conduite policière si répréhensible que le respect dont jouit la justice s’en trouverait diminué? Le juge doit ensuite examiner l’incidence de l’exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l’administration de la justice et la soupeser en fonction de la déconsidération qui pourrait résulter de l’utilisation de cette preuve. En fin de compte, le juge doit se demander laquelle de l’utilisation ou de l’exclusion préservera le mieux la considération dont jouit le système de justice, d’après les faits particuliers de l’affaire. Comme un auteur l’a dit:

[TRADUCTION] Avant de décider d’exclure des éléments de preuve, un tribunal devrait apprécier la décon-

might result from the exclusion itself. It would not be consistent with the purpose of s. 24(2) to exclude evidence where the act of exclusion would bring the administration of justice into greater disrepute than would the admission of the evidence. Thus evidence essential to substantiate a charge, particularly a serious one, should not be excluded where the breach of the Charter is trivial and the admission of the evidence would not result in an unfair trial.

(G. E. Mitchell, "The Supreme Court of Canada on the Exclusion of Evidence in Criminal Cases under Section 24 of the Charter" (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 165, at p. 175.)

The early cases and a number of later cases under s. 24(2) of the *Charter* confirmed the multifactor balancing approach to the section which its drafters envisioned. The most important early case is *Collins, supra*. The analysis of Lamer J. (as he then was) begins with the understanding that s. 24(2) requires that a court must consider all of the circumstances pertinent to the case at hand. Lamer J. went on to suggest (at pp. 283-84) some of the circumstances, or factors, which may be relevant in a given case. Without suggesting the list was exhaustive, he listed 10 factors:

- what kind of evidence was obtained?
- what *Charter* right was infringed?
- was the *Charter* violation serious or was it of a merely technical nature?
- was it deliberate, wilful or flagrant, or was it inadvertent or committed in good faith?
- did it occur in circumstances of urgency or necessity?
- were there other investigatory techniques available?
- would the evidence have been obtained in any event?
- is the offence serious?
- is the evidence essential to substantiate the charge?
- are other remedies available?

sidération de l'administration de la justice qui pourrait résulter de l'exclusion. Il ne serait pas conforme aux fins du par. 24(2) d'écarter des éléments de preuve lorsque leur exclusion déconsidérerait davantage l'administration de la justice que ne le ferait leur utilisation. Ainsi, des éléments de preuve essentiels pour justifier une accusation, plus particulièrement une accusation grave, ne devraient pas être écartés si la violation de la Charte est anodine et que leur utilisation ne rendrait pas le procès inéquitable.

(G. E. Mitchell, «The Supreme Court of Canada on the Exclusion of Evidence in Criminal Cases under Section 24 of the Charter» (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 165, à la p. 175.)

La jurisprudence initiale et un certain nombre d'arrêts ultérieurs concernant le par. 24(2) de la *Charte* ont confirmé l'application de la méthode de pondération multifactorielle que ses rédacteurs avaient envisagée. L'arrêt antérieur le plus important est *Collins, précité*. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) commence son analyse en tenant pour acquis que le par. 24(2) exige que le tribunal tienne compte des circonstances pertinentes de l'affaire dont il est saisi. Le juge Lamer énonce ensuite (aux pp. 283 et 284) des circonstances ou des facteurs qui peuvent être pertinents dans une affaire donnée. Sans laisser entendre qu'il dressait une liste exhaustive, il a énoncé 10 facteurs:

- quel genre d'éléments de preuve a été obtenu?
- quel droit conféré par la *Charte* a été violé?
- la violation de la *Charte* était-elle grave ou s'agissait-il d'une simple irrégularité?
- la violation était-elle intentionnelle, volontaire ou flagrante, ou a-t-elle été commise par inadvertance ou de bonne foi?
- la violation a-t-elle eu lieu dans une situation d'urgence ou de nécessité?
- aurait-on pu avoir recours à d'autres méthodes d'enquête?
- les éléments de preuve auraient-ils été obtenus en tout état de cause?
- s'agit-il d'une infraction grave?
- les éléments de preuve recueillis sont-ils essentiels pour fonder l'accusation?
- existe-t-il d'autres recours?

242

Lamer J., having set out these factors, grouped them into three classes according to how they affect the repute of the administration of justice: factors relevant to the fairness of the trial; factors relevant to the seriousness of the violation; and factors relevant to the effect of excluding the evidence. These groupings were taken in some subsequent cases as suggesting a three-part "test". In fact, *Collins* does not suggest that they constitute a test; rather, they were simply a convenient way of considering the various "circumstances" which may need to be considered in a particular case. The first two groups relate to disrepute to the administration of justice which may arise from admission, the third group to disrepute which may arise from exclusion of the evidence. So long as all are considered, the balancing task imposed by s. 24(2) will be discharged. Lamer J. reiterated that no one group of factors would be determinative of the issue (at p. 283):

In determining whether the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute, the judge is directed by s. 24(2) to consider "all the circumstances".

243

In *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, Dickson C.J., for the Court, reaffirmed the balancing task at the heart of s. 24(2). After considering the three groups of factors referred to in *Collins* he stated (at pp. 1008-9):

Any denial of a *Charter* right is serious, but s. 24(2) is not an automatic exclusionary rule. Not every breach of the right to counsel will result in the exclusion of evidence. In this case where the breach of the right to counsel was inadvertent and where there was no mistreatment of the accused, exclusion of the evidence rather than its admission would tend to bring the administration of justice into disrepute.

Subsequent cases affirmed that the balancing approach is fundamental to s. 24(2): see, e.g., *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Plant*, [1993] 3

Après avoir énoncé ces facteurs, le juge Lamer les a répartis en trois catégories selon la façon dont ils déconsidèrent l'administration de la justice: les facteurs pertinents quant à l'équité du procès, les facteurs pertinents quant à la gravité de la violation et les facteurs pertinents quant à l'effet de l'exclusion de la preuve. Cette répartition a été interprétée dans certains arrêts subséquents comme constituant un «critère» à trois volets. En fait, l'arrêt *Collins* ne laisse pas entendre que cette répartition constitue un critère; elle ne constitue plutôt qu'une façon commode d'examiner les diverses «circonstances» qui peuvent devoir être prises en considération dans une affaire donnée. Les deux premières catégories ont trait à la déconsidération de l'administration de la justice qui pourrait résulter de l'utilisation de la preuve; la troisième catégorie concerne la déconsidération qui pourrait découler de l'exclusion de la preuve. Il ne sera satisfait à l'obligation de pondérer imposée par le par. 24(2) que si tous les facteurs sont pris en considération. Le juge Lamer a rappelé qu'aucune catégorie de facteurs ne serait à elle seule déterminante quant à la question en litige (à la p. 283):

Le paragraphe 24(2) enjoint au juge qui détermine si l'utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, de tenir compte de «toutes les circonstances».

Dans l'arrêt *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, le juge en chef Dickson a réaffirmé, au nom de la Cour, que l'obligation de pondérer est au cœur du par. 24(2). Après avoir examiné les trois catégories de facteurs mentionnées dans l'arrêt *Collins*, il a affirmé (aux pp. 1008 et 1009):

Toute négation d'un droit garanti par la *Charte* est grave, mais le par. 24(2) n'établit pas une règle d'exclusion automatique. Ce n'est pas toute violation du droit à l'assistance d'un avocat qui entraîne l'exclusion des éléments de preuve. Dans la présente affaire où la violation du droit à l'assistance d'un avocat a été commise par inadvertance et où l'accusé n'a pas subi de mauvais traitement, c'est l'exclusion des éléments de preuve plutôt que leur utilisation qui serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Des arrêts subséquents ont confirmé que la méthode de la pondération est essentielle au par. 24(2); voir, par exemple, *R. c. Grant*, [1993] 3

S.C.R. 281; *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263. Often the issue was resolved by balancing the second group of factors, relating to the seriousness of the breach, against the third group of factors relating to the disrepute to the administration of justice that would result from exclusion: see *R. v. Sieben*, [1987] 1 S.C.R. 295; *R. v. Hamill*, [1987] 1 S.C.R. 301; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548; and *Strachan*, *supra*. Even bodily sample cases emphasized that the seriousness of the breach was balanced against disrepute flowing from excision of the evidence, rather than conscription and trial fairness: see *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945, and *Dymont*, *supra*. The Court has never overruled or expressly qualified these authorities. In my view, they continue to exemplify the proper approach to s. 24(2).

(2) The Exclusionary Rule Approach to Section 24(2)

It seems clear that the framers of the *Charter* did not intend s. 24(2) to act as an automatic exclusionary or quasi-exclusionary rule. The cases for the first eight years of *Charter* jurisprudence adhered to this vision. Yet the lure of such a rule is powerful. Even the generally accepted view of those who had studied s. 24(2) and its origins that the section was not to operate as an automatic exclusionary rule proved insufficient to keep the notion of an exclusionary rule at bay indefinitely. 1990 saw the first in a series of decisions which elevated the three classes of factors set out in *Collins* to the status of a rule and used the first class, factors relevant to the fairness of the trial, as the foundation for a new rule of automatic exclusion — a rule which finds its full expression in the opinion of the majority on this appeal. These decisions have never purported to overrule the original approach of a balancing based on “all the circumstances”. Nevertheless, their impact has been powerful.

R.C.S. 223, *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263. On a souvent tranché la question en soupesant la deuxième catégorie de facteurs, qui ont trait à la gravité de la violation, en fonction de la troisième catégorie de facteurs, qui ont trait à la déconsidération de l'administration de la justice qui résulterait de l'exclusion de la preuve: voir *R. c. Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295, *R. c. Hamill*, [1987] 1 R.C.S. 301, *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548, et *Strachan*, précité. Même les arrêts où il était question d'échantillons de substances corporelles ont souligné que la gravité de la violation devait être soupesée en fonction de la déconsidération résultant de l'exclusion de la preuve, plutôt qu'en fonction de la mobilisation de l'accusé contre lui-même et de l'équité du procès: voir *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945, et *Dymont*, précité. La Cour n'a jamais renversé ces précédents ou exprimé des réserves à leur égard. À mon avis, ils continuent d'illustrer la bonne façon d'aborder le par. 24(2).

(2) La méthode fondée sur l'interprétation du par. 24(2) comme règle d'exclusion

Il semble clair que les rédacteurs de la *Charte* n'ont pas voulu que le par. 24(2) serve de règle d'exclusion automatique ou quasi automatique. La jurisprudence des huit premières années suivant l'adoption de la *Charte* est conforme à cette vision. Cependant, une telle règle exerce un attrait puissant. Même l'opinion généralement acceptée de ceux qui ont étudié le par. 24(2) et ses origines, selon laquelle ce paragraphe ne devrait pas servir de règle d'exclusion automatique, s'est révélée insuffisante pour faire échec indéfiniment à cette notion de règle d'exclusion. C'est en 1990 qu'apparaît le premier d'une série d'arrêts qui ont élevé au rang de règle les trois catégories de facteurs énoncées dans *Collins* et qui ont eu recours à la première catégorie, les facteurs pertinents quant à l'équité du procès, pour justifier une nouvelle règle d'exclusion automatique — une règle qui trouve sa pleine expression dans les motifs des juges majoritaires en l'espèce. Ces arrêts n'ont jamais eu pour objet de renverser la méthode initiale d'une pondération fondée sur les «circonstances». Néanmoins, ils ont eu une forte incidence.

245 The beginnings of this alternative approach to s. 24(2) may be traced to the concurring judgment of Sopinka J. writing for himself in *Hebert, supra*. Sopinka J. opined, in *obiter dicta*, that if a judge in considering the first group of *Collins* factors decided that admission of the impugned evidence would render the trial unfair, there was no need to explore the second group having to do with the seriousness of the violation or the third group relating to the adverse effect of exclusion of the evidence. If the evidence would render the trial unfair, then it could never be received. It is apparent that this approach is the antithesis of the balancing envisioned by the framers of s. 24(2). If one factor or set of factors determines admissibility, there can be no balancing. Nor can there be consideration of "all the circumstances" as s. 24(2) requires. Instead there is simply an exclusionary rule: if the evidence will result in an unfair trial, then it must be excluded.

246 The dictum of Sopinka J. in *Hebert* was quoted with approval by the majority in *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24, and approved unanimously in *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595. However, in each of these cases the Court went on to consider the other two groups of factors. This seemed, on the whole, consistent with the statement in *Collins* that "[i]f the admission of the evidence in some way affects the fairness of the trial, then the admission of the evidence would tend to bring the administration of justice into disrepute and, subject to a consideration of the other factors, the evidence generally should be excluded" (p. 284 (emphasis in original)).

247 A stronger line was taken in *Mellenthin, supra*, where Cory J. held that a finding of unfairness was dispositive of the s. 24(2) analysis: "[i]t is clear that the admission of the evidence would render the trial unfair and there is no need to consider the other factors referred to in *Collins*" (p. 629). In *Mellenthin*, there was minimal, if any, conscription of the accused. Nevertheless, in words foreshad-

Cette autre façon d'aborder le par. 24(2) remonte aux motifs concordants du juge Sopinka dans l'arrêt *Hebert*, précité. Le juge Sopinka y a exprimé l'opinion incidente que, si un juge qui examine la première catégorie des facteurs énoncés dans l'arrêt *Collins* décide que l'utilisation des éléments de preuve contestés rendrait le procès inéquitable, il n'est pas nécessaire d'étudier la deuxième catégorie, qui concerne la gravité de la violation, ni la troisième catégorie, qui a trait à l'effet préjudiciable de l'exclusion de la preuve. Si la preuve rendait le procès inéquitable, elle ne serait jamais recevable. Il est évident que ce point de vue est l'antithèse de la pondération envisagée par les rédacteurs du par. 24(2). Si un facteur ou groupe de facteurs détermine l'admissibilité de la preuve, il ne peut y avoir de pondération. Il ne peut pas y avoir non plus de prise en considération des «circonstances», comme l'exige le par. 24(2). Au lieu de cela, il y a simplement une règle d'exclusion: si la preuve aura pour effet de rendre le procès inéquitable, elle doit être écartée.

Dans l'arrêt *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24, les juges majoritaires ont cité, en l'approuvant, l'opinion incidente que le juge Sopinka avait exprimée dans l'arrêt *Hebert*, laquelle opinion incidente a été approuvée à l'unanimité dans l'arrêt *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595. Cependant, dans chacune de ces affaires, la Cour a entrepris d'examiner les deux autres catégories de facteurs. Cela semblait, dans l'ensemble, conforme à l'affirmation dans *Collins* que «[s]i l'utilisation de la preuve portait atteinte de quelque façon à l'équité du procès, alors celle-ci tendrait à déconsidérer l'administration de la justice et, sous réserve de la considération des autres facteurs, la preuve devrait généralement être écartée» (p. 284 (souligné dans l'original)).

Une attitude plus ferme a été adoptée dans l'arrêt *Mellenthin*, précité, où le juge Cory a statué qu'une conclusion d'iniquité était déterminante relativement à une analyse fondée sur le par. 24(2): «[i]l est évident que l'utilisation de la preuve rendrait le procès inéquitable et qu'il n'est pas nécessaire d'étudier les autres facteurs mentionnés dans l'arrêt *Collins*» (p. 629). Dans l'affaire *Mellenthin*,

owing the decision of the majority today, Cory J. concluded that “the evidence (the marijuana) would not have been discovered without the compelled testimony (the search) of the appellant” (p. 628). Therefore to admit it, Cory J. reasoned, would have rendered the trial unfair. This being conclusive on the issue, it was unnecessary to balance the disrepute arising from admission against the disrepute that might flow from excluding the evidence. In short, it was not necessary to consider “all the circumstances”, notwithstanding the plain words of s. 24(2) to the contrary.

In *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206, at para. 29, Iacobucci J., for the majority, quoted J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), for the proposition that “[o]nce impugned evidence has been found to come within the trial fairness rationale, exclusion is virtually certain to follow”. At the same time, however, he resisted the conclusion that trial unfairness makes exclusion automatic. Again in *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, at p. 219, Lamer C.J. opined that “[w]here the impugned evidence falls afoul of the “trial fairness” factor, admissibility cannot be saved by resorting to the “seriousness of the violation” factor”.

L’Heureux-Dubé J. in *Burlingham* suggested that the majority of the Court had created an automatic exclusionary rule and had ignored the language of s. 24(2) which requires the court to look at all the circumstances. Sopinka J. replied that even though the judge need only look at the first factor, trial fairness, where it is engaged, the judge is obliged to conclude that “in all the circumstances’ the admission of the evidence would render the trial unfair” (para. 148). This does not negate the fact, however, that circumstances falling under the second and third classes of factors in *Collins* remain completely ignored under the

il y avait eu tout au plus mobilisation minimale de l’accusé contre lui-même. Néanmoins, dans des propos qui laissaient présager l’arrêt majoritaire qui est rendu aujourd’hui, le juge Cory a conclu que «la preuve (la marijuana) n’aurait pas été découverte sans le témoignage forcé (la fouille) de l’appelant» (p. 628). Son utilisation, selon le juge Cory, aurait donc rendu le procès inéquitable. Comme cela tranchait la question, il n’était pas nécessaire de soupeser la déconsidération qui résulterait de l’utilisation de la preuve en fonction de celle que pourrait entraîner son exclusion. Bref, il n’était pas nécessaire de prendre en considération les «circonstances», même si le par. 24(2) dit clairement le contraire.

Dans l’arrêt *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206, au par. 29, le juge Iacobucci, s’exprimant au nom de la Cour à la majorité, a cité l’affirmation de J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, dans *The Law of Evidence in Canada* (1992), selon laquelle [TRADUCTION] «[d]ès qu’un élément de preuve contesté est jugé attentatoire à l’équité du procès, l’exclusion s’ensuit presque inévitablement». Par contre, il n’est pas allé jusqu’à conclure que l’iniquité du procès rend l’exclusion automatique. Puis, dans l’arrêt *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, à la p. 219, le juge en chef Lamer a affirmé que «[s]i les éléments de preuve contestés se heurtent au facteur de l’«équité du procès», l’admissibilité de ces éléments ne peut être sauvegardée par un recours au facteur de la «gravité de la violation»».

Le juge L’Heureux-Dubé a laissé entendre, dans l’arrêt *Burlingham*, que les juges majoritaires de la Cour avaient créé une règle d’exclusion automatique et qu’ils n’avaient pas tenu compte du texte du par. 24(2), qui exige que le tribunal examine les circonstances. Le juge Sopinka a répondu que, même si le juge n’a qu’à examiner le premier facteur, l’équité du procès, lorsqu’il est en jeu, celui-ci doit conclure qu’«eu égard aux circonstances» l’utilisation des éléments de preuve rendrait le procès inéquitable» (par. 148). Cela n’empêche pas, toutefois, que les circonstances qui relèvent des deuxième et troisième catégories de facteurs de

analysis. They are excluded automatically once trial fairness is engaged.

(3) Which Approach Should Be Adopted?

250

In my respectful opinion, the view expressed in some cases that any evidence which affects the fairness of the trial must be excluded under s. 24(2) should be resisted. First, it runs counter to the spirit and wording of s. 24(2), which requires that judges in all cases balance all factors which may affect the repute of the administration of justice, and elevates the factor of trial unfairness to a dominant and in many cases conclusive status. Second, it rests on an expanded and, with respect, erroneous concept of self-incrimination or conscription which equates any non-consensual participation by or use of the accused's body in evidence gathering with trial unfairness. Third, it erroneously assumes that anything that affects trial fairness automatically renders the trial so fundamentally unfair that other factors can never outweigh the unfairness, with the result that it becomes unnecessary to consider other factors. I shall discuss each of these aspects of this new approach in turn.

251

The first problem has already been discussed. Section 24(2) expressly requires judges to consider "all the circumstances" in determining whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. On the new approach, however, one set of factors — those affecting trial fairness — receives undue emphasis, to the virtual exclusion of the other factors. As a result, "trial fairness" approaches the status of an absolute rule of exclusion: *Mellenthin, supra, per Cory J.*; *Bartle, supra, per Lamer C.J.*

252

At the same time, the importance of the other factors listed in *Collins* has declined. It is evident

l'arrêt *Collins* ne font absolument pas l'objet de l'analyse. Ils sont exclus automatiquement dès que l'équité du procès est en jeu.

(3) Quelle méthode devrait être adoptée?

En toute déférence, j'estime qu'il y a lieu de s'opposer à l'opinion exprimée dans certains cas, suivant laquelle tout élément de preuve qui compromet l'équité du procès doit être écarté en vertu du par. 24(2). Premièrement, cette opinion va à l'encontre de l'esprit et de la lettre du par. 24(2) qui exige que les juges soupèsent, dans tous les cas, tous les facteurs qui peuvent déconsidérer l'administration de la justice, et elle élève le facteur de l'iniquité du procès à un rang dominant et, dans bien des cas, déterminant. Deuxièmement, elle repose sur une notion élargie et, en toute déférence, erronée de l'auto-incrimination ou de la mobilisation de l'accusé contre lui-même qui assimile à l'iniquité du procès toute participation non consensuelle de l'accusé à la constitution de la preuve ou toute utilisation non consensuelle de son corps à cette fin. Troisièmement, elle tient erronément pour acquis que tout ce qui compromet l'équité du procès rend automatiquement le procès si fondamentalement inéquitable que d'autres facteurs ne pourront jamais l'emporter sur cette iniquité, de sorte qu'il devient inutile de prendre en considération d'autres facteurs. Je vais examiner, à tour de rôle, chacun des aspects de cette nouvelle méthode.

Le premier problème a déjà été examiné. Le paragraphe 24(2) exige expressément que les juges prennent en considération les «circonstances» pour déterminer si l'utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Selon la nouvelle méthode, toutefois, un groupe de facteurs — ceux qui compromettent l'équité du procès — se voient accorder une importance excessive, presque au détriment des autres facteurs. Il s'ensuit que l'«équité du procès» équivaut presque à une règle absolue d'exclusion: *Mellenthin, précité, le juge Cory*; *Bartle, précité, le juge en chef Lamer*.

En même temps, l'importance des autres facteurs énoncés dans l'arrêt *Collins* a diminué. Il est

that if trial unfairness is dispositive, there is neither need nor room to consider other circumstances. So instead of considering "all the circumstances" as s. 24(2) requires, where trial fairness is an issue, the judge following this approach considers only those factors relating to fairness of the trial. Circumstances relating to the seriousness of the breach which played such a prominent role in many of the earlier cases become unimportant, and one never gets to the point of considering the effect of exclusion of the evidence on the repute of the administration of justice. The balancing process that the framers of s. 24(2) intended is thus completely undermined, and the compromise between those who feared that exclusion of evidence would undercut the administration of justice by freeing guilty persons on technicalities and those who advocated judicial consequences for violations of the *Charter* is nullified.

I turn next to the expanded notion of self-incrimination which underlies the new approach. The common law and post-*Charter* cases up to and beyond *Collins* drew a sharp distinction between testimonial and real evidence when it came to questions of admissibility. As has been seen, the principle against self-incrimination applied only to testimonial evidence, that is, to statements given to the police or the court. This distinction was drawn, as discussed, for principled reasons. It was maintained in *Collins*, where Lamer J. wrote: "[r]eal evidence that was obtained in a manner that violated the *Charter* will rarely operate unfairly for that reason alone" (p. 284). More recent cases on the way to the new, automatic exclusion approach, however, have suggested that this distinction may be misplaced. In *Burlingham*, Iacobucci J. wrote at para. 30 that "this Court has consistently shied away from the differential treatment of real evidence". And in *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, at p. 74, La Forest J. opined that "the mere fact that the impugned evidence is classified as either real or conscriptive should not in and of itself be determinative of the admissibility of the evidence". Following this approach, the majority on this appeal treats the real evidence taken from the

évident que si l'iniquité du procès est déterminante, il n'est pas nécessaire et il n'y a pas lieu de prendre en considération d'autres circonstances. Ainsi, plutôt que de tenir compte des «circonstances» comme l'exige le par. 24(2), lorsque l'équité du procès est en cause, le juge qui applique cette méthode ne prend en considération que les facteurs relatifs à l'équité du procès. Les circonstances relatives à la gravité de la violation, qui ont joué un rôle si important dans de nombreux arrêts antérieurs, perdent leur importance, et l'on n'en vient jamais à analyser l'incidence de l'exclusion sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Le processus de pondération projeté par les rédacteurs du par. 24(2) est donc complètement sapé, et le compromis entre ceux qui craignaient que l'exclusion d'éléments de preuve mine l'administration de la justice, par la libération de personnes coupables pour des motifs techniques, et ceux qui préconisaient des conséquences judiciaires pour les violations de la *Charte* est anéanti.

Je passe maintenant à la notion élargie d'auto-incrimination qui sous-tend la nouvelle méthode. La common law et la jurisprudence postérieure à l'adoption de la *Charte*, jusqu'à l'arrêt *Collins* et même après, établissaient une nette distinction entre preuve testimoniale et preuve matérielle lorsqu'il était question d'admissibilité de la preuve. Comme nous l'avons vu, le principe interdisant l'auto-incrimination ne s'appliquait qu'à la preuve testimoniale, c'est-à-dire aux déclarations faites à la police ou au tribunal. Cette distinction était fondée, comme je l'ai dit, sur des raisons de principe. Elle a été maintenue dans *Collins*, où le juge Lamer a écrit: «[u]ne preuve matérielle obtenue d'une manière contraire à la *Charte* sera rarement de ce seul fait une cause d'injustice» (p. 284). La jurisprudence plus récente qui s'oriente vers la nouvelle méthode d'exclusion automatique laisse toutefois entendre que cette distinction est peut-être hors de propos. Dans *Burlingham*, le juge Iacobucci écrit, au par. 30, que «notre Cour a constamment répugné à traiter différemment la preuve matérielle». Et dans l'arrêt *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, à la p. 74, le juge La Forest affirme que «le simple fait que la preuve contestée soit rangée dans l'une ou l'autre de ces deux catégories

accused's body as if it were testimonial evidence to which the principle against self-incrimination applies. The common law confessions rule may be taken as holding that admission of involuntary conscripted testimonial evidence is presumptively unfair, justifying an absolute exclusionary rule. By obliterating the distinction between testimonial and real evidence the new automatic exclusionary approach extends this presumption to all conscripted real evidence. Any real evidence taken from, or by the use of, the accused's body without consent is deemed to affect the fairness of the trial. When this conclusion is combined with the assumption that any evidence that affects trial fairness must be excluded, the result is that any involuntary or "conscripted" evidence involving the use of the accused's body becomes inadmissible.

ne devrait pas en soi être concluant sur son admissibilité». Suivant cette méthode, les juges majoritaires, en l'espèce, traitent la preuve matérielle obtenue du corps de l'accusé comme s'il s'agissait d'une preuve testimoniale à laquelle le principe interdisant l'auto-incrimination s'applique. La règle des confessions établie en common law peut être interprétée comme signifiant que l'utilisation d'une preuve testimonial obtenue par la mobilisation de l'accusé contre lui-même et sans son consentement est présumée inéquitable, justifiant ainsi une règle absolue d'exclusion. En supprimant la distinction entre preuve testimoniale et preuve matérielle, la nouvelle méthode d'exclusion automatique étend cette présomption à toute preuve matérielle obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. Toute preuve matérielle obtenue du corps ou au moyen du corps de l'accusé sans son consentement est réputée compromettre l'équité du procès. Si on combine cette conclusion à la présomption que toute preuve qui compromet l'équité du procès doit être écartée, il en résulte que toute preuve obtenue sans le consentement de l'accusé ou en le mobilisant contre lui-même dont l'obtention a nécessité l'utilisation du corps de l'accusé, est inadmissible.

254

As argued earlier, the seizure of bodily samples stands to be assessed not under the principle against self-incrimination which governs testimonial evidence, but rather under the guarantee against unreasonable search and seizure in s. 8 of the *Charter*. This logic extends to the analysis of trial fairness under s. 24(2) of the *Charter*. In asking whether the evidence will operate unfairly at trial, the judge will be concerned with the impact that admission of the evidence seized might have on the repute of the system of justice in various ways. It may be that to admit the evidence will be seen as judicial condonation of improper police conduct, tainting the trial process with earlier police unfairness. Or the evidence may be unfair in the sense that it is unreliable and may lead to a false verdict. The fact that the accused has been required to participate in the taking of the evidence will not in itself be unfair, however, since the

Comme je l'ai affirmé plus haut, la saisie d'échantillons de substances corporelles doit être appréciée non pas sous l'angle du principe interdisant l'auto-incrimination qui régit la preuve testimoniale, mais plutôt, sous l'angle de la protection accordée par l'art. 8 de la *Charte* contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. Cela vaut pour l'analyse de l'équité du procès fondée sur le par. 24(2) de la *Charte*. En se demandant si la preuve compromettra l'équité du procès, le juge se souciera de l'incidence que l'utilisation de la preuve saisie pourrait, de diverses façons, avoir sur la considération dont jouit le système de justice. L'utilisation de la preuve pourrait être perçue comme une tolérance judiciaire d'une conduite policière répréhensible, et faire en sorte que le processus judiciaire soit souillé par l'iniquité de la conduite antérieure des policiers. Ou encore, il se peut que la preuve soit inéquitable en ce sens qu'elle n'est pas fiable, et qu'elle mène à un verdict erroné. Cependant, le fait que l'accusé ait été

protection against self-incrimination is confined to testimonial evidence.

Proceeding to the second group of factors, the seriousness of the violation, the judge may, in the case of a s. 8 breach, wish first to evaluate the degree of invasiveness by reference to the place of the conduct on a spectrum, ranging from minimal bodily intrusions at one end, to bodily intrusions which seriously affect the privacy and dignity of the individual at the other. The manner in which the search and seizure is conducted may also impact on the seriousness of the violation, as may the good faith or flagrancy attending the breach, any circumstances of urgency or necessity, and whether other investigative techniques were available.

Under the third group of factors, relating to the effect on the repute of justice of excluding the evidence, the judge may wish to consider the high probative value of real evidence as well as the seriousness of the offence and whether or not the evidence is essential to substantiate the charge.

I come finally to the assumption underlying the approach that anything that affects trial unfairness automatically renders the trial unfair. Under the proposed rule of automatic exclusion for unfairness, any evidence which comes “within the trial fairness rationale” or which would have “affected the trial’s fairness”, to use the language of *Burlingham*, at paras. 29 and 31, suffices to render the trial unfair. With respect, this confuses two different things: unfair aspects of a trial and a fundamentally unfair trial. As I wrote in *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207, the accused is entitled to a fundamentally fair trial. That does not mean that it must be perfect. Even the best-run trials may have aspects of unfairness. On the other hand, the unfairness may be so great that it leaves doubt as to whether the verdict is safe. When this occurs, the trial may be said to be fundamentally unfair. Throughout the fabric of our rules of evidence and trial conduct runs a golden thread: an innocent person must not

forcé de participer à la production de la preuve ne constituera pas en soi une iniquité, étant donné que la protection contre l’auto-incrimination est limitée à la preuve testimoniale.

Quant à la deuxième catégorie des facteurs qui ont trait à la gravité de la violation, il se peut que le juge souhaite d’abord, dans le cas d’une violation de l’art. 8, évaluer la gravité de l’atteinte comise en fonction d’un barème, allant des atteintes physiques minimales aux atteintes physiques qui affectent gravement la vie privée et la dignité de la personne. Les conditions dans lesquelles la fouille et la saisie sont effectuées peuvent aussi avoir une incidence sur la gravité de la violation, tout comme peuvent avoir une incidence la bonne foi ou le caractère flagrant de l’infraction, une situation d’urgence ou de nécessité et la possibilité de recourir à d’autres techniques d’enquête.

En ce qui concerne la troisième catégorie des facteurs relatifs à l’incidence de l’exclusion de la preuve sur la considération dont jouit le système de justice, le juge peut vouloir tenir compte de la grande valeur probante de la preuve matérielle ainsi que de la gravité de l’infraction, et se demander si la preuve est essentielle pour justifier l’accusation.

J’en arrive finalement à la présomption qui sous-tend le point de vue selon lequel tout ce qui compromet l’équité du procès rend automatiquement le procès inéquitable. Suivant la règle proposée d’exclusion automatique pour cause d’iniquité, tout élément de preuve qui est « attentatoire à l’équité du procès » ou qui aurait « porté atteinte à l’équité du procès », pour employer les termes de l’arrêt *Burlingham*, aux par. 29 et 31, suffit pour rendre le procès inéquitable. En toute déférence, cette règle confond deux choses différentes: les aspects inéquitables d’un procès et un procès fondamentalement inéquitable. Comme je l’ai écrit dans l’arrêt *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207, l’accusé a droit à un procès fondamentalement équitable. Cela ne signifie pas que le procès doit être parfait. Même les meilleurs procès peuvent être inéquitables sous certains aspects. Par contre, l’iniquité peut être grande au point de faire douter du caractère inattaquable du verdict. Le cas échéant,

255

256

257

be convicted. If a reasonable person viewing the trial proceedings as a whole would conclude that there is a danger that an innocent person may have been convicted, then the trial may be said to be fundamentally unfair. The ultimate unfairness is to be wrongly convicted on unsafe evidence.

on peut affirmer que le procès est fondamentalement inéquitable. Toute la trame de nos règles qui régissent la preuve et le déroulement du procès est illuminée par un fil d'or: ne pas déclarer coupable un innocent. Si une personne raisonnable qui examine l'ensemble du procès conclut qu'il y a un danger qu'un innocent ait été déclaré coupable, on peut alors affirmer que le procès est fondamentalement inéquitable. Il n'y a rien de plus inéquitable qu'une déclaration de culpabilité fondée sur une preuve fragile.

258 The approach that I suggest, as opposed to the majority's approach, preserves the consideration of "all the circumstances" and the balancing of factors for and against admission required by s. 24(2). It avoids the automatic exclusionary rule eschewed by the framers of the *Charter*. And, in my respectful view, it deals with the problem of trial unfairness in a more flexible and useful way than the automatic exclusionary approach advocated by the majority. The approach of the majority, as noted earlier, is a blunt instrument incapable of discriminating between degrees of trial unfairness. Even minor unfairness must necessarily lead to rejection of the evidence. With respect, that is undesirable. The complex problem of the admission of evidence violative of *Charter* rights requires a more flexible, nuanced approach. It requires an approach which permits the judge to distinguish between different degrees of unfairness and balance them against countervailing considerations. In this way the judge can truly make the decision which in the particular circumstances of the case will best serve the repute of the system of justice.

La méthode que je propose, comparativement à celle des juges majoritaires préserve la prise en considération des «circonstances» et la pondération des facteurs militant pour ou contre l'utilisation, que commande le par. 24(2). Elle évite la règle d'exclusion automatique que les rédacteurs de la *Charte* ont fui. Et j'estime, en toute déférence, qu'elle s'attaque au problème de l'iniquité du procès d'une façon plus souple et plus utile que ne le ferait la méthode d'exclusion automatique préconisée par les juges majoritaires. La méthode que ces derniers préconisent est, comme je l'ai souligné plus haut, un instrument inefficace qui ne fait aucune distinction entre divers degrés d'iniquité d'un procès. Même une iniquité mineure doit nécessairement mener au rejet de la preuve. En toute déférence, je crois que cela n'est pas souhaitable. Le problème complexe de l'utilisation d'éléments de preuve en contravention de droits garantis par la *Charte* doit être abordé d'une façon plus souple et nuancée, qui permette au juge de distinguer différents degrés d'iniquité et de les soupeser en fonction de facteurs atténuants. Ainsi, le juge peut vraiment prendre la décision qui, dans les circonstances particulières de l'affaire, préservera le mieux la considération dont jouit le système de justice.

259 For these reasons, I would reject the approach to s. 24(2) proposed by the majority on this appeal. In my view, the Court must consider all the circumstances of the case and in light of them, balance the effect of admitting the evidence on the repute of the administration of justice against the effect of rejecting the evidence. The circumstances to be considered include those listed by this Court in

Pour ces motifs, je rejetterais la façon d'aborder le par. 24(2) que les juges majoritaires proposent en l'espèce. À mon avis, la Cour doit prendre en considération toutes les circonstances de l'affaire et soupeser, en fonction de celles-ci, l'incidence de l'utilisation de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice en fonction de l'incidence du rejet de cette preuve. Les circons-

Collins. It cannot be said as a matter of law that one factor is more important than others, or that one factor will trump the others and render them superfluous. In particular, the dual propositions that all conscripted evidence, including real evidence, is unfair because it requires the accused to incriminate himself or herself and that any evidence that affects trial fairness must automatically be excluded, should be rejected. The principle against self-incrimination does not apply to real evidence, except that which is derivative from compelled testimony, and there are different degrees of trial fairness. Depending on the degree of unfairness and countervailing circumstances, the fairness of the manner in which the evidence was obtained may or may not result in rejection of the evidence under s. 24(2). In an extreme case, where the unfairness casts doubt on the safety of the verdict, it may, as a matter of application of the balancing process, be predicted that the interest in admitting the evidence will never outweigh the harm that would be done by its admission. Similarly, it may be hazarded as a matter of prediction that, to quote Lamer J. in *Collins*, “[r]eal evidence . . . obtained in a manner that violated the *Charter* will rarely operate unfairly for that reason alone” (p. 284). These predictive generalizations, however, do not change the overriding rule that the judge must in each case consider and balance all of the circumstances in determining the admissibility of evidence taken in contravention of *Charter* guarantees.

I add this. A decision to admit or exclude evidence under s. 24(2) is essentially a matter of weighing all the relevant circumstances and balancing those favouring admission against those favouring exclusion. In the end the judge must decide whether, viewed objectively, admission or exclusion will do more harm to the repute of the administration of justice. This being the case, this Court will be hesitant to interfere with the decision of the courts below, so long as all the factors appear to have been properly considered: *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. B. (C.R.)*,

tances qui doivent être prises en considération sont celles que notre Cour a énumérées dans l’arrêt *Collins*. On ne saurait dire, en droit, qu’un facteur est plus important que d’autres ou qu’un facteur supprime tous les autres et les rend superflus. En particulier, il y a lieu de rejeter la double proposition suivant laquelle toute preuve obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même, y compris une preuve matérielle, est inéquitable parce qu’elle oblige l’accusé à s’incriminer et que toute preuve qui compromet l’équité du procès doit être écartée automatiquement. Le principe interdisant l’auto-incrimination ne s’applique à la preuve matérielle que si elle dérive d’un témoignage forcé, et il y a différents degrés d’iniquité du procès. Selon le degré d’iniquité et les circonstances atténuantes, le caractère équitable des conditions dans lesquelles la preuve a été obtenue peut entraîner ou non son rejet en vertu du par. 24(2). Dans un cas extrême où l’iniquité jette un doute sur le caractère inattaquable du verdict, il est prévisible, si on applique le processus de pondération, que l’intérêt qu’il y a à utiliser la preuve ne l’emportera jamais sur le préjudice qui résulterait de son utilisation. De même, on peut se permettre de prédire, pour reprendre les termes du juge Lamer dans l’arrêt *Collins*, qu’«[u]ne preuve matérielle obtenue d’une manière contraire à la *Charte* sera rarement de ce seul fait une cause d’injustice» (p. 284). Toutefois, ces prédictions générales ne changent rien à la règle primordiale selon laquelle le juge doit, dans chaque cas, examiner et soupeser toutes les circonstances pour décider de l’admissibilité d’une preuve obtenue en violation des garanties de la *Charte*.

J’ajoute ceci. La décision d’utiliser ou d’écarter une preuve aux termes du par. 24(2) exige essentiellement que l’on évalue toutes les circonstances pertinentes et qu’on soupèse celles qui militent en faveur de l’utilisation de la preuve en fonction de celles qui militent en faveur de son exclusion. En fin de compte, le juge doit décider si, objectivement, laquelle de l’utilisation ou de l’exclusion fera plus de tort à la considération dont jouit l’administration de la justice. En l’occurrence, notre Cour hésitera à modifier la décision des tribunaux d’instance inférieure lorsqu’il apparaîtra que tous

[1990] 1 S.C.R. 717; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93.

B. *Did the New Brunswick Courts Err in Holding the Evidence Admissible Under Section 24(2)?*

261 The trial judge, affirmed by the Court of Appeal, held that the appellant's hair, buccal swabs and dental impressions taken contrary to s. 8 of the *Charter*, were admissible under s. 24(2) of the *Charter*.

262 He first set out the criteria enunciated in *Collins*. Applying *Collins*, he noted that the bodily samples were real evidence which existed independently of the *Charter* breach. He had earlier held that the arrest was lawful, that the "seizures undertaken following arrest" ranged across a spectrum of seriousness, and that at some point on the spectrum a particular type of seizure could become repugnant. He held that given the lawful arrest, the police searches represented as minor an infringement as possible in the circumstances. The police, he found, had acted in good faith. He considered whether the accused would be deprived of a fair trial if the evidence were admitted, and concluded that he would not. He also considered whether admission of the samples would operate so as to condone unacceptable investigatory conduct and concluded that it would not. Finally, he asked the ultimate question posed by s. 24(2): would exclusion of the evidence bring the administration of justice into greater disrepute than admission. He concluded that the balance fell on the side of admission.

263 The majority of the Court of Appeal, *per Hoyt C.J.N.B.*, found that the trial judge had properly considered all the circumstances in arriving at his conclusion under s. 24(2), and had given due

les facteurs ont été pris en considération de façon appropriée: *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93.

B. *Les tribunaux du Nouveau-Brunswick ont-ils commis une erreur en décidant que la preuve pouvait être utilisée en vertu du par. 24(2)?*

Le juge du procès, dont la décision a été confirmée par la Cour d'appel, a statué que le prélèvement de cheveux et poils de l'appelant, les prélèvements dans sa bouche et la prise de ses empreintes dentaires, qui avaient été effectués en contravention de l'art. 8 de la *Charte*, pouvaient être utilisés en preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Il a d'abord exposé les critères énoncés dans *Collins*. Appliquant l'arrêt *Collins*, il a fait remarquer que les échantillons de substances corporelles constituaient une preuve matérielle qui existait indépendamment de la violation de la *Charte*. Il avait précédemment conclu que l'arrestation était légale, que les [TRADUCTION] «saisies effectuées à la suite de l'arrestation» correspondaient à différents degrés dans l'échelle de la gravité et qu'à un certain point dans cette échelle, un type particulier de saisie pouvait devenir répugnant. Il a statué que, compte tenu de la légalité de l'arrestation, les fouilles effectuées par la police constituaient une atteinte aussi mineure que possible dans les circonstances. Il a conclu que la police avait agi de bonne foi. Il s'est demandé si l'accusé serait privé d'un procès équitable si la preuve recueillie était utilisée et a conclu que non. Il s'est aussi demandé si l'utilisation des échantillons reviendrait à tolérer une conduite inacceptable en matière d'enquête, et a conclu que non. Finalement, il s'est posé la dernière question qu'il devait se poser aux termes du par. 24(2): l'exclusion de la preuve serait-elle davantage susceptible de déconsidérer l'administration de la justice que son utilisation. Il a conclu que la balance penchait en faveur de l'utilisation de la preuve.

Le juge en chef Hoyt a statué, au nom de la Cour d'appel à la majorité, que le juge du procès avait bien pris en considération les circonstances avant de tirer sa conclusion aux termes du

weight to the factors that favoured exclusion of the evidence. It noted that while the appellant did not consent to providing samples, the police took the samples in a manner which constituted a minimal affront to his dignity. No force had been used and the appellant made no resistance. The letter from the appellant's lawyers requesting that the police take no samples was not determinative since the police could not be expected to curtail a criminal investigation merely because a lawyer so requests. The majority concluded that the trial judge had made no error in his application of the law and had considered all relevant factors, and that it should not therefore undertake an independent analysis of the factors.

I agree with these decisions. The trial judge made a careful review of all relevant factors. He applied s. 24(2) in the fashion directed in *Collins*. Where the courts below have properly considered all factors relevant to the s. 24(2) determination, this Court has stated it will not interfere: *Morris, supra*. This, in my view, is precisely such a case.

This said, it may be useful to indicate how I would see the factors discussed earlier applying to the facts of this case. Under the first class of factors discussed in *Collins*, those relating to trial fairness, the concern of judicial condonation of wrongful police behaviour as well as the reliability of the evidence would fall to be explored. The trial judge expressly addressed these factors and found that admitting the evidence would not prejudice the appellant's right to a fair trial. The conduct of the police, while violative of the suspect's rights was not so egregious as to taint the trial and merit judicial sanction by exclusion. The evidence was

par. 24(2), et qu'il avait accordé toute l'importance nécessaire aux facteurs qui militaient en faveur de l'exclusion de la preuve. Il a fait remarquer que, bien que l'appelant n'ait pas consenti à fournir des échantillons, la police les a prélevés dans des conditions qui constituaient une atteinte minimale à sa dignité. Aucune force n'avait été utilisée et l'appelant n'avait opposé aucune résistance. La lettre dans laquelle les avocats de l'appelant ont demandé à la police de ne prélever aucun échantillon n'était pas déterminante car on ne pouvait pas s'attendre à ce que la police restreigne une enquête en matière criminelle simplement parce qu'un avocat lui a demandé de le faire. Les juges majoritaires ont conclu que le juge du procès n'avait commis aucune erreur dans son application de la loi et qu'il avait pris en considération tous les facteurs pertinents, et qu'ils ne devaient donc pas entreprendre leur propre analyse de ces facteurs.

Je suis d'accord avec ces décisions. Le juge du procès a examiné soigneusement tous les facteurs pertinents. Il a appliqué le par. 24(2) de la façon recommandée dans l'arrêt *Collins*. Notre Cour a statué qu'elle n'interviendrait pas si les tribunaux d'instance inférieure ont pris en considération de façon appropriée tous les facteurs pertinents pour prendre une décision en vertu du par. 24(2): *Morris*, précité. J'estime que c'est précisément ce qui a été fait en l'espèce.

Cela dit, il peut être utile d'indiquer comment j'appliquerais aux faits de la présente affaire les facteurs qui ont été analysés antérieurement. En ce qui concerne la première catégorie des facteurs analysés dans l'arrêt *Collins*, celle des facteurs relatifs à l'équité du procès, j'examinerais la question de la tolérance judiciaire d'une conduite policière répréhensible et celle de la fiabilité de la preuve. Le juge du procès a expressément examiné ces facteurs et conclu que l'utilisation de la preuve ne préjudicierait pas au droit de l'appelant à un procès équitable. La conduite des policiers, bien qu'elle ait violé les droits du suspect, n'était pas une inconduite grave au point de vicier le procès et de mériter que le tribunal les punisse par l'exclusion de la preuve. La preuve était matérielle, elle

264

265

real evidence, existing independently of the police conduct and reliable.

existait indépendamment de la conduite des policiers et elle était fiable.

266

Under the second group of factors relating to the seriousness of the violation, the seriousness of the affront to the appellant's privacy and dignity would fall to be considered, as well as whether the police acted in good faith, whether there was a situation of urgency or necessity, whether other investigatory techniques were available and whether the evidence would have been obtained in any event. With respect to the seriousness of the affront to the appellant's privacy and dignity, the trial judge found that the police infringement was "as minor as possible" and "not serious" (paras. 53 and 54). Similarly, the majority in the Court of Appeal held that the samples were taken in a fashion which constituted a minimal affront to the appellant's dignity and noted that the appellant did not resist.

Quant à la deuxième catégorie des facteurs relatifs à la gravité de la violation, j'examinerais la question de la gravité de l'atteinte à la vie privée et à la dignité de l'appelant et je me demanderais si la police a agi de bonne foi, s'il existait une situation d'urgence ou de nécessité, si d'autres techniques d'enquête auraient pu être utilisées et si la preuve aurait été obtenue en tout état de cause. En ce qui concerne la gravité de l'atteinte à la vie privée et à la dignité de l'appelant, le juge du procès a conclu que l'atteinte portée par la police était [TRADUCTION] «aussi mineure que possible» et «n'était pas grave» (par. 53 et 54). De même, la Cour d'appel à la majorité a statué que les échantillons ont été prélevés dans des conditions qui avaient porté atteinte de façon minimale à la dignité de l'appelant et elle a noté que l'appelant n'avait opposé aucune résistance.

267

There may be room for debate on the seriousness of the violation of the appellant's rights. While the manner of taking may not have affronted the appellant's dignity more than necessary, requiring a person to take hair from private portions of his body and to submit to the uncomfortable procedure of taking dental impressions is significantly more intrusive and a greater affront to privacy and personal dignity than procedures at the low end of the spectrum, like taking fingerprints or police photos. This said, the intrusiveness of the invasions must be considered in the context of other factors bearing on the seriousness of the violation. The trial judge found that the violation was not deliberate, wilful or flagrant, but committed in good faith. He emphasized that the police were in possession of an autopsy report which revealed seminal fluid and a bite. Both these preliminary findings required further investigation and having lawfully arrested the appellant, it was reasonable that the police pursue that investigation by obtaining samples from him which might confirm or deny his involvement. The situation was serious. A terrible crime had been committed. In such circumstances, it is generally important to determine whether the police should pursue their inves-

Il peut y avoir lieu de débattre la gravité de la violation des droits de l'appelant. Même s'il se peut que la façon d'effectuer les prélèvements n'a pas gravement porté atteinte à la dignité de l'appelant, exiger d'une personne des prélèvements de poils sur des parties intimes de son corps et la procédure inconfortable de la prise d'empreintes dentaires est nettement plus envahissant et constitue une atteinte plus grave à la vie privée et à la dignité de la personne que les procédures qui se situent au bas de l'échelle, comme, par exemple, la prise des empreintes digitales ou de photos par la police. Cela dit, le caractère envahissant de l'atteinte doit être apprécié dans le contexte d'autres facteurs ayant une incidence sur la gravité de la violation. Le juge du procès a conclu que la violation n'était pas délibérée, volontaire ou flagrante, mais qu'elle avait été commise de bonne foi. Il a insisté sur le fait que la police était en possession d'un rapport d'autopsie qui révélait la présence de liquide séminal et d'une morsure. Ces deux conclusions préliminaires commandaient une enquête plus poussée et il était raisonnable qu'après avoir arrêté légalement l'appelant la police poursuive cette enquête en obtenant de lui des échantillons qui pourraient confirmer ou démentir sa participa-

tigation against the suspect or look for other suspects. The possibility that the real killer might still be at large and might commit a second crime may also fall to be considered. The law as it then stood provided no means to obtain a warrant to obtain the samples. After consulting with Crown counsel the police decided to go ahead, and proceeded to do so, on the findings below, in the least intrusive way possible. While the DNA evidence could have been obtained later provided the appellant remained in the jurisdiction, the police had no assurance that such taking would have been any more lawful than the one they in fact undertook, and in any event, a delayed seizure would not have solved their immediate investigative dilemma.

Under the third group of *Collins* factors fall to be considered the seriousness of the offence and whether the evidence was essential to substantiate the charge. This was a most serious offence and the identification and ultimate conviction of its perpetrator were of high public importance. The DNA evidence was essential to both.

In assessing this factor, I add that I am mindful of the argument that those accused of serious offences are as entitled to *Charter* protection as those accused of lesser offences. I am also of the view that the seriousness of offence should seldom if ever serve as the sole basis for admitting evidence obtained through bad faith or a serious violation of the accused's constitutional rights. This said, the seriousness of the offence may affect the repute of the system of justice, the ultimate criterion for admission of the evidence under s. 24(2). As such, as *Collins* states, it constitutes a factor to be considered.

tion. La situation était grave. Un crime terrible avait été commis. Dans ces circonstances, il est généralement important de décider si la police doit poursuivre son enquête sur le suspect ou chercher d'autres suspects. Il se peut aussi que l'on ait à examiner la possibilité que le véritable meurtrier soit encore en liberté et qu'il commette un autre crime. La loi ne prescrivait, à l'époque, aucun moyen d'obtenir un mandat pour se procurer les échantillons. Après avoir consulté le substitut du procureur général, la police a décidé d'aller de l'avant et l'a fait, d'après les conclusions exposées ci-dessous, de la façon la moins envahissante possible. Bien que la preuve des empreintes génétiques aurait pu être obtenue ultérieurement, pourvu que l'appelant demeure dans le ressort, les policiers n'avaient aucune garantie que ces prélèvements seraient plus conformes à la loi que ceux qu'ils ont effectués et, de toute façon, retarder la saisie n'aurait pas résolu le dilemme devant lequel ils se trouvaient alors dans leur enquête.

Quant à la troisième catégorie de facteurs de l'arrêt *Collins*, j'examinerais la gravité de l'infraction et la question de savoir si la preuve était essentielle pour justifier l'accusation. L'infraction commise était extrêmement grave et il était très important pour le public que son auteur soit identifié et, en définitive, déclaré coupable. La preuve des empreintes génétiques était essentielle à ces deux fins.

En appréciant ce facteur, j'ajoute que j'ai à l'esprit l'argument voulant que les personnes accusées d'une infraction grave aient autant droit à la protection de la *Charte* que celles accusées d'une infraction moindre. Je suis également d'avis que la gravité de l'infraction devrait rarement, tout au plus, constituer la seule raison d'utiliser la preuve obtenue de mauvaise foi ou à la suite d'une grave violation des droits constitutionnels de l'accusé. Cela dit, la gravité de l'infraction peut affecter la considération dont jouit l'administration de la justice, le critère fondamental d'utilisation de la preuve, aux termes du par. 24(2). C'est pourquoi, comme on l'affirme dans l'arrêt *Collins*, elle constitue un facteur à prendre en considération.

268

269

270 Considering all these circumstances together, I cannot conclude that the trial judge and the majority of the Court of Appeal erred in finding that the exclusion of the evidence would do more harm to the repute of the administration of justice than its admission.

271 Having found the taking of the tissue not to violate s. 8 of the *Charter*, it is unnecessary to consider its admissibility under s. 24(2).

III. Conclusion

272 I would dismiss the appeal and affirm the conviction.

The following are the reasons delivered by

273 MAJOR J. — I agree with Cory J.'s reasons excluding the conscripted evidence obtained from hair samples, buccal swabs and dental impressions. However, with respect, I do not agree that the tissue containing the mucous sample taken from the wastebasket, after being discarded by the appellant, was obtained in violation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

274 Section 8 operates to protect the reasonable expectation of privacy of the individual. See *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. In the circumstances of this case, the appellant had no reasonable expectation of privacy with respect to the tissue he discarded.

275 The appellant was escorted to the washroom where he voluntarily and intentionally threw the tissue into the washroom wastebasket in full view of the officer. By doing so he abandoned the tissue, and lost any expectation of privacy he might have had in regard to it. Compare *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, where the accused's blood was obtained in the hospital by the police without his consent and found to be inadmissible with *R. v. LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31 (N.B.C.A.),

Compte tenu de l'ensemble de ces circonstances, je ne puis conclure que le juge du procès et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur en concluant que l'exclusion de la preuve déconsidérerait davantage l'administration de la justice que son utilisation.

Puisque j'ai conclu que la récupération du papier-mouchoir ne violait pas l'art. 8 de la *Charte*, je n'ai pas à examiner son admissibilité aux termes du par. 24(2).

III. Conclusion

Je rejetterais le pourvoi et confirmerais la déclaration de culpabilité.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MAJOR — Je suis d'accord avec les motifs du juge Cory qui écartent la preuve composée d'échantillons de cheveux et de poils, de prélèvements faits dans la bouche et d'empreintes dentaires, qui a été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. En toute déférence cependant, je ne suis pas d'accord pour dire que le papier-mouchoir contenant l'échantillon de mucosités, retiré de la corbeille à papier après que l'appellant l'y eut jeté, a été obtenu en violation de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

L'article 8 a pour effet de protéger l'attente raisonnable que le particulier a en matière de vie privée. Voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. Dans les circonstances de la présente affaire, l'appellant n'avait aucune attente raisonnable en matière de vie privée relativement au papier-mouchoir qu'il a jeté.

L'appellant a été accompagné aux toilettes où, sous les yeux du policier qui le surveillait, il a volontairement et intentionnellement jeté le papier-mouchoir dans la corbeille à papier qui s'y trouvait. Ce faisant, il a abandonné le papier-mouchoir et a perdu toute attente en matière de vie privée qu'il pouvait avoir à ce sujet. Comparer l'arrêt *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, où le sang de l'accusé que la police avait obtenu, à l'hôpital, sans son consentement a été déclaré inadmissible, avec

where the accused bled on the seat of his car at an accident scene and the evidence was admissible. In the latter, the accused had less choice as to whether to abandon the blood than the appellant had to abandon the tissue.

Cory J. refers to the lack of “informed consent to the search” as found in *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615, at p. 624. In my view, consent is not an issue where evidence is abandoned even when the accused is in custody. Where there is no reasonable expectation of privacy, there is no search, and no requirement of informed consent.

Cory J.’s reasons raise a number of interesting but hypothetical examples of circumstances where a *Charter* breach may occur. The question of whether s. 8 will be triggered by the gathering of DNA samples contained in blood, faecal matter or on eating utensils which are “abandoned” by an accused while in custody, is a question of fact to be determined in the particular case. This is not a case where the accused was left with no choice but to discard the evidence in question.

If no violation of the *Charter* occurred with regard to the tissue, there is no need to enter into a s. 24(2) inquiry. I agree with Cory J. that the crucial question with regard to classification of evidence under s. 24(2) is whether it is conscriptive or non-conscriptive. As a result, in my view, the reference to “real” evidence is not necessary. If an accused, subsequent to an infringement of his or her *Charter* rights, participates in the gathering of evidence to be used against him or her, including the gathering of “derivative evidence”, that evidence, if conscripted, may render the trial unfair whether it can be called real or not.

l’arrêt *R. c. LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31 (C.A.N.-B.), où le sang que l’accusé avait perdu sur le siège de son auto, sur les lieux d’un accident, a été déclaré admissible en preuve. Dans le dernier cas, l’accusé avait moins le choix d’abandonner son sang que ne l’avait l’appelant d’abandonner le papier-mouchoir.

Le juge Cory renvoie à l’absence de «consentement éclairé à la fouille» dont il est question dans *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615, à la p. 624. À mon avis, le consentement n’est pas en cause lorsque l’élément de preuve est abandonné, même quand l’accusé est sous garde. Lorsqu’il n’y a aucune attente raisonnable en matière de vie privée, il n’y a ni fouille ni exigence de consentement éclairé.

Dans ses motifs, le juge Cory donne plusieurs exemples intéressants mais hypothétiques de circonstances dans lesquelles il peut y avoir violation de la *Charte*. La question de savoir si l’application de l’art. 8 sera déclenchée par la cueillette d’échantillons d’ADN qui se trouve dans le sang, les matières fécales ou sur des ustensiles de table «abandonnés» par un accusé pendant qu’il est sous garde, est une question de fait qui doit être tranchée en l’espèce. Il ne s’agit pas d’un cas où l’accusé n’avait d’autre choix que de se défaire de l’élément de preuve en cause.

S’il n’y a pas eu violation de la *Charte* en ce qui concerne le papier-mouchoir, il est inutile d’entreprendre une analyse fondée sur le par. 24(2). Je suis d’accord avec le juge Cory pour dire que la question cruciale concernant la classification de la preuve en vertu du par. 24(2) est de savoir si elle a été obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même. En conséquence, j’estime que le renvoi à la preuve «matérielle» n’est pas nécessaire. Si, à la suite d’une violation des droits que lui garantit la *Charte*, un accusé participe à la cueillette d’éléments de preuve qui seront utilisés contre lui, y compris la cueillette d’«éléments de preuve dérivée», cette preuve, si elle a été obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même, est susceptible de rendre le procès inéquitable, peu importe qu’elle puisse être qualifiée de matérielle ou non.

276

277

278

279

Subject to the qualification expressed with respect to the abandoned tissue, I would dispose of the appeal as proposed by Cory J.

Appeal allowed and new trial ordered, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Barry & O'Neil, Saint John.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Fredericton.

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

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: The Department of Justice, Halifax.

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

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

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

Solicitors for the intervener the Law Union of Ontario: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Kent Roach, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Fasken Campbell Godfrey, Toronto.

À l'exception de la réserve exprimée quant au papier-mouchoir abandonné, je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la façon proposée par le juge Cory.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et MCLACHLIN sont dissidents.

Procureurs de l'appelant: Barry & O'Neil, Saint John.

Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice, Fredericton.

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

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse: Le ministère de la Justice, Halifax.

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

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

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

Procureurs de l'intervenante Law Union of Ontario: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Kent Roach, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario): Fasken Campbell Godfrey, Toronto.

Solicitors for the intervener the Association québécoise des avocats et avocates de la défense: Poupart & Cournoyer, Montreal.

Procureurs de l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense: Poupart & Cournoyer, Montréal.

Southam Inc., Lower Mainland Publishing Ltd., RIM Publishing Inc., Yellow Cedar Properties Ltd., North Shore Free Press Ltd., Specialty Publishers Inc., and Elty Publications Ltd. Appellants

v.

Director of Investigation and Research Respondent

INDEXED AS: CANADA (DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH) v. SOUTHAM INC.

File No.: 24915.

Hearing and judgment as to appeal on the remedy: November 25, 1996.

Reasons and judgment as to appeal on the merits: March 20, 1997.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Administrative law — Statutory appeals — Tribunal composed of economic, commercial and legal experts — Tribunal's decision not protected by privative clause — Standard of appellate review — Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, s. 92(1) — Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985, c. 19 (2nd Supp.), ss. 12, 13.

Competition law — Remedy — Tribunal investigating substantial lessening of competition — Tribunal ordering divestment of one business at owner's option — Whether remedial order should be set aside — Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, s. 92(1) — Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985, c. 19 (2nd Supp.), ss. 12, 13.

Vancouver's two daily newspapers (owned by Southam Inc.) were less successful, when compared with daily newspapers in other regions of Canada, relative to the many smaller community newspapers circulating in their distribution area. The community newspapers differed from the dailies in that they served a smaller area, were distributed free of charge, and were

Southam Inc., Lower Mainland Publishing Ltd., RIM Publishing Inc., Yellow Cedar Properties Ltd., North Shore Free Press Ltd., Specialty Publishers Inc., et Elty Publications Ltd. Appelantes

c.

Directeur des enquêtes et recherches Intimé

RÉPERTORIÉ: CANADA (DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES) c. SOUTHAM INC.

N° du greffe: 24915

Audition et jugement quant au pourvoi sur le redressement: le 25 novembre 1996.

Motifs et jugement quant au pourvoi sur le fond: le 20 mars 1997.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Appels prévus par la loi — Tribunal composé de spécialistes en économie, en commerce et en droit — La décision du Tribunal n'est pas protégée par une clause privative — Norme de contrôle applicable à l'appel — Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 92(1) — Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. (1985), ch. 19 (2^e suppl.), art. 12, 13.

Droit de la concurrence — Mesure de redressement — Le Tribunal s'est demandé s'il y avait diminution sensible de la concurrence — Il a ordonné le dessaisissement d'une entreprise, au choix du propriétaire — Convient-il d'annuler la mesure de redressement ordonnée? — Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 92(1) — Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. (1985), ch. 19 (2^e suppl.), art. 12, 13.

Les deux quotidiens de Vancouver (propriété de Southam Inc.) connaissaient moins de succès — par comparaison avec les quotidiens publiés dans d'autres régions du Canada — que les nombreux journaux communautaires de plus petite taille circulant dans leur zone de distribution. Les journaux communautaires diffèrent des quotidiens du fait qu'ils desservent des régions plus res-

printed from one to three times a week. In 1989, Southam Inc. began to acquire community and specialized newspapers in the area, and one year later had obtained a controlling interest in 13 community newspapers (including the two strongest ones, the *North Shore News* and the *Vancouver Courier*), a real estate advertising publication, three distribution services and two printing concerns. Southam Inc. also established a local supplement to one of its dailies but eventually discontinued it.

The respondent applied for an order requiring Southam to divest itself of the *North Shore News*, the *Vancouver Courier*, and the *Real Estate Weekly*, alleging that the concentration of these properties in the hands of one publisher was likely to lessen competition substantially in the retail print advertising and real estate print advertising markets in the Lower Mainland. The Competition Tribunal found a substantial lessening in competition in the real estate print advertising market in the North Shore. It ordered Southam to divest itself, at its option, of either the *North Shore News* or the *Real Estate Weekly*. It rejected Southam's proposal that it sell the real estate section of the *North Shore News*. The Director of Investigation and Research appealed the Tribunal's decision on the merits and Southam appealed the Tribunal's decision on the remedy. The Federal Court of Appeal allowed the first appeal and dismissed the second.

This appeal raises two issues. The first is whether the Federal Court of Appeal erred in concluding that it owed no deference to the Tribunal's finding about the dimensions of the relevant market and in subsequently substituting for that finding one of its own. The second is whether the Federal Court of Appeal erred in refusing to set aside the Tribunal's remedial order.

Held: The appeal on the merits should be allowed; the appeal on the remedy should be dismissed.

Merits

The standard of review is a function of many factors and may fall between correctness, at the more exacting end of the spectrum, and patently unreasonable, at the more deferential end. In the absence of a privative clause, the reviewing court may review decisions taken

treintes, qu'ils sont distribués gratuitement et qu'ils ne paraissent qu'une à trois fois par semaine. En 1989, Southam Inc. a commencé à acquérir des journaux communautaires et des journaux spécialisés dans la région, et un an plus tard, elle avait acquis une participation majoritaire dans 13 journaux communautaires (dont les deux plus vigoureux, le *North Shore News* et le *Vancouver Courier*), une publication spécialisée dans la publicité immobilière, trois entreprises de distribution et deux imprimeries. Elle a aussi commencé à insérer un supplément local dans un de ses quotidiens, mais elle a fini par cesser de publier ce supplément.

L'intimé a demandé une ordonnance enjoignant à Southam de se départir du *North Shore News*, du *Vancouver Courier* et du *Real Estate Weekly*, soutenant que la concentration de ces entreprises entre les mains d'un seul éditeur de journaux aurait vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence sur les marchés de la publicité imprimée dans les secteurs de l'immobilier et de la vente au détail dans le Lower Mainland. Le Tribunal de la concurrence a conclu à l'existence d'une diminution sensible de la concurrence sur le marché de la publicité immobilière imprimée dans le North Shore. Il a ordonné à Southam de se départir, à son choix, du *North Shore News* ou du *Real Estate Weekly* et il a rejeté la mesure de redressement proposée par Southam, savoir la vente de la section immobilière du *North Shore News*. Le directeur des enquêtes et recherches a interjeté appel de la décision du Tribunal quant au fond et Southam a fait de même à l'égard de celle concernant la mesure de redressement. La Cour d'appel fédérale a accueilli le premier appel et rejeté le second.

Le présent pourvoi soulève deux questions. La première est de savoir si la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en concluant qu'elle n'avait pas à faire montre de retenue à l'égard de la conclusion du Tribunal sur les dimensions du marché pertinent, et en substituant ensuite sa propre conclusion à celle du Tribunal. La deuxième question consiste à déterminer si la Cour d'appel a fait erreur en refusant d'annuler l'ordonnance du Tribunal concernant la mesure de redressement.

Arrêt: Le pourvoi quant au fond est accueilli; le pourvoi quant à la mesure de redressement est rejeté.

L'appel quant au fond

La norme de contrôle est fonction de divers facteurs, et elle peut se situer à un point donné entre celle de la décision correcte, soit la norme exigeant le moins de retenue, et celle du caractère manifestement déraisonnable, soit la norme en exigeant le plus. En l'absence de

by the Tribunal even within its own jurisdiction. Accordingly, the task for the reviewing court in a statutory appeal is more akin to appellate review than to judicial review. Nevertheless, the reviewing court must look to several factors to determine what limits it should observe in exercising its statutorily mandated appellate function. Among the factors to be considered are the nature of the problem before the tribunal, the applicable law properly interpreted in the light of its purpose and the area of the tribunal's expertise.

The problem before the Tribunal in this case was a problem of mixed law and fact. Questions of law are questions about what the correct legal test is; questions of fact are questions about what actually took place between the parties; and questions of mixed law and fact are questions about whether the facts satisfy the legal tests. The distinction between questions of law and questions of mixed law and fact will sometimes be difficult to make. In theoretical terms, the rule is that as the level of generality of the challenged proposition approaches complete particularity, the matter approaches unqualified application of law and draws away from the forging of new law, and hence draws nigh to being an unqualified question of mixed law and fact.

The Tribunal did not fail to consider relevant items of evidence and so did not err in law by failing to consider them. To suggest that it erred in law by failing to accord adequate weight to certain factors is inimical to the very notion of a balancing test, which is a kind of legal rule whose application should be subtle and flexible, but not mechanical. As a matter of law, the Tribunal should consider each factor, but the according of weight to the factors should be left, at least initially, to the Tribunal. The Tribunal forged no new legal principle and so any error it might have made can only have been one of mixed law and fact. This suggests that some measure of deference accordingly is owed to the Tribunal's decision. Appellate courts should be reluctant to venture into a re-examination of the conclusions of the Tribunal on questions of mixed law and fact.

The absence of a privative clause counsels a less deferential posture for appellate courts than would be appropriate if a privative clause were present. The Tribunal, however, has been recognized as being especially well-suited to overseeing a complex statutory scheme whose objectives are peculiarly economic. Because an

clause privative, les décisions du Tribunal peuvent être contrôlées même s'il n'a pas outrepassé sa compétence. Par conséquent, la tâche du tribunal judiciaire appelé à instruire un appel prévu par un texte de loi s'apparente plus à un appel qu'à un contrôle judiciaire. Il doit toutefois prendre en considération plusieurs facteurs pour déterminer quelles sont les limites qu'il doit observer dans l'exercice de la juridiction d'appel prévue par la loi. Parmi ces facteurs, on retrouve la nature du problème, les règles de droit applicables et interprétées adéquatement eu égard à leur objet, et l'expertise du tribunal administratif.

Le Tribunal était saisi d'une question de droit et de fait. Les questions de droit concernent la détermination du critère juridique applicable; les questions de fait portent sur ce qui s'est réellement passé entre les parties; et, enfin, les questions de droit et de fait consistent à déterminer si les faits satisfont au critère juridique. La distinction entre les questions de droit et les questions de droit et de fait est parfois difficile à faire. Théoriquement, la règle veut que lorsque le niveau de généralité de la proposition contestée se rapproche de la particularité absolue, l'affaire prenne le caractère d'une question d'application pure ne comportant pas la formulation de nouvelles règles de droit, et s'approche donc d'une question de droit et de fait parfaite.

Le Tribunal n'a pas omis de tenir compte d'éléments de preuve pertinents, il n'a donc pas commis d'erreur de droit à ce titre. Prétendre que le Tribunal aurait commis une erreur de droit en n'accordant pas un poids suffisant à certains facteurs est incompatible avec la notion même de critère de pondération, critère qui est une sorte de règle de droit qui doit être appliquée non pas mécaniquement, mais de manière souple et subtile. En droit, le Tribunal doit tenir compte de chacun des facteurs; l'appréciation du poids des divers facteurs doit cependant être laissée au Tribunal, du moins au départ. Le Tribunal n'a forgé aucun nouveau principe de droit, de sorte que s'il a commis une erreur, ce ne peut être qu'une erreur de droit et de fait. Cela tend à indiquer qu'il y a lieu de faire preuve d'un certain degré de retenue à l'égard de la décision du Tribunal. Les cours d'appel devraient hésiter à réexaminer les conclusions du Tribunal sur les questions de droit et de fait.

L'absence de clause privative engage à une moins grande retenue de la part des cours d'appel que ce ne serait le cas s'il y en avait une. Le Tribunal a toutefois été reconnu comme particulièrement bien placé pour surveiller un régime législatif complexe, dont les objectifs sont singulièrement économiques. Comme les cours

appellate court is likely to encounter difficulties in understanding the economic and commercial ramifications of the Tribunal's decisions and consequently to be less able to secure the fulfilment of the purpose of the *Competition Act*, the purpose of the Act is better served by appellate deference to the Tribunal's decisions.

Expertise, which in this case overlaps with the purpose of the statute that the Tribunal administers, is the most important of the factors that a court must consider in settling on a standard of review. The Tribunal's expertise lies in economics and in commerce, and these are matters concerning which the members of the Tribunal are likely to be far more knowledgeable than the typical judge will be. The particular dispute in this case is one that falls squarely within the area of the Tribunal's expertise.

A standard more deferential than correctness but less deferential than "not patently unreasonable" is required. Because several considerations, including particularly the expertise of the Tribunal, counsel deference while others suggest a more exacting form of review, the proper standard of review falls somewhere between the ends of the spectrum.

The need for a third standard of review is especially clear in cases, like this one, in which appeal from a tribunal's decision lies by statutory right. The presence of the statutory right of appeal obviates the need to find a jurisdictional error. Because the standard of patent unreasonableness is principally a test for determining whether a tribunal has exceeded its jurisdiction, it will rarely be the appropriate standard of review in statutory appeals. However, because tribunals typically enjoy some expertise and deal with problems of a difficult and intricate nature, a standard more deferential than correctness is needed. This third standard should be whether the decision of the Tribunal is unreasonable. This test is to be distinguished from the most deferential standard of review, which requires courts to consider whether a tribunal's decision is patently unreasonable. An unreasonable decision is one that, in the main, is not supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination. The difference between "unreasonable" and "patently unreasonable" lies in the immediacy or obviousness of the defect. If the defect is apparent on the face of the tribunal's reasons, then the tribunal's decision is patently unreasonable. But if it takes some significant searching or testing to find the

d'appel sont susceptibles d'éprouver de la difficulté à bien saisir les ramifications économiques et commerciales des décisions du Tribunal et que, par conséquent, elles sont moins aptes que celui-ci à voir à la réalisation de l'objet de la *Loi sur la concurrence*, cet objet est mieux servi si les cours d'appel font montre de retenue à l'égard des décisions du Tribunal.

L'expertise, qui en l'espèce se confond avec l'objet de la loi appliquée par le Tribunal, est le facteur le plus important qu'une cour doit examiner pour arrêter la norme de contrôle applicable. Le champ d'expertise du Tribunal consiste dans les questions économiques et commerciales, des questions au sujet desquelles les membres du Tribunal sont susceptibles d'en savoir beaucoup plus que la plupart des juges. Le point particulier en litige relève nettement de l'expertise du Tribunal.

La norme qui s'impose en est une qui exige une retenue plus grande que la norme de la décision correcte, mais moins élevée que celle de la décision «non manifestement déraisonnable». Parce que plusieurs considérations, dont particulièrement l'expertise du Tribunal, appellent à la retenue, tandis que d'autres suggèrent une forme de contrôle plus exigeante, la norme de contrôle appropriée se situe à quelque part entre les deux extrêmes du spectre.

La nécessité d'avoir recours à une troisième norme est particulièrement évidente dans les cas où, comme en l'espèce, le droit d'interjeter appel de la décision du tribunal administratif est prévu par un texte de loi. L'existence d'un tel droit fait qu'il n'est pas nécessaire de chercher des erreurs de nature juridictionnelle. Comme la norme du caractère manifestement déraisonnable sert principalement à déterminer si un tribunal a outrepassé sa compétence, elle sera rarement la norme à appliquer dans ce type d'appels. Parce que les tribunaux administratifs possèdent généralement une certaine expertise et sont saisis de problèmes difficiles et complexes, il est nécessaire d'appliquer une norme appelant à plus de retenue que la norme de la décision correcte. Cette troisième norme devrait être fondée sur la question de savoir si la décision du Tribunal est déraisonnable. Ce critère doit être distingué de la norme de contrôle qui appelle le plus haut degré de retenue, et en vertu de laquelle les tribunaux doivent dire si la décision du tribunal administratif est manifestement déraisonnable. Est déraisonnable la décision qui, dans l'ensemble, n'est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé. La différence entre «déraisonnable» et «manifestement déraisonnable» réside dans le caractère

defect, then the decision is unreasonable but not patently unreasonable.

The “clearly wrong” test is close to the standard of reasonableness *simpliciter*. Many things are wrong that are not unreasonable, but when “clearly” is added to “wrong”, the meaning is brought much nearer to that of “unreasonable”. Consequently, the clearly wrong test represents a striking out from the correctness test in the direction of deference. But the clearly wrong test does not go so far as the standard of patent unreasonableness. The clearly wrong test, because of its familiarity to Canadian judges, may serve as a guide in applying the standard of reasonableness *simpliciter*.

In the final result, the standard of reasonableness simply instructs reviewing courts to accord considerable weight to the views of tribunals about matters with respect to which they have significant expertise. While it is convenient to put the matter in terms of a standard of review, at bottom the issue is the weight that should be accorded to expert opinions.

The Tribunal did not act unreasonably when it decided that Southam’s daily newspapers and community newspapers are in different product markets.

That the Tribunal discounted evidence of functional interchangeability between the dailies and the community newspapers was reasonable on the facts and was not without foundation or logical coherence. It is reasonable, if only reasonable, to suppose that advertisers are sufficiently discerning about the media they employ that they are unlikely to respond to changes in the relative prices of the two kinds of newspapers by taking their business from the one to the other.

The Tribunal also discounted evidence that Southam regarded the community newspapers as competitors for its dailies. This discounting is perhaps unusual given that Southam’s expert identified this competition with community newspapers as the source of the dailies’ difficulties. The Tribunal’s findings, however, were not

flagrant ou évident du défaut. Si le défaut est manifeste au vu des motifs du tribunal, la décision de celui-ci est alors manifestement déraisonnable. Cependant, s’il faut procéder à un examen ou à une analyse en profondeur pour déceler le défaut, la décision est alors déraisonnable mais non manifestement déraisonnable.

Il existe un rapport étroit entre la norme de la décision raisonnable *simpliciter* et le critère de la décision manifestement erronée. Il est vrai que bien des choses erronées ne sont pas pour autant déraisonnables; mais quand le mot «manifestement» est accolé au mot «erroné», ce dernier mot prend un sens beaucoup plus proche de celui du mot «déraisonnable». Par conséquent, le critère de la décision manifestement erronée marque un déplacement, du critère de la décision correcte vers un critère exigeant l’application de retenue. Cependant, le critère de la décision manifestement erronée ne va pas aussi loin que la norme du caractère manifestement déraisonnable. Parce que le critère de la décision manifestement erronée est bien connu des juges au Canada, il peut leur servir de guide dans l’application de la norme de la décision raisonnable *simpliciter*.

En définitive, la norme de la décision raisonnable ne fait que dire aux cours chargées de contrôler les décisions des tribunaux administratifs d’accorder un poids considérable aux vues de ces tribunaux sur les questions à l’égard desquelles ceux-ci possèdent une grande expertise. Même s’il est commode de parler de norme de contrôle, au fond, la question qui se pose est celle du poids qui doit être accordé aux opinions des experts.

Le Tribunal n’a pas agi déraisonnablement lorsqu’il a décidé que les quotidiens de Southam et les journaux communautaires occupent des marchés différents pour ce qui est du produit.

Compte tenu des faits, il était raisonnable pour le Tribunal d’écarter la preuve de l’interchangeabilité fonctionnelle entre les quotidiens et les journaux communautaires, et cette décision n’est pas sans fondement ou cohérence logique. Il est à tout le moins raisonnable de supposer que les annonceurs choisissent avec suffisamment de perspicacité les médias qu’ils utilisent, et qu’il est donc peu probable qu’ils réagissent aux variations des prix relatifs des deux types de journaux en faisant passer leur clientèle de l’un à l’autre.

Le Tribunal n’a pas tenu compte non plus de la preuve que Southam considérait les journaux communautaires comme ses principaux concurrents. Il est peut-être étrange que le Tribunal n’ait pas tenu compte du témoignage de l’experte de Southam indiquant que les journaux communautaires étaient la source des diffi-

unreasonable and they did not need to be correct. Judicial restraint is needed if a cohesive, rational and sensible system of judicial review is to be fashioned.

Remedy

Because the *Competition Act* addresses the problem of substantial lessening of competition, the appropriate remedy is to restore competition to the point at which it can no longer be said to be substantially less than it was before the merger. The test that the Tribunal has applied in consent cases should be applied in all cases.

The Tribunal's choice of remedy is a matter of mixed law and fact and the standard of review is one of reasonableness.

Southam's proposed remedy of selling the real estate section of the *North Shore News* fails because it would not likely be effective in eliminating the substantial lessening of competition. This decision was not unreasonable and should be allowed to stand. The remedy chosen by the Tribunal is not punitive, because the Tribunal found that it was the only effective remedy. If the choice is between a remedy that goes farther than is strictly necessary to restore competition to an acceptable level and a remedy that does not go far enough even to reach the acceptable level, then surely the former option must be preferred. The Tribunal did not wrongly require the appellants to demonstrate the effectiveness of their proposed remedy; the person who asserts should prove.

Cases Cited

Considered: *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; **referred to:** *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New*

cultés de Southam. Toutefois, les conclusions du Tribunal ne sont pas déraisonnables, et elles n'ont pas à être correctes. La retenue judiciaire s'impose si l'on veut façonner un système de contrôle judiciaire cohérent, rationnel et judicieux.

L'appel quant à la mesure de redressement

Parce que la *Loi sur la concurrence* s'attaque au problème de la diminution sensible de la concurrence, la mesure de redressement appropriée consiste à rétablir la concurrence de façon qu'il ne soit plus possible de dire qu'elle est sensiblement inférieure à ce qu'elle était avant le fusionnement. Le critère appliqué par le Tribunal dans les affaires où les parties consentent à la mesure de redressement devrait être appliqué dans tous les cas.

La détermination de la mesure de redressement par le Tribunal est une question de droit et de fait, et la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable.

La mesure de redressement proposée par Southam, qui consistait à vendre le supplément immobilier inséré dans le *North Shore News*, ne pouvait être retenue parce qu'elle ne serait vraisemblablement pas un moyen efficace d'éliminer la diminution sensible de la concurrence. La décision de ne pas la retenir n'était pas déraisonnable et devrait être confirmée. La mesure de redressement choisie par le Tribunal n'est pas punitive, car celui-ci a conclu qu'elle était la seule mesure efficace. S'il faut choisir entre une mesure qui va au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour rétablir la concurrence à un niveau acceptable, et une mesure qui ne permet même pas d'atteindre le niveau acceptable, alors c'est certes la première qui doit être préférée. Le Tribunal n'a pas eu tort d'exiger que les appelantes démontrent l'efficacité de la mesure de redressement qu'elles proposent; celui qui fait une allégation a l'obligation de la prouver.

Jurisprudence

Arrêt examiné: *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; **arrêts mentionnés:** *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; *Syndicat canadien*

Brunswick Liquor Corp., [1979] 2 S.C.R. 227; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *Stein v. "Kathy K" (The Ship)*, [1976] 2 S.C.R. 802; *The Queen v. J. W. Mills & Son Ltd.*, [1968] 2 Ex. C.R. 275; *Canada (Director of Investigation & Research) v. Air Canada* (1989), 27 C.P.R. (3d) 476.

Statutes and Regulations Cited

Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 1.1 [ad. R.S.C., 1985, c. 19 (2nd Supp.), s. 19], 92(1) [rep. & sub. R.S.C., 1985, c. 19 (2nd Supp.), s. 45].
Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985, c. 19 (2nd Supp.), ss. 3(2), (3), 4(1), 8(1), 10(1), (2), 12(1), (2), 13(1), (2).

Authors Cited

Kerans, R. P. *Standards of Review Employed by Appellate Courts*. Edmonton: Juriliber, 1994.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal allowing an appeal on the merits [1995] 3 F.C. 557, (1995), 127 D.L.R. (4th) 263, 185 N.R. 321, 63 C.P.R. (3d) 1, 21 B.L.R. (2d) 1, from a judgment of the Competition Tribunal (1992), 43 C.P.R. (3d) 161, with additional reasons (1993), 48 C.P.R. (3d) 224, and from a judgment of the Federal Court of Appeal (1995), 127 D.L.R. (4th) 329, 185 N.R. 291, 63 C.P.R. (3d) 67, 21 B.L.R. (2d) 68, dismissing an appeal as to remedy from a judgment of the Competition Tribunal (1992), 47 C.P.R. (3d) 240. Appeal on the merits allowed; appeal on the remedy dismissed.

Neil Finkelstein, Glenn Leslie and Mark Katz, for the appellants.

Stanley Wong, André Brantz and J. Kevin Wright, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick, [1979] 2 R.C.S. 227; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Stein c. «Kathy K» Le navire*, [1976] 1 R.C.S. 802; *The Queen c. J. W. Mills & Son Ltd.*, [1968] 2 R.C. de l'É. 275; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Air Canada* (1989), 27 C.P.R. (3d) 476.

Lois et règlements cités

Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 1.1 [aj. L.R.C. (1985), ch. 19 (2^e suppl.), art. 19], 92(1) [abr. & rempl. L.R.C. (1985), ch. 19 (2^e suppl.), art. 45].
Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. (1985), ch. 19 (2^e suppl.), art. 3(2), (3), 4(1), 8(1), 10(1), (2), 12(1), (2), 13(1), (2).

Doctrine citée

Kerans, R. P. *Standards of Review Employed by Appellate Courts*. Edmonton: Juriliber, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale qui a accueilli l'appel quant au fond, [1995] 3 C.F. 557, (1995), 127 D.L.R. (4th) 263, 185 N.R. 321, 63 C.P.R. (3d) 1, 21 B.L.R. (2d) 1, d'une décision du Tribunal de la concurrence (1992), 43 C.P.R. (3d) 161, motifs additionnels (1993), 48 C.P.R. (3d) 224, et contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1995), 127 D.L.R. (4th) 329, 185 N.R. 291, 63 C.P.R. (3d) 67, 21 B.L.R. (2d) 68, qui a rejeté l'appel quant au redressement d'une décision du Tribunal de la concurrence (1992), 47 C.P.R. (3d) 240. Pourvoi quant au fond accueilli; pourvoi quant à la mesure de redressement rejeté.

Neil Finkelstein, Glenn Leslie et Mark Katz, pour les appelantes.

Stanley Wong, André Brantz et J. Kevin Wright, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

IACOBUCCI J. — The principal question raised by this appeal is whether a decision of the Competition Tribunal (the “Tribunal”) is entitled to curial deference. Following the approach outlined by this Court in its recent jurisprudence, I conclude that the particular decision of the Tribunal here at issue is entitled to deference.

1. Facts

Two daily newspapers serve the region in and around Vancouver. They are the *Vancouver Sun* and the *Vancouver Province*. The appellant Southam Inc., through its subsidiary Pacific Press Limited, owns both.

In addition to the two dailies, many smaller community newspapers circulate in the Lower Mainland of British Columbia. These community newspapers differ from the daily newspapers in a few respects: they serve smaller regions, they are distributed free of charge to all households in the regions they serve, and they are published only once, twice, or at most three times weekly. Community newspapers have been more successful in the Lower Mainland than in any other comparable region of Canada. Daily newspapers, by contrast, have been less successful in Vancouver than in other major Canadian cities.

In 1986, Southam consulted Dr. Christine Urban, an American expert, about the problems its Vancouver dailies were facing. Dr. Urban identified Vancouver’s strong community newspapers as the cause of the dailies’ malaise. She advised Southam to act to stem the growing power of the community newspapers.

In September, 1986, Southam introduced a flyer delivery service to the Lower Mainland. Known as Flyer Force, the new service offered delivery of flyers to even the households that did not receive a Southam newspaper. In 1988, several community newspapers, whose business included the delivery of flyers, joined to form a group whose geographic reach would rival Flyer Force’s. This group was initially called the MetroVan Group. Later in 1988,

LE JUGE IACOBUCCI — La principale question soulevée par le présent pourvoi est de savoir si le principe de la retenue judiciaire doit être appliqué aux décisions du Tribunal de la concurrence (le «Tribunal»). Suivant la méthode exposée par notre Cour dans sa jurisprudence récente, je conclus qu’il convient de faire montre de retenue à l’égard de la décision en cause.

1. Les faits

Deux quotidiens desservent la région de Vancouver, le *Vancouver Sun* et le *Vancouver Province*. L’appelante Southam Inc. est propriétaire des deux, par l’entremise de sa filiale Pacific Press Limited.

Outre ces deux quotidiens, de nombreux journaux communautaires de plus petite taille circulent dans le Lower Mainland en Colombie-Britannique. Ces journaux communautaires diffèrent des quotidiens à certains égards: ils desservent des régions plus restreintes, ils sont distribués gratuitement à tous les foyers des régions qu’ils desservent et ils ne paraissent qu’au plus trois fois par semaine. Les journaux communautaires connaissent plus de succès dans le Lower Mainland que dans toute autre région comparable du pays. Par contraste, les quotidiens sont moins populaires à Vancouver que dans les autres grandes villes canadiennes.

En 1986, Southam a consulté une experte américaine, Christine Urban, au sujet des problèmes de ses quotidiens de Vancouver. L’experte a affirmé que la vigueur des journaux communautaires de Vancouver était la cause des difficultés des quotidiens. Elle a conseillé à Southam d’agir pour endiguer l’expansion des journaux communautaires.

En septembre 1986, Southam a introduit un service de distribution de prospectus publicitaires dans le Lower Mainland. Dans le cadre de ce nouveau service, appelé Flyer Force, les prospectus étaient même livrés aux foyers qui n’étaient pas abonnés aux quotidiens de Southam. En 1988, plusieurs journaux communautaires dont les activités comportaient entre autres la distribution de prospectus publicitaires se sont réunis pour former un

1

2

3

4

5

the MetroVan Group expanded and changed its name to MetroGroup.

groupe, MetroVan, dont le rayonnement géographique rivaliserait avec celui de Flyer Force. Plus tard en 1988, le groupe s'est élargi et a pris le nom de MetroGroup.

6 In September, 1988, Southam began to publish the *North Shore Extra*. This was a bi-weekly publication whose editorial focus was on the North Shore district of the Lower Mainland. The *Extra* was inserted as a supplement into copies of the *Vancouver Sun* bound for households in the North Shore. Additionally, the *Extra* was delivered to North Shore households that did not receive the *Sun*.

En septembre 1988, Southam a commencé à publier un bihebdomadaire, le *North Shore Extra*, dont le contenu rédactionnel s'adressait au district North Shore du Lower Mainland. L'*Extra* était un supplément inséré dans les exemplaires du *Vancouver Sun* destinés aux foyers du North Shore. De plus, l'*Extra* était également distribué aux foyers du North Shore qui n'étaient pas abonnés au *Sun*.

7 In January, 1989, Southam began to acquire community and specialized newspapers in the Lower Mainland. By May, 1990, the company had acquired a controlling interest in 13 community newspapers, a real estate advertising publication, three distribution services, and two printing concerns. Among its acquisitions were the Lower Mainland's two strongest community newspapers, the *North Shore News* and the *Vancouver Courier*, as well as the *Real Estate Weekly*.

En janvier 1989, Southam a commencé à acquérir des journaux communautaires et des journaux spécialisés du Lower Mainland. En mai 1990, cette société avait acquis une participation majoritaire dans 13 journaux communautaires, une publication spécialisée dans la publicité immobilière, trois entreprises de distribution et deux imprimeries. Parmi ces acquisitions, on trouvait les deux journaux communautaires les plus vigoureux, le *North Shore News* et le *Vancouver Courier*, ainsi que le *Real Estate Weekly*.

8 In April, 1990, Southam discontinued the *North Shore Extra*.

En avril 1990, Southam a cessé de publier le *North Shore Extra*.

9 On November 20, 1990, the respondent, the Director of Investigation and Research, applied for an order requiring Southam to divest itself of the *North Shore News*, the *Vancouver Courier*, and the *Real Estate Weekly*. The Director's reason for taking this step was that Southam's acquisition of these publications was likely to lessen competition substantially in the retail print advertising and real estate print advertising markets in the Lower Mainland.

Le 20 novembre 1990, le directeur des enquêtes et recherches intimé a demandé une ordonnance enjoignant à Southam de se départir du *North Shore News*, du *Vancouver Courier* et du *Real Estate Weekly*. Le motif invoqué par le directeur pour faire cette démarche était que l'acquisition de ces publications par Southam aurait vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence sur les marchés de la publicité imprimée dans les secteurs de l'immobilier et de la vente au détail dans le Lower Mainland.

10 In early 1991, Southam shut down Flyer Force.

Au début de 1991, Southam a fermé Flyer Force.

2. Relevant Statutory Provisions

2. Les dispositions législatives pertinentes

11 Section 92 of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 addresses the problem of mergers

L'article 92 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34, vise le problème des fusionne-

that are likely to lessen competition substantially:

92. (1) Where, on application by the Director, the Tribunal finds that a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially

- (a) in a trade, industry or profession,
- (b) among the sources from which a trade, industry or profession obtains a product,
- (c) among the outlets through which a trade, industry or profession disposes of a product, or
- (d) otherwise than as described in paragraphs (a) to (c),

the Tribunal may, subject to sections 94 to 96,

- (e) in the case of a completed merger, order any party to the merger or any other person
 - (i) to dissolve the merger in such manner as the Tribunal directs,
 - (ii) to dispose of assets or shares designated by the Tribunal in such manner as the Tribunal directs, or
 - (iii) in addition to or in lieu of the action referred to in subparagraph (i) or (ii), with the consent of the person against whom the order is directed and the Director, to take any other action, . . .

Various sections of the *Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985, c. 19 (2nd Supp.), create and provide for the constitution of the Tribunal:

3. . . .

(2) The Tribunal shall consist of

- (a) not more than four members to be appointed from among the judges of the Federal Court — Trial Division by the Governor in Council on the recommendation of the Minister of Justice; and
- (b) not more than eight other members to be appointed by the Governor in Council on the recommendation of the Minister.

(3) The Governor in Council may establish an advisory council to advise the Minister with respect to appointments of lay members, which council is to be

ments qui auront vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence:

92. (1) Dans les cas où, à la suite d'une demande du directeur, le Tribunal conclut qu'un fusionnement réalisé ou proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet:

- a) dans un commerce, une industrie ou une profession;
- b) entre les sources d'approvisionnement auprès desquelles un commerce, une industrie ou une profession se procure un produit;
- c) entre les débouchés par l'intermédiaire desquels un commerce, une industrie ou une profession écoule un produit;
- d) autrement que selon ce qui est prévu aux alinéas a) à c),

le Tribunal peut, sous réserve des articles 94 à 96:

- e) dans le cas d'un fusionnement réalisé, rendre une ordonnance enjoignant à toute personne, que celle-ci soit partie au fusionnement ou non:
 - (i) de le dissoudre, conformément à ses directives,
 - (ii) de se départir, selon les modalités qu'il indique, des éléments d'actif et des actions qu'il indique,
 - (iii) en sus ou au lieu des mesures prévues au sous-alinéa (i) ou (ii), de prendre toute autre mesure, à condition que la personne contre qui l'ordonnance est rendue et le directeur souscrivent à cette mesure; . . .

Divers articles de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. 19 (2^e suppl.), pourvoient à la création du Tribunal et à sa composition:

3. . . .

(2) Le Tribunal se compose:

- a) d'au plus quatre membres nommés par le gouverneur en conseil sur recommandation du ministre de la Justice et choisis parmi les juges de la Section de première instance de la Cour fédérale;
- b) d'au plus huit autres membres nommés par le gouverneur en conseil sur recommandation du ministre..

(3) Le gouverneur en conseil peut constituer un conseil consultatif chargé de conseiller le ministre en ce qui concerne la nomination des autres membres et composé

composed of not more than ten members who are knowledgeable in economics, industry, commerce or public affairs and may include, without restricting the generality of the foregoing, individuals chosen from business communities, the legal community, consumer groups and labour.

4. (1) The Governor in Council shall designate one of the judicial members to be Chairman of the Tribunal.

10. (1) Subject to section 11, every application to the Tribunal shall be heard before not less than three or more than five members sitting together, at least one of whom is a judicial member and at least one of whom is a lay member.

(2) The Chairman shall designate a judicial member to preside at any hearing or, if the Chairman is present at a hearing, may preside himself.

13

Sections 12 and 13 divide questions before the Tribunal into questions of law, questions of fact, and questions of mixed law and fact, and assign responsibility for resolving those questions, both in the first instance and on appeal:

12. (1) In any proceedings before the Tribunal,

(a) questions of law shall be determined only by the judicial members sitting in those proceedings; and

(b) questions of fact or mixed law and fact shall be determined by all the members sitting in those proceedings.

(2) In any proceedings before the Tribunal,

(a) in the event of a difference of opinion among the members determining any question, the opinion of the majority shall prevail; and

(b) in the event of an equally divided opinion among the members determining any question, the presiding member may determine the question.

13. (1) Subject to subsection (2), an appeal lies to the Federal Court of Appeal from any decision or order, whether final, interlocutory or interim, of the Tribunal as if it were a judgment of the Federal Court – Trial Division.

d'au plus dix personnes versées dans les affaires publiques, économiques, commerciales ou industrielles. Sans que soit limitée la portée générale de ce qui précède, ces personnes peuvent être des individus appartenant à la collectivité juridique, à des groupes de consommateurs, au monde des affaires et au monde du travail.

4. (1) Le gouverneur en conseil nomme, parmi les juges, le président du Tribunal.

10. (1) Sous réserve de l'article 11, toute demande présentée au Tribunal est entendue par au moins trois mais au plus cinq membres siégeant ensemble et, parmi lesquels il doit y avoir au moins un juge et un autre membre.

(2) Le président désigne, pour chaque séance du Tribunal, un juge à titre de président, mais s'il est présent, il peut lui-même la présider.

Les articles 12 et 13 de cette loi divisent les questions soumises au Tribunal en questions de droit, en questions de fait et en questions de droit et de fait, et ils attribuent la compétence pour les trancher, tant en première instance et en appel:

12. (1) Dans toute procédure devant le Tribunal:

a) seuls les juges qui siègent ont compétence pour trancher les questions de droit;

b) tous les membres qui siègent ont compétence pour trancher les questions de fait ou de droit et de fait.

(2) Dans toute procédure devant le Tribunal:

a) l'opinion de la majorité l'emporte s'il y a divergence d'opinion entre les membres sur une question donnée;

b) le président de séance peut trancher toute question si les opinions sur celle-ci sont également partagées entre les membres.

13. (1) Sous réserve du paragraphe (2), les décisions ou ordonnances du Tribunal, que celles-ci soient définitives, interlocutoires ou provisoires, sont susceptibles d'appel devant la Cour d'appel fédérale tout comme s'il s'agissait de jugements de la Section de première instance de cette Cour.

(2) An appeal on a question of fact lies under subsection (1) only with the leave of the Federal Court of Appeal.

3. Judgments in Appeal

A. *Competition Tribunal*

- (i) On the merits (1992), 43 C.P.R. (3d) 161, with additional reasons (1993), 48 C.P.R. (3d) 224

Following 40 days of hearings, the Tribunal found that the acquisition by Southam of the community newspapers and affiliated businesses did not substantially lessen competition in the market for retail print advertising in the Lower Mainland. The Tribunal did find, however, that Southam's purchases had substantially lessened competition in the market for real estate print advertising in the North Shore region. After hearing argument on the issue of remedies, the Tribunal ordered Southam to divest itself, at its option, of either the *North Shore News* or the *Real Estate Weekly*. The Tribunal rejected Southam's proposed remedy, which was to sell the real estate section of the *North Shore News*.

During the hearing, the Tribunal heard from 50 witnesses and received literally volumes of documents in evidence. That the Tribunal paid heed to this prodigious body of evidence is clear from its written reasons, which occupy some 147 pages in a law report. Fortunately, it is not necessary for purposes of this appeal to reproduce the Tribunal's reasons in any detail.

The principal underlying question for the Tribunal was whether Southam's daily newspapers and its newly acquired community newspapers are in the same market. Its approach to this problem was to ask whether the two kinds of products are close substitutes for one another. The traditional economic measure of substitutability is cross-elasticity of demand, which is the extent to which consumers will switch from one product to another in

(2) Un appel sur une question de fait n'a lieu qu'avec l'autorisation de la Cour d'appel fédérale.

3. Les décisions portées en appel

A. *Le Tribunal de la concurrence*

- (i) Décision quant au fond (1992), 43 C.P.R. (3d) 161, motifs additionnels (1993), 48 C.P.R. (3d) 224

Au terme de 40 jours d'audience, le Tribunal a statué que l'acquisition par Southam des journaux communautaires et des entreprises affiliées n'avait pas diminué sensiblement la concurrence sur le marché de la publicité imprimée dans le secteur de la vente au détail, ou publicité-détaillants imprimée, dans le Lower Mainland. Il a cependant conclu que les acquisitions de Southam avaient diminué sensiblement la concurrence sur le marché de la publicité imprimée dans le secteur immobilier, ou publicité immobilière imprimée, dans la région du North Shore. Après avoir entendu les arguments au sujet des mesures de redressement, le Tribunal a ordonné à Southam de se départir, à son choix, du *North Shore News* ou du *Real Estate Weekly*. Le Tribunal a rejeté la mesure de redressement proposée par Southam, savoir la vente de la section immobilière du *North Shore News*.

Au cours de l'audience, le Tribunal a entendu 50 témoins et reçu littéralement une montagne de documents en preuve. Il ressort clairement des motifs écrits du Tribunal, qui remplissent quelque 147 pages d'un recueil de jurisprudence, qu'il a tenu compte de cette prodigieuse masse d'éléments de preuve. Heureusement, il n'est pas nécessaire de reproduire en détail les motifs du Tribunal pour trancher le présent pourvoi.

Le Tribunal a estimé que la principale question sous-jacente était de savoir si les quotidiens de Southam et les journaux communautaires récemment acquis par cette entreprise occupaient le même marché. Pour y répondre, il s'est demandé si les deux produits étaient des substituts proches. L'indicateur économique classique du caractère substitutif est l'élasticité croisée de la demande, c'est-à-dire la mesure dans laquelle des acheteurs

14

15

16

response to slight changes in their relative prices. However, the Tribunal recognized that direct statistical evidence of cross-elasticity of demand will rarely be available. Accordingly, the members determined that recourse should be had to “indirect evidence” of substitutability. Indirect *indicia* of substitutability include (at p. 179) “the physical characteristics of the products, the uses to which the products are put, and whatever evidence there is about the behaviour of buyers that casts light on their willingness to switch from one product to another in response to changes in relative prices”. Also relevant are “[t]he views of industry participants about what products and which firms they regard as actual and prospective competitors”.

17 Almost 100 pages of the Tribunal’s decision are taken up with a painstaking review and evaluation of the evidence. On the strength of this, the Tribunal concluded that daily newspapers and community newspapers, though remarkably similar at first glance, serve different retail print advertising markets. Daily newspapers, which circulate widely but reach only a relatively small percentage of households, appeal to the advertising needs of large national firms that serve customers throughout a metropolitan region. Community newspapers, by contrast, circulate only within small communities but typically reach all of the households within those communities. These newspapers appeal to local advertisers whose customers live only within a certain district. In support of this conclusion, the Tribunal presented an informal survey of the behaviour of selected advertisers in the Lower Mainland.

18 The Tribunal also cited considerable evidence to suggest that Southam regarded the community newspapers as its chief competitors. In one document, Dr. Christine Urban, an American newspaper consultant retained by Southam, identified strong community newspapers as the root of Southam’s problems in the Lower Mainland. In another document quoted in the Tribunal’s deci-

passent d’un produit à un autre par suite de légères modifications de leurs prix relatifs. Toutefois, le Tribunal a reconnu que l’on dispose rarement de preuves statistiques directes de l’élasticité croisée de la demande. En conséquence, les membres du Tribunal ont décidé qu’il fallait recourir à la «preuve indirecte» du caractère substitutif, et mentionné (à la p. 179), comme indices indirects du caractère substitutif, [TRADUCTION] «les caractéristiques physiques des produits, les usages auxquels ils se prêtent et le comportement des acheteurs qui témoigne de leur désir de passer d’un produit à un autre en réponse à des changements dans les prix relatifs». «L’opinion des participants de l’industrie sur les produits et les firmes qu’ils considèrent comme étant leurs concurrents réels et potentiels» est aussi un facteur pertinent.

Presque 100 pages de la décision du Tribunal sont consacrées à une analyse et à une évaluation minutieuses de la preuve. Celui-ci en est arrivé à la conclusion que les quotidiens et les journaux communautaires, quoiqu’ils présentent à première vue des ressemblances remarquables, desservent des marchés différents en matière de publicité-détaillants imprimée. Les quotidiens, qui ont une large circulation, mais ne rejoignent qu’un pourcentage relativement faible de foyers, répondent aux besoins en publicité des grandes entreprises d’envergure nationale qui desservent des clients dans l’ensemble d’une agglomération urbaine. À l’opposé, les journaux communautaires ne circulent que dans de petites localités, mais ils rejoignent généralement tous les foyers de ces localités. Ces journaux sont intéressants pour les annonceurs locaux dont les clients habitent un secteur particulier. Pour étayer cette conclusion, le Tribunal a présenté un sondage informel sur le comportement d’annonceurs choisis du Lower Mainland.

Le Tribunal a également fait état d’une preuve considérable pour affirmer que Southam considérerait les journaux communautaires comme ses principaux concurrents. Dans un document, Christine Urban, experte-conseil américaine du secteur des journaux et dont Southam a retenu les services, a indiqué que la présence de vigoureux journaux communautaires était à l’origine des problèmes de

sion at p. 195, an official of Southam warned against the danger of conceding forever to the community newspapers “a substantial portion of what is normally daily newspaper business”. However, the members did not regard this evidence of what they called “inter-industry competition” as decisive. In their view, it showed that Southam believed that it was competing with the community newspapers. But simply to state that something is believed does not guarantee that it is so, and in this case the Tribunal found that Southam’s belief was unfounded. “With their present product configurations”, concluded the Tribunal at p. 277, “the dailies and community newspapers are at best weak substitutes for some advertisers”.

Because the two kinds of newspapers were at best only weak substitutes, the Tribunal concluded that they were not in the same relevant product market and therefore that the acquisition by Southam of several community newspapers and affiliated businesses did not substantially lessen competition in the market for retail print advertising in the Lower Mainland.

However, the Tribunal did find that the acquisition by Southam of both the *North Shore News*, with its weekly real estate supplement, and the *Real Estate Weekly*, with its North Shore edition, gave Southam monopoly power over the market for real estate print advertising on the North Shore. The result was to lessen competition substantially in that market. The Tribunal ordered the parties to appear at a later date to consider the question of the remedy.

(ii) As to remedy (1992), 47 C.P.R. (3d) 240

Having heard argument on the question, the Tribunal found that the test of a proposed remedy in

Southam dans le Lower Mainland. Dans un autre document, cité dans la décision du Tribunal à la p. 195, un cadre de Southam a fait une mise en garde contre le danger de concéder aux journaux communautaires [TRADUCTION] «une portion substantielle de ce qui est normalement le volume d'affaires des quotidiens». Toutefois, les membres du Tribunal n'ont pas estimé que cette preuve de ce qu'ils ont appelé la «concurrence interindustrielle» était décisive. À leur avis, elle montrait que Southam croyait être en concurrence avec les journaux communautaires. Mais le simple fait d'affirmer qu'on croit à l'existence de quelque chose ne garantit pas que c'est la réalité, et, en l'occurrence, le Tribunal a conclu que la croyance de Southam n'était pas fondée. «Étant donné la structure actuelle de leurs produits», a statué le Tribunal, à la p. 277, «les quotidiens et les journaux communautaires représentent au mieux, pour certains annonceurs, de faibles substitués».

Parce que les deux types de journaux étaient au mieux de faibles substitués, le Tribunal a conclu qu'ils n'occupaient pas le même marché pertinent pour ce qui est du produit et que, en conséquence, l'acquisition par Southam de plusieurs journaux communautaires et entreprises affiliées n'avait pas diminué sensiblement la concurrence sur le marché de la publicité-détaillants imprimée dans le Lower Mainland.

Toutefois, le Tribunal a effectivement conclu que l'acquisition par Southam du *North Shore News*, avec son supplément immobilier hebdomadaire, et du *Real Estate Weekly*, avec son édition du North Shore, avait conféré à Southam un pouvoir monopolistique sur le marché de la publicité immobilière imprimée dans le North Shore, situation qui avait eu pour résultat de diminuer sensiblement la concurrence dans ce marché. Le Tribunal a ordonné aux parties de se présenter à une date ultérieure pour débattre la question de la mesure de redressement.

(ii) Décision quant à la mesure de redressement (1992), 47 C.P.R. (3d) 240

Après avoir entendu les arguments sur la question, le Tribunal a conclu que le critère d'évalua-

19

20

21

contested proceedings is whether it will restore the competitive situation as it existed before the merger and is not, as Southam submitted, whether it will eliminate any substantial lessening of competition that the merger may have produced. However, the Tribunal found that, even accepting Southam's proposed test, Southam's proposed remedy of selling the weekly real estate supplement to the *North Shore News* still would not be effective. The Tribunal thought it likely that the real estate supplement would founder on its own; certainly it would not be as substantial a presence in the North Shore as a stand-alone publication as it had been as part of the *North Shore News*. The Tribunal noted that Southam had offered to reach an accommodation with any prospective buyer concerning the continuation of the supplement's association with the *North Shore News*. The Tribunal members concluded, however, that they lacked the jurisdiction to order Southam to reach an accommodation. And in any event, the Tribunal doubted whether such a negotiated association would be conducive to the fostering of a competitive environment. Accordingly, the Tribunal ordered Southam to divest itself, at its option, of either the *North Shore News* or the *Real Estate Weekly*.

B. *Federal Court of Appeal*

(i) On the merits, [1995] 3 F.C. 557

22 The Director of Investigation and Research appealed the Tribunal's decision on the merits and Southam appealed the Tribunal's decision on the remedy. The Federal Court of Appeal allowed the first appeal and dismissed the second.

23 Robertson J.A., writing for the court, concluded that the Tribunal, though it had stated the correct formula, had nonetheless applied the wrong legal test. He accepted the Tribunal's account of the kinds of evidence that it had to consider, but stated that the Tribunal had failed to consider all of these. He found, in particular, that the Tribunal had not considered evidence that daily newspapers and community newspapers are functionally inter-

tion d'une mesure de redressement proposée dans une procédure contentieuse consiste à se demander si elle rétablira la situation concurrentielle qui existait avant le fusionnement et non, comme a prétendu Southam, si elle éliminera la diminution sensible de la concurrence qu'a pu entraîner le fusionnement. Toutefois, le Tribunal a statué que, même s'il acceptait le critère suggéré par Southam, la mesure de redressement proposée par cette dernière, c'est-à-dire la vente du supplément immobilier hebdomadaire du *North Shore News*, ne serait pas efficace pour autant. Il a estimé que, laissé à lui-même, le supplément immobilier ne serait vraisemblablement pas viable; sa présence ne serait certes pas aussi notable dans le North Shore à titre de publication indépendante qu'elle l'était comme partie du *North Shore News*. Le Tribunal a souligné que Southam avait offert de conclure, avec tout acheteur éventuel, un arrangement concernant le maintien de l'association entre le supplément et le *North Shore News*. Toutefois, les membres du Tribunal ont conclu qu'ils n'avaient pas le pouvoir d'ordonner à Southam de conclure un tel arrangement. Et, de toute façon, le Tribunal doutait que la conclusion d'une telle association négociée serait propre à favoriser la concurrence. En conséquence, il a ordonné à Southam de se départir, à son choix, du *North Shore News* ou du *Real Estate Weekly*.

B. *La Cour d'appel fédérale*

(i) Décision quant au fond, [1995] 3 C.F. 557

Le directeur des enquêtes et recherches a interjeté appel de la décision du Tribunal quant au fond et Southam a fait de même à l'égard de celle concernant la mesure de redressement. La Cour d'appel fédérale a accueilli le premier appel et rejeté le second.

Le juge Robertson, qui a rédigé les motifs de la Cour d'appel fédérale, a conclu que, bien qu'il ait énoncé la bonne formule, le Tribunal avait néanmoins appliqué le mauvais critère juridique. Il a accepté l'exposé fait par le Tribunal des divers types de preuve dont il devait tenir compte, mais il a déclaré que le Tribunal ne les avait pas toutes prises en considération. Il a statué, en particulier, que celui-ci n'avait pas pris en compte la preuve que

changeable and evidence that the owners of the daily newspapers considered themselves to be in competition against the community newspapers. Failure to consider relevant factors, he said, is an error of law. And to his mind, the Tribunal is entitled to no deference on a question of law.

By way of buttressing this conclusion, he emphasized that the *Competition Tribunal Act* mandates an unusual division of labour among the members of the Tribunal. Each panel of the Tribunal, he observed, must have at least one judicial member and the judicial members of any panel are entirely responsible for the settling of such legal questions as may arise in the course of a proceeding. Section 12 of the Act provides:

- 12. (1)** In any proceedings before the Tribunal,
- (a) questions of law shall be determined only by the judicial members sitting in those proceedings; and
- (b) questions of fact or mixed law and fact shall be determined by all the members sitting in those proceedings.

Consequently, an appeal from the Tribunal on a question of law is akin to an appeal from the Trial Division of the Federal Court. What is more, an appeal lies from any decision of the Tribunal on a question of law, and no privative clause protects the Tribunal's decisions. The *Competition Tribunal Act* provides:

- 13. (1)** Subject to subsection (2), an appeal lies to the Federal Court of Appeal from any decision or order, whether final, interlocutory or interim, of the Tribunal as if it were a judgment of the Federal Court – Trial Division.

Robertson J.A. further stressed that the judicial members of the Tribunal are not more expert in matters of law than are judges of the Federal Court of Appeal.

Invoking the power of the Federal Court of Appeal to substitute its own findings for those of a

les quotidiens et les journaux communautaires sont fonctionnellement interchangeables et que les propriétaires des quotidiens se considéraient en concurrence avec les journaux communautaires. L'omission de tenir compte de facteurs pertinents, a-t-il dit, est une erreur de droit. Et, de l'avis du juge, il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue envers la décision du Tribunal sur une question de droit.

Pour renforcer cette conclusion, il a souligné que la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* établit une répartition inhabituelle des tâches entre les membres du Tribunal. Chaque formation du Tribunal, a-t-il fait observer, doit compter au moins un juge, qui a l'entière responsabilité de trancher les questions de droit soulevées durant les procédures. L'article 12 de cette loi est ainsi rédigé:

- 12. (1)** Dans toute procédure devant le Tribunal:
- a) seuls les juges qui siègent ont compétence pour trancher les questions de droit;
- b) tous les membres qui siègent ont compétence pour trancher les questions de fait ou de droit et de fait.

Par conséquent, l'appel d'une décision du Tribunal sur une question de droit équivaut à un appel d'une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale. Qui plus est, il est possible d'interjeter appel de toute décision du Tribunal sur une question de droit, et aucune clause privative ne protège les décisions de celui-ci. L'article 13 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* est ainsi conçu:

- 13. (1)** Sous réserve du paragraphe (2), les décisions ou ordonnances du Tribunal, que celles-ci soient définitives, interlocutoires ou provisoires, sont susceptibles d'appel devant la Cour d'appel fédérale tout comme s'il s'agissait de jugements de la Section de première instance de cette Cour.

Le juge Robertson a en outre souligné que les juges siégeant au Tribunal n'ont pas une expertise plus grande des questions de droit que les juges de la Cour d'appel fédérale.

Invoquant le pouvoir qu'a la Cour d'appel fédérale de substituer ses propres conclusions à celles

tribunal, Robertson J.A. held that the evidence before the Tribunal of the functional interchangeability of daily and community newspapers and of inter-industry competition was more than sufficient to show that the two kinds of newspapers are in the same market. Accordingly, he remitted the matter back to the Tribunal with instructions that it should inquire whether the acquisition of the *North Shore News*, the *Vancouver Courier*, and the *Real Estate Weekly* had resulted in a substantial lessening of competition in the market for retail print advertising in the Lower Mainland of British Columbia.

(ii) As to remedy (1992), 47 C.P.R. (3d) 240

26

Turning to Southam's appeal of the remedy, Robertson J.A. declined to decide what the appropriate test for a remedy is, because Southam's proposed remedy failed regardless of the test applied. In answer to Southam's protest that the Tribunal had imposed a penalty on it, Robertson J.A. observed that the Tribunal had sought only to impose an effective remedy. To his mind, this way of proceeding could not be objectionable. Against the complaint that the Tribunal had wrongly placed the burden of proving the effectiveness of its proposed remedy on Southam, Robertson J.A. invoked the maxim that he who asserts must prove. To Southam's argument that the Tribunal had wrongly dismissed its proposed remedy as ineffective, he said that curial deference was due to the Tribunal on this, a finding of mixed law and fact.

4. Issues

27

This appeal raises two issues. The first is whether the Federal Court of Appeal erred in concluding that it owed no deference to the Tribunal's finding about the dimensions of the relevant market and in subsequently substituting for that finding one of its own. The second is whether the

d'un tribunal administratif, le juge Robertson a statué que la preuve dont disposait le Tribunal quant à l'interchangeabilité fonctionnelle des quotidiens et des journaux communautaires et à la concurrence interindustrielle était plus que suffisante pour démontrer que les deux types de journaux faisaient partie du même marché. En conséquence, il a renvoyé l'affaire au Tribunal en lui intimant de déterminer si l'acquisition du *North Shore News*, du *Vancouver Courier* et du *Real Estate Weekly* avait eu pour effet de diminuer sensiblement la concurrence sur le marché de la publicité-détaillants imprimée dans le Lower Mainland de la Colombie-Britannique.

(ii) Décision quant à la mesure de redressement (1992), 47 C.P.R. (3d) 240

Relativement à l'appel de Southam touchant la mesure de redressement, le juge Robertson s'est abstenu de se prononcer sur le critère approprié d'évaluation de la mesure de redressement, étant donné que celle proposée par Southam ne pouvait être retenue, quel que soit le critère appliqué. En réponse aux protestations de Southam que le Tribunal lui avait infligé une sanction, le juge Robertson a fait observer que le Tribunal ne visait qu'à appliquer une mesure de redressement efficace. D'après lui, cette façon de faire était irréprochable. Relativement à l'argument que le Tribunal avait, à tort, imposé à Southam la charge de prouver l'efficacité de la mesure de redressement qu'elle proposait, le juge Robertson a invoqué la maxime selon laquelle il appartient à celui qui fait une allégation de la prouver. Répondant à l'argument de Southam que le Tribunal avait eu tort de rejeter la mesure de redressement qu'elle avait proposée, le juge a dit qu'il fallait faire montre de retenue à l'égard de cette décision du Tribunal, qui portait sur une question de droit et de fait.

4. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève deux questions. La première est de savoir si la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en concluant qu'elle n'avait pas à faire montre de retenue à l'égard de la conclusion du Tribunal sur les dimensions du marché pertinent, et en substituant ensuite sa propre conclusion

Federal Court of Appeal erred in refusing to set aside the Tribunal's remedial order.

5. Analysis

The principal question in this appeal concerns the limits that an appellate court should observe in deciding a statutory appeal from a decision like the one that the Tribunal reached in this case. Ultimately, this comes down to a question about the standard of review that an appellate court should apply in a case such as this one. In the reasons that follow, the answer given is that the Tribunal should be held to the standard of reasonableness *simpliciter*. In other words, a court, in reviewing the Tribunal's decision, must inquire whether that decision was reasonable. If it was, then the decision should stand. Otherwise, it must fall.

The secondary question is whether the Tribunal chose an appropriate remedy. My conclusion is that, even though the Tribunal imposed too strict a test, its chosen remedy is appropriate.

A. *Statutory Right of Appeal*

In *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, a decision which, like this one, concerned a decision of an expert tribunal that was subject to a statutory right of appeal, the Court declared that the standard of review is a function of many factors. Depending on how the factors play out in a particular instance, the standard may fall somewhere between correctness, at the more exacting end of the spectrum, and patently unreasonable, at the more deferential end. See pp. 589-90.

An appellate court must consider the factors with a view to determining the approach that it should take as a court sitting in appeal of the deci-

à celle du Tribunal. La deuxième question consiste à déterminer si la Cour d'appel fédérale a fait erreur en refusant d'annuler l'ordonnance du Tribunal concernant la mesure de redressement.

5. L'analyse

La principale question soulevée par le présent pourvoi concerne les limites que doit respecter une juridiction d'appel chargée de statuer sur un appel présenté en vertu d'un texte de loi à l'encontre d'une décision comme celle qu'a rendue le Tribunal en l'espèce. En dernière analyse, il s'agit de déterminer la norme de contrôle que doit appliquer une cour d'appel dans un cas comme celui qui nous intéresse. Dans les motifs qui suivent, la réponse donnée à cette question est que la norme de la décision raisonnable *simpliciter* doit être appliquée aux décisions du Tribunal. Autrement dit, la cour appelée à contrôler la décision du Tribunal doit se demander si cette décision était raisonnable. Dans l'affirmative, la décision doit être confirmée. Dans le cas contraire, elle doit être annulée.

La question secondaire est de savoir si le Tribunal a choisi une mesure de redressement appropriée. Je conclus que, même s'il a appliqué un critère trop strict, la mesure qu'il a choisie est appropriée.

A. *Le droit d'appel prévu par la loi*

Dans *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, arrêt qui, comme le présent pourvoi, portait sur une décision d'un tribunal spécialisé assujettie à un droit d'appel prévu par la loi, notre Cour a déclaré que la norme de contrôle est fonction de divers facteurs. Selon les facteurs en jeu dans un cas particulier, la norme peut se situer à un point donné entre celle de la décision correcte, soit la norme exigeant le moins de retenue, et celle du caractère manifestement déraisonnable, soit la norme en exigeant le plus. Voir les pp. 589 et 590.

La cour d'appel doit tenir compte des différents facteurs en jeu en vue de déterminer l'approche qu'elle doit adopter en tant que cour chargée d'ins-

28

29

30

31

sion of the tribunal. There is no privative clause, and so jurisdiction is not at issue. The tribunal enjoys jurisdiction by virtue of its constating statute and the appellate court enjoys jurisdiction by virtue of a statutory right of appeal. The legislative intent is clear. The question is what limits an appellate court should observe in the exercise of its statutorily mandated appellate function.

32 I wish to emphasize that in cases like the instant appeal no question arises about the extent of the tribunal's jurisdiction. Where the statute confers a right of appeal, an appellate court need not look to see whether the tribunal has exceeded its jurisdiction by breaching the rules of natural justice or by rendering a decision that is patently unreasonable. The manner and standard of review will be determined in the way that appellate courts generally determine the posture they will take with respect to the decisions of courts below. In particular, appellate courts must have regard to the nature of the problem, to the applicable law properly interpreted in the light of its purpose, and to the expertise of the tribunal.

33 I propose to consider each of the relevant factors in turn.

B. The Nature of the Problem Before the Tribunal

34 The parties vigorously dispute the nature of the problem before the Tribunal. The appellants say that the problem is one of fact. The respondent insists that the problem is one of law. In my view, the problem is one of mixed law and fact.

35 Section 12(1) of the *Competition Tribunal Act* contemplates a tripartite classification of questions before the Tribunal into questions of law, questions of fact, and questions of mixed law and fact. Briefly stated, questions of law are questions about what the correct legal test is; questions of fact are

truire l'appel de la décision du tribunal administratif. Comme il n'y a pas de clause privative, en l'espèce, aucune question de compétence ne se pose. Le tribunal administratif en cause tire sa compétence de sa loi constitutive et la cour d'appel tire la sienne du droit d'appel prévu par la loi. L'intention du législateur est claire. La question qui se pose est celle de savoir quelles sont les limites que doit observer la cour d'appel dans l'exercice du rôle de juridiction d'appel que lui confie la loi.

Je tiens à souligner que, dans les cas comme celui qui nous occupe, aucune question ne se pose en ce qui concerne l'étendue de la compétence du tribunal administratif. Lorsque la loi pertinente établit un droit d'appel, la cour d'appel n'a pas à se demander si le tribunal administratif a outrepassé sa compétence soit en manquant aux règles de la justice naturelle soit en rendant une décision manifestement déraisonnable. La manière dont la cour contrôlera la décision et la norme qu'elle appliquera à cette fin seront déterminées de la façon dont les cours d'appel établissent généralement la position qu'elles adopteront à l'égard des décisions des juridictions inférieures. De façon plus particulière, les cours d'appel doivent tenir compte de la nature du problème, des règles de droit applicables et interprétées adéquatement eu égard à leur objet, et de l'expertise du tribunal administratif.

Je vais maintenant étudier chacun des facteurs pertinents à tour de rôle.

B. La nature du problème dont était saisi le Tribunal

Les parties ne s'entendent pas du tout sur la nature du problème dont était saisi le Tribunal. Les appelantes affirment qu'il s'agit d'une question de fait, alors que l'intimé soutient que c'est une question de droit. À mon avis, il s'agit d'une question de droit et de fait.

Le paragraphe 12(1) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* classe les questions soumises au Tribunal en trois catégories: les questions de droit, les questions de fait et les questions de droit et de fait. En résumé, les questions de droit concernent la détermination du critère juridique applicable; les

questions about what actually took place between the parties; and questions of mixed law and fact are questions about whether the facts satisfy the legal tests. A simple example will illustrate these concepts. In the law of tort, the question what “negligence” means is a question of law. The question whether the defendant did this or that is a question of fact. And, once it has been decided that the applicable standard is one of negligence, the question whether the defendant satisfied the appropriate standard of care is a question of mixed law and fact. I recognize, however, that the distinction between law on the one hand and mixed law and fact on the other is difficult. On occasion, what appears to be mixed law and fact turns out to be law, or *vice versa*.

For example, the majority of the British Columbia Court of Appeal in *Pezim, supra*, concluded that it was an error of law to regard newly acquired information on the value of assets as a “material change” in the affairs of a company. It was common ground in that case that the proper test was whether the information constituted a material change; the argument was about whether the acquisition of information of a certain kind qualified as such a change. To some extent, then, the question resembled one of mixed law and fact. But the question was one of law, in part because the words in question were present in a statutory provision and questions of statutory interpretation are generally questions of law, but also because the point in controversy was one that might potentially arise in many cases in the future: the argument was about kinds of information and not merely about the particular information that was at issue in that case. The rule on which the British Columbia Securities Commission seemed to rely — that newly acquired information about the value of assets can constitute a material change — was a

questions de fait portent sur ce qui s’est réellement passé entre les parties; et, enfin, les questions de droit et de fait consistent à déterminer si les faits satisfont au critère juridique. Un exemple simple permettra d’illustrer ces concepts. En droit de la responsabilité civile délictuelle, la question de savoir en quoi consiste la «négligence» est une question de droit. Celle de savoir si le défendeur a fait ceci ou cela est une question de fait. Une fois qu’il a été décidé que la norme applicable est la négligence, la question de savoir si le défendeur a respecté la norme de diligence appropriée est une question de droit et de fait. Toutefois, je reconnais que la distinction entre les questions de droit, d’une part, et celles de droit et de fait, d’autre part, est difficile à faire. Parfois, ce qui semble être une question de droit et de fait se révèle une question de droit, ou *vice versa*.

Par exemple, dans *Pezim*, précité, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique à la majorité a conclu que constituait une erreur de droit le fait de considérer que de nouveaux renseignements sur la valeur d’éléments d’actif étaient un «changement important» dans les affaires d’une société. Tous étaient d’accord pour dire, dans cette affaire, que le critère approprié était de déterminer si les renseignements constituaient un changement important; le débat portait sur la question de savoir si l’obtention d’un certain type de renseignements pouvait être qualifiée de changement de cette nature. Dans une certaine mesure, donc, la question ressemblait à une question de droit et de fait. Il s’agissait cependant d’une question de droit, en partie parce que les mots en cause se trouvaient dans une disposition législative et que les questions d’interprétation des lois sont généralement des questions de droit, mais aussi parce que le point litigieux était susceptible de se présenter à nouveau dans bon nombre de cas dans le futur: le débat concernait les types de renseignements et non simplement les renseignements particuliers visés par l’instance. La règle sur laquelle la British Columbia Securities Commission semblait s’être appuyée — le fait que de nouveaux renseignements sur la valeur d’éléments d’actif peuvent constituer un changement important — était une question de droit, parce

matter of law, because it had the potential to apply widely to many cases.

37

By contrast, the matrices of facts at issue in some cases are so particular, indeed so unique, that decisions about whether they satisfy legal tests do not have any great precedential value. If a court were to decide that driving at a certain speed on a certain road under certain conditions was negligent, its decision would not have any great value as a precedent. In short, as the level of generality of the challenged proposition approaches utter particularity, the matter approaches pure application, and hence draws nigh to being an unqualified question of mixed law and fact. See R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), at pp. 103-108. Of course, it is not easy to say precisely where the line should be drawn; though in most cases it should be sufficiently clear whether the dispute is over a general proposition that might qualify as a principle of law or over a very particular set of circumstances that is not apt to be of much interest to judges and lawyers in the future.

38

Part of the confusion in this case arises from the fact that the parties are arguing about two different questions. On the surface, it appears that the parties agree about the law: both say that, in determining the dimensions of the relevant market, the Tribunal must consider indirect evidence of cross-elasticity of demand. No one quarrels with the Tribunal's understanding of the kinds of indirect evidence it should consider.

39

However, the respondent says that, having informed itself correctly on the law, the Tribunal proceeded nevertheless to ignore certain kinds of indirect evidence. Because the Tribunal must be judged according to what it does and not according to what it says, the import of the respondent's submission is that the Tribunal erred in law. After all, if a decision-maker says that the correct test requires him or her to consider A, B, C, and D, but

qu'elle était susceptible de s'appliquer à un grand nombre de cas.

À l'opposé, il arrive que les faits dans certaines affaires soient si particuliers, de fait qu'ils soient si uniques, que les décisions concernant la question de savoir s'ils satisfont aux critères juridiques n'ont pas une grande valeur comme précédents. Si une cour décidait que le fait d'avoir conduit à une certaine vitesse, sur une route donnée et dans des conditions particulières constituait de la négligence, sa décision aurait peu de valeur comme précédent. Bref, plus le niveau de généralité de la proposition contestée se rapproche de la particularité absolue, plus l'affaire prend le caractère d'une question d'application pure, et s'approche donc d'une question de droit et de fait parfaite. Voir R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), aux pp. 103 à 108. Il va de soi qu'il n'est pas facile de dire avec précision où doit être tracée la ligne de démarcation; quoique, dans la plupart des cas, la situation soit suffisamment claire pour permettre de déterminer si le litige porte sur une proposition générale qui peut être qualifiée de principe de droit ou sur un ensemble très particulier de circonstances qui n'est pas susceptible de présenter beaucoup d'intérêt pour les juges et les avocats dans l'avenir.

La confusion dans le présent cas résulte en partie du fait que les parties débattent deux questions différentes. À première vue, il semble que les parties soient d'accord sur le droit: toutes deux disent que, pour déterminer les dimensions du marché pertinent, le Tribunal doit tenir compte de la preuve indirecte de l'élasticité croisée de la demande. Personne ne conteste l'opinion du Tribunal sur les types de preuve indirecte qu'il doit prendre en considération.

Toutefois, l'intimé dit que, après s'être instruit correctement sur le droit applicable, le Tribunal a néanmoins fait abstraction de certains types de preuve indirecte. Comme il faut apprécier les décisions du Tribunal à la lumière de ce qu'il fait et non de ce qu'il dit, l'argument de l'intimé implique que le Tribunal a fait une erreur de droit. Après tout, si un décideur dit que, en vertu du critère applicable, il lui faut tenir compte de A, B, C

in fact the decision-maker considers only A, B, and C, then the outcome is as if he or she had applied a law that required consideration of only A, B, and C. If the correct test requires him or her to consider D as well, then the decision-maker has in effect applied the wrong law, and so has made an error of law.

The appellants, for their part, maintain that the Tribunal considered all the relevant kinds of indirect evidence, including the kinds that the respondent says it ignored. Accordingly, the appellants argue that if the Tribunal erred, it can only have been in applying the correct legal test to the facts. Such an error, say the appellants, is an error of fact. As authority for their position, they cite a passage from the decision of this Court in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 647:

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

Both positions, so far as they go, are correct. If the Tribunal did ignore items of evidence that the law requires it to consider, then the Tribunal erred in law. Similarly, if the Tribunal considered all the mandatory kinds of evidence but still reached the wrong conclusion, then its error was one of mixed law and fact. The question, then, becomes whether the Tribunal erred in the way that the respondent says it erred.

Even a cursory reading of the Tribunal’s reasons discloses that the Tribunal did not fail to consider relevant items of evidence. The respondent charges — and the Federal Court of Appeal agreed with him on this point — that the Tribunal ignored

et D, mais que, dans les faits, il ne prend en considération que A, B et C, alors le résultat est le même que s’il avait appliqué une règle de droit lui dictant de ne tenir compte que de A, B et C. Si le bon critère lui commandait de tenir compte aussi de D, il a en fait appliqué la mauvaise règle de droit et commis, de ce fait, une erreur de droit.

Pour leur part, les appelantes soutiennent que le Tribunal a tenu compte de tous les types pertinents de preuve indirecte, y compris de ceux dont, au dire de l’intimé, il aurait fait abstraction. En conséquence, les appelantes affirment que si le Tribunal a fait erreur, ce ne peut être que dans l’application aux faits du bon critère juridique. Une telle erreur, d’affirmer les appelantes, est une erreur de fait. Au soutien de leur thèse, elles citent un passage de l’arrêt de notre Cour *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, à la p. 647:

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

Les deux thèses, en tant que telles, sont exactes. Si le Tribunal a effectivement fait abstraction d’éléments de preuves que le droit lui commande de prendre en considération, il a alors commis une erreur de droit. De même, s’il a tenu compte de tous les types de preuve requis, mais qu’il a néanmoins tiré la mauvaise conclusion, son erreur est alors une erreur de droit et de fait. En conséquence, la question est de savoir si le Tribunal a commis l’erreur que lui reproche l’intimé.

Même un examen superficiel des motifs du Tribunal révèle qu’il n’a pas omis de tenir compte d’éléments de preuve pertinents. L’intimé prétend — point sur lequel la Cour d’appel fédérale a dit être d’accord avec lui — que le Tribunal a fait

40

41

42

evidence of functional interchangeability and of inter-industry competition. But this overlooks the 14 pages that the Tribunal devoted to functional interchangeability, and the 28 pages that the Tribunal devoted to inter-industry competition. See pp. 191-218 and pp. 225-38. A great part, if not actually the bulk of the Tribunal's decision is taken up with an examination of the very factors that the respondent says it ignored. Therefore, the Tribunal did not err in law by failing to consider relevant factors.

43 The suggestion remains, however, that the Tribunal might have erred in law by failing to accord adequate weight to certain factors. The problem with this suggestion is that it is inimical to the very notion of a balancing test. A balancing test is a legal rule whose application should be subtle and flexible, but not mechanical. It would be dangerous in the extreme to accord certain kinds of evidence decisive weight as, for example, by saying that evidence of inter-industry competition should always be sufficient to prove that two companies are operating in the same market. A test would be stilted and impossible of application if it purported to assign fixed weights to certain factors as, for example, by saying that evidence of inter-industry competition should weigh 10 times as heavily in the Tribunal's deliberations as does evidence of physical similarities between the products in question. These sorts of things are not readily quantifiable. They should not be considered as matters of law but should be left initially at least to determination by the Tribunal. The most that can be said, as a matter of law, is that the Tribunal should consider each factor; but the according of weight to the factors should be left to the Tribunal.

44 It seems, then, that if the Tribunal erred, it was in applying the law to the facts; and that is a matter of mixed law and fact. This is especially so if, as here, the legal principle being applied involves a balancing test, because with a typical multi-

abstraction de la preuve de l'interchangeabilité fonctionnelle et de la concurrence interindustrielle. Cette thèse passe toutefois sous silence les 14 pages que le Tribunal a consacrées à l'interchangeabilité fonctionnelle et les 28 pages qu'il a consacrées à la concurrence interindustrielle. Voir les pages 191 à 218 et 225 à 238. Une grande partie, sinon la majeure partie de la décision du Tribunal examine les facteurs mêmes dont, au dire de l'intimé, il aurait fait abstraction. Par conséquent, le Tribunal n'a pas omis de tenir compte de facteurs pertinents et il n'a donc pas commis d'erreur de droit à ce titre.

Il reste cependant l'argument que le Tribunal aurait commis une erreur de droit en n'accordant pas un poids suffisant à certains facteurs. Le problème que pose cet argument est qu'il est incompatible avec la notion même de critère de pondération. Un tel critère est une règle de droit qui doit être appliquée non pas mécaniquement, mais de manière souple et subtile. Il serait extrêmement dangereux d'accorder à certains types de preuve un poids décisif, par exemple en disant que la preuve de l'existence de la concurrence interindustrielle est toujours suffisante pour établir que deux sociétés exercent leurs activités sur le même marché. Un critère serait artificiel et impossible à appliquer s'il prétendait accorder un poids fixe à certains facteurs, par exemple si, suivant ce critère, la preuve de la concurrence interindustrielle avait 10 fois plus de poids dans les délibérations du Tribunal que la preuve de ressemblances physiques entre les produits en cause. Les choses de ce genre ne sont pas facilement quantifiables. Elles ne devraient pas être considérées comme des questions de droit, mais plutôt être laissées, du moins au départ, à l'appréciation du Tribunal. Tout au plus est-il possible d'affirmer, en droit, que le Tribunal doit tenir compte de chacun des facteurs; l'appréciation du poids des divers facteurs doit cependant être laissée au Tribunal.

Il semble donc que si le Tribunal a commis une erreur c'est en appliquant le droit aux faits; ce qui est une question de droit et de fait. C'est particulièrement vrai dans les cas où, comme en l'espèce, le principe de droit appliqué comporte un critère de

factored balancing test so many factors weigh in the balance that a duplication of any one set of relevant circumstances in the future is unlikely. At the outside, the decision of the Tribunal in this case stands for the proposition that a large daily newspaper does not compete for retail advertising business with small community newspapers though probably it does not stand even for so general a proposition as that, because the Tribunal's decision rested in part on its assessment of the behaviour of these parties. Depending as it does so fully on the facts and circumstances of the case, the decision is too particular to have any great value as a general precedent.

In short, the Tribunal forged no new legal principle, and so its error, if there was an error, can only have been of mixed law and fact. It should be noted that no one has suggested that the Tribunal erred in its findings of fact. All of this tends to suggest that some measure of deference is owed to the decision of the Tribunal because, to paraphrase what Gonthier J. stated in *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, appellate courts should be reluctant to venture into a re-examination of the conclusions of the Tribunal on questions of mixed law and fact.

C. *The Words of the Tribunal's Constatng Statute*

Section 13 of the *Competition Tribunal Act* confers a right of appeal from orders and decisions of the Tribunal:

13. (1) Subject to subsection (2), an appeal lies to the Federal Court of Appeal from any decision or order, whether final, interlocutory or interim, of the Tribunal as if it were a judgment of the Federal Court — Trial Division.

(2) An appeal on a question of fact lies under subsection (1) only with the leave of the Federal Court of Appeal.

That Parliament granted such a broad, even unfettered right of appeal, as if from a judgment of a

pondération, car dans le cas d'un critère de pondération typique comptant de multiples facteurs, tant d'éléments doivent être examinés qu'il est peu probable qu'un ensemble donné de faits pertinents se reproduise dans l'avenir. À la limite, la décision rendue par le Tribunal en l'espèce permet d'affirmer qu'un grand quotidien ne fait pas concurrence aux petits journaux communautaires pour le marché de la publicité-détaillants, encore que la décision du Tribunal n'étaye probablement même pas une proposition aussi générale, puisqu'elle reposait en partie sur son appréciation du comportement des parties *en cause*. Comme la décision est aussi entièrement tributaire des faits et circonstances de l'espèce, elle est trop particulière pour avoir une valeur considérable à titre de précédent de portée générale.

Bref, le Tribunal n'a forgé aucun nouveau principe de droit, de sorte que son erreur, si tant est qu'il en ait commis une, ne peut être qu'une erreur de droit et de fait. Il convient de signaler que personne n'a prétendu que le Tribunal a tiré des conclusions de fait erronées. Tout cela tend à indiquer qu'il y a lieu de faire preuve d'un certain degré de retenue à l'égard de la décision du Tribunal, parce que, pour paraphraser les propos du juge Gonthier dans *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, les cours d'appel devraient hésiter à réexaminer les conclusions du juge du procès sur les questions de droit et de fait.

C. *Le libellé de la loi constitutive du Tribunal*

L'article 13 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* établit le droit d'interjeter appel des ordonnances et des décisions du Tribunal:

13. (1) Sous réserve du paragraphe (2), les décisions ou ordonnances du Tribunal, que celles-ci soient définitives, interlocutoires ou provisoires, sont susceptibles d'appel devant la Cour d'appel fédérale tout comme s'il s'agissait de jugements de la Section de première instance de cette Cour.

(2) Un appel sur une question de fait n'a lieu qu'avec l'autorisation de la Cour d'appel fédérale.

Le fait que le législateur ait accordé un droit d'appel aussi large, et même inconditionnel, tout

trial court, perhaps counsels a less-than-deferential posture for appellate courts than would be appropriate if a privative clause were present. However, as this Court has noted several times recently, the absence of a privative clause does not settle the question. See *Pezim, supra*, at p. 591; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at p. 1746.

D. The Purpose of the Statute that the Tribunal Administers

⁴⁷ Parliament has described the purpose of the *Competition Act* in the following terms:

1.1 The purpose of this Act is to maintain and encourage competition in Canada in order to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy, in order to expand opportunities for Canadian participation in world markets while at the same time recognizing the role of foreign competition in Canada, in order to ensure that small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the Canadian economy and in order to provide consumers with competitive prices and product choices.

Competition Act, s. 1.1, as am. by R.S.C., 1985, c. 19, s. 19 (2nd Supp.).

⁴⁸ The aims of the Act are more “economic” than they are strictly “legal”. The “efficiency and adaptability of the Canadian economy” and the relationships among Canadian companies and their foreign competitors are matters that business women and men and economists are better able to understand than is a typical judge. Perhaps recognizing this, Parliament created a specialized Competition Tribunal and invested it with responsibility for the administration of the civil part of the *Competition Act*. See *Competition Tribunal Act*, s. 8(1).

⁴⁹ This Court has said in the past that the Tribunal is especially well-suited to the task of overseeing a complex statutory scheme whose objectives are peculiarly economic:

comme s’il s’agissait de jugements d’une cour de première instance, engage peut-être à une moins grande retenue de la part des cours d’appel que ce ne serait le cas s’il y avait une clause privative. Toutefois, comme notre Cour l’a souligné à plusieurs reprises récemment, l’absence d’une clause privative ne décide pas la question. Voir *Pezim*, précité, à la p. 591, et *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, à la p. 1746.

D. L’objet de la loi appliquée par le Tribunal

Le Parlement a énoncé l’objet de la *Loi sur la concurrence* dans les termes suivants:

1.1 La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l’adaptabilité et l’efficacité de l’économie canadienne, d’améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d’assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l’économie canadienne, de même que dans le but d’assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.

Loi sur la concurrence, art. 1.1, mod. par L.R.C. (1985), ch. 19, art. 19 (2^e suppl.).

Il est assez clair que les objectifs visés par la Loi sont davantage «économiques» que strictement «juridiques». «[L]’adaptabilité et l’efficacité de l’économie canadienne» et les relations entre les entreprises canadiennes et leurs concurrents étrangers sont des questions que les gens d’affaires et les économistes sont plus à même de comprendre que les juges en général. C’est peut-être pour tenir compte de ce fait que le Parlement a créé un tribunal spécialisé dans le domaine de la concurrence et l’a chargé de l’application de la partie civile de la *Loi sur la concurrence*. Voir la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, par. 8(1).

Dans le passé, notre Cour a dit que le Tribunal est particulièrement bien placé pour surveiller un régime législatif complexe, dont les objectifs sont singulièrement économiques:

Section 8(1) [of the *Competition Tribunal Act*] confirms the jurisdiction of the Tribunal over Part VIII. The civil part of the [*Competition Act*] therefore falls entirely under the Tribunal's jurisdiction. It is readily apparent from the [*Competition Act*] and the [*Competition Tribunal Act*] that Parliament created the Tribunal as a specialized body to deal solely and exclusively with Part VIII [of the *Competition Act*], since it involves complex issues of competition law, such as abuses of dominant position and mergers.

Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal), [1992] 2 S.C.R. 394, at p. 406.

Because an appellate court is likely to encounter difficulties in understanding the economic and commercial ramifications of the Tribunal's decisions and consequently to be less able to secure the fulfilment of the purpose of the *Competition Act* than is the Tribunal, the natural inference is that the purpose of the Act is better served by appellate deference to the Tribunal's decisions.

E. *The Area of the Tribunal's Expertise*

Expertise, which in this case overlaps with the purpose of the statute that the tribunal administers, is the most important of the factors that a court must consider in settling on a standard of review. This Court has said as much several times before, though perhaps never so clearly as in the following passage, from *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at p. 335:

... the expertise of the tribunal is of the utmost importance in determining the intention of the legislator with respect to the degree of deference to be shown to a tribunal's decision in the absence of a full privative clause. Even where the tribunal's enabling statute provides explicitly for appellate review, as was the case in *Bell Canada* . . . , it has been stressed that deference should be shown by the appellate tribunal to the opinions of the specialized lower tribunal on matters squarely within its jurisdiction.

As I have already said, the Tribunal's expertise lies in economics and in commerce. The Tribunal

Le paragraphe 8(1) de la [*Loi sur le Tribunal de la concurrence*] confirme la compétence du Tribunal à l'égard de la partie VIII. Par conséquent, la partie civile de la [*Loi sur la concurrence*] relève entièrement de la compétence du Tribunal. Il ressort nettement de la [*Loi sur la concurrence*] et de la [*Loi sur le Tribunal de la concurrence*] que le législateur a créé le Tribunal comme organisme spécialisé chargé de traiter uniquement et exclusivement de la partie VIII de la [*Loi sur la concurrence*], puisqu'elle vise des questions complexes de droit en matière de concurrence comme les abus de position dominante et les fusionnements.

Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence), [1992] 2 R.C.S. 394, à la p. 406.

Comme les cours d'appel sont susceptibles d'éprouver de la difficulté à bien saisir les ramifications économiques et commerciales des décisions du Tribunal et que, par conséquent, elles sont moins aptes que celui-ci à voir à la réalisation de l'objet de la *Loi sur la concurrence*, il est logique d'en déduire que l'objet de la Loi est mieux servi si les cours d'appel font montre de retenue à l'égard des décisions du Tribunal.

E. *Le champ d'expertise du Tribunal*

L'expertise, qui en l'espèce se confond avec l'objet de la loi appliquée par le tribunal, est le facteur le plus important qu'une cour doit examiner pour arrêter la norme de contrôle applicable. Notre Cour l'a maintes fois répété, mais peut-être jamais aussi clairement que dans le passage suivant de l'arrêt *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, à la p. 335:

... [l']expertise [du tribunal] est de la plus haute importance pour ce qui est de déterminer l'intention du législateur quant au degré de retenue dont il faut faire preuve à l'égard de la décision d'un tribunal en l'absence d'une clause privative intégrale. Même lorsque la loi habilitante du tribunal prévoit expressément l'examen par voie d'appel, comme c'était le cas dans l'affaire *Bell Canada* [. . .], on a souligné qu'il y avait lieu pour le tribunal d'appel de faire preuve de retenue envers les opinions que le tribunal spécialisé de juridiction inférieure avait exprimées sur des questions relevant directement de sa compétence.

Comme je l'ai dit plus tôt, le champ d'expertise du Tribunal consiste dans les questions écono-

comprises not more than four judicial members, all of whom are judges of the Federal Court — Trial Division, and not more than eight lay members, who are appointed on the advice of a council of persons learned in “economics, industry, commerce or public affairs”. See *Competition Tribunal Act*, s. 3. The preponderance of lay members reflects the judgment of Parliament that, for purposes of administering the *Competition Act*, economic or commercial expertise is more desirable and important than legal acumen.

miques et commerciales. Le Tribunal se compose d’au plus quatre juges, tous de la Section de première instance de la Cour fédérale, et d’au plus huit autres membres nommés sur l’avis d’un conseil consultatif composé de personnes versées dans «les affaires publiques, économiques, commerciales ou industrielles». Voir la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, art. 3. La prépondérance, en nombre, des membres qui ne sont pas juges témoigne du fait que le Parlement a estimé que, pour l’application de la *Loi sur la concurrence*, l’expertise en matière économique et commerciale est plus souhaitable et plus importante que la connaissance profonde du droit.

52

The particular dispute in this case concerns the definition of the relevant product market — a matter that falls squarely within the area of the Tribunal’s economic or commercial expertise. Undeniably, the determination of cross-elasticity of demand, which is in theory the truest *indicium* of the dimensions of a product market, requires some economic or statistical skill. But even an assessment of indirect evidence of substitutability, such as evidence that two kinds of products are functionally interchangeable, needs a variety of discernment that has more to do with business experience than with legal training. Someone with experience in business will be better able to predict likely consumer behaviour than a judge will be. What is more, indirect evidence is useful only as a surrogate for cross-elasticity of demand, so that what is required in the end is an assessment of the economic significance of the evidence; and to this task an economist is almost by definition better suited than is a judge.

Dans le présent pourvoi, le point particulier en litige concerne la définition du marché pertinent pour ce qui est du produit — question qui relève nettement de l’expertise du Tribunal en matière économique et commerciale. Il est indéniable que pour déterminer l’élasticité croisée de la demande, qui est en théorie l’indice le plus juste des dimensions du marché d’un produit, il faut certaines connaissances en économie ou en statistique. Toutefois, même l’appréciation de la preuve indirecte du caractère substitutif, par exemple la preuve que deux types de produit sont fonctionnellement interchangeables, exige une capacité de discernement participant davantage de l’expérience des affaires que de la formation juridique. Des gens d’affaires expérimentés sont plus aptes qu’un juge à prédire le comportement probable des consommateurs. Qui plus est, la preuve indirecte n’est utile qu’en tant que facteur de remplacement de l’élasticité croisée de la demande, de sorte que ce qui est nécessaire, en dernière analyse, c’est l’appréciation de l’importance de la preuve sur le plan économique, et, pour accomplir cette tâche, un économiste est, pratiquement par définition, mieux préparé qu’un juge.

53

All of this is not to say that judges are somehow incompetent in matters of competition law. Significantly, Parliament mandated that the Tribunal should include judicial members, and that the Chairman should always be a judge. See *Competition Tribunal Act*, s. 4. Clearly it was Parliament’s view that questions of competition law are not

Cela ne revient pas à dire que les juges sont d’une certaine manière incompetents en ce qui concerne le droit de la concurrence. Il importe de rappeler que le Parlement a prescrit que le Tribunal devait compter des juges et que le président de celui-ci soit toujours un juge. Voir la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, art. 4. De toute évidence,

altogether beyond the ken of judges. However, one of the principal roles of the judicial members is to decide such questions of pure law as may arise before the Tribunal. Over those questions they have exclusive jurisdiction. See, *supra*, at s. 12(1)(a). But over questions of fact and of mixed law and fact, the judicial members share their jurisdiction with the lay members. See, *supra*, at s. 12(1)(b). Thus, while judges are able to pronounce on questions of the latter kind, they may do so only together with the lay members; and, in a typically constituted panel, such as the one that sat in this case, the lay members outnumber the judicial ones, so that in the event of a disagreement between the two camps, the lay members as a group will prevail. This makes sense because, as I have observed, the expertise of the lay members is invaluable in the application of the principles of competition law.

F. *The Standard*

In my view, considering all of the factors I have canvassed, what is dictated is a standard more deferential than correctness but less deferential than “not patently unreasonable”. Several considerations counsel deference: the fact that the dispute is over a question of mixed law and fact; the fact that the purpose of the *Competition Act* is broadly economic, and so is better served by the exercise of economic judgment; and the fact that the application of principles of competition law falls squarely within the area of the Tribunal’s expertise. Other considerations counsel a more exacting form of review: the existence of an unfettered statutory right of appeal from decisions of the Tribunal and the presence of judges on the Tribunal. Because there are indications both ways, the proper standard of review falls somewhere between the ends of the spectrum. Because the expertise of the Tribunal, which is the most important consideration,

le Parlement a estimé que les questions de droit de la concurrence ne sont pas tout à fait hors de la portée des juges. Toutefois, un des rôles principaux des juges est de trancher les questions de droit pur auxquelles est appelé à répondre le Tribunal. Ils possèdent une compétence exclusive sur ces questions. Voir, *ibid.*, al. 12(1)a). Toutefois, sur les questions de fait ou de droit et de fait, ils partagent leur compétence avec les autres membres du Tribunal. Voir, *ibid.*, al. 12(1)b). Ainsi, bien que les juges puissent se prononcer sur le dernier type de questions mentionné, ils ne peuvent le faire que de concert avec les autres membres. Au sein d’une formation ordinaire, telle celle qui a entendu la présente affaire, les juges sont en minorité, de sorte qu’en cas de désaccord entre les deux groupes, le point de vue des autres membres l’emporte. Un tel fonctionnement est logique parce que, comme je l’ai fait observer, l’expertise de ces derniers est inestimable pour l’application des principes du droit de la concurrence.

F. *La norme*

À mon avis, compte tenu de tous les facteurs que j’ai examinés, la norme qui s’impose en est une qui exige une retenue plus grande que la norme de la décision correcte, mais moins élevée que celle de la décision «non manifestement déraisonnable». Plusieurs considérations appellent à la retenue: le fait que le litige porte sur une question de droit et de fait; le fait que l’objet de la *Loi sur la concurrence* a un caractère largement économique et que, en conséquence, le jugement porté par des économistes en favorisera davantage la réalisation; le fait que l’application des principes du droit de la concurrence relève nettement du champ d’expertise du Tribunal. D’autres considérations conseillent une forme de contrôle plus exigeante: l’existence d’un droit inconditionnel, prévu par la loi, d’interjeter appel des décisions du Tribunal; la présence de juges au sein du Tribunal. Comme il existe des facteurs en faveur de l’une et l’autre des thèses, la norme de contrôle appropriée se situe à quelque part entre les deux extrémités du spectre. Étant donné que l’expertise du Tribunal, qui est la considération la plus importante, suggère de faire montre de retenue, il est justifié d’appliquer une

suggests deference, a posture more deferential than exacting is warranted.

55

I wish to emphasize that the need to find a middle ground in cases like this one is almost a necessary consequence of our standard-of-review jurisprudence. Because appeal lies by statutory right from the Tribunal's decisions on questions of mixed law and fact, the reviewing court need not confine itself to the search for errors that are patently unreasonable. The standard of patent unreasonableness is principally a jurisdictional test and, as I have said, the statutory right of appeal puts the jurisdictional question to rest. See *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, at p. 237. But on the other hand, appeal from a decision of an expert tribunal is not exactly like appeal from a decision of a trial court. Presumably if Parliament entrusts a certain matter to a tribunal and not (initially at least) to the courts, it is because the tribunal enjoys some advantage that judges do not. For that reason alone, review of the decision of a tribunal should often be on a standard more deferential than correctness. Accordingly, a third standard is needed.

56

I conclude that the third standard should be whether the decision of the Tribunal is unreasonable. This test is to be distinguished from the most deferential standard of review, which requires courts to consider whether a tribunal's decision is patently unreasonable. An unreasonable decision is one that, in the main, is not supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination. Accordingly, a court reviewing a conclusion on the reasonableness standard must look to see whether any reasons support it. The defect, if there is one, could presumably be in the

norme faisant plus de place à la retenue qu'à la sévérité.

Je tiens à souligner que la nécessité de trouver une solution mitoyenne dans les cas comme celui qui nous intéresse est presque une conséquence inévitable de notre jurisprudence en matière de norme de contrôle. Étant donné que la loi établit le droit d'interjeter appel des décisions du Tribunal sur les questions de droit et de fait, la cour chargée du contrôle de ces décisions n'est pas tenue de se limiter à y chercher des erreurs manifestement déraisonnables. La norme du caractère manifestement déraisonnable est principalement un critère applicable aux questions de compétence et, comme je l'ai dit, le droit d'appel prévu par la loi règle la question de la compétence en l'espèce. Voir l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, à la p. 237. Par ailleurs, l'appel d'une décision d'un tribunal administratif spécialisé n'est pas exactement comme un appel formé contre une décision d'une cour de première instance. Si le Parlement confie l'examen de certaines questions à un tribunal administratif plutôt qu'aux tribunaux ordinaires (du moins en première instance), il est permis de présumer que c'est parce que le tribunal administratif apporte un certain avantage que les juges ne sont pas en mesure d'offrir. Pour cette seule raison, le contrôle des décisions d'un tribunal administratif doit souvent se faire non pas en regard de la norme de la décision correcte, mais en fonction d'une norme exigeant de faire montre de retenue. En conséquence, une troisième norme est nécessaire.

Je conclus que cette troisième norme devrait être fondée sur la question de savoir si la décision du Tribunal est déraisonnable. Ce critère doit être distingué de la norme de contrôle qui appelle le plus haut degré de retenue, et en vertu de laquelle les tribunaux doivent dire si la décision du tribunal administratif est manifestement déraisonnable. Est déraisonnable la décision qui, dans l'ensemble, n'est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé. En conséquence, la cour qui contrôle une conclusion en regard de la norme de la décision raisonnable doit se demander s'il

evidentiary foundation itself or in the logical process by which conclusions are sought to be drawn from it. An example of the former kind of defect would be an assumption that had no basis in the evidence, or that was contrary to the overwhelming weight of the evidence. An example of the latter kind of defect would be a contradiction in the premises or an invalid inference.

The difference between “unreasonable” and “patently unreasonable” lies in the immediacy or obviousness of the defect. If the defect is apparent on the face of the tribunal’s reasons, then the tribunal’s decision is patently unreasonable. But if it takes some significant searching or testing to find the defect, then the decision is unreasonable but not patently unreasonable. As Cory J. observed in *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941, at p. 963, “[i]n the Shorter Oxford English Dictionary ‘patently’, an adverb, is defined as ‘openly, evidently, clearly’”. This is not to say, of course, that judges reviewing a decision on the standard of patent unreasonableness may not examine the record. If the decision under review is sufficiently difficult, then perhaps a great deal of reading and thinking will be required before the judge will be able to grasp the dimensions of the problem. See *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at p. 1370, per Gonthier J.; see also *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at para. 47, per Cory J. But once the lines of the problem have come into focus, if the decision is patently unreasonable, then the unreasonableness will be evident.

The standard of reasonableness *simpliciter* is the same standard that was applied in *Pezim*, and for good reason: the parallels between this case and that one are obvious. *Pezim* involved the decision

existe quelque motif étayant cette conclusion. Le défaut, s’il en est, pourrait découler de la preuve elle-même ou du raisonnement qui a été appliqué pour tirer les conclusions de cette preuve. Un exemple du premier type de défaut serait une hypothèse qui n’avait aucune assise dans la preuve ou qui allait à l’encontre de l’essentiel de la preuve. Un exemple du deuxième type de défaut serait une contradiction dans les prémisses ou encore une inférence non valable.

La différence entre «déraisonnable» et de «manifestement déraisonnable» réside dans le caractère flagrant ou évident du défaut. Si le défaut est manifeste au vu des motifs du tribunal, la décision de celui-ci est alors manifestement déraisonnable. Cependant, s’il faut procéder à un examen ou à une analyse en profondeur pour déceler le défaut, la décision est alors déraisonnable mais non manifestement déraisonnable. Comme l’a fait observer le juge Cory dans *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941, à la p. 963, «[d]ans le Grand Larousse de la langue française, l’adjectif manifeste est ainsi défini: «Se dit d’une chose que l’on ne peut contester, qui est tout à fait évidente»». Cela ne veut pas dire, évidemment, que les juges qui contrôlent une décision en regard de la norme du caractère manifestement déraisonnable ne peuvent pas examiner le dossier. Si la décision contrôlée par un juge est assez complexe, il est possible qu’il lui faille faire beaucoup de lecture et de réflexion avant d’être en mesure de saisir toutes les dimensions du problème. Voir *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, à la p. 1370, le juge Gonthier; voir aussi *Conseil de l’éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, au par. 47, le juge Cory. Mais une fois que les contours du problème sont devenus apparents, si la décision est manifestement déraisonnable, son caractère déraisonnable ressortira.

La norme de la décision raisonnable *simpliciter* est celle-là même qui a été appliquée dans *Pezim*, et à juste titre: les parallèles entre cet arrêt et le présent pourvoi sont évidents. L’affaire *Pezim* por-

of a securities commission, one of whose tasks was to be sensitive to and enhance capital market efficiency; this appeal involves the decision of the Tribunal, one of whose tasks is to recognize and in its own way to promote the efficiency of the Canadian economy. In *Pezim*, appeals from decisions of the securities commission lay as of right; in this case, appeals from decisions of the Tribunal lie as of right. The questions in *Pezim* were entirely within the competence of the commission to answer; the question in this appeal is entirely within the competence of the Tribunal to answer. The principal difference between *Pezim* and this case is that *Pezim* involved what were called questions of law. However, as I have already explained, the questions in that case were questions of law only in a somewhat attenuated sense. The difference between the questions in the two cases is therefore not as great as it might at first seem.

taît sur une décision rendue par une commission des valeurs mobilières, dont l'une des tâches était de surveiller le marché des capitaux et de favoriser son bon fonctionnement; le présent pourvoi concerne une décision du Tribunal, dont l'une des tâches est de reconnaître et de stimuler à sa manière l'efficacité de l'économie canadienne. Dans *Pezim*, les décisions de la commission étaient susceptibles d'appel de plein droit; il en est de même des décisions du Tribunal en l'espèce. Dans *Pezim*, les questions relevaient entièrement de la compétence de la commission; en l'espèce, la question en cause relève entièrement de la compétence du Tribunal. La principale différence entre l'affaire *Pezim* et celle qui nous occupe est que la première portait sur ce qu'on a appelé des questions de droit. Toutefois, comme je l'ai expliqué plus tôt, les questions en litige dans cet arrêt n'étaient des questions de droit que dans un sens un peu atténué. La différence entre les questions dans les deux affaires n'est donc pas aussi grande qu'elle pourrait le sembler à première vue.

59 The standard of reasonableness *simpliciter* is also closely akin to the standard that this Court has said should be applied in reviewing findings of fact by trial judges. In *Stein v. "Kathy K" (The Ship)*, [1976] 2 S.C.R. 802, at p. 806, Ritchie J. described the standard in the following terms:

... the accepted approach of a court of appeal is to test the findings [of fact] made at trial on the basis of whether or not they were clearly wrong rather than whether they accorded with that court's view of the balance of probability. [Emphasis added.]

La norme de la décision raisonnable *simpliciter* se rapproche également de la norme que notre Cour a déclaré applicable pour le contrôle des conclusions de fait des juges de première instance. Dans *Stein c. «Kathy K» (Le navire)*, [1976] 1 R.C.S. 802, à la p. 806, le juge Ritchie a décrit la norme dans les termes suivants:

... il est généralement admis qu'une cour d'appel doit se prononcer sur les conclusions tirées en première instance en recherchant si elles sont manifestement erronées et non si elles s'accordent avec l'opinion de la Cour d'appel sur la prépondérance des probabilités. [Je souligne.]

60 Even as a matter of semantics, the closeness of the "clearly wrong" test to the standard of reasonableness *simpliciter* is obvious. It is true that many things are wrong that are not unreasonable; but when "clearly" is added to "wrong", the meaning is brought much nearer to that of "unreasonable". Consequently, the clearly wrong test represents a striking out from the correctness test in the direction of deference. But the clearly wrong test does not go so far as the standard of patent unreasonableness. For if many things are wrong that are not

Même d'un point de vue sémantique, le rapport étroit entre le critère de la décision «manifestement erronée» et la norme de la décision raisonnable *simpliciter* est évident. Il est vrai que bien des choses erronées ne sont pas pour autant déraisonnables; mais quand le mot «manifestement» est accolé au mot «erroné», ce dernier mot prend un sens beaucoup plus proche de celui du mot «déraisonnable». Par conséquent, le critère de la décision manifestement erronée marque un déplacement, du critère de la décision correcte vers un critère exi-

unreasonable, then many things are clearly wrong that are not patently unreasonable (on the assumption that “clearly” and “patently” are close synonyms). It follows, then, that the clearly wrong test, like the standard of reasonableness *simpliciter*, falls on the *continuum* between correctness and the standard of patent unreasonableness. Because the clearly wrong test is familiar to Canadian judges, it may serve as a guide to them in applying the standard of reasonableness *simpliciter*.

Putting all of the foregoing considerations into the balance and taking my cue from this Court’s decisions on the subject, including particularly relatively recent decisions, I am of the view that decisions of the Tribunal should be subject to review on a reasonableness standard. That this standard is appropriate and sensible becomes clear when one considers the complexity of economic life in our country and the need for effective regulatory instruments administered by those most knowledgeable and informed about what is being regulated. It bears noting, however, that the standard I have chosen permits recourse to the courts for judicial intervention in cases in which the Tribunal has been shown to have acted unreasonably.

In the final result, the standard of reasonableness simply instructs reviewing courts to accord considerable weight to the views of tribunals about matters with respect to which they have significant expertise. While a policy of deference to expertise may take the form of a particular standard of review, at bottom the issue is the weight that should be accorded to expert opinions. In other words, deference in terms of a “standard of reasonableness” and deference in terms of “weight” are two sides of the same coin. In this respect, I agree

geant l’application de retenue. Cependant, le critère de la décision manifestement erronée ne va pas aussi loin que la norme du caractère manifestement déraisonnable. Car s’il existe bien des choses qui sont erronées sans être déraisonnables, il y a également bien des choses qui sont manifestement erronées sans pour autant être manifestement déraisonnables. Il s’ensuit donc que le critère de la décision manifestement erronée, tout comme la norme de la décision raisonnable *simpliciter*, s’inscrit sur le continuum, entre la norme de la décision correcte et celle du caractère manifestement déraisonnable. Parce que le critère de la décision manifestement erronée est bien connu des juges au Canada, il peut leur servir de guide dans l’application de la norme de la décision raisonnable *simpliciter*.

Soupesant toutes ces considérations, à la lumière des arrêts de notre Cour sur la question, y compris d’arrêts assez récents, je suis d’avis que les décisions du Tribunal sont susceptibles de contrôle suivant la norme de la décision raisonnable. Le caractère approprié et judicieux de cette norme est évident, compte tenu de la complexité de notre économie et du besoin d’instruments de réglementation efficaces, appliqués par ceux qui sont les plus compétents et les mieux renseignés sur l’objet de la réglementation. Il convient toutefois de signaler que la norme que j’ai choisie permet l’intervention des tribunaux judiciaires dans les cas où il est établi que le tribunal administratif a agi de façon déraisonnable.

En définitive, la norme de la décision raisonnable ne fait que dire aux cours chargées de contrôler les décisions des tribunaux administratifs d’accorder un poids considérable aux vues exprimées par ces tribunaux sur les questions à l’égard desquelles ceux-ci possèdent une grande expertise. Même si le respect d’une politique de retenue en faveur de l’expertise peut se traduire par une norme de contrôle particulière, au fond, la question qui se pose est celle du poids qui doit être accordé aux opinions des experts. En d’autres mots, la retenue examinée en fonction de la «norme de la décision raisonnable» et la retenue examinée en fonction du

with Kerans, *supra*, at p. 17, who has described deference to expertise in the following way:

Experts, in our society, are called that precisely because they can arrive at well-informed and rational conclusions. If that is so, they should be able to explain, to a fair-minded but less well-informed observer, the reasons for their conclusions. If they cannot, they are not very expert. If something is worth knowing and relying upon, it is worth telling. Expertise commands deference only when the expert is coherent. Expertise loses a right to deference when it is not defensible. That said, it seems obvious that [appellate courts] manifestly must give great weight to cogent views thus articulated. [Emphasis added.]

G. Application of the Standard

63 The question, then, is whether the Tribunal acted unreasonably when it decided that Southam's daily newspapers and community newspapers are in different product markets. I conclude that it did not.

64 The Federal Court of Appeal identified what it thought were two defects in the Tribunal's decision. The first is that the Tribunal failed to consider evidence that daily newspapers and community newspapers are functionally interchangeable. The second is that the Tribunal failed to consider evidence that Southam considered the community newspapers to be its principal rivals in the Lower Mainland.

65 By "functional interchangeability", the Federal Court of Appeal apparently meant "end use" or "purpose". See pp. 636-37. The Tribunal, for its part, elaborated (at pp. 225-38) at great length on the use to which advertisers put daily and community newspapers. At the end of 14 pages, it came to the conclusion with which the Federal Court of Appeal would later take issue: that advertisers use daily newspapers to reach consumers throughout

«poids [des opinions]» sont deux facettes d'un même problème. À cet égard, je suis d'accord avec M. Kerans, *op. cit.*, à la p. 17, qui a décrit ainsi la retenue qui doit être témoignée devant l'expertise:

[TRADUCTION] Dans notre société, les experts ont droit à ce titre précisément parce qu'ils sont capables de tirer des conclusions éclairées et rationnelles. Si c'est le cas, ils devraient être en mesure d'expliquer à un observateur impartial mais moins bien renseigné qu'eux les raisons justifiant leurs conclusions. S'ils ne sont pas capables de le faire, ce ne sont pas de grands experts. Si une conclusion vaut la peine d'être connue et mérite qu'on s'y fie, elle vaut la peine d'être exposée. L'expertise ne commande la retenue que si l'expert est cohérent. L'expertise perd le droit à la retenue, lorsque les opinions exprimées sont indéfendables. Cela dit, il semble évident que manifestement [les cours d'appels] doivent accorder un poids considérable aux opinions convaincantes exprimées de la manière indiquée. [Je souligne.]

G. L'application de la norme

La question est donc de savoir si le Tribunal a agi déraisonnablement lorsqu'il a décidé que les quotidiens de Southam et les journaux communautaires occupent des marchés différents pour ce qui est du produit. Je conclus qu'il n'a pas agi déraisonnablement.

La Cour d'appel fédérale a décelé ce qu'elle a jugé être deux défauts dans la décision du Tribunal. Le premier est que le Tribunal aurait omis de tenir compte d'éléments de preuve indiquant que les quotidiens et les journaux communautaires sont fonctionnellement interchangeables. Le deuxième est que le Tribunal aurait omis de prendre en compte des éléments de preuve indiquant que Southam considérait les journaux communautaires comme ses principaux concurrents dans le Lower Mainland.

Par «interchangeabilité fonctionnelle», la Cour d'appel fédérale voulait apparemment dire «utilisation finale» ou «fin». Voir les pp. 636 et 637. Quant à lui, le Tribunal s'est longuement attardé (aux pp. 225 à 238) à l'utilisation que les annonceurs font des quotidiens et des journaux communautaires. Au terme de 14 pages d'analyse, le Tribunal a tiré la conclusion que la Cour d'appel fédérale allait plus tard contester: les annonceurs

the entire Lower Mainland and use community newspapers to reach smaller, "local" audiences.

The Federal Court of Appeal quarrelled with this conclusion on several grounds. Its first, and most general objection, was to the weight that the Tribunal assigned to the criterion of functional interchangeability. In the court's view, at p. 635, the Tribunal gave this important criterion short shrift: "the Tribunal clearly failed to consider the importance of functional interchangeability, which is not simply one of many criteria to be considered but a central part of the framework". However, as I have already noted, the weighing of criteria in a balancing test must be largely a matter of discretion. The very purpose of a multi-factored test, such as the one that the Tribunal used to determine the dimensions of the relevant product market, is to permit triers of fact to do justice in diverse particular cases.

As a general matter, in cases like this one, the aims and objectives of the statute may not be served by assigning principal or overriding importance to any one factor. It cannot be said as a matter of law that evidence of functional interchangeability should weigh more heavily in the balance than other kinds of evidence. The question therefore must be whether the Tribunal's attention to functional interchangeability was reasonable on the facts of this case.

For my part, I cannot say that the Tribunal acted unreasonably to discount the evidence of functional interchangeability. It had its reasons for doing so, and those reasons cannot be said to be without foundation or logical coherence. In particular, the Tribunal seems to have thought that daily newspapers and community newspapers serve different purposes. The former appeal to large advertisers who wish to convey their message throughout a metropolitan region. The latter appeal to smaller advertisers, who wish to reach all or many

utilisent les quotidiens pour rejoindre les consommateurs dans tout le Lower Mainland, et ils utilisent les journaux communautaires pour rejoindre des clientèles «locales» plus restreintes.

La Cour d'appel fédérale a mis cette conclusion en doute pour plusieurs motifs. Sa première objection et aussi la plus générale concernait le poids que le Tribunal avait accordé au critère de l'interchangeabilité fonctionnelle. De l'avis de la Cour d'appel fédérale, à la p. 635, le Tribunal avait fait peu de cas de ce critère important: il «a manifestement omis de tenir compte de l'importance de l'interchangeabilité fonctionnelle, qui n'est pas simplement un critère parmi d'autres à prendre en considération, mais une partie centrale du cadre». Toutefois, comme je l'ai déjà signalé, l'appréciation des divers éléments d'un critère de pondération doit, dans une large mesure, être laissée au pouvoir discrétionnaire du décideur. L'objet même d'un critère comportant de multiples facteurs, tel celui qu'a utilisé le Tribunal pour déterminer les dimensions du marché pertinent pour ce qui est du produit, est de permettre au juge des faits de rendre justice dans des situations de fait particulières.

En règle générale, dans des affaires comme celle qui nous occupe, il est possible que le fait d'accorder une importance primordiale ou prépondérante à un facteur donné ne favorise pas la réalisation des buts et des objectifs de la loi. Il est impossible d'affirmer, en droit, que la preuve de l'interchangeabilité fonctionnelle devrait avoir plus de poids que d'autres types de preuve. La question est donc de savoir si l'attention accordée par le Tribunal à l'interchangeabilité fonctionnelle était raisonnable compte tenu des faits de l'espèce.

Quant à moi, je ne peux affirmer que le Tribunal a agi déraisonnablement en écartant la preuve de l'interchangeabilité fonctionnelle. Il avait ses raisons pour le faire, et il est impossible d'affirmer que ces raisons sont sans fondement ou cohérence logique. En particulier, le Tribunal semble avoir été d'avis que les quotidiens et les journaux communautaires servent des fins différentes. Les premiers intéressent les gros annonceurs qui veulent transmettre leur message sur tout le territoire d'une grande agglomération. Les seconds intéressent les

66

67

68

of the consumers living in a particular neighbourhood or district of a city. See the Tribunal's decision at p. 238. While I might not agree, as a matter of empirical "fact", that this description of the purposes of the respective kinds of newspaper is exhaustive, I think that it is not without its reasons. It is reasonable, if only reasonable, to suppose that advertisers are sufficiently discerning about the media they employ that they are unlikely to respond to changes in the relative prices of the two kinds of newspaper by taking their business from the one to the other. Fortunately for the Tribunal, its decision need only be reasonable and not necessarily correct.

plus petits annonceurs qui veulent rejoindre l'ensemble ou une grande partie des consommateurs habitant un quartier ou un district d'une ville. Voir la décision du Tribunal, à la p. 238. Quoique je pourrais ne pas être d'accord pour dire que, empiriquement, il s'agit là d'une description exhaustive des fins auxquelles servent ces divers types de journaux, j'estime néanmoins qu'elle n'est pas sans fondement. Il est à tout le moins raisonnable de supposer que les annonceurs choisissent avec suffisamment de perspicacité les médias qu'ils utilisent, et qu'il est donc peu probable qu'ils réagissent aux variations des prix relatifs des deux types de journaux en faisant passer leur clientèle de l'un à l'autre. Heureusement pour le Tribunal, il suffit que sa décision soit raisonnable, et pas nécessairement qu'elle soit correcte.

69 However, that does not finish the matter. The Federal Court of Appeal had two other difficulties with the Tribunal's approach, and they appear to go to the reasoning that underlies the Tribunal's conclusion. The first is that it is inconsistent to lump together daily newspapers and community newspapers for purposes of distinguishing them from broadcast media but then to separate the two kinds of newspapers for purposes of distinguishing them from one another. The second is that the Tribunal's conclusion confuses geographical scope with purpose. Both alleged difficulties turn out on closer inspection not to be troubling.

Toutefois, cela ne règle pas la question. La Cour d'appel fédérale a éprouvé deux autres difficultés à l'égard de l'approche du Tribunal, difficultés qui semblent toucher le raisonnement sur lequel repose la conclusion tirée par celui-ci. La première est qu'il est contradictoire de mettre dans le même panier les quotidiens et les journaux communautaires pour les distinguer des médias électroniques, puis de séparer les deux types de journaux dans le but de les distinguer les uns des autres. La deuxième difficulté est que la conclusion du Tribunal confond le rayonnement géographique et la fin. Or, il appert d'un examen approfondi que les deux difficultés invoquées ne sont pas troublantes.

70 The Federal Court of Appeal, at p. 636, described the first alleged difficulty in these terms: "If 'multiple price/product' advertising is a relevant purpose for distinguishing between print and electronic media then it must also be relevant as between advertising in daily and community newspapers". But, with respect, this conclusion does not follow. It is perfectly consistent to distinguish between the broadcast media and the print media on one ground and to distinguish further between two kinds of print media on another ground. Broadcasters attract advertisers who want to convey an "image". See the Tribunal's decision at p. 221. Newspapers attract advertisers who want to convey a great deal of specific information about a

La Cour d'appel fédérale, à la p. 636, a décrit en ces termes la première difficulté invoquée: «Si la publicité "multi-prix/multi-produits" est une fin pertinente pour faire la distinction entre les imprimés et les médias électroniques, alors elle doit également être pertinente pour faire la distinction entre la publicité dans les quotidiens et la publicité dans les journaux communautaires». En toute déférence, toutefois, cette conclusion n'est pas fondée. Il est parfaitement logique de faire une distinction entre les médias électroniques et la presse pour un motif donné, puis d'établir une distinction entre deux types de journaux pour un autre motif. La radio et la télévision attirent les annonceurs qui veulent projeter une «image de marque».

variety of products all at once. Accordingly, the two kinds of media serve different markets. However, from the fact that newspapers in general serve a certain broad class of advertiser, it does not follow that all newspapers serve precisely the same particular advertisers, or the same relevant advertising markets. Further division of the market is possible. Thus, daily newspapers serve advertisers who wish to reach even a relatively small proportion of people throughout a large region. Community newspapers serve advertisers who wish to reach a large proportion of people in a small region. See, *supra*, at p. 238. These markets are at least possibly, and therefore reasonably, different.

If the identification of an overarching, broad purpose that two kinds of products serve were sufficient to place those products in the same market, then all products could be placed in the same market, because all products serve the general purpose of satisfying consumers' needs. Certainly, following the Federal Court of Appeal's reasoning it would be possible to argue that broadcast media and print media are in the same market because both kinds of media serve advertisers. But it is not so, and the Federal Court of Appeal admitted at p. 636 that it is not so. The trick is to settle on the correct level of generality. Canadian courts have recognized as much in the past:

... speaking generally, it is of importance to bear in mind that the term "market" is a relative concept. In one sense, there is only one market in an economy since, to some extent, all products and services are substitutes for each other in competing for the customer's dollar.

In another sense, almost every firm has its own market since, in most industries, each firm's product is differentiated, to some extent, from that of all other firms.

Voir la décision du Tribunal, à la p. 221. Les journaux attirent les annonceurs qui veulent communiquer quantité de renseignements précis sur divers produits d'un seul coup. En conséquence, les deux types de médias desservent des marchés différents. Toutefois, du fait que les journaux en général répondent aux besoins d'une catégorie générale d'annonceurs, il ne s'ensuit pas que tous les journaux desservent précisément ces mêmes annonceurs ou les mêmes marchés publicitaires pertinents. Le marché peut être fragmenté davantage. Ainsi, les quotidiens sont utilisés par les annonceurs qui veulent rejoindre une proportion même relativement faible des foyers sur tout le territoire d'une grande région. Les journaux communautaires sont utilisés par les annonceurs qui veulent rejoindre une grande proportion des foyers dans une région restreinte. Voir, précité, à la p. 238. Il est à tout le moins possible, et donc raisonnable, que ces marchés soient différents.

S'il suffisait, pour situer deux types de produits sur le même marché, de déterminer qu'ils servent tous deux une fin générale dominante, tous les produits pourraient être dits sur le même marché, puisqu'ils visent tous la même fin générale, c'est-à-dire satisfaire les besoins des consommateurs. Certes, si l'on suivait le raisonnement de la Cour d'appel fédérale, il serait possible de soutenir que les médias électroniques et la presse sont sur le même marché parce que les deux types de médias sont utilisés par les annonceurs. Mais tel n'est pas le cas, et la Cour d'appel fédérale l'a reconnu à la p. 636. La solution c'est de s'en tenir au juste niveau de généralité. Les tribunaux canadiens ont reconnu ce fait dans le passé:

[TRADUCTION] ... d'une façon générale, il importe de se rappeler que le «marché» est un concept relatif. En un sens, il n'y a qu'un seul marché dans une économie puisque, dans une certaine mesure, tous les produits et services sont des substituts qui se disputent la clientèle des consommateurs.

Dans un autre sens, presque chaque entreprise a son propre marché puisque, dans la plupart des secteurs, le produit de chaque entreprise se différencie, jusqu'à un certain point, de celui de toutes les autres entreprises.

Defining the relevant market in any particular case, therefore, requires a balanced consideration of a number of characteristics or dimensions to meet the analytical needs of the specific matter under consideration.

The Queen v. J. W. Mills & Son Ltd., [1968] 2 Ex. C.R. 275, at p. 305.

72

What has to be kept in mind is that purposes are as various as markets, and both come in different sizes. Consequently it is unhelpful to suggest that once a purpose has been identified, all those products that serve that purpose should be considered to fall within a single market. It is the correct or relevant purpose that must be found, which is to say the broadest purpose that is consistent with a high cross-elasticity of demand. For example, cars and tanks both serve the general purpose of conveying people from place to place. But no one would suggest that cars and tanks are in the same market. The reason is that consumers do not modify their car-purchasing behaviour in response to slight changes in the price of tanks, and governments do not modify their tank-purchasing behaviour in response to slight changes in the price of cars. A person who is in the market for a station wagon does not shop with an eye on the price of armaments. Again, the Minister of National Defence does not check prices at local car dealerships before announcing an acquisition of new military hardware.

73

The relevant purpose is a function of the psychology of consumption or preference. Consequently, in order to choose the relevant purpose, the adjudicator must possess in advance some idea about the behaviour of consumers. In this way, the purpose inquiry is a little circular. Tribunals inquire into purpose in order to get a grip on the tendency of consumers to substitute one product for another, but they will not hit on the right purpose unless they already have a notion of what consumers will substitute for what. This circularity does not, however, alter the fact that more is needed to establish functional interchangeability

Pour définir le marché pertinent dans un cas donné, il faut donc soupeser un certain nombre de caractéristiques ou de dimensions afin de répondre aux besoins analytiques de la question précise en cause.

The Queen c. J. W. Mills & Son Ltd., [1968] 2 R.C. de l'É. 275, à la p. 305.

Ce qu'il ne faut pas oublier c'est que les fins visées sont aussi diverses que les marchés, et que la taille des deux varie. En conséquence, il n'est pas utile d'affirmer qu'une fois qu'on a identifié une fin donnée, tous les produits qui servent cette fin doivent être considérés comme appartenant à un seul et même marché. Ce qu'il faut déterminer c'est la fin correcte ou pertinente, en d'autres mots la fin la plus générale qui est compatible avec une forte élasticité croisée de la demande. Par exemple, tant les automobiles que les chars d'assaut servent la fin générale qu'est le transport des personnes d'un lieu à un autre. Cependant, personne n'oserait affirmer que les voitures et les chars d'assaut visent un seul et même marché. La raison en est que les consommateurs ne vont pas modifier leur comportement en matière d'achat d'automobiles par suite de légères variations du prix des chars d'assaut, et que les États ne vont pas modifier leur comportement quant à l'achat de chars d'assaut en réponse à de légères variations du prix des automobiles. La personne qui se cherche une familiale ne se préoccupera pas du prix de l'armement. À l'inverse, le ministre de la Défense nationale ne vérifie pas les prix chez les concessionnaires automobiles avant d'annoncer l'achat de nouveau matériel de guerre.

La fin pertinente est fonction de la psychologie de la consommation ou des préférences. Par conséquent, pour déterminer la fin pertinente, le décideur doit avoir au préalable une certaine idée du comportement des consommateurs. De ce point de vue, la détermination de la fin a quelque chose de circulaire. En effet, on s'interroge sur la fin afin de discerner chez les consommateurs la tendance à substituer un produit à un autre, mais on ne découvrira pas la fin exacte à moins d'avoir déjà une idée des produits que les consommateurs sont disposés à remplacer par un autre. Cette circularité ne change cependant rien au fait qu'il faut davantage

than citation of a common purpose. That daily newspapers and community newspapers both seek the trade of “multiple price/product” advertisers does not show, without more, that they are competing in the same market. It was open to the Tribunal to conclude, after consulting evidence of the behaviour of advertisers, that purchasing decisions in the real world are taken on the basis of some more particular purpose than to convey information about several products at once.

The Federal Court of Appeal at p. 636-37 also took issue, at a theoretical level, with the Tribunal’s attention to the geographic scope of the different kinds of newspapers:

But the fact that the community newspapers are more local in nature does not go to the question of functional interchangeability, but to the behaviour of buyers as to preference for geographical scope. This latter subjective factor should not be mingled with the purely objective factor of functional interchangeability which focuses on use or purpose.

Immediately, any argument that depends on a classification of purpose as “objective” is suspect. Purpose is at least, in part, a matter of intention and so is at least, in part, “subjective”. Presumably, almost any object can be put to a multitude of uses. An axe handle, for example, can serve as a bludgeon or as an axe handle. The purpose it serves depends on the intention of the person in whose hand it is. In like manner, the purposes daily newspapers and community newspapers serve depend on the intentions of their users.

In the right hands, both could function as bird-cage liners or as wrapping for fish and chips. At times, both probably do. However, those functions are uninteresting because they are atypical, and the Tribunal was right not to mention them. But in order to exclude those purposes and settle on the relevant ones, the Tribunal had to consider, at least implicitly, the intentions of the users of the two kinds of newspaper. Therefore, it was not illegiti-

que la mention d’une fin commune pour établir l’interchangeabilité fonctionnelle. Le fait que les quotidiens et les journaux communautaires cherchent tous à s’accaparer la publicité «multi-prix/multi-produits» ne prouve pas, à lui seul, qu’ils se font concurrence sur le même marché. Il était loisible au Tribunal de conclure, après avoir pris connaissance de la preuve relative au comportement des annonceurs, que les décisions d’achat dans le monde réel sont prises en fonction d’un objectif plus particulier que celui de communiquer des renseignements sur plusieurs produits d’un seul coup.

La Cour d’appel fédérale, aux pp. 636 et 637, a également mis en doute, sur le plan théorique, l’importance accordée par le Tribunal à l’étendue géographique des divers types de journaux:

Toutefois, ce caractère plus local des journaux communautaires ne se rapporte pas à la question de l’interchangeabilité fonctionnelle, mais au comportement des acheteurs quant à leur préférence pour l’étendue géographique. Il ne faudrait pas confondre ce dernier facteur subjectif avec le facteur purement objectif qu’est l’interchangeabilité fonctionnelle, lequel est axé sur l’utilisation d’un produit ou les fins auxquelles il sert.

Au départ, tout argument qui dépend de la classification d’une fin comme étant «objective» est suspect. La fin est, en partie du moins, affaire d’intention, de sorte qu’elle est à tout le moins partiellement «subjective». Il est permis de supposer que pratiquement tout objet peut servir à une multitude de fins. Par exemple, un manche de hache peut servir de gourdin, ou tout simplement de manche de hache. La fin à laquelle il sert dépend de l’intention de celui qui en dispose. De même, les fins auxquelles servent les quotidiens et les journaux communautaires dépendent des intentions de leurs utilisateurs.

Selon la personne qui les a en main, les deux types de publications pourraient servir soit à couvrir le fond d’une cage à oiseaux soit à emballer du poisson et des frites à l’anglaise. À l’occasion, ils servent probablement à ces fins. Toutefois, ces utilisations sont sans intérêt car elles sont atypiques, et le Tribunal a eu raison de ne pas les mentionner. Toutefois, pour exclure ces fins et retenir les fins pertinentes, le Tribunal a dû examiner, du moins

74

75

mate for the Tribunal to look to what the Federal Court of Appeal at p. 636 called “preference for geographical scope”. Reaching consumers throughout a large region is one purpose. Reaching consumers in a neighbourhood is another purpose. It does not matter that the difference between them is in the intention of the advertiser. Intention is a component of purpose. Of course, “objective” considerations also play a part. A newspaper cannot be an aircraft, however much someone might wish that it could be. And this is reflected in the Tribunal’s distinction. A community newspaper cannot reach a large audience, however much an advertiser might wish that it could, and a daily newspaper cannot reach only the consumers in a small locality.

implicitement, les intentions des utilisateurs des deux types de journaux. En conséquence, il n’était pas illégitime que le Tribunal tienne compte de ce que la Cour d’appel fédérale a appelé, aux pp. 636 et 637, la «préférence pour l’étendue géographique». Rejoindre les consommateurs sur tout le territoire d’une vaste région est une fin. Rejoindre ceux habitant un quartier en est une autre. Il est sans importance que la différence entre ces deux fins réside dans l’intention de l’annonceur. L’intention est un élément constitutif de la fin. Bien sûr, des considérations «objectives» jouent aussi un rôle. On aura beau souhaiter le contraire, un journal n’est pas un aéronef. Et la distinction que fait le Tribunal tient compte de cette réalité. Un annonceur aura beau souhaiter qu’il en soit autrement, un journal communautaire ne peut pas rejoindre un large public, et un quotidien ne peut pas rejoindre uniquement les consommateurs d’une localité.

76 It appears, then, that the Tribunal considered at length, at much greater length than did the Federal Court of Appeal, whether daily newspapers and community newspapers serve the same purpose. It concluded that they do not, and gave reasons for its conclusion. The reasons that the Federal Court of Appeal offered for questioning that conclusion are, with respect, unconvincing. Accordingly, failing the appearance of some other basic objection to the Tribunal’s conclusion about functional interchangeability, that conclusion should stand.

Il semble donc que le Tribunal a examiné en profondeur — beaucoup plus en profondeur que ne l’a fait la Cour d’appel fédérale — la question de savoir si les quotidiens et les journaux communautaires servent la même fin. Il a conclu que non, et il a motivé cette conclusion. En toute déférence, les motifs que la Cour d’appel fédérale a donnés pour mettre en doute cette conclusion ne sont pas convaincants. En conséquence, en l’absence de quelque autre objection fondamentale à la conclusion du Tribunal à l’égard de l’interchangeabilité fonctionnelle, cette conclusion doit être confirmée.

77 The Federal Court of Appeal also found fault with the Tribunal’s treatment of evidence that Southam regarded the community newspapers as its chief competitors. In particular, it objected to the Tribunal’s preference for a “more focused analysis” of the evidence of inter-industry competition. In the court’s view at p. 638, “[t]he evidence of broad competitiveness is sufficient to show that there is competition in fact between the Pacific Dailies and the community newspapers”. It was error, said the Federal Court of Appeal, for the Tribunal to ignore that evidence.

La Cour d’appel fédérale a également critiqué la façon dont le Tribunal a traité la preuve que Southam considérait les journaux communautaires comme ses principaux concurrents. En particulier, elle a désapprouvé la préférence du Tribunal pour une «analyse plus rigoureuse» de la preuve de la concurrence interindustrielle. De l’avis de la Cour, à la p. 638, «la preuve de concurrence «générale» [...] est suffisante pour établir l’existence d’une concurrence véritable entre les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires». Le Tribunal a commis une erreur, d’affirmer la Cour d’appel fédérale, en faisant abstraction de cette preuve.

In fact, the Tribunal devoted 28 pages of its reasons (at pp. 191-218) to the question of inter-industry competition. The Tribunal did not “ignore” evidence of broad inter-industry competition. It simply did not regard that evidence as decisive (at pp. 191-92):

... determining that Pacific Press regarded the community newspapers as “competitors” is not by itself enough to place them in the same market. Competition means many things to many people. What the tribunal must establish is whether dailies and the community newspapers are in the same product market for the purposes of assessing the implications of the acquisitions in question in this case. As discussed above in general terms, that exercise involves resolving whether dailies and community newspapers are effective substitutes for newspaper retail advertising services. The actions taken and the views expressed by participants in the alleged market are recognized by both parties and by expert witnesses as an important source of information in trying to answer this question. [Emphasis added.]

In short, the Tribunal found that although evidence of inter-industry competition suggests a certain conclusion, it is not sufficient by itself to establish that conclusion. In this it relied on the elementary principle that thinking something is so does not make it so. A company can believe that it is competing with another company without it actually (or legally) being so.

It is possible that if I were deciding this case *de novo*, I might not dismiss so readily as the Tribunal did what is admittedly weighty evidence of inter-industry competition. In my view, it is very revealing that Southam’s own expert, an American newspaper consultant, identified the community newspapers as the source of Southam’s difficulties in the Lower Mainland. To find, in the face of such evidence, that the daily newspapers and the community newspapers are not competitors is perhaps unusual. In that sense, the Tribunal’s finding is difficult to accept. However, it is not unreasonable. The Tribunal explained that, in its view, Southam was mistaken about who its competitors were; and

En fait, le Tribunal a consacré 28 pages de ses motifs (les pp. 191 à 218) à la question de la concurrence interindustrielle. Le Tribunal n’a pas «fait abstraction» de la preuve concernant la concurrence interindustrielle générale. Il a simplement estimé que cette preuve n’était pas décisive (aux pp. 191 et 192):

... le fait que Pacific Press ait considéré les journaux communautaires comme des «concurrents» ne suffit pas pour qu’on les classe dans le même marché. La concurrence peut être interprétée de bien des façons selon les personnes en cause. La tâche qui incombe au Tribunal est d’établir si les quotidiens et les journaux communautaires sont dans le même marché du produit afin de déterminer l’incidence des acquisitions faisant l’objet de la présente affaire. Comme nous en avons fait état ci-dessus en termes plus généraux, l’exercice consiste à savoir si les quotidiens et les journaux communautaires sont des substituts efficaces en matière de services de publicité-détaillants par la presse. À cet égard, les mesures prises et les opinions exprimées par les participants sur le marché allégué sont reconnues par les deux parties et par les témoins experts comme étant une importante source de renseignements pour aider à répondre à cette question. [Je souligne.]

Bref, le Tribunal a conclu que, bien que la preuve de la concurrence interindustrielle suggère une certaine conclusion, cette preuve n’est pas suffisante en soi pour justifier la conclusion. Pour dire cela, il s’est appuyé sur le principe élémentaire voulant que le simple fait de croire à une chose n’en fait pas une réalité. Une entreprise peut croire qu’elle est en concurrence avec une autre sans pour autant l’être dans les faits (ou en droit).

Peut-être que si je statuais sur cette affaire *de novo*, je n’écarterais pas aussi facilement que l’a fait le Tribunal la preuve de la concurrence interindustrielle qui, reconnaît-on, a un poids considérable. À mon avis, il est très révélateur que la propre experte de Southam, une experte-conseil américaine de l’industrie des journaux, a indiqué que les journaux communautaires étaient la source des difficultés de Southam dans le Lower Mainland. Conclure, au vu d’une telle preuve, que les quotidiens et les journaux communautaires ne sont pas concurrents est peut-être étrange. En ce sens, la conclusion du Tribunal est difficile à accepter. Toutefois, elle n’est pas déraisonnable. Le Tribunal a

though I may not consider that reason compelling, I cannot say that it is not a reason for which there is a logical and evidentiary underpinning. More generally, I notice that the Tribunal seems to have been preoccupied with the definition of the relevant market. It is possible that the members may occasionally have lost sight of the ultimate inquiry, which is whether the acquisition of the community newspapers by Southam substantially lessened competition. But again, I cannot say that the Tribunal's approach was unreasonable. Definition of the relevant market is indeed a necessary step in the inquiry; and the fact that the Tribunal dwelled on it is perhaps understandable if, as seems to have been the case, the bounds of the relevant market were not clear.

expliqué que, à son avis, Southam se trompait au sujet de l'identité de ses concurrents; et, bien que je ne trouve peut-être pas ce motif convaincant, je ne peux affirmer qu'il est dénué de logique et sans fondement dans la preuve. De façon plus générale, je remarque que le Tribunal semble avoir été préoccupé par la définition du marché pertinent. Il est possible que ses membres aient, à l'occasion, perdu de vue la question ultime, c'est-à-dire celle de savoir si l'acquisition des journaux communautaires par Southam diminuait sensiblement la concurrence. Ici aussi, il m'est impossible d'affirmer que l'approche du Tribunal était déraisonnable. La définition du marché pertinent est effectivement une étape nécessaire de l'examen; et le fait que le Tribunal s'y soit attardé est peut-être compréhensible si, comme cela semble avoir été le cas, les limites du marché pertinent n'étaient pas évidentes.

80 I wish to observe, by way of concluding my discussion of this issue, that a reviewer, and even one who has embarked upon review on a standard of reasonableness *simpliciter*, will often be tempted to find some way to intervene when the reviewer him- or herself would have come to a conclusion opposite to the tribunal's. Appellate courts must resist such temptations. My statement that I might not have come to the same conclusion as the Tribunal should not be taken as an invitation to appellate courts to intervene in cases such as this one but rather as a caution against such intervention and a call for restraint. Judicial restraint is needed if a cohesive, rational, and, I believe, sensible system of judicial review is to be fashioned.

En guise de conclusion de mon analyse de cette question, je tiens à faire observer que le décideur chargé du contrôle de la décision, et même un décideur appliquant la norme de la décision raisonnable *simpliciter*, sera souvent tenté de trouver un moyen d'intervenir dans les cas où il aurait lui-même tiré la conclusion contraire. Les cours d'appel doivent résister à cette tentation. Mon affirmation selon laquelle je ne serais peut-être pas arrivé à la même conclusion que le Tribunal ne devrait pas être considérée comme une invitation aux cours d'appel à intervenir dans les cas comme celui qui nous intéresse, mais plutôt comme une mise en garde contre pareille intervention et comme un appel à la retenue. La retenue judiciaire s'impose si l'on veut façonner un système de contrôle judiciaire cohérent, rationnel et, à mon sens, judicieux.

81 Accordingly, the Tribunal's conclusion must stand.

En conséquence, la conclusion du Tribunal doit être confirmée.

H. *Remedy*

H. *La mesure de redressement*

82 Having found that Southam's acquisitions had produced a substantial lessening of competition in the market for real estate print advertising on the North Shore, the Tribunal ordered Southam to divest itself, at its own option, of either the *Real*

Ayant conclu que les acquisitions de Southam avaient eu pour effet de diminuer sensiblement la concurrence sur le marché de la publicité immobilière imprimée dans le North Shore, le Tribunal a ordonné à Southam de se départir, à son choix, du

Estate Weekly or the *North Shore News*. The Federal Court of Appeal declined to disturb this remedy. I agree with the Federal Court of Appeal that the remedy settled upon by the Tribunal should be allowed to stand.

The appellants submit that the correct test for a remedy under the *Competition Act* is whether it eliminates any substantial lessening of competition that the merger may have caused. The appellants observe that this is the standard that has been applied in cases under s. 92(1)(e)(iii) of the *Competition Act*, in which the parties have consented to the remedy. See, e.g., *Canada (Director of Investigation & Research) v. Air Canada* (1989), 27 C.P.R. (3d) 476 (Comp. Trib.), at pp. 513-14. They observe also that substantial lessening of competition is the evil that Parliament has sought to address in the Act. Mergers themselves are not considered to be objectionable except in so far as they produce a substantial lessening of competition. Therefore, restoration to the pre-merger situation is not what is wanted. Indeed, presumably some lessening of competition following a merger is tolerated, because the Act proscribes only a substantial lessening of competition. The appellants object further to what they see as the punitive quality of the remedy that the Tribunal imposed, and to what they regard as the illicit shifting to them of the burden of showing that the proposed remedy would be effective.

The respondent, for his part, says that the test of a remedy is whether it restores the parties to the pre-merger competitive situation. I believe that the appellants' test is the better one.

The evil to which the drafters of the *Competition Act* addressed themselves is substantial lessening of competition. See *Competition Act*, s. 92(1). It hardly needs arguing that the appropriate remedy for a substantial lessening of competition is to

North Shore News ou du *Real Estate Weekly*. La Cour d'appel fédérale a refusé de modifier cette mesure de redressement. Je suis d'accord avec elle que la mesure de redressement fixée par le Tribunal doit être maintenue.

Les appelantes soutiennent que le bon critère pour déterminer la mesure de redressement en vertu de la *Loi sur la concurrence* consiste à se demander si la mesure élimine la diminution sensible de la concurrence que le fusionnement a pu causer. Elles soulignent qu'il s'agit de la norme qui a été appliquée dans les affaires fondées sur le sous-al. 92(1)e)(iii) de la *Loi sur la concurrence*, et dans lesquelles les parties consentaient à la mesure de redressement. Voir, par exemple, *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Air Canada* (1989), 27 C.P.R. (3d) 476 (Trib. conc.), aux pp. 513 et 514. Les appelants soulignent en outre que la diminution sensible de la concurrence est le mal que le Parlement cherche à éliminer par la Loi. Les fusionnements en soi ne sont pas condamnables, sauf dans la mesure où ils entraînent une diminution sensible de la concurrence. Par conséquent, le rétablissement de la situation qui existait avant le fusionnement n'est pas ce qui est voulu. De fait, il est vraisemblable qu'une certaine diminution de la concurrence par suite d'un fusionnement soit tolérée, car la Loi interdit seulement la diminution sensible de la concurrence. Les appelantes contestent aussi ce qu'elles perçoivent comme l'aspect punitif de la mesure de redressement ordonnée par le Tribunal, et ce qu'elles considèrent comme le déplacement illicite sur leurs épaules du fardeau de prouver l'efficacité de la mesure proposée.

Pour sa part, l'intimé affirme que le critère de détermination de la mesure de redressement consiste à se demander si celle-ci rétablit les parties dans la situation de concurrence dans laquelle elles se trouvaient avant le fusionnement. Je crois que le critère des appelantes est celui qui doit être retenu.

Le mal auquel les rédacteurs de la *Loi sur la concurrence* s'attaquaient est la diminution sensible de la concurrence. Voir la *Loi sur la concurrence*, par. 92(1). Il n'est guère besoin de démontrer que la mesure de redressement appropriée en

83

84

85

restore competition to the point at which it can no longer be said to be substantially less than it was before the merger. This is the test that the Tribunal has applied in consent cases. The Tribunal attempted to distinguish this case from those cases on precisely the ground that here the Director did not consent to the appellants' proposed remedy. But the distinction is not a sensible one. I can think of only two reasons why the test should be more forgiving where the parties have consented to a remedy. The first is that parties who have not consented should be punished for their obduracy. The second, which is related to the first, is that the law should provide parties with an incentive to come to a consensual arrangement. Neither reason is valid on closer analysis. The burden of a harsh standard falls entirely on one of the parties: the company. No punishment falls on the Director when he or she is obdurate, and the harsh standard gives him or her no incentive to consent to a remedy. Therefore, even if there is a policy of encouraging consent and punishing obduracy, it is not well served by the imposition of a more stringent standard in cases in which the parties have not consented. The better approach is to apply the same standard in contested proceedings as in consent proceedings.

cas de diminution sensible de la concurrence consiste à rétablir la concurrence de façon qu'il ne soit plus possible de dire qu'elle est sensiblement inférieure à ce qu'elle était avant le fusionnement. Il s'agit du critère que le Tribunal a appliqué dans les affaires où les parties consentaient à la mesure de redressement. Le Tribunal a tenté de faire une distinction entre ces affaires et le présent cas, précisément en invoquant le motif que, en l'espèce, le directeur n'a pas consenti à la mesure de redressement proposée par les appelantes. Ce n'est toutefois pas une distinction judiciaire. Je ne peux voir que deux raisons pour lesquelles le critère devrait être plus indulgent lorsque les parties consentaient à la mesure de redressement. La première est que les parties qui n'y consentaient pas devraient être punies pour leur obstination. La deuxième, qui est liée à la première, est que la loi devrait fournir aux parties une incitation à convenir d'un arrangement consensuel. Ni l'une ni l'autre ne résistent à un examen attentif. Les conséquences de l'application d'une norme sévère retombent entièrement sur une seule des parties: l'entreprise. Le directeur n'encourt aucune sanction s'il se montre obstiné, et la norme sévère ne l'incite pas à consentir à la mesure de redressement. Par conséquent, même s'il existe une politique visant à encourager les parties à donner leur consentement et à les punir si elles font montre d'obstination, elle n'est pas bien servie par l'application d'une norme rigoureuse dans les cas où les parties ne consentaient pas à la mesure de redressement. Il est préférable d'appliquer la même norme, tant dans les procédures contentieuses que dans celles où les parties consentent à la mesure de redressement.

86

However, the appellants do not benefit by their proposed standard. The reason is that the Tribunal expressly found that, even accepting that the appropriate standard is the one used in consent proceedings, Southam's proposed remedy fails because it would not likely be effective in eliminating the substantial lessening of competition. Robertson J.A. accepted this finding, saying that it was entitled to deference. I agree.

Toutefois, la norme proposée par les appelantes ne leur apporte aucun avantage. La raison de ce fait est que le Tribunal a expressément conclu que, même en admettant que la norme appropriée soit celle appliquée dans les procédures où les parties consentent à la mesure de redressement, celle proposée par Southam est inacceptable parce qu'elle ne serait vraisemblablement pas un moyen efficace d'éliminer la diminution sensible de la concurrence. Le juge Robertson a accepté cette conclusion, affirmant qu'il y avait lieu de faire preuve de retenue à cet égard. Je suis d'accord.

The Tribunal's choice of remedy is a matter of mixed law and fact. The question whether a particular remedy eliminates the substantial lessening of competition is a matter of the application of a legal standard to a particular set of facts. Therefore, for reasons I have already given, the Tribunal's decision must be reviewed according to a standard of reasonableness.

Because the Tribunal did not decide unreasonably when it decided that Southam's proposed remedy would not be effective, its decision should be allowed to stand. What Southam proposed was that it should sell the real estate supplement that appears weekly in the *North Shore News*. But, as the Tribunal very properly pointed out, it is not clear that the supplement would prosper or even survive on its own. Even if the supplement continued to enjoy the advantages of a close association with the *North Shore News*, the closeness of the association would not tend to foster competition. See the Tribunal's decision, *supra*, at p. 252.

The appellants' other objections to the remedy are unconvincing. The remedy is not punitive, because the Tribunal found that it was the only effective remedy. If the choice is between a remedy that goes farther than is strictly necessary to restore competition to an acceptable level and a remedy that does not go far enough even to reach the acceptable level, then surely the former option must be preferred. At the very least, a remedy must be effective. If the least intrusive of the possible effective remedies overshoots the mark, that is perhaps unfortunate but, from a legal point of view, such a remedy is not defective. As for the claim that the Tribunal wrongly required the appellants to demonstrate the effectiveness of their proposed remedy, no more need be said than that he who

La détermination de la mesure de redressement par le Tribunal est une question de droit et de fait. La question de savoir si une mesure de redressement donnée élimine la diminution sensible de la concurrence emporte l'application d'une norme juridique à un ensemble particulier de faits. En conséquence, pour les motifs que j'ai déjà exposés, je suis d'avis que la décision du Tribunal doit être contrôlée suivant la norme de la décision raisonnable.

Comme le Tribunal n'a pas pris une décision déraisonnable en concluant que la mesure de redressement proposée par Southam serait inefficace, sa décision devrait être confirmée. Ce que Southam a proposé c'est de vendre le supplément immobilier publié chaque semaine dans le *North Shore News*. Mais, comme le Tribunal l'a à très juste titre souligné, il n'est pas évident que le supplément prospérerait, ni même que, laissé à lui-même, il survivrait. Même si le supplément continuait de profiter des avantages de l'association étroite avec le *North Shore News*, ces rapports étroits ne seraient pas propres à favoriser la concurrence. Voir la décision du Tribunal, précitée, à la p. 252.

Les autres objections formulées par les appelantes à l'encontre de la mesure de redressement ne sont pas convaincantes. Celle-ci n'est pas punitive, car le Tribunal a conclu qu'elle était la seule mesure efficace. S'il faut choisir entre une mesure qui va au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour rétablir la concurrence à un niveau acceptable, et une mesure qui ne permet même pas d'atteindre le niveau acceptable, alors c'est certes la première qui doit être préférée. Une mesure de redressement doit à tout le moins être efficace. Si la moins attentatoire des mesures de redressement efficaces possibles va au-delà de ce qui est nécessaire, c'est peut-être malheureux mais, d'un point de vue juridique, une telle mesure n'est pas déficiente. Quant à l'argument que le Tribunal a eu tort d'exiger des appelantes qu'elles démontrent l'efficacité de la mesure de redressement qu'elles proposent, qu'il suffise de dire que celui qui fait une allégation a l'obligation de la prouver, comme

asserts should prove, as Robertson J.A. so aptly put it ((1995), 127 D.L.R., (4th) 329) at p. 337.

90 Therefore, I would dismiss the appeal of the remedy.

6. Conclusion

91 The Tribunal decided that the acquisition by Southam of several community newspapers did not substantially lessen competition in the market for retail print advertising in the Lower Mainland of British Columbia. That decision is entitled to deference. Because it is not unreasonable, it must be allowed to stand.

92 Accordingly, I would allow the appeal on the merits with costs throughout, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal, and restore the order of the Tribunal. I would dismiss the appeal on the remedy with costs.

Appeal on the merits allowed with costs; appeal on the remedy dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the respondent: Davis & Company, Vancouver.

l'a si bien dit le juge Robertson ((1995) 127 D.L.R. (4th) 329), à la p. 337.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi en ce qui concerne la mesure de redressement.

6. La conclusion

Le Tribunal a décidé que l'acquisition par Southam de plusieurs journaux communautaires n'avait pas diminué sensiblement la concurrence sur le marché de la publicité-détaillants dans le Lower Mainland en Colombie-Britannique. Il y a lieu de faire preuve de retenue à l'égard de cette décision. Comme cette décision n'est pas déraisonnable, elle doit être confirmée.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi quant au fond, avec dépens devant tous les tribunaux, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de rétablir l'ordonnance du Tribunal. Je suis d'avis de rejeter avec dépens le pourvoi en ce qui concerne la mesure de redressement.

Pourvoi quant au fond accueilli avec dépens; pourvoi quant à la mesure de redressement rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

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



If undelivered, return COVER ONLY to:

Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacré-Coeur Boulevard.
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Coeur.
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 5, 1997 Vol. 1

5^e cahier, 1997 Vol. 1

Cited as [1997] 1 S.C.R. 793-1013

Renvoi [1997] 1 R.C.S. 793-1013

NOTICE TO THE PROFESSION

Counsel are hereby notified of amendments to Rules 16, 21 and 23 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, registered as SOR/97-210 and published in Part II of the Canada Gazette on April 30, 1997.

Rule 16

Rule 16, which deals with service, has been rewritten and updated to reflect current practices. In particular, counsel are directed to the provisions for service by fax. All documents served by fax transmission must now include a cover page that shows (a) the sender's name, address and telephone number; (b) the name of the party being served and the party's counsel, if any; (c) the date and approximate time of the transmission; (d) the number of pages transmitted, including the cover page; (e) the fax number of the transmitting fax machine; and (f) the name and telephone number of a person to contact if there are transmission problems. Proof of service of documents served by fax may be made by affidavit annexing this cover page and the transmission slip that confirms the date and time of transmission. Documents served between five o'clock in the afternoon and midnight are deemed to have been served on the next day that is not a Saturday or holiday.

Subrule 21(2)

The amendment to the French version of subsection 21(2) of the Rules adds the word "demandeur" for consistency with Rule 23.

Subrule 23(12)

Subsection 23(12) sets out the time allowed for an applicant to serve and file a reply to a respondent's response to the leave application. Where there is an application for leave to cross-appeal, the reply may be served and filed at the same time as the applicant's response to the application for leave to cross-appeal.

For further information, please contact Louise Meagher, Deputy Registrar, at (613) 996-7520.

AVIS AUX AVOCATS

Les avocats sont avisés des modifications suivantes qui ont été apportées aux *Règles de la Cour suprême du Canada*, et publiées dans DORS/97-210, Gazette du Canada, partie II, le 30 avril 1997.

Article 16 des Règles

Le nouveau libellé de l'article 16 des *Règles* reflète la pratique actuelle en matière de signification. Les avocats sont priés de noter les dispositions portant sur la signification par télécopie. Tous les documents signifiés par télécopie doivent comporter une page couverture indiquant: a) les nom, adresse et numéro de téléphone de l'expéditeur; b) le nom de la partie qui doit recevoir signification et celui de son procureur, le cas échéant; c) la date et l'heure approximative de la transmission; d) le nombre de pages transmises, y compris la page couverture; e) le numéro du télécopieur utilisé pour la transmission; et f) les nom et numéro de téléphone de la personne à contacter en cas de difficultés de transmission. La preuve de signification de documents transmis par télécopie peut être faite au moyen d'un affidavit portant en annexe la page couverture et le bordereau de transmission qui confirme les date et heure de transmission. Les documents signifiés entre 17 h et minuit sont réputés avoir été signifiés le jour suivant qui n'est ni un samedi ni un jour férié.

Le paragraphe 21(2) des Règles

Le terme «demandeur» a été ajouté à la version française du paragraphe 21(2) pour des raisons de conformité avec l'article 23 des *Règles*.

Le paragraphe 23(12) des Règles

Le paragraphe 23(12) fixe le délai accordé au demandeur pour signifier et déposer sa réplique à la réponse de l'intimé. Lorsqu'une demande d'autorisation d'appel incident est déposée, la réplique peut être signifiée et déposée dans le délai applicable à la signification et au dépôt de la réponse à la demande d'autorisation d'appel incident.

Toutes questions concernant le présent avis doivent être adressées à Louise Meagher, registraire adjoint, (613) 996-7520.

ANNE ROLAND
REGISTRAR REGISTRAIRE

NOTICE TO THE PROFESSION

Counsel are notified of amendments to the *Criminal Code* and *Supreme Court Act* that came into force on May 14, 1997. These amendments apply to all appeals as of right and all applications for leave to appeal from decisions of courts of appeal rendered on or after May 14, 1997.

Appeals as of right

There is no longer an appeal as of right under subsection 691(2) of the *Criminal Code* from a unanimous judgment of a court of appeal setting aside an acquittal of an indictable offence and ordering a new trial. An accused who would have had an appeal as of right but for these amendments must apply for leave to appeal, and pursuant to amendments to section 43 of the *Supreme Court Act*, the Court will order an oral hearing on the request of the applicant.

There is no change to the right of appeal where a court of appeal sets aside an acquittal of an indictable offence and a judge of that court dissents or the court enters a verdict of guilty.

Although the right to apply for leave remains, appeals as of right under subsection 784(3) of the *Criminal Code* (*habeas corpus*) have been eliminated.

Time limits

Subsection 58(2) of the *Supreme Court Act* has been amended to provide that only the month of July is excluded from the calculation of time limits for filing a notice of appeal or an application for leave. Therefore, August is now included in the calculation of time.

Any questions about this notice may be directed to Louise Meagher, Deputy Registrar, at (613) 996-7520.

AVIS AUX AVOCATS

Les avocats sont avisés que des modifications au *Code criminel* et à la *Loi sur la Cour suprême* sont entrées en vigueur le 14 mai 1997. Ces modifications s'appliquent à tous les appels de plein droit et à toutes les demandes d'autorisation d'appel de décisions rendues par les cours d'appel à compter du 14 mai 1997.

Appels de plein droit

Il n'y a plus d'appel de plein droit en vertu du paragraphe 691(2) du *Code criminel* lorsqu'une cour d'appel annule à l'unanimité l'acquiescement à l'égard d'un acte criminel et ordonne un nouveau procès. Un accusé, qui aurait eu un appel de plein droit n'eût été de ces modifications, doit demander une autorisation d'appel, et conformément aux modifications de l'article 43 de la *Loi sur la Cour suprême*, la Cour ordonne la tenue d'une audience sur demande du requérant.

Aucune modification n'est apportée au droit d'appel lorsque la cour d'appel annule un acquiescement à l'égard d'un acte criminel si un juge de la cour d'appel est dissident ou si la cour d'appel a consigné un verdict de culpabilité.

Il n'y a plus d'appel de plein droit en vertu du paragraphe 784(3) du *Code criminel* (*habeas corpus*), mais on peut toujours présenter une demande d'autorisation d'appel.

Délais

Le paragraphe 58(2) de la *Loi sur la Cour suprême* a été modifié afin d'exclure uniquement le mois de juillet du calcul des délais pour le dépôt d'un avis d'appel ou d'une demande d'autorisation. Par conséquent, le mois d'août est inclus dans le calcul des délais.

Toutes questions concernant le présent avis peuvent être adressées à Louise Meagher, registraire adjoint, au (613) 996-7520.

ANNE ROLAND
REGISTRAR REGISTRAIRE

May 1997

Mai 1997

NOTICE TO THE PROFESSION

Counsel are hereby notified that they may choose to address the judges of the Court as "Justice", "Mr. Justice" or "Madam Justice".

AVIS AUX AVOCATS

Les avocats sont avisés qu'ils peuvent utiliser «Monsieur le juge» ou «Madame le juge» lorsqu'ils s'adressent aux juges.

ANNE ROLAND
REGISTRAR REGISTRAIRE

May 1997

Mai 1997

Published pursuant to the Supreme Court Act by

ANNE ROLAND, LL.L.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director, Law Reports
ODILE CALDER

Editors
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Canadian Government Publishing Centre, Canada Communication Group, Ottawa, Canada, K1A 0S9, together with the old address.

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1997.

CONTENTS

Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)..... 793

Labour law — Essential services — Union instructing certain municipal employees to refuse to work overtime for duration of holiday weekend — Conseil des services essentiels ordering employees to report to work if requested by employer and ordering union representatives to take all necessary steps to ensure employees did so — Council order suspending collective agreement provision allowing employees to refuse to work

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND, LL.L.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

Arrêtiistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Réviseurs
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Groupe communication Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1997.

SOMMAIRE

Farber c. Cie Trust Royal..... 846

Droit du travail — Congédiement déguisé — Modification par l'employeur des conditions du contrat d'emploi de l'employé lors de la restructuration de l'entreprise — Employeur offrant à un gérant régional la gérance d'une simple succursale sans salaire de base garanti — Les modifications unilatérales apportées par l'employeur au contrat d'emploi constituent-elles un congédiement déguisé? — Admissibilité de la preuve de faits subséquents à l'offre de l'employeur.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

overtime without giving reason — Whether council exceeded jurisdiction in making order — Whether order patently unreasonable.

Judicial review — Standard of review — Conseil des services essentiels.

Administrative law — Natural justice — Transcript of hearing — Conseil des services essentiels — Council making remedial order preventing certain municipal employees from collectively refusing to work overtime for duration of holiday week-end — Council failing to make machine recording of hearing giving rise to order — Whether resulting lack of transcript of hearing violates rules of natural justice.

Farber v. Royal Trust Co..... 846

Labour law — Constructive dismissal — Changes by employer to terms of employee's contract of employment as part of company restructuring — Employer offering regional manager the position of manager of single branch, with no guaranteed base salary — Whether unilateral changes made by employer to employment contract amounted to constructive dismissal — Admissibility of evidence of events subsequent to employer's offer.

R. v. McDonnell..... 948

Criminal law — Sentencing — Appeals — Sexual assault — Accused pleading guilty to two counts of sexual assault — Trial judge sentencing accused sentenced to 12 months' incarceration for first offence and to six months for second offence, to be served concurrently — Court of Appeal finding assaults to be major sexual assaults and raising sentence for first offence to four years' incarceration and sentence for second offence to one year, to be served consecutively — Whether Court of Appeal erred in overturning sentences imposed by trial judge.

Criminal law — Sentencing — Appeals — Applicable standard of review of sentencing decisions.

Criminal law — Sentencing — Sexual assault — Starting-point approach.

R. v. Noble..... 874

Criminal law — Evidence — Inferences — Failure to testify — Accused charged with breaking and entering and possession of instrument suitable for breaking into motor vehicle — Trial judge convicting accused on basis of driver's licence he had provided as identification at time of offence and his failure to testify — Whether trial judge erred in drawing adverse inference from accused's failure to give evidence.

SOMMAIRE (Suite)

R. c. McDonnell..... 948

Droit criminel — Détermination de la peine — Appels — Agression sexuelle — Accusé plaçant coupable relativement à deux chefs d'agression sexuelle — Juge du procès infligeant à l'accusé une peine de 12 mois d'incarcération pour la première infraction et une peine concurrente de six mois pour la deuxième infraction — Cour d'appel jugeant que les agressions commises constituent des agressions sexuelles graves et haussant la peine pour la première infraction à quatre ans d'incarcération et la peine pour la deuxième infraction à un an, à purger consécutivement — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en écartant les peines infligées par le juge du procès?

Droit criminel — Détermination de la peine — Appels — Norme de contrôle applicable aux décisions en matière de peine.

Droit criminel — Détermination de la peine — Agression sexuelle — Méthode du point de départ.

R. c. Noble..... 874

Code criminel — Preuve — Conclusions — Défaut de témoigner — Accusé inculpé d'introduction par effraction et de possession d'un instrument pouvant servir à pénétrer par effraction dans un véhicule à moteur — Accusé déclaré coupable par le juge du procès sur la foi du permis de conduire présenté par le premier comme pièce d'identité au moment de l'infraction, et sur la foi de son défaut de témoigner — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en tirant une conclusion défavorable du défaut de témoigner de l'accusé?

Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)..... 793

Droit du travail — Services essentiels — Syndicat donnant ordre à certains employés municipaux de refuser de faire du temps supplémentaire pendant une fin de semaine de congé — Ordonnance du Conseil des services essentiels enjoignant aux employés de se présenter au travail si leur présence est requise par l'employeur et enjoignant aux représentants syndicaux de prendre toutes les mesures nécessaires pour que les employés se présentent au travail — Ordonnance du Conseil suspendant la disposition de la convention collective qui permettait aux employés de refuser de faire du temps supplémentaire sans donner de raison — Le Conseil a-t-il excédé sa compétence en rendant l'ordonnance? — L'ordonnance est-elle manifestement déraisonnable?

Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Conseil des services essentiels.

Droit administratif — Justice naturelle — Transcription de l'audience — Conseil des services essentiels — Ordonnance réparatrice du Conseil interdisant à certains employés municipaux de refuser collectivement de faire du temps supplémen-

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

taire pendant une fin de semaine de congé — Le Conseil n'a pas enregistré l'audience qui a donné lieu à l'ordonnance — L'absence de transcription en résultant viole-t-elle les règles de justice naturelle?

City of Montreal *Appellant*

v.

**Canadian Union of Public Employees,
Local 301** *Respondent*

and

Conseil des services essentiels *Mis en cause*

INDEXED AS: CANADIAN UNION OF PUBLIC EMPLOYEES,
LOCAL 301 v. MONTREAL (CITY)

File No.: 24761.

1996: November 5; 1997: March 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Labour law — Essential services — Union instructing certain municipal employees to refuse to work overtime for duration of holiday weekend — Conseil des services essentiels ordering employees to report to work if requested by employer and ordering union representatives to take all necessary steps to ensure employees did so — Council order suspending collective agreement provision allowing employees to refuse to work overtime without giving reason — Whether council exceeded jurisdiction in making order — Whether order patently unreasonable.

Judicial review — Standard of review — Conseil des services essentiels.

Administrative law — Natural justice — Transcript of hearing — Conseil des services essentiels — Council making remedial order preventing certain municipal employees from collectively refusing to work overtime for duration of holiday weekend — Council failing to make machine recording of hearing giving rise to order — Whether resulting lack of transcript of hearing violates rules of natural justice.

The appellant City requested the intervention of the Conseil des services essentiels (the "Council"), alleging

Ville de Montréal *Appelante*

c.

**Syndicat canadien de la fonction publique,
section locale 301** *Intimé*

et

Conseil des services essentiels *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: SYNDICAT CANADIEN DE LA FONCTION
PUBLIQUE, SECTION LOCALE 301 c. MONTRÉAL (VILLE)

N° du greffe: 24761.

1996: 5 novembre; 1997: 27 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit du travail — Services essentiels — Syndicat donnant ordre à certains employés municipaux de refuser de faire du temps supplémentaire pendant une fin de semaine de congé — Ordonnance du Conseil des services essentiels enjoignant aux employés de se présenter au travail si leur présence est requise par l'employeur et enjoignant aux représentants syndicaux de prendre toutes les mesures nécessaires pour que les employés se présentent au travail — Ordonnance du Conseil suspendant la disposition de la convention collective qui permettait aux employés de refuser de faire du temps supplémentaire sans donner de raison — Le Conseil a-t-il excédé sa compétence en rendant l'ordonnance? — L'ordonnance est-elle manifestement déraisonnable?

Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Conseil des services essentiels.

Droit administratif — Justice naturelle — Transcription de l'audience — Conseil des services essentiels — Ordonnance réparatrice du Conseil interdisant à certains employés municipaux de refuser collectivement de faire du temps supplémentaire pendant une fin de semaine de congé — Le Conseil n'a pas enregistré l'audience qui a donné lieu à l'ordonnance — L'absence de transcription en résultant viole-t-elle les règles de justice naturelle?

La Ville appelante a requis l'intervention du Conseil des services essentiels (le «Conseil»), alléguant que le

that the respondent union had instructed the City's blue collar employees to refuse to work overtime for the duration of a holiday weekend. Under their collective agreement with the City, the union members have the right to refuse to work overtime without giving a reason. The Council held a public hearing at which witness testimony and argument by legal representatives on behalf of both parties were heard. Owing either to human or mechanical error, the hearing was not taped. The Council ordered the union to take all necessary measures to ensure that its blue collar members reported to work and fulfilled their usual duties, whether in regularly scheduled or overtime hours, as requested by the employer. The employees were similarly ordered to report to work if requested by the employer, again for regular hours or overtime. The union filed a motion for judicial review of the Council's decision. The Council then conveyed its written reasons to the parties. It found that the requisite elements to make an order pursuant to ss. 111.17 and 111.18 of the Quebec *Labour Code* were established. These provisions authorize the making of orders to ensure the maintenance of services to which the public is entitled where there exists a concerted action, other than a strike or slowdown, which is related to a labour conflict and either is currently or has the potential of prejudicing these services. The union filed an amended motion for review of the Council's decision, on the grounds that the tribunal had interpreted the law and the evidence in a patently unreasonable manner. The motion was dismissed by a Superior Court judge, who further held that the absence of a recording of the proceedings before the Council constituted neither a miscarriage of justice nor a failure to observe the principles of natural justice. The Court of Appeal overturned the judgment, granted the union's motion for review, and quashed the Council's order. It found that in ordering the suspension of a provision of the collective agreement, the Council had exercised a remedial power not conferred upon it, thereby committing a jurisdictional error.

Held: The appeal should be allowed.

To ascertain whether the question facing the Council was one which the legislature intended it to decide, a pragmatic and functional interpretation of the enabling statute is required, one which considers the wording, purpose and underlying reasons of the legislation in creating the tribunal, as well as the tribunal's expertise and the problem before it. The Quebec *Labour Code* establishes and governs a system of collective bargaining and constructive settlement of disputes between employers

syndicat intimé avait donné ordre aux «cols bleus» de la Ville de refuser de faire du temps supplémentaire durant une fin de semaine de congé. En vertu de leur convention collective avec la Ville, les membres du syndicat ont le droit de refuser de faire du temps supplémentaire sans donner de raison. Le Conseil a tenu une audience publique au cours de laquelle il a entendu les témoins et les avocats des deux parties. En raison d'une erreur humaine ou mécanique, l'audience n'a pas été enregistrée. Le Conseil a ordonné au syndicat de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer que ses membres cols bleus soient au travail et s'acquittent de leurs fonctions habituelles, soit en temps régulier soit en temps supplémentaire, comme l'exigeait l'employeur. Les employés ont aussi reçu l'ordre de se présenter au travail si leur présence y était requise par l'employeur, que ce soit en temps régulier ou en temps supplémentaire. Le syndicat a déposé une requête en révision judiciaire de la décision du Conseil. Le Conseil a alors transmis ses motifs écrits aux parties. Il a conclu qu'il était en présence des éléments requis pour rendre une ordonnance conformément aux art. 111.17 et 111.18 du *Code du travail* du Québec. Ces dispositions permettent de rendre des ordonnances pour que les services auxquels le public a droit soient assurés lorsqu'une action concertée, autre qu'une grève ou un ralentissement d'activités, relativement à un conflit de travail, porte préjudice ou est susceptible de porter préjudice à ces services. Le syndicat a déposé une requête amendée en révision de la décision du Conseil, pour le motif que le tribunal administratif avait interprété le droit et la preuve de façon manifestement déraisonnable. Un juge de la Cour supérieure a rejeté la requête et a également statué que l'absence d'enregistrement de la procédure devant le Conseil ne constituait ni un déni de justice ni un défaut d'observer les principes de justice naturelle. La Cour d'appel a infirmé le jugement, accueilli la requête du syndicat en révision et annulé l'ordonnance du Conseil. Elle a conclu que, en ordonnant la suspension d'un article de la convention collective, le Conseil avait exercé un pouvoir de redressement qui ne lui était pas conféré, commettant ainsi une erreur de compétence.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Pour déterminer si la question dont a été saisi le Conseil des services essentiels était une question que le législateur entendait qu'il tranche, il faut procéder à une interprétation pragmatique et fonctionnelle de la loi habilitante, une interprétation qui examine le libellé, le but visé et les raisons sous-jacentes de la loi qui a créé le tribunal, ainsi que le domaine d'expertise du tribunal et la nature du problème dont il est saisi. Le *Code du travail* du Québec établit et régit un système de négociation

and employees in the province. A special regime is established for employees in "the public services" and "the public and parapublic sectors", and the Council is created and granted various functions and remedial powers essential to the implementation of the special regime. The need for this specialized body is evident: when public employees strike, the pressure exerted on the employer is not largely financial, as in the private sector, but rather arises from the disruption of services upon which society depends for the daily activities of its members. While the public, through its elected representatives, has chosen to sustain a certain level of disruption in order to extend the same rights to public employees as are available to other workers, this cannot be unlimited. The government must balance the right to strike against other entitlements and needs such as those established in human rights and social legislation. The health and safety of the greater populace will always take priority over the workers' and/or employers' interests in achieving a fair and equitable settling of the terms of employment. In addition to the penalties attached to illegal strikes and other contraventions of the Code, which fall within the jurisdiction of the Labour Court, the legislation has granted the Council broad powers to make orders which maintain the public's ongoing access to fundamental services. Unlike the labour relations tribunals in, *inter alia*, other provinces, the Council's role is not to resolve the labour conflict or protect the collective bargaining rights of the parties to the labour dispute but, given a conflict's existence, to ensure the protection of the public from consequences of this dispute which their elected representatives have chosen not to tolerate.

The Court of Appeal erred in finding that the order made by the Council constituted an excess of jurisdiction. The issue before the Council was one which lies logically at the heart of its specialized jurisdiction *stricto sensu*. The task faced by the Council was the fashioning of an effective order to secure the provision of services to which the public is entitled. When faced with a concerted action which is or threatens to be prejudicial to services to which the public is entitled, the Council is authorized to fashion an order which is required and reasonable in the circumstances to secure the maintenance of these services. Clearly, this is the very type of problem this permanent, specialised body is intended to remedy.

In the presence of a strongly worded privative clause such as the one in s. 139 of the *Labour Code*, where the

collective et de règlement positif des différends entre les employeurs et les salariés de la province. Un régime spécial est établi pour les salariés des «services publics» et des «secteurs public et parapublic» et le Conseil est créé et investi de diverses fonctions et de divers pouvoirs de redressement qui sont essentiels à la mise en œuvre du régime spécial. La nécessité de cette instance spécialisée est évidente: lorsque des «fonctionnaires» font la grève, les pressions exercées sur l'employeur ne sont pas essentiellement financières, comme dans le secteur privé, mais découlent plutôt de l'interruption de services dont la société dépend pour les activités quotidiennes de ses membres. Quoique le public, par l'intermédiaire de ses représentants élus, ait choisi d'accepter un certain niveau de perturbation afin de donner aux fonctionnaires les mêmes droits qu'à d'autres travailleurs, cela n'est pas sans limites. Le gouvernement doit soulever le droit de grève et d'autres droits et besoins comme ceux qui sont établis dans les lois sociales et relatives aux droits de la personne. La santé et la sécurité de la population en général auront toujours préséance sur les intérêts des travailleurs ou des employeurs à en arriver à un règlement juste et équitable des conditions de travail. En plus des peines attachées aux grèves illégales et autres infractions au Code, qui relèvent du Tribunal du travail, le Conseil a été investi de larges pouvoirs de rendre des ordonnances qui assurent le maintien de l'accès du public à des services essentiels. Contrairement aux tribunaux des relations de travail dans d'autres provinces notamment, le rôle du Conseil n'est pas de régler le conflit de travail ou de protéger les droits à la négociation collective des parties au différend de travail, mais, en présence d'un conflit, de veiller à protéger le public des conséquences de ce différend que ses représentants ont choisi de ne pas tolérer.

La Cour d'appel a commis une erreur en statuant que l'ordonnance rendue par le Conseil constituait un excès de compétence. La question dont le Conseil était saisi se trouvait logiquement au cœur même de sa compétence spécialisée au sens strict. Le Conseil avait pour tâche de formuler une ordonnance efficace pour assurer la prestation de services auxquels le public a droit. En présence d'une action concertée qui porte ou menace de porter préjudice aux services auxquels le public a droit, le Conseil est autorisé à formuler une ordonnance qui est requise et raisonnable dans les circonstances pour assurer le maintien de ces services. C'est manifestement le genre même de problème que cet organisme permanent et spécialisé est censé résoudre.

En présence d'une clause privative énoncée clairement, comme celle contenue à l'art. 139 du *Code du*

factual and legal aspects of the problem facing the tribunal place the question squarely within its sphere of expertise, the tribunal's decision will stand unless it is patently unreasonable. The strong connection between the problem before the Council and both its specialized expertise and the statutory regime which guides and protects its decisions provides ample indication of the need for curial deference upon review. The order at issue here represents a rationally supportable interpretation by the Council of its remedial provisions. Where a right gained through collective bargaining is exercised collectively for the purposes of applying illegal pressure tactics, preventive action to maintain public services will necessarily suspend the exercise of this right, by the individuals involved in the conflict, for these ends. Given the broad powers in s. 111.17 of the Code to make orders targeting any persons or groups of persons involved in the conflict, the Council clearly had the power to target the union both through its representatives and its individual members. It is also logical to encompass the individual union members who participate in the illegal action in case the union delegates refuse to withdraw their instruction. There is a rational connection between the source of the prejudice and the order forbidding the union representatives and individuals to refuse overtime for the purposes of collectively pressuring the employer to accede to the union's wishes. Moreover, only those involved in the conflict were prevented from exercising their individual rights in this manner. The order in this case was also not only consistent with the objectives of the Code in creating these remedial provisions, but was tailored specifically to fulfill them in the circumstances. The order restricts the right to refuse overtime only where it is for the purposes of illicit pressure tactics related to labour conflict and only for the period of the concerted action identified by the Council. The principles governing contempt proceedings support a finding that the order is not patently unreasonable.

The Council's failure to make a machine recording of the hearing did not violate the rules of natural justice. The Code does not require a recording of hearings before the Council. In the absence of any express statutory requirements, the traditional common law require-

travail, lorsque les aspects factuels et juridiques du problème devant lequel se trouve le tribunal administratif placent nettement la question dans les limites de son domaine d'expertise, la décision du tribunal administratif sera maintenue à moins qu'elle ne soit manifestement déraisonnable. Le lien étroit qui existe entre, d'une part, le problème dont le Conseil est saisi et, d'autre part, son expertise et le régime législatif qui guide et protège ses décisions indique bien la nécessité d'un très haut seuil de révision. L'ordonnance en cause constitue de la part du Conseil une interprétation des dispositions réparatrices qui peut rationnellement être soulevée. Lorsqu'un droit obtenu au moyen d'une négociation collective est exercé collectivement dans le but d'appliquer des moyens de pression illégaux, l'action préventive visant à assurer le maintien de services publics suspendra nécessairement l'exercice de ce droit, par les personnes impliquées dans le conflit, à ces fins. Étant donné les larges pouvoirs prévus à l'art. 111.17 du Code de rendre des ordonnances visant toute personne impliquée dans le conflit ou toute catégorie de ces personnes, le Conseil avait manifestement le pouvoir de cibler le syndicat par le biais tant de ses représentants que de ses membres pris individuellement. Il est également logique d'englober les membres du syndicat qui participent à l'action illégale au cas où les délégués syndicaux refuseraient de revenir sur leurs directives. Il existe un lien rationnel entre la source du préjudice et l'ordonnance interdisant aux représentants du syndicat et aux membres pris individuellement de refuser de faire du temps supplémentaire dans le but d'exercer des moyens de pression collectifs sur l'employeur pour donner suite aux désirs du syndicat. De plus, seules les personnes impliquées dans le conflit se voyaient interdire de cette manière l'exercice de leurs droits individuels. L'ordonnance rendue en l'espèce n'était pas seulement conforme aux objectifs que visait le Code en créant ces dispositions réparatrices, mais elle était élaborée précisément pour y satisfaire dans les circonstances. L'ordonnance restreint le droit de refuser de faire du temps supplémentaire uniquement lorsque dans le but d'exercer des moyens de pression illicites à l'occasion d'un conflit de travail et seulement durant la période de l'action concertée identifiée par le Conseil. Les principes régissant les procédures d'outrage au tribunal supportent une conclusion selon laquelle l'ordonnance n'est pas manifestement déraisonnable.

L'omission du Conseil de procéder à l'enregistrement de l'audience ne violait pas les règles de justice naturelle. Le Code n'exige pas que les auditions du Conseil fassent l'objet d'un enregistrement. En l'absence de toute exigence de la loi, l'exigence traditionnelle de la

ments for a record of an administrative tribunal's proceedings include the document which initiated the proceedings and the document containing the tribunal's adjudication. Neither the reasons for the ruling nor evidence presented at the hearing have been considered necessary elements of the record to be presented to the superior tribunal upon appeal or review. Moreover, administrative bodies are normally under no obligation to make verbatim transcripts or recordings of their proceedings. In the absence of a statutory right to a recording, courts must determine whether the record before it allows it to properly dispose of the application for appeal or review. If so, the absence of a transcript will not violate the rules of natural justice. Here the affidavit evidence provided in conjunction with the application for review provided a more than adequate record for reviewing the factual findings of the Council to determine whether the union's claim was grounded.

Cases Cited

Distinguished: *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412; **referred to:** *Haretkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Syndicat canadien de la fonction publique v. Conseil des services essentiels*, [1989] R.J.Q. 2648; *Syndicat des chauffeurs de la Société de transport de la Ville de Laval v. Conseil des services essentiels*, [1995] R.D.J. 597; *Communauté urbaine de Montréal v. Fraternité des policiers et policières de la Communauté urbaine de Montréal inc.*, [1995] R.J.Q. 2549; *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269; *Syndicat du transport de Montréal v. Conseil des services essentiels*, Sup. Ct. Mtl., No. 500-05-000353-902, February 8, 1990; *Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 S.C.R. 1065; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] S.C.R. 628; *Hydro-Québec et Syndicat canadien de la*

common law quant à la constitution d'un dossier des délibérations d'un tribunal administratif comprend la pièce de procédure ayant initié l'instance et le document contenant la décision du tribunal. Ni les motifs de la décision ni la preuve déposée au cours de l'audition n'ont été considérés comme des éléments indispensables du dossier à présenter au tribunal d'instance supérieure siégeant en appel ou en révision. De plus, les organismes administratifs ne sont pas normalement tenus de produire des compte rendus textuels de leurs délibérations. En l'absence d'un droit à un enregistrement expressément reconnu par la loi, les cours de justice doivent déterminer si le dossier dont elles disposent leur permet de statuer convenablement sur la demande d'appel ou de révision. Si c'est le cas, l'absence d'une transcription ne violera pas les règles de justice naturelle. En l'espèce, la preuve par affidavit déposée eu égard à la demande de révision judiciaire fournissait un dossier plus que suffisant pour réviser les conclusions de fait du Conseil et déterminer si la prétention du syndicat était fondée.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt: *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; **arrêts mentionnés:** *Haretkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Syndicat canadien de la fonction publique c. Conseil des services essentiels*, [1989] R.J.Q. 2648; *Syndicat des chauffeurs de la Société de transport de la Ville de Laval c. Conseil des services essentiels*, [1995] R.D.J. 597; *Communauté urbaine de Montréal c. Fraternité des policiers et policières de la Communauté urbaine de Montréal inc.*, [1995] R.J.Q. 2549; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *Banque nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269; *Syndicat du transport de Montréal c. Conseil des services essentiels*, C. sup. Mtl., n° 500-05-000353-902, 8 février 1990; *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 c.*

fonction publique, section locale 957, C.S.E. 88-1691/3c, July 14, 1989; *Hydro-Québec et Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1500*, C.S.E. 88-1691/3c, July 11, 1989; 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919; *Tung v. Minister of Employment and Immigration* (1991), 124 N.R. 388; *Kandiah v. Minister of Employment and Immigration* (1992), 141 N.R. 232; *Rhéaume v. Canada* (1992), 153 N.R. 270; *Cameron v. National Parole Board*, [1993] B.C.J. No. 1630 (QL); *Desjardins v. National Parole Board* (1989), 29 F.T.R. 38; *R. v. Hayes*, [1989] 1 S.C.R. 44; *Cahoon v. Conseil de la Corporation des Ingénieurs*, [1972] R.P. 209; *Beaudry v. Fournier*, D.T.E. 94T-433; *C.I.L. Inc. v. Plante*, [1983] T.T. 121; *Spécialités Jones Ltée v. Langlois*, [1981] T.T. 143; *Unicast Canada ltée v. Léveillé*, D.T.E. 91T-879; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting health services and social services, R.S.Q., c. S-4.2, s. 5.
Act respecting the process of negotiation of the collective agreements in the public and parapublic sectors, R.S.Q., c. R-8.2.
Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 91, 93, 99(2).
Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 50 et seq. 834, 846.
Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 1 "lock-out", "strike", 20.2, 52 to 58, 106, 107, 109, 111.0.3, 111.0.4, 111.0.6, 111.0.13, 111.0.15, 111.0.17, 111.0.18, 111.0.19, 111.0.20, 111.0.21, 111.0.23, 111.0.24, 111.0.25, 111.1, 111.10, 111.11, 111.12, 111.14, 111.16, 111.17, 111.18, 111.19, 111.20, 139.
Public Service Act, R.S.Q., c. F-3.1.1.

Authors Cited

Bernier, Jean, et Madeleine Lemieux. «La grève et les services essentiels au Québec». Dans J. Bernier, dir., *Grèves et services essentiels*. Sainte-Foy: Presses de l'Université Laval, 1994, 205.
 Dubé, Jean-Louis, et Pierre Gingras, «Historique et problématique du régime de négociation collective

Winnipeg Builders' Exchange, [1967] R.C.S. 628; *Hydro-Québec et Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 957*, C.S.E. 88-1691/3c, 14 juillet 1989; *Hydro-Québec et Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1500*, C.S.E. 88-1691/3c, 11 juillet 1989; 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; *Tung c. Minister of Employment and Immigration* (1991), 124 N.R. 388; *Kandiah c. Minister of Employment and Immigration* (1992), 141 N.R. 232; *Rhéaume c. Canada* (1992), 153 N.R. 270; *Cameron c. National Parole Board*, [1993] B.C.J. No. 1630 (QL); *Desjardins c. National Parole Board* (1989), 29 F.T.R. 38; *R. c. Hayes*, [1989] 1 R.C.S. 44; *Cahoon c. Conseil de la Corporation des Ingénieurs*, [1972] R.P. 209; *Beaudry c. Fournier*, D.T.E. 94T-433; *C.I.L. Inc. c. Plante*, [1983] T.T. 121; *Spécialités Jones Ltée c. Langlois*, [1981] T.T. 143; *Unicast Canada ltée c. Léveillé*, D.T.E. 91T-879; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12.
Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 91, 93, 99(2).
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 50 et suiv., 834, 846.
Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 1 "grève", "lock-out", 20.2, 52 à 58, 106, 107, 109, 111.0.3, 111.0.4, 111.0.6, 111.0.13, 111.0.15, 111.0.17, 111.0.18, 111.0.19, 111.0.20, 111.0.21, 111.0.23, 111.0.24, 111.0.25, 111.1, 111.10, 111.11, 111.12, 111.14, 111.16, 111.17, 111.18, 111.19, 111.20, 139.
Loi sur la fonction publique, L.R.Q., ch. F-3.1.1.
Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic, L.R.Q., ch. R-8.2.
Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-4.2, art. 5.

Doctrine citée

Bernier, Jean, et Madeleine Lemieux. «La grève et les services essentiels au Québec». Dans J. Bernier, dir., *Grèves et services essentiels*. Sainte-Foy: Presses de l'Université Laval, 1994, 205.
 Dubé, Jean-Louis, et Pierre Gingras, «Historique et problématique du régime de négociation collective dans

- dans le secteur de la santé et des services sociaux» (1991), 21 *R.D.U.S.* 519.
- Dussault, René, and Louis Borgeat. *Administrative Law: A Treatise*, vol. 4, 2nd ed. Translated by Donald Breen. Toronto: Carswell, 1990.
- Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec: pratiques et théories*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1996.
- Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail*, 2^e éd. Sainte-Foy: Presses de l'Université Laval, 1991.
- Jones, David Phillip, and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.
- Lemelin, Maurice. *Les négociations collectives dans les secteurs public et parapublic: expérience québécoise et regard sur l'extérieur*. Montréal: Agence d'ARC, 1984.
- Macaulay, Robert W., and James L. H. Sprague. *Hearings Before Administrative Tribunals*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1995] R.J.Q. 1050, allowing the union's appeal from the dismissal by the Superior Court of its motion for judicial review of a decision of the Conseil des services essentiels. Appeal allowed.

Diane Lafond, for the appellant.

Jacques Lamoureux and *Yves Morin*, for the respondent.

Sylvain Lussier, for the *mis en cause*.

The judgment of the Court was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This appeal raises two issues. The first is whether the Conseil des services essentiels — an administrative tribunal created by provisions of the Quebec *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27 — exceeded its jurisdiction in making a remedial order preventing certain employees of the appellant from collectively refusing to work overtime for the duration of a holiday weekend. The second issue concerns the failure by the Conseil des services essentiels to make a machine recording of the hearing which gave rise to the order. This Court must determine whether the resulting

- le secteur de la santé et des services sociaux» (1991), 21 *R.D.U.S.* 519.
- Dussault, René, et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, t. III, 2^e éd. Sainte-Foy: Presses de l'Université Laval, 1989.
- Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec: pratiques et théories*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1996.
- Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail*, 2^e éd. Sainte-Foy: Presses de l'Université Laval, 1991.
- Jones, David Phillip, and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.
- Lemelin, Maurice. *Les négociations collectives dans les secteurs public et parapublic: expérience québécoise et regard sur l'extérieur*. Montréal: Agence d'ARC, 1984.
- Macaulay, Robert W., and James L. H. Sprague. *Hearings Before Administrative Tribunals*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1995] R.J.Q. 1050, qui a accueilli l'appel du syndicat interjeté contre le rejet par la Cour supérieure de sa requête en révision judiciaire d'une décision du Conseil des services essentiels. Pourvoi accueilli.

Diane Lafond, pour l'appelante.

Jacques Lamoureux et *Yves Morin*, pour l'intimé.

Sylvain Lussier, pour le mis en cause.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi soulève deux questions. Premièrement, il s'agit de déterminer si le Conseil des services essentiels — un tribunal administratif créé aux termes du *Code du travail* du Québec, L.R.Q., ch. C-27 — a excédé sa compétence en rendant une ordonnance réparatrice interdisant à certains employés de l'appelante de refuser collectivement de faire du temps supplémentaire pendant une fin de semaine de congé. Deuxièmement, notre Cour doit déterminer si l'absence de transcription de l'audience qui a donné lieu à l'ordonnance, en raison du défaut du

lack of a transcript of that hearing violates the rules of natural justice.

² At the outset, reference to the relevant statutory and collective agreement provisions and a review of the facts and judgments are in order.

I. Relevant Statutory and Collective Agreement Provisions

³ *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27

DIVISION IV

REMEDIAL POWERS

111.16. In public services and in the public and parapublic sectors, the Conseil des services essentiels, of its own initiative or at the request of an interested person, may inquire into a lock-out, a strike or a slow-down that is contrary to law or during which the essential services provided for in a list or agreement are not rendered.

. . .

111.17. The council, if it considers that the conflict is or is likely to be prejudicial to a service to which the public is entitled or that the essential services provided for in a list or agreement are not rendered during a strike, may, after giving the parties the opportunity to submit their views, make an order to ensure that a service to which the public is entitled is available, or require compliance with the law, a collective agreement or an agreement or list on essential services.

The council may

(1) enjoin any person involved in the conflict or any category of these persons it determines to do what is required to comply with the first paragraph of this section, or abstain from doing anything in contravention thereof;

(2) require from any person involved in the conflict to remedy any act or omission done or made in contravention of the law, of an agreement or of a list;

(3) order in respect of a person or group of persons involved in a conflict, taking into consideration the conduct of the parties, the application of the measures of

Conseil des services essentiels d'en faire un enregistrement, viole les règles de justice naturelle.

Au départ, il convient de se reporter aux dispositions législatives et aux articles de la convention collective pertinents et de procéder à un examen des faits et des décisions des juridictions inférieures.

I. Les dispositions législatives et les articles de la convention collective pertinents

Code du travail, L.R.Q., ch. C27

SECTION IV

POUVOIRS DE REDRESSEMENT

111.16. Dans les services publics et les secteurs public et parapublic, le Conseil des services essentiels peut, de sa propre initiative ou à la demande d'une personne intéressée, faire enquête sur un lock-out, une grève ou un ralentissement d'activités qui contrevient à une disposition de la loi ou au cours duquel les services essentiels prévus à une liste ou une entente ne sont pas rendus.

. . .

111.17. S'il estime que le conflit porte préjudice ou est vraisemblablement susceptible de porter préjudice à un service auquel le public a droit ou que les services essentiels prévus à une liste ou à une entente ne sont pas rendus lors d'une grève, le Conseil peut, après avoir fourni aux parties l'occasion de présenter leurs observations, rendre une ordonnance pour assurer au public un service auquel il a droit, ou exiger le respect de la loi, de la convention collective, d'une entente ou d'une liste sur les services essentiels.

Le Conseil peut:

1° enjoindre à toute personne impliquée dans le conflit ou à toute catégorie de ces personnes qu'il détermine de faire ce qui est nécessaire pour se conformer au premier alinéa du présent article ou de s'abstenir de faire ce qui y contrevient;

2° exiger de toute personne impliquée dans le conflit de réparer un acte ou une omission fait en contravention de la loi, d'une entente ou d'une liste;

3° ordonner à une personne ou à un groupe de personnes impliquées dans un conflit, compte tenu du comportement des parties, l'application du mode de répara-

redress it considers best appropriate, including the establishment of a fund for the benefit of the users of the service that has been adversely affected, and the terms and conditions governing the administration and use of that fund;

(4) order every person involved in the conflict to do or abstain from doing anything that it considers reasonable in the circumstances in view of maintaining services for the public;

(5) order, where that is the case, that the grievance or arbitration procedure under a collective agreement be accelerated;

(6) order a party to make known publicly its intention to comply with the order of the council.

111.18. The council may, in the same manner, exercise the powers conferred on it by sections 111.16 and 111.17, if, in the course of a conflict, it considers that a concerted action other than a strike or a slowdown is or is likely to be prejudicial to a service to which the public is entitled.

111.20. The council may file a true copy of an order made under section 111.17 at the office of the prothonotary of the Superior Court of the district in which the public service or agency involved is situated

Every order filed under the first paragraph has the same force and effect as if it were a judgment of the Superior Court.

139. Except on a question of jurisdiction and except when the Court is sitting in penal matters, no extraordinary recourse contemplated in articles 834 to 850 of the Code of Civil Procedure (chapter C-25) shall be exercised and no injunction granted against an arbitrator, the Conseil des services essentiels, a certification agent, a labour commissioner or the Court acting in their official capacities.

Collective Agreement between the City of Montreal and the Canadian Union of Public Employees,

tion qu'il juge le plus approprié, y compris la constitution et les modalités d'administration et d'utilisation d'un fonds au bénéfice des utilisateurs du service auquel il a été porté préjudice;

4° ordonner à toute personne impliquée dans le conflit de faire ou de s'abstenir de faire toute chose qu'il lui paraît raisonnable d'ordonner compte tenu des circonstances dans le but d'assurer le maintien de services au public;

5° ordonner le cas échéant que soit accélérée ou modifiée la procédure de grief et d'arbitrage à la convention collective;

6° ordonner à une partie de faire connaître publiquement son intention de se conformer à l'ordonnance du Conseil.

111.18. Le Conseil peut, de la même manière, exercer les pouvoirs que lui confèrent les articles 111.16 et 111.17 si, à l'occasion d'un conflit, il estime qu'une action concertée autre qu'une grève ou un ralentissement d'activités porte préjudice ou est susceptible de porter préjudice à un service auquel le public a droit.

111.20. Le Conseil peut déposer une copie conforme d'une ordonnance rendue suivant l'article 111.17 au bureau du protonotaire de la Cour supérieure du district où est situé le service public ou l'organisme en cause.

Le dépôt de l'ordonnance lui confère alors la même force et le même effet que s'il s'agissait d'un jugement émanant de la Cour supérieure.

139. Sauf sur une question de compétence, aucun des recours extraordinaires prévus aux articles 834 à 850 du Code de procédure civile (chapitre C-25) ne peut être exercé ni aucune injonction accordée contre un arbitre, le Conseil des services essentiels, un agent d'accréditation, un commissaire du travail ou le tribunal agissant en leur qualité officielle; sauf si ce dernier siège en matière pénale.

Convention collective entre la Ville de Montréal et le Syndicat canadien de la fonction publique, sec-

Local 301 for the period from January 1, 1992 to December 31, 1992

[TRANSLATION]

7.10 Distribution of Overtime

d) Refusal of overtime

The incumbent employee who refuses or neglects to do overtime work when required, whether for the purposes of paragraph a) or paragraph b), is considered as having provided this overtime work. Employees whose rights are prejudiced by the principle set out in this paragraph can claim lost wages.

e) Shortage of Candidates

In the case of a shortage of candidates for the work to be done in overtime hours for the purposes of paragraphs a) and b), this overtime is to be offered in turn, by section, to the incumbent employees who are registered on the eligibility list pursuant to article 19, subject to their being sufficiently competent to do this overtime work.

For the driver-operators assigned in the regions, further to the use of the mechanisms established in article 7, in the event of a shortage, the City will offer the overtime hours by turn among the driver-operators in the order of their general seniority as driver-operators. Subsequently, the City will offer the overtime to the employees whose names appear on the eligibility list and who hold the necessary licences.

Review Powers of the Superior Court of Quebec

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25

846. The Superior Court may, at the demand of one of the parties, evoke before judgment a case pending before a court subject to its superintending and reforming power, or revise a judgment already rendered by such court, in the following cases:

(1) when there is want or excess of jurisdiction;

(2) when the enactment upon which the proceedings have been based or the judgment rendered is null or of no effect;

tion locale 301, du 1^{er} janvier 1992 au 31 décembre 1992

7.10 Distribution du temps supplémentaire

d) Refus de faire du temps supplémentaire

L'employé titulaire qui refuse ou néglige de faire du travail en temps supplémentaire lorsque requis, autant pour les fins du paragraphe a) ou du paragraphe b), est considéré comme ayant fourni ce temps supplémentaire. Les employés lésés dans leurs droits selon le principe énoncé au présent alinéa peuvent réclamer le salaire perdu.

e) Pénurie de candidats

Advenant une pénurie de candidats pour le travail à être effectué en temps supplémentaire pour les fins des paragraphes a) et b), ce temps supplémentaire est offert à tour de rôle par section, aux employés titulaires étant inscrits sur la liste d'admissibilité en vertu de l'article 19, sous réserve de la compétence suffisante de ceux-ci à accomplir ce travail en temps supplémentaire.

Pour les chauffeurs-opérateurs assignés dans les régions, suite à l'utilisation des mécanismes de l'article 7, lorsqu'il y a pénurie, la Ville offre le temps supplémentaire à tour de rôle parmi les chauffeurs-opérateurs par ordre d'ancienneté générale comme chauffeur-opérateur. Par la suite, s'il y a pénurie, la Ville offre le temps supplémentaire aux employés dont le nom apparaît sur la liste d'admissibilité et qui détiennent le permis requis.

Les pouvoirs de révision de la Cour supérieure du Québec

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25

846. La Cour supérieure peut, à la demande d'une partie, évoquer avant jugement une affaire pendante devant un tribunal soumis à son pouvoir de surveillance ou de contrôle, ou reviser le jugement déjà rendu par tel tribunal:

1. dans le cas de défaut ou d'excès de compétence;

2. lorsque le règlement sur lequel la poursuite a été formée ou le jugement rendu est nul ou sans effet;

(3) when the proceedings are affected by some gross irregularity, and there is reason to believe that justice has not been, or will not be done;

(4) when there has been a violation of the law or an abuse of authority amounting to fraud and of such a nature as to cause a flagrant injustice.

However, in the cases provided in paragraphs 2, 3 and 4 above, the remedy lies only if, in the particular case, the judgments of the court seized with the proceeding are not susceptible of appeal.

It is under this provision that the case was evoked before the Quebec Superior Court.

II. Facts and Judgments

On September 2, 1994, the appellant (the "City") requested the intervention of the Conseil des services essentiels (the "Council") in a situation which threatened to prejudice the provision of certain public services. The City alleged that the respondent Union had instructed the City's "blue collar" employees to refuse to work overtime for the duration of the Labour Day weekend, that is, from 3:30 p.m. on September 2 to 7:30 a.m. on September 6. According to the City, these pressure tactics related to conflict over the imposition on these employees of three days of non-paid holidays pursuant to Bill 102. These employees had not yet acquired the right to strike. Earlier that day, the City had written to the Union representatives asking them to put an end to these pressure tactics and indicating its intention to approach the Council if no response was immediately forthcoming.

The Council held a public hearing that evening at which witness testimony and argument by legal representatives on behalf of both parties were heard. The City's witnesses described a variety of public services which would be interrupted in the event of a concerted refusal to work overtime. The Union undertook to ensure that the public's health and safety would not be affected during the weekend. Owing either to personal or mechanical error, the hearing was not taped. For this reason, no transcript of the proceedings is available. That evening, the Council delivered a written decision consisting of an order with reasons to follow. The

3. lorsque la procédure suivie est entachée de quelque irrégularité grave, et qu'il y a lieu de croire que justice n'a pas été, ou ne pourra pas être rendue;

4. lorsqu'il y a eu violation de la loi ou abus de pouvoir équivalant à fraude et de nature à entraîner une injustice flagrante.

Toutefois, ce recours n'est ouvert, dans les cas prévus aux alinéas 2, 3 et 4 ci-dessus, que si, dans l'espèce, les jugements du tribunal saisi ne sont pas susceptibles d'appel.

C'est en vertu de cette disposition que l'affaire a été évoquée devant la Cour supérieure du Québec.

II. Les faits et les jugements

Le 2 septembre 1994, l'appelante (la «Ville») a requis l'intervention du Conseil des services essentiels (le «Conseil») lors d'une situation qui menaçait de nuire à la prestation de certains services publics. La Ville a allégué que le syndicat intimé avait donné ordre aux «cols bleus» de la Ville de refuser de faire du temps supplémentaire durant la fin de semaine de la Fête du travail, c'est-à-dire de 15 h 30 le 2 septembre jusqu'à 7 h 30 le 6 septembre. D'après la ville, ces mesures de pression étaient reliées au conflit relatif à l'imposition à ces employés de trois jours de congé non payé conformément au projet de loi 102. Ces employés n'avaient pas encore acquis le droit de faire la grève. Plus tôt ce jour-là, la Ville avait écrit aux représentants du Syndicat pour leur demander de mettre fin à ces mesures de pression et pour indiquer son intention de s'adresser au Conseil en l'absence de réponse immédiate.

Le Conseil a tenu ce soir-là une audience publique pendant laquelle il a entendu les témoins et les avocats des deux parties. Les témoins de la Ville ont décrit toute une gamme de services publics qui seraient interrompus dans le cas d'un refus concerté de faire du temps supplémentaire. Le Syndicat s'est engagé à faire en sorte que la santé et la sécurité du public ne soient pas compromises durant la fin de semaine. En raison d'une erreur mécanique ou d'une erreur humaine, l'audience n'a pas été enregistrée. Il n'existe donc pas de transcription des procédures. Ce soir-là, le Conseil a rendu une décision écrite consistant en une

4

5

Council ordered the Union, and certain representatives and delegates of the Union, to take all necessary measures to ensure that the blue-collar members of the Union reported to work and fulfilled their usual duties, whether in regularly scheduled or overtime hours, as requested by the employer. The employees were similarly ordered to report to work if requested by the employer, again for regular hours or overtime. It is noteworthy that pursuant to article 7.10 of their collective agreement with the City, the Union members have the right to refuse to work overtime without giving a reason.

ordonnance, motifs à suivre. Le Conseil a ordonné au Syndicat et à certains représentants et délégués syndicaux de prendre toutes les mesures nécessaires pour s'assurer que les cols bleus membres du Syndicat soient au travail et s'acquittent de leurs fonctions habituelles, soit en temps régulier soit en temps supplémentaire, comme l'exigeait l'employeur. Les employés ont également reçu l'ordre de se présenter au travail si leur présence y était requise par l'employeur, que ce soit en temps régulier ou en temps supplémentaire. Il faut noter que, selon l'article 7.10 de leur convention collective avec la Ville, les membres du Syndicat ont le droit de refuser de faire du temps supplémentaire sans donner de raison.

6 On September 2, 1994 this order was filed at the office of the prothonotary of the Quebec Superior Court pursuant to s. 111.20 of the Code. On September 3 and 7, the City filed two successful motions to institute contempt of court proceedings. The City alleged that Union representatives and members had ignored the order and a concerted refusal to work overtime had taken place. On September 30, 1994, the Union filed an application for judicial review of the Council's decision pursuant to art. 846 of the Quebec *Code of Civil Procedure* ("C.C.P."). On October 6, 1994, subsequent to the filing of this motion, the Council conveyed its written reasons to the parties. On October 13, 1994, the Union filed an amended motion for review which was dismissed by a judge of the Superior Court on October 19, 1994. This decision was successfully appealed to the Court of Appeal, which rendered its decision on April 3, 1995: [1995] R.J.Q. 1050.

Le 2 septembre 1994, cette ordonnance a été déposée au bureau du protonotaire de la Cour supérieure du Québec conformément à l'art. 111.20 du Code. Les 3 et 7 septembre, la Ville a déposé deux requêtes en institution de procédures d'outrage au tribunal qui ont été accordées. La Ville alléguait que les représentants et les membres du Syndicat n'avaient pas tenu compte de l'ordonnance et qu'il y avait eu un refus concerté de faire du temps supplémentaire. Le 30 septembre 1994, le Syndicat a déposé une requête en révision judiciaire de la décision du Conseil conformément à l'art. 846 du *Code de procédure civile* («C.p.c.») du Québec. Le 6 octobre 1994, subséquemment au dépôt de cette requête, le Conseil a transmis ses motifs écrits aux parties. Le 13 octobre 1994, le Syndicat a déposé une requête amendée en révision judiciaire, requête rejetée par un juge de la Cour supérieure le 19 octobre 1994. Il a interjeté appel de ce jugement auprès de la Cour d'appel, et l'appel a été accueilli le 3 avril 1995: [1995] R.J.Q. 1050.

Order and Decision of the Conseil des services essentiels

L'ordonnance et la décision du Conseil des services essentiels

7 The relevant excerpts of the order made on September 2, 1994, are as follows:

Voici les extraits pertinents de l'ordonnance rendue le 2 septembre 1994:

[TRANSLATION]

WHEREAS the parties are bound by a collective agreement which is in force until December 31, 1994.

ATTENDU que les parties sont liées par une convention collective en vigueur jusqu'au 31 décembre 1994.

WHEREAS there exists a conflict between the parties.

WHEREAS there exists a concerted action within the meaning of section 111.18 of the Labour Code which consists of a refusal to work overtime and of an incitement of the employees to leave their work.

WHEREAS this concerted action is prejudicial to the service to which the public is entitled.

WHEREAS the role of the union, its officers and representatives in this concerted action has been clearly established.

WHEREAS the Conseil has given the parties the opportunity to present their views.

WHEREAS there exists an emergency.

ON THE BASIS OF WRITTEN REASONS WHICH WILL BE CONVEYED TO THE PARTIES AT A LATER DATE, THE CONSEIL DES SERVICES ESSENTIELS MAKES THE FOLLOWING ORDERS:

ORDERS the Canadian Union of Public Employees, Local 301, its agents, representatives, officers and employees to take all necessary measures to ensure the presence at work and performance of their usual duties on the part of all union members, where the employer requests their presence, whether during regular or overtime hours.

ORDERS the Canadian Union of Public Employees, Local 301, its agents, representatives, officers and employees to take all necessary measures to ensure that each person who is required to report to work, whether for regular or overtime hours, may do so without being prevented in any manner whatsoever.

... [These two orders are repeated but addressed specifically, by name, to various representatives of the Union.]

ORDERS all employees who are members of the Canadian Union of Public Employees, Local 301, to report to work if requested by the employer, whether for regular or overtime hours.

DECLARES that this order comes into force immediately and remains in force until the Union has legally acquired the right to strike.

ATTENDU qu'il y a conflit entre les parties.

ATTENDU qu'il y a une action concertée au sens de l'article 111.18 du Code du travail qui consiste en un refus de faire du temps supplémentaire et qui consiste à inciter des salariés à quitter leur travail.

ATTENDU que cette action concertée porte préjudice au service auquel le public a droit.

ATTENDU que le rôle du syndicat, de ses officiers et représentants dans cette action concertée est clairement établi.

ATTENDU que le Conseil a fourni aux parties l'occasion de présenter leurs observations.

ATTENDU qu'il y a urgence.

POUR DES MOTIFS ÉCRITS QUI SERONT TRANSMIS ULTÉRIEUREMENT AUX PARTIES, LE CONSEIL DES SERVICES ESSENTIELS REND LES ORDONNANCES SUIVANTES:

ORDONNE au Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301, ses agents, représentants, officiers et employés de prendre toutes les mesures nécessaires pour que les membres du syndicat dont la présence est requise au travail par l'employeur, que ce soit en temps régulier ou en temps supplémentaire, se présentent au travail et fournissent leur prestation usuelle de travail.

ORDONNE au Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301, ses agents, représentants, officiers et employés de prendre toutes les mesures nécessaires pour que toute personne devant se présenter au travail, que ce soit en temps supplémentaire ou en temps régulier, puisse le faire sans en être empêché de quelque manière que ce soit.

... [Ces deux ordonnances sont répétées mais adressées nommément à différents représentants du syndicat.]

ORDONNE à tous les salariés membres du Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 de se présenter au travail si leur présence y est requise par l'employeur, que ce soit en temps régulier ou en temps supplémentaire.

DÉCLARE que la présente ordonnance entre en vigueur immédiatement et le sera jusqu'à ce que le syndicat ait acquis légalement le droit de grève.

DECLARES that this order will be filed at the office of the prothonotary of the Superior Court of the District of Montreal.

RESERVES its jurisdiction to make any other order it deems necessary.

8

In the written reasons which followed on October 6, 1994, the Council's president, Madeleine Lemieux, began by noting the similarity between the present inquiry and one which had taken place before the July long weekend of that year. The July hearing had concerned a concerted refusal to work overtime in response to a Union instruction which arose in relation to conflict over the application of Bill 102 to the Union's members. The order made in this appeal was identical to that which followed the earlier hearing.

9

In its reasons in the current inquiry, the Council made a number of factual findings based on the testimony it had heard. The employer had described a number of public services which would be or risked being disturbed by the refusal to work overtime. These included: weekend recreational activities, a delay in the opening of public arenas and hockey training camps, garbage pick-up in public parks, loss of plants and flowers at public gardens due to lack of watering, special construction projects, telephone and other communication services including emergency telephone calls, emergency repairs of the rides at an amusement park, emergency repairs in the case of power failure or water shortage, certain aspects of garbage collection and disposal, and the provision of security guards. Witnesses from each of these public service sectors further testified that a Union delegate had informed the employer's representatives that there would be no overtime workers to effect these duties. The Council observed that the respondent Union had admitted to the overtime embargo, but had claimed that the lack of

DÉCLARE que la présente ordonnance sera déposée au bureau du protonotaire de la Cour supérieure du district de Montréal.

RÉSERVE sa juridiction pour rendre toute autre ordonnance jugée nécessaire.

Dans les motifs écrits du 6 octobre 1994, la présidente du Conseil, M^e Madeleine Lemieux, a d'abord souligné la similitude entre la présente demande d'intervention et celle qui avait été présentée avant la longue fin de semaine de juillet de cette année-là. L'audience de juillet portait sur un refus concerté de faire du temps supplémentaire en réponse à une directive que le Syndicat avait donnée à ses membres à l'occasion d'un conflit relatif à l'application du projet de loi 102. L'ordonnance rendue dans le présent pourvoi est identique à celle qui avait suivi l'audience antérieure.

Dans ses motifs concernant la présente demande d'intervention, le Conseil a tiré un certain nombre de conclusions de fait fondées sur les témoignages entendus. L'employeur avait décrit un certain nombre de services publics qui seraient ou risqueraient d'être perturbés par le refus de faire du temps supplémentaire. Il s'agissait, notamment, d'activités récréatives de fin de semaine, du retard dans l'ouverture des patinoires publiques et des camps d'entraînement de hockey, de l'enlèvement des ordures dans les parcs publics, de perte de plantes et de fleurs dans les jardins publics en raison du manque d'arrosage, de projets spéciaux de construction, de services de téléphone et autres services de communication, dont les appels téléphoniques d'urgence, de réparations d'urgence sur les manèges d'un parc d'amusement, de réparations d'urgence dans le cas de pannes de courant ou d'alimentation en eau, de certains aspects de la collecte et de l'élimination des ordures, et de la prestation de services de sécurité. Des témoins de chacun de ces secteurs des services publics ont en outre déclaré qu'une déléguée syndicale avait informé les représentants de l'employeur qu'il n'y aurait pas d'employés en temps supplémentaire pour effectuer ces tâches. Le Conseil a fait observer que le syndicat intimé avait reconnu avoir décrété un embargo sur le temps supplémentaire,

employees would not affect the health or safety of the public.

On the basis of this evidence, the Council found that the requisite elements to make an order pursuant to ss. 111.17 and 111.18 of the Code were established. These provisions authorize the making of orders to ensure the maintenance of services to which the public is entitled where there exists a concerted action, other than a strike or slowdown, which is related to a labour conflict and either is currently or has the potential of prejudicing these services. The Council noted the difference between their role during times of legal strike, which is to ensure "essential services" for the health and safety of the public, and their role during times of illegal collective action, which is the broader duty to protect all public services. It held that the Union's withdrawal from the employer of the performance of work upon which the latter could normally rely constituted a strike. The strike was an illegal one, as none of the Labour Code's requirements had been fulfilled. As such, the Council held that it had the power to intervene, by making the order that it had.

Superior Court

The respondent Union filed an amended motion for judicial review of the Council's decision, on the grounds that the tribunal had interpreted the law and the evidence in a patently unreasonable manner. The motion was dismissed by Guthrie J. In his view, the Quebec Court of Appeal decision in *Syndicat canadien de la fonction publique v. Conseil des services essentiels*, [1989] R.J.Q. 2648, at pp. 2653-54, had established that ss. 111.17 and 111.18 authorize not only orders mandating compliance with the collective agreement, law, or essential services list, but also, more generally, the maintenance of public services. Guthrie J. found that the evidence before the Council supported its finding that there was a concerted action, the refusal to work overtime, which would likely prejudice services to which the public is entitled. In his opinion, as s. 139 of the Code contains a strong privative clause protecting the

mais qu'il avait prétendu que la pénurie d'employés n'aurait pas d'incidence sur la santé ou la sécurité du public.

Se fondant sur cette preuve, le Conseil a conclu qu'il était en présence des éléments requis pour rendre une ordonnance conformément aux art. 111.17 et 111.18 du Code. Ces dispositions permettent de rendre des ordonnances pour que les services auxquels le public a droit soient assurés lorsqu'une action concertée, autre qu'une grève ou un ralentissement d'activités, relativement à un conflit de travail, porte préjudice ou est susceptible de porter préjudice à ces services. Le Conseil a noté la différence qui existe entre son rôle durant les périodes de grève légale, qui est d'assurer les «services essentiels» à la santé et à la sécurité du public, et son rôle durant les périodes d'action collective illégale, qui est l'obligation plus étendue de protéger tous les services publics. Il a conclu que le Syndicat avait retiré à l'employeur une prestation de travail sur laquelle il pouvait normalement compter et que cela constituait une grève. Il s'agissait d'une grève illégale, car aucune des exigences du Code du travail n'avait été remplie. Le Conseil estimait donc avoir le pouvoir d'intervenir en rendant l'ordonnance qu'il avait rendue.

La Cour supérieure

Le syndicat intimé a déposé une requête amendée en révision judiciaire de la décision du Conseil, pour le motif que le tribunal avait interprété le droit et la preuve de façon manifestement déraisonnable. La requête a été rejetée par le juge Guthrie. À son avis, l'arrêt de la Cour d'appel du Québec *Syndicat canadien de la fonction publique c. Conseil des services essentiels*, [1989] R.J.Q. 2648, aux pp. 2653 et 2654, avait établi que les art. 111.17 et 111.18 autorisent le Conseil non seulement à rendre des ordonnances pour voir à ce que la convention collective, la loi ou la liste des services essentiels soient respectées, mais également, plus généralement, à assurer au public les services auxquels il a droit. Le juge Guthrie estimait que la preuve devant le Conseil étayait sa conclusion selon laquelle il y avait une action concertée — le refus de faire du temps supplémentaire — susceptible de porter préjudice aux services

decisions of the Council, the court could only intervene where the appreciation of the evidence constituted a patently unreasonable error of law. This was not the case.

auxquels le public a droit. À son avis, comme l'art. 139 du Code contient une clause privative complète qui protège les décisions du Conseil, la cour ne pouvait intervenir que lorsque l'appréciation de la preuve constituait une erreur de droit manifestement déraisonnable, ce qui n'était pas le cas.

¹² Guthrie J. further held that the absence of a recording of the proceedings before the Council constituted neither a miscarriage of justice nor a failure to observe the principles of natural justice. Had it been, he stated on the basis of *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, at p. 593, the order would not be subject to the same nullity as if the Council had exceeded its jurisdiction. Relying on jurisprudence of this Court and the Quebec Court of Appeal, he finally observed that the standard of review for the order was a stringent one. The order must be clearly unreasonable, abusive, or arbitrary for the court to intervene. As the order had none of these characteristics he dismissed the motion.

Le juge Guthrie a également statué que l'absence d'enregistrement de la procédure devant le Conseil ne constituait ni un déni de justice ni un défaut d'observer les principes de justice naturelle. Si tel avait été le cas, a-t-il déclaré en se fondant sur l'arrêt *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, à la p. 593, l'ordonnance n'aurait pas été entachée de la même nullité que si le Conseil avait commis un excès de juridiction. En s'appuyant sur la jurisprudence de notre Cour et celle de la Cour d'appel du Québec, il a fait remarquer, en dernier lieu, que la norme de contrôle de l'ordonnance était une norme sévère. Il faut que l'ordonnance soit manifestement déraisonnable, abusive ou arbitraire pour permettre à la cour d'intervenir. Comme l'ordonnance ne comportait aucune de ces caractéristiques, il a rejeté la requête.

Court of Appeal (Rothman, Deschamps and Otis JJ.A.)

La Cour d'appel (les juges Rothman, Deschamps et Otis)

¹³ The respondent Union appealed the dismissal of its motion to the Court of Appeal on two alternate grounds: first, in ordering the suspension of a provision of the collective agreement, the Council had exercised a remedial power not conferred upon it, thereby committing a jurisdictional error; and second, the Council had violated the rules of natural justice, by virtue of holding a hearing without making a machine recording thereof. The appeal was allowed on the first ground for the following two reasons.

Le syndicat intimé a interjeté appel du rejet de sa requête auprès de la Cour d'appel en invoquant deux moyens alternatifs: premièrement, en ordonnant la suspension d'un article de la convention collective, le Conseil avait exercé un pouvoir de redressement qui ne lui était pas conféré, commettant ainsi une erreur de compétence; et, deuxièmement, le Conseil avait enfreint les règles de justice naturelle, en tenant une audience sans en enregistrer le déroulement. L'appel a été accueilli quant au premier moyen pour les deux raisons suivantes.

¹⁴ First, the order abrogated a key provision of the collective agreement, namely, the right to refuse overtime. The Court of Appeal concluded that the legislator had not empowered the Council to interfere with the provisions of a collective agreement except in the particular instance described in s. 111.17, viz. to modify or accelerate grievance or

Premièrement, l'ordonnance abrogeait un article clé de la convention collective, en l'occurrence le droit de refuser de faire du temps supplémentaire. La Cour d'appel a conclu que le législateur n'avait pas habilité le Conseil à modifier les articles d'une convention collective sauf dans le cas particulier prévu à l'art. 111.17, c'est-à-dire pour modifier ou

arbitration procedures. Relying upon this Court's decision in *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412 ("Acadie"), the Court of Appeal held that general provisions authorizing orders by such a board cannot support an unlimited intrusion in the collective bargaining process. The Council's express authority to intervene in a grievance or arbitration is an exceptional power. The remedial powers of the Council are otherwise limited by the requirements of respect of the Code and the collective agreement, reasonableness, and necessity.

Second, the order was broader than was required in that it prevented all employees from refusing overtime, without ensuring a connection between the refusal and a concerted action likely to prejudice public services. The Court of Appeal observed that the excessive nature of the order became evident if one considered that an employee could not refuse to work overtime for good reason without facing a contempt charge before which he or she would have to justify the refusal. As the order did not link the prohibition of refusing overtime directly to the concerted action, it had the effect of temporarily suspending an individual right in the collective agreement. This it could not do. The Court of Appeal found that the decision clearly exceeded the powers granted the Council and, as such, constituted a jurisdictional error which was reviewable on a correctness standard. As a result, it overturned the judgment of the court of first instance, granted the motion for review, and quashed the order of the Council. The City had cited a number of participants in the Union-directed refusal to work overtime for contempt of the order. The judgment of the Court of Appeal removed the basis for these charges.

accélérer les procédures de grief ou d'arbitrage. Se fondant sur l'arrêt de notre Cour *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412 («Acadie»), la Cour d'appel a conclu que des dispositions générales qui autorisent un tel conseil à rendre des ordonnances ne permettent pas une intrusion illimitée dans le processus de négociation collective. Le pouvoir exprès du Conseil d'intervenir dans le règlement d'un grief ou dans l'arbitrage est un pouvoir exceptionnel. Les pouvoirs de redressement du Conseil sont, par ailleurs, limités par les exigences du respect du Code et de la convention collective, du caractère de raisonabilité et de nécessité.

Deuxièmement, l'ordonnance était plus étendue que nécessaire, en ce sens qu'elle interdisait à tous les employés de refuser de faire du temps supplémentaire, sans s'assurer de l'existence d'un lien entre le refus et une action concertée susceptible de porter préjudice aux services publics. La Cour d'appel a fait remarquer que la nature excessive de l'ordonnance devenait évidente si on considérait qu'un employé ne pouvait pas refuser de faire du temps supplémentaire pour une raison valable sans s'exposer à une accusation d'outrage au tribunal devant lequel il devrait justifier son refus. Comme l'ordonnance ne liait pas directement l'interdiction de refuser de faire du temps supplémentaire à l'action concertée, elle avait pour effet de suspendre temporairement un droit individuel prévu dans la convention collective, ce qu'elle ne pouvait pas faire. La Cour d'appel a statué que la décision excédait manifestement les pouvoirs conférés au Conseil et constituait donc une erreur de compétence qui était susceptible de révision selon la norme de la décision correcte. Par conséquent, elle a infirmé le jugement de la cour de première instance, accueilli la requête en révision judiciaire et annulé l'ordonnance du Conseil. La ville avait assigné à comparaître pour outrage à l'ordonnance un certain nombre d'employés qui avaient participé au refus, dirigé par le Syndicat, de faire du temps supplémentaire. L'arrêt de la Cour d'appel a enlevé tout fondement à ces accusations.

III. Issues

16 In disposing of this appeal, the following two issues must be addressed:

1. Does the remedial order made by the Council constitute an excess of jurisdiction?
2. Does the absence of a machine recording and thus transcript of the hearing before the Council constitute a denial of the respondent's rights to natural justice?

IV. Analysis

1. *The Order*

A. Remedial Jurisdiction of the Council

17 In deciding whether the Council has exceeded its jurisdiction, this Court must first determine whether the problem addressed by the tribunal fell within the exclusive and specialized jurisdiction granted it by the legislature. In other words, did the Council, in determining the appropriate order in this case, act within its jurisdiction *stricto sensu*? This Court has repeatedly stated that the courts should proceed cautiously when faced with the task of assessing the jurisdiction of an administrative tribunal. These bodies play a very important and special role in regulating social, economic, and political activities and relationships within an increasingly complex society. The administrative tribunal, with its specialized expertise, accumulated experience, and sensitivity as regards problems which arise in a particular field, is essential to the effective and fair implementation of state policy aimed at addressing these concerns. While the courts have maintained the important role of ensuring that these bodies limit their activity to those powers entrusted to them by the legislature, we must be careful to avoid unduly limiting the jurisdiction of such a body, thereby negating its specialized expertise and interfering with its intended functions.

18 For this reason, while this Court has maintained that tribunals must correctly interpret statutory provisions which grant and limit their jurisdiction

III. Les questions en litige

Ce pourvoi soulève les deux questions suivantes:

1. L'ordonnance réparatrice rendue par le Conseil constitue-t-elle un excès de compétence?
2. L'absence d'enregistrement et donc de transcription de l'audience tenue devant le Conseil constitue-t-elle un déni de justice naturelle envers l'intimé?

IV. Analyse

1. *L'ordonnance*

A. Compétence du Conseil des services essentiels en matière de redressement

Pour décider si le Conseil a excédé sa compétence, notre Cour doit déterminer si le problème traité par le tribunal relevait de la compétence exclusive et spécialisée qui lui était conférée par le législateur. Autrement dit, le Conseil a-t-il agi conformément à sa compétence *stricto sensu* en décidant quelle était l'ordonnance appropriée en l'espèce? Notre Cour a réitéré à maintes reprises que les tribunaux devraient faire preuve de prudence dans l'évaluation de la compétence d'un tribunal administratif. Ces organismes jouent un rôle très important et très spécial dans la régulation des activités et des rapports sociaux, économiques et politiques dans une société de plus en plus complexe. Avec ses connaissances spécialisées, son expérience accumulée et sa sensibilisation aux problèmes qui se posent dans un domaine particulier, un tribunal administratif joue un rôle essentiel dans l'application efficace et équitable de la politique de l'État sur ces questions. Bien que les tribunaux aient conservé le rôle important de veiller à ce que ces organismes limitent leur activité aux pouvoirs qui leur sont conférés par le législateur, nous devons éviter de limiter indûment la compétence de ces organismes et d'ainsi nier leur expertise et modifier les fonctions qu'on leur a confiées.

Pour ce motif, bien que notre Cour ait maintenu que les tribunaux administratifs doivent interpréter correctement les dispositions législatives qui attri-

if they wish to escape judicial review, curial intervention must also respect the limits intended by the legislature. As Dickson J., as he then was, warned in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227 (“*CUPE*”), at p. 233:

The question of what is and is not jurisdictional is often very difficult to determine. The courts, in my view, should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so.

Dickson J. was concerned that a court’s determination of what it characterizes as a question going to a tribunal’s jurisdiction *stricto sensu* may, in reality, decide a question which would “lie logically at the heart of the specialized jurisdiction confided to the Board” (p. 236). To address this concern, the *CUPE* decision established the principle of curial deference in judicial review of administrative decision-making which continues to inform the jurisprudence of this Court.

In *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, subsequent to various attempts to articulate the difference between questions going to jurisdiction and those falling within the specialized competence of an administrative body, this Court established a “pragmatic and functional” approach which continues to be the authoritative method for determining this issue. In *Bibeault*, writing for the Court, Beetz J. explained that the question to be asked is whether the legislator intended the issue to be within the tribunal’s jurisdiction. In this context, a “pragmatic and functional” interpretation of the enabling statute is required. Beetz J. directed courts to consider the following factors in undertaking this task: a) the wording of the enactment conferring jurisdiction on the tribunal; b) the purpose of the statute in creating the tribunal; c) the reason for the tribunal’s existence; d) the area of expertise of the tribunal’s members; and e) the nature of the problem before the tribunal. He also emphasized that the func-

buent et limitent leur compétence s’ils veulent échapper au contrôle judiciaire, l’intervention judiciaire doit également respecter les limites visées par le législateur provincial. Le juge Dickson, plus tard Juge en chef, a fait la mise en garde suivante dans *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 («*SCFP*»), à la p. 233:

Il est souvent très difficile de déterminer ce qui constitue une question de compétence. À mon avis, les tribunaux devraient éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l’assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu’il existe un doute à cet égard.

Le juge Dickson s’inquiétait de ce que la détermination, par un tribunal, de ce qu’il considère comme une question touchant à la compétence *stricto sensu* d’un tribunal administratif, puisse en réalité trancher une question qui «[l]ogiquement [...] est au cœur de la compétence spécialisée conférée à la Commission» (p. 236). Pour aborder cette question, l’arrêt *SCFP* a établi le principe de la retenue judiciaire dans le contrôle judiciaire du processus décisionnel administratif qui continue de guider la jurisprudence de notre Cour.

Après avoir essayé plusieurs fois d’exprimer clairement la différence entre les questions touchant à la compétence et celles relevant de l’expertise d’un organisme administratif, notre Cour, dans *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, a conçu une démarche «pragmatique et fonctionnelle» qui continue de faire autorité sur cette question. Dans l’arrêt *Bibeault*, le juge Beetz, au nom de la Cour, a expliqué qu’il fallait se demander si l’intention du législateur était que la question relève de la compétence du tribunal administratif. Dans ce contexte, la loi habilitante doit s’interpréter de façon «pragmatique et fonctionnelle». Le juge Beetz a demandé aux tribunaux d’examiner les facteurs suivants au moment d’entreprendre cette tâche: a) le libellé du texte législatif qui attribue la compétence au tribunal administratif; b) le but visé par la loi lors de la création du tribunal administratif; c) la raison d’être du tribunal administratif; d) le domaine d’expertise des membres du tribunal administratif; et e) la nature

tional and pragmatic approach for determining the legislator's intent should be applied equally to questions which, at first blush, appear to limit a tribunal's jurisdiction.

du problème dont le tribunal administratif est saisi. Il a également insisté sur le fait que la démarche pragmatique et fonctionnelle à suivre pour déterminer l'intention du législateur devrait s'appliquer aussi aux questions qui, de premier abord, semblent limiter la compétence d'un tribunal administratif.

20 Our initial task in disposing of this ground of review is thus to ascertain whether the question facing the Conseil des services essentiels was one which the legislature intended it to decide. Our pragmatic and functional interpretation of the remedial provisions of Quebec's *Labour Code* which were exercised by the Council begins with an examination of the wording of these provisions. These sections will be difficult to interpret, however, without background knowledge of both the special schemes governing collective bargaining for "public" employees and the related duties of the Council to which these provisions refer. For this reason, I will begin with a brief overview of these regimes as they are situated in the general structure of the Code.

Notre tâche initiale, dans l'examen de ce motif de révision est donc de déterminer si la question dont a été saisi le Conseil des services essentiels était une question que le législateur entendait qu'il tranche. Notre interprétation pragmatique et fonctionnelle des mesures de redressement prises par le Conseil en vertu du *Code du travail* du Québec, débute par un examen du libellé de ces dispositions. Il est difficile d'interpréter ces articles, cependant, sans connaître le contexte tant des régimes spéciaux régissant la négociation collective pour les employés du «secteur public» que des fonctions connexes du Conseil qui sont mentionnées dans ces dispositions. Pour cette raison, je donnerai d'abord un bref aperçu de ces régimes dans le cadre de la structure générale du Code.

21 Speaking generally, the Quebec *Labour Code* establishes and governs a system of collective bargaining and constructive settlement of disputes between employers and employees in the province, as defined in the Code's initial chapter. Chapter II creates the right of employees to belong to the employee association of their choice, such as a union. These provisions set out a scheme whereby a particular association will be certified to represent the employees in a local bargaining unit and establishes the powers of labour commissioners and the Labour Court to oversee this process. The certified employee association is then empowered to negotiate a collective agreement with the employer on behalf of the employees it represents. The process of collective bargaining and the content of the agreement are regulated by the provisions in Chapter III of the Code. Chapter IV establishes the functions and powers of labour arbitrators in the conclusion and enforcement of collective agreements. While arbitration is generally optional for disputes arising over the conclusion of terms of a collective agreement, grievances

En termes généraux, le *Code du travail* du Québec établit et régit un système de négociation collective et de règlement positif des différends entre les employeurs et les salariés de la province, selon les définitions figurant au chapitre premier du Code. Le chapitre II crée le droit pour tout salarié d'appartenir à l'association de salariés de son choix, tel un syndicat. Ces dispositions décrivent un régime où une association particulière sera accréditée pour représenter les salariés au sein d'une unité locale de négociation et établissent les pouvoirs des commissaires du travail et du Tribunal du travail pour surveiller ce processus. L'association accréditée de salariés est alors habilitée à négocier une convention collective avec l'employeur au nom des salariés qu'elle représente. Le processus de négociation collective et le contenu de la convention sont régis par les dispositions du chapitre III du Code. Le chapitre IV énonce les fonctions et les pouvoirs des arbitres dans la conclusion et l'application des conventions collectives. Bien que l'arbitrage soit généralement facultatif en cas de différends sur la conclusion des

which arise during the period of a collective agreement must be submitted to an arbitrator.

Finally, Chapter V establishes the conditions under which the economic pressure tactics of a “strike” by employees or “lock-out” by an employer can be legally used. As defined under s. 1, a “strike” represents “the concerted cessation of work by a group of employees” while a “lock-out” involves an employer’s refusal “to give work to a group of his employees in order to compel them, or the employees of another employer, to accept certain conditions of employment”. In short, strikes cannot be declared until the right to strike has been established: s. 106; and are forbidden during the period of a collective agreement: s. 107. The acquisition of the right to strike is contingent upon the passing of a waiting period during which the parties are expected to negotiate in good faith, and, in some cases, take part in conciliation: ss. 52 through 58. Only certified employee associations may obtain this right: s. 106. A majority vote of the association’s members in the affected bargaining unit authorizing the strike is a further formal requirement for the legal exercise of this right: s. 20.2. The right of an employer to “lock-out” employees arises upon the employee association’s acquisition of the right to strike: s. 109.

Against this background scheme governing labour relations, Chapter V.1 establishes a special regime for employees in “the public services” and “the public and parapublic sectors”. For the purposes of this judgment, when referring to both groups together I will use the term “public employees”, although, as will be shown, there are distinctions between the two. As a general rule, the rights, obligations, and procedures created by the provisions of the Code to govern the collective bargaining process apply to these two general categories of employees. The special provisions will take precedence, however, in the event of a conflict between their requirements and those of the remainder of the Code: ss. 111.0.15 and 111.1,

modalités d’une convention collective, les griefs qui prennent naissance pendant la durée d’une convention collective doivent être soumis à un arbitre.

Enfin, le chapitre V énonce les conditions dans lesquelles on peut recourir légalement aux mesures de pression économiques que sont la grève pour les salariés et le lock-out pour l’employeur. Selon l’article premier, une grève est «la cessation concertée du travail par un groupe de salariés», tandis qu’un «lock-out» implique le refus par un employeur «de fournir du travail à un groupe de salariés à son emploi en vue de les contraindre à accepter certaines conditions de travail ou de contraindre pareillement des salariés d’un autre employeur». En résumé, la grève ne peut pas être déclarée tant que le droit de grève n’a pas été établi (art. 106), et elle est interdite pendant la durée d’une convention collective (art. 107). L’acquisition du droit de grève dépend de l’écoulement d’une période d’attente durant laquelle les parties sont censées négocier de bonne foi et, dans certains cas, participer à la conciliation (art. 52 à 58). Seules les associations de salariés accréditées peuvent obtenir ce droit (art. 106). Un vote majoritaire des membres de l’association de l’unité de négociation concernée qui autorise la grève est une autre exigence formelle de l’exercice de ce droit (art. 20.2). Le droit d’un employeur de décréter un «lock-out» de ses salariés prend naissance lorsque l’association de salariés a acquis le droit de grève (art. 109).

Dans le cadre de ce régime général des relations de travail, le chapitre V.1 établit un régime spécial pour les salariés des «services publics» et des «secteurs public et parapublic». Pour les fins du présent pourvoi, j’utiliserai le mot «fonctionnaires» pour les deux groupes pris ensemble, bien que, comme on le verra, il existe des distinctions entre les deux. En règle générale, les droits, les obligations et les procédures créés par les dispositions du Code pour régir le processus de négociation collective s’appliquent à ces deux catégories générales de salariés. Les dispositions spéciales auront préséance, toutefois, en cas de conflit entre leurs exigences et celles prévues dans le reste du Code (art. 111.0.15 et 111.1 respectivement). Le Conseil des services

respectively. The Conseil des services essentiels is created in this Chapter and granted various functions and remedial powers essential to the implementation of the special regimes contained within it.

24 The first category addressed in this chapter, “public services”, is defined by a list of various services of fundamental importance to the daily living of members of the public. These range from municipal corporations and intermunicipal agencies to telephone, transportation, and ambulance services. As Robert Gagnon has commented, it is the nature of the service which links these and qualifies them as public as opposed to the status of the provider of the service. Indeed, some are offered by private, for-profit corporations: *Le droit du travail du Québec: pratiques et théories* (3rd ed. 1996), at p. 393; see also: R. Gagnon, L. LeBel and P. Verge, *Droit du Travail* (2nd ed. 1991), at p. 587.

25 The sections of the Code which govern “public service” employees render their right to strike contingent upon not only the usual requirements, but also a prior commitment to maintaining essential services for the public. These employees may generally obtain the right to strike in the same manner as other employees governed by the Code provided they also give seven juridical days’ notice to the Minister of Labour: ss. 111.0.15 and 111.0.23. Under the special regime, however, where the government is of the opinion that a strike in these services will endanger the public’s health or safety, it may order that the parties maintain essential services: s. 111.0.17. In such cases, an agreement on the part of the parties to the conflict as to the essential services to be provided or, where not achievable, a list prepared by the employee association, must be forwarded to the Council before a strike may either be declared or continued, s. 111.0.18. The Council must assess whether the list is sufficient to ensure the health and safety of the public. Where it finds the services insufficient, it must report its findings to the government and to the public: ss. 111.0.19, 111.0.20, and 111.0.21.

essentiels est créé dans ce chapitre et est investi de diverses fonctions et de divers pouvoirs de redressement qui sont essentiels à la mise en œuvre des régimes spéciaux y prévus.

La première catégorie abordée dans ce chapitre, les «services publics», est définie au moyen d’une liste de divers services qui ont une importance capitale dans la vie quotidienne du public. Ces services vont des corporations municipales et des régies intermunicipales aux entreprises de téléphone, de transport et de services ambulanciers. Selon les observations de Robert Gagnon, le dénominateur commun qui permet de classer ces services parmi les services publics est la nature du service par opposition au statut du fournisseur du service. En effet, certains services sont offerts par des sociétés privées à but lucratif: *Le droit du travail du Québec: pratiques et théories* (3^e éd. 1996), à la p. 393; voir également: R. Gagnon, L. LeBel et P. Verge, *Droit du Travail* (2^e éd. 1991), à la p. 587.

Les articles du Code qui régissent les employés de «services publics» font dépendre leur droit de grève non seulement des exigences usuelles, mais également d’un engagement préalable à maintenir les services essentiels au public. Ces employés peuvent en général obtenir le droit de grève de la même manière que d’autres employés régis par le Code pourvu qu’ils donnent aussi un préavis de sept jours juridiques francs au ministre du Travail (art. 111.0.15 et 111.0.23). En vertu de ce régime spécial, toutefois, lorsque le gouvernement est d’avis qu’une grève dans ces services mettra en danger la santé ou la sécurité du public, il peut ordonner que les parties maintiennent les services essentiels (art. 111.0.17). Dans ces cas, une entente entre les parties au conflit quant aux services essentiels à fournir ou, si ce n’est pas possible, une liste préparée par l’association de salariés, doit être transmise au Conseil avant qu’une grève puisse être déclarée ou poursuivie (art. 111.0.18). Le Conseil doit évaluer si la liste suffit à assurer la santé et la sécurité du public. Lorsqu’il juge que les services sont insuffisants, il doit faire rapport de ses conclusions au gouvernement et au public.

Before doing so, however, the Council may provide mediation and/or recommendations to assist the parties in achieving an adequate agreement or list: ss. 111.0.18 and 111.0.19. The government may suspend the right to strike where the list, agreement, or services actually rendered are considered insufficient to ensure protection of public's health and safety: s. 111.0.24. The Attorney General has the further recourse of an injunction from the Superior Court if the employee association violates the suspension: s. 111.0.25.

The other category covered by Chapter V.1 consists of "public and parapublic sectors". These include government employees appointed or remunerated pursuant to the *Public Service Act*, R.S.Q., c. F-3.1.1, as well as the colleges, school boards, and health and social services establishments contemplated in the *Act respecting the process of negotiation of the collective agreements in the public and parapublic sectors*, R.S.Q., c. R-8.2. In view of the special schemes of collective bargaining established in these enactments, congruence between them and the Code are assured by codal provisions targeting these sectors. Certain restrictions on the right to strike for employees in these sectors are also imposed in the Code: ss. 111.11 and 111.14. Moreover, where a strike involves a health or social services establishment, a list/agreement regime to ensure essential services, similar to that for public services, is automatically imposed and subject to the final approval of the Council: ss. 111.10 to 111.12. The Council's role in this aspect of the scheme is therefore more determinative than in the scheme governing "public services".

This description of the regimes governing "public" employees provides the necessary context in which to interpret the remedial powers which the Council may exercise in the event of labour conflict involving them, as enumerated in ss. 111.16 to 111.20. Under s. 111.16, the Council acquires the power to inquire into a strike, lock-out or slow-

(art. 111.0.19, 111.0.20 et 111.0.21). Avant de ce faire, toutefois, le Conseil peut fournir des services de médiation ou faire des recommandations pour aider les parties à conclure une entente adéquate ou à s'entendre sur une liste adéquate (art. 111.0.18 et 111.0.19). Le gouvernement peut suspendre l'exercice du droit de grève lorsque la liste, l'entente ou les services vraiment rendus sont considérés comme étant insuffisants pour assurer la protection de la santé et de la sécurité du public (art. 111.0.24). Le procureur général peut, de plus, recourir à une injonction de la Cour supérieure si l'association de salariés ne respecte pas la suspension de l'exercice du droit de grève (art. 111.0.25).

L'autre catégorie à laquelle s'applique le chapitre V.1 consiste dans les «secteurs public et parapublic». Ceux-ci comprennent les employés du gouvernement nommés ou rémunérés conformément à la *Loi sur la fonction publique*, L.R.Q., ch. F-3.1.1, ainsi que les collèges, les commissions scolaires et les établissements de santé et de services sociaux visés dans la *Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic*, L.R.Q., ch. R-8.2. Vu les régimes spéciaux de négociation collective établis dans ces textes législatifs, leur concordance entre eux et avec le Code est assurée par des dispositions codifiées ciblant ces secteurs. Certaines restrictions au droit de grève des employés de ces secteurs sont également prévues aux art. 111.11 et 111.14 du Code. En outre, lorsqu'une grève touche un établissement de santé ou de services sociaux, un régime fondé sur une liste ou une entente en vue d'assurer des services essentiels, semblable à celui des services publics, est automatiquement imposé et soumis à l'approbation finale du Conseil (art. 111.10 à 111.12). Dans cet aspect du régime, le Conseil joue donc un rôle plus déterminant que dans le régime régissant les «services publics».

Cette description des régimes applicables aux «fonctionnaires» fournit le contexte nécessaire à l'interprétation des pouvoirs de redressement énumérés aux art. 111.16 à 111.20, que le Conseil peut exercer dans le cas d'un conflit de travail les concernant. L'article 111.16 donne au Conseil le pouvoir d'enquêter sur une grève, un lock-out ou un

down which is contrary to the law or during which essential services designated in a list or agreement are not provided, and to attempt to resolve the problem through mediation. Section 111.17, when viewed in light of the preceding overview, establishes the further and broader powers of the Council to protect the public from two types of interference caused by labour conflict involving public employees. According to the first paragraph of this section, the first of these situations occurs where a conflict is considered to be or likely to be "prejudicial to a service to which the public is entitled". The second will arise where a list or agreement of essential services for the period of an otherwise legal strike is not being respected. To remedy the consequences of these two categories of labour conflict, the Council is generally empowered to make any of a variety of orders, ranging from one which ensures the availability of the service to which the public is entitled, to ones mandating compliance with a collective agreement, the law, or the list or agreement on essential services.

ralentissement d'activités qui contrevient à la loi ou durant lequel des services essentiels désignés dans une liste ou une entente ne sont pas fournis, ou d'essayer de résoudre le problème au moyen de la médiation. L'article 111.17, pris dans le contexte de l'aperçu général qui précède, confère d'autres pouvoirs plus larges au Conseil en vue de protéger le public de deux genres de perturbations qu'entraîne un conflit de travail impliquant des fonctionnaires. Selon le premier alinéa de cet article, la première de ces situations se présente lorsqu'un conflit est considéré comme portant ou susceptible de porter «préjudice à un service auquel le public a droit». La deuxième situation survient lorsqu'une liste ou entente concernant des services essentiels pour la durée d'une grève, par ailleurs légale, n'est pas respectée. Pour pallier les conséquences de ces deux catégories de conflit de travail, le Conseil a le pouvoir général de rendre diverses ordonnances, allant d'une ordonnance visant à assurer au public un service auquel il a droit, à une ordonnance exigeant le respect de la convention collective, de la loi ou d'une liste ou entente portant sur les services essentiels.

28

Further definition of the Council's jurisdiction in this regard is provided by a list of six general types of orders which may be made to achieve the ends of the first paragraph of s. 111.17. The first of these establishes the general power of the Council to enjoin any person or category of persons involved in the conflict "to do what is required to comply with the first paragraph of this section", or, alternatively, to abstain from any activity in contravention thereof. The second and third allow the Council to order persons or categories of persons involved in the conflict to repair the consequences of acts or omissions in contravention of the law, or of an agreement or list, through the measures the Council believes appropriate. The fourth allows the Council to order every person involved in the conflict to do or abstain from doing anything which the Council considers reasonable in the circumstances to ensure maintenance of services for the public. The fifth and sixth grant the specific powers to order the acceleration of a grievance or arbitration procedure and to order a public statement by a party to the conflict of its intention to

La compétence du Conseil à cet égard est définie, en outre, par une liste de six types d'ordonnances qu'il peut rendre pour atteindre les fins du premier alinéa de l'art. 111.17. La première est un pouvoir général du Conseil d'enjoindre à toute personne ou catégorie de personnes impliquées dans le conflit «de faire ce qui est nécessaire pour se conformer au premier alinéa du présent article» ou de s'abstenir de toute activité qui y contrevient. La deuxième et la troisième autorisent le Conseil à exiger de toute personne ou catégorie de personnes impliquées dans le conflit de réparer un acte ou une omission faits en contravention de la loi, d'une entente ou d'une liste, au moyen de mesures que le Conseil estime appropriées. La quatrième permet au Conseil d'ordonner à toute personne impliquée dans le conflit de faire ou de s'abstenir de faire toute chose qu'il lui paraît raisonnable d'ordonner, compte tenu des circonstances, dans le but d'assurer le maintien de services au public. La cinquième et la sixième accordent respectivement les pouvoirs précis d'ordonner que soit accélérée la procédure de grief ou d'arbitrage et d'ordonner à une

comply with the order, respectively. Under s. 111.18, the Council is expressly empowered to intervene, on the basis of ss. 111.16 and 111.17, in cases of concerted action connected to labour conflict, other than a strike or slowdown, which is nonetheless prejudicial or likely to be prejudicial to services to which the public is entitled.

The first four broadly worded and flexible options listed in s. 111.17 grant the Council the power to determine the requisite and appropriate intervention to prevent or stop prejudice to public services as well as the reparation of prejudice once occasioned. Once the Council has determined the existence of circumstances described in the opening paragraph, the appropriate injunctive or reparative response is left to the Council to fashion as required by the context. The final two types of orders are not as directly linked to stopping or remedying the conflict's immediate effect on the public. The fifth appears to have the goal of facilitating the resolution of the conflict itself while the sixth is aimed at providing assurance to the public that the disturbance will be stopped.

In my opinion, the structure and wording of the remedial provisions indicate the legislator's intention that the Council is to play a pivotal role in ensuring the public's ongoing access to services during times of labour conflict in the sectors targeted by this Chapter. Where an employee association has acquired the right to strike and concluded a sufficient list or agreement for essential services, compliance with this list or agreement may be ordered. In other instances, where the conflict threatens or interferes with services to which the public is entitled, as determined by the Council, the legislator has clearly opted for a flexible determination, one which reflects the context and circumstances surrounding the conflict and the stage at which the parties are in acquiring the right to strike or lock-out. This determination is to be made by an administrative body, the Council.

Thus, the wording of the remedial provisions leads me to conclude that the Council is intended

partie de faire connaître publiquement son intention de se conformer à l'ordonnance. En vertu de l'art. 111.18, le Conseil est expressément habilité à intervenir en se fondant sur les art. 111.16 et 111.17, dans les cas d'action concertée liée à un conflit de travail, autre qu'une grève ou un ralentissement des activités, qui, néanmoins, porte ou est susceptible de porter préjudice aux services auxquels le public a droit.

Les quatre premières options libellées de façon large et souple à l'art. 111.17 donnent au Conseil le pouvoir de déterminer l'intervention requise et appropriée pour empêcher ou arrêter tout préjudice porté aux services publics, ainsi que la réparation du préjudice causé. Ayant établi l'existence des circonstances décrites au premier alinéa, il appartient alors au Conseil de formuler l'injonction ou le redressement appropriés selon le contexte. Les deux derniers types d'ordonnances ne visent pas aussi directement à mettre fin ou à remédier aux effets immédiats du conflit sur le public. La cinquième semble avoir pour but de faciliter le règlement du conflit lui-même et la sixième vise à fournir au public l'assurance que les perturbations cesseront.

À mon avis, la structure et le libellé des dispositions réparatrices indiquent l'intention du législateur de donner au Conseil un rôle clé dans le maintien de l'accès du public aux services durant les périodes de conflit de travail dans les secteurs visés par ce chapitre. Lorsqu'une association de salariés a acquis le droit de grève et a établi une liste ou une entente suffisante concernant les services essentiels, on peut ordonner que cette liste ou cette entente soit respectée. Dans d'autres cas, lorsque le Conseil estime que le conflit menace ou entrave les services auxquels le public a droit, le législateur a clairement opté pour une décision souple, une décision qui reflète le contexte et les circonstances du conflit ainsi que l'étape à laquelle les parties sont parvenues dans l'acquisition du droit à la grève ou au lock-out. Cette décision doit être rendue par une instance administrative, le Conseil.

Ainsi, le libellé des dispositions réparatrices m'amène à conclure que le Conseil est censé déter-

29

30

31

to determine the appropriate remedial orders in the circumstances. Our analysis does not end here, however. Other factors are essential to achieving a functional and pragmatic interpretation of enabling legislation: the purpose of the statute and reasons of the legislator in creating this tribunal, its field of expertise, and, finally, the problem before it.

32

The need for this specialized body, and thus the purpose it serves in the Code, become evident if we consider the unique consequences of extending the rights to bargain collectively and to strike to employees in public services or in the public and parapublic sectors. When “public” employees strike, the pressure exerted on the employer is not largely financial, as in the private sector, but rather arises from the disruption of services upon which society depends for the daily activities of its members. While consumers may simply go to another source for goods and services provided by private enterprise, alternatives to the services targeted by the special regimes may be unavailable or very difficult and expensive to obtain. In many cases a strike may save the state money in its disruption for a period of time of services which it must normally provide: M. Lemelin, *Les négociations collectives dans les secteurs public et parapublic: expérience québécoise et regard sur l'extérieur* (1984), at pp. 5-7 and 225-26; see also: J.-L. Dubé and P. Gingras, “Historique et problématique du régime de négociation collective dans le secteur de la santé et des services sociaux” (1991), 21 *R.D.U.S.* 519, at pp. 546-48.

33

While the public, through its elected representatives, has chosen to sustain a certain level of disruption in order to extend the same rights to public employees as are available to other workers, this cannot be unlimited. The government must balance the right to strike against other entitlements and needs such as those established in human rights and social legislation. By way of example, the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c.

miner quelles sont les ordonnances réparatrices appropriées dans les circonstances. L'analyse ne se termine pas là, cependant. Il y a d'autres facteurs essentiels pour arriver à une interprétation pragmatique et fonctionnelle de la législation habilitante: le but visé par la loi et les motifs qui ont guidé le législateur dans la création de ce tribunal administratif, son domaine d'expertise et, en dernier lieu, le problème dont il est saisi.

La nécessité de cette instance spécialisée et donc le rôle qu'elle joue dans le Code deviennent évidentes si on considère les conséquences particulières qui découlent de l'octroi du droit à la négociation collective et à la grève aux employés des services publics et des secteurs public et parapublic. Lorsque des «fonctionnaires» font la grève, les pressions exercées sur l'employeur ne sont pas essentiellement financières, comme dans le secteur privé, mais découlent plutôt de l'interruption de services dont la société dépend pour les activités quotidiennes de ses membres. Tandis que les consommateurs peuvent tout simplement s'adresser à une autre source pour obtenir des biens et des services fournis par l'entreprise privée, il peut être impossible ou très difficile et très onéreux d'obtenir d'autres services en remplacement de ceux visés par les régimes spéciaux. Souvent une grève permet à l'État de faire des économies monétaires durant cette interruption de services qu'il doit normalement fournir: M. Lemelin, *Les négociations collectives dans les secteurs public et parapublic: expérience québécoise et regard sur l'extérieur* (1984), aux pp. 5 à 7 et 225 et 226; voir également: J.-L. Dubé et P. Gingras, «Historique et problématique du régime de négociation collective dans le secteur de la santé et des services sociaux» (1991), 21 *R.D.U.S.* 519, aux pp. 546 à 548.

Quoique le public, par l'intermédiaire de ses représentants élus, ait choisi d'accepter un certain niveau de perturbation afin de donner aux fonctionnaires les mêmes droits qu'à d'autres travailleurs, cela n'est pas sans limites. Le gouvernement doit soupeser le droit de grève et d'autres droits et besoins comme ceux qui sont établis dans les lois sociales et relatives aux droits de la personne. Par exemple, la *Charte des droits et libertés de la per-*

C-12, and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ensure basic freedoms as well as the rights to life, security of the person, physical integrity, and equality without discrimination. Section 5 of the *Act respecting health services and social services*, R.S.Q., c. S-4.2, guarantees the further statutory rights to continuous, appropriate and personalized health and social services in the province. See also: Lemelin, *supra*, at pp. 225-26; Dubé and Gingras, *supra*, at pp. 550-51.

The health and safety of the greater populace will thus always take priority over the workers' and/or employers' interests in achieving a fair and equitable settling of the terms of employment. Where these parties are willing to provide advance assurance that these basic public interests will be protected, some disruption of services will be tolerated. However, where the parties fail to do so or otherwise fail to respect the requirements for the legal exercise of pressure tactics, the public will not tolerate interference with fundamental services as a means for parties to a labour dispute to acquire concessions from one another. For this reason, in addition to the penalties attached to illegal strikes and other contraventions of the Code, which are enforced by the Labour Court, the Council has been granted broad powers to make orders which maintain the public's ongoing access to these services.

It is important to note the difference between the role of the Conseil des services essentiels and that of the labour relations tribunal in, *inter alia*, other provinces. The part of the Code which creates and grants powers to the Council represents a significant departure from the balance of the Code, which parallels labour relations legislation in, *inter alia*, other provinces. As the Council both explained in its reasons and argued as *mis en cause*, its role is not to resolve the labour conflict or protect the collective bargaining rights of the parties to the labour dispute. This responsibility falls to the labour commissioners, arbitrators and Labour Court. Rather, given a conflict's existencé, the Council's role is to

sonne, L.R.Q., ch. C-12, et la *Charte canadienne des droits et libertés* garantissent des libertés fondamentales ainsi que le droit à la vie, à la sécurité de la personne, à l'intégrité physique et à l'égalité sans discrimination. L'article 5 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., ch. S-4.2, garantit les autres droits, prévus par la loi, à des services de santé et à des services sociaux continus, adéquats et personnalisés dans la province. Voir également: Lemelin, *op. cit.*, aux pp. 225 et 226; Dubé et Gingras, *loc. cit.*, aux pp. 550 et 551.

La santé et la sécurité de la population en général auront donc toujours préséance sur les intérêts des travailleurs ou des employeurs à en arriver à un règlement juste et équitable des conditions de travail. Lorsque ces parties sont disposées à fournir préalablement l'assurance que ces intérêts fondamentaux du public seront protégés, on tolérera une certaine interruption des services. Toutefois, lorsque les parties ne donnent pas cette garantie ou ne respectent pas les conditions requises pour l'exercice légal de mesures de pression, le public ne tolérera pas de perturbations dans la prestation des services fondamentaux pour permettre aux parties à un conflit de travail d'obtenir des concessions l'une de l'autre. Pour cette raison, en plus des peines attachées aux grèves illégales et autres infractions au Code, qui sont appliquées par le Tribunal du travail, le Conseil a été investi de larges pouvoirs de rendre des ordonnances qui assurent le maintien de l'accès du public à ces services.

Il est important de noter la différence entre le rôle du Conseil des services essentiels et celui du tribunal des relations de travail notamment dans d'autres provinces. La partie du Code qui crée le Conseil et lui attribue des pouvoirs constitue une dérogation importante au reste du Code, qui ressemble à la législation des relations de travail notamment dans d'autres provinces. Comme le Conseil l'a expliqué dans ses motifs, et l'a soutenu en tant que *mis en cause*, son rôle n'est pas de régler le conflit de travail ou de protéger les droits à la négociation collective des parties à ce différend de travail. Cette responsabilité incombe aux commissaires du travail, aux arbitres et au Tribunal

34

35

ensure the protection of the public from consequences of this dispute which their representatives have chosen not to tolerate. This conclusion is supported by recent jurisprudence of the Quebec Court of Appeal: *Syndicat canadien de la fonction publique v. Conseil des services essentiels*, *supra*, at p. 2657; *Syndicat des chauffeurs de la Société de transport de la Ville de Laval v. Conseil des services essentiels*, [1995] R.D.J. 597; *Communauté urbaine de Montréal v. Fraternité des policiers et policières de la Communauté urbaine de Montréal inc.*, [1995] R.J.Q. 2549. This function is necessary if “public employees” are to have the right to strike and to bargain collectively.

36

Recourse to a specialized tribunal with broad remedial powers is not the only means of achieving this purpose, of course. Other provinces, *inter alia*, have established a whole range of mechanisms to protect the public from the consequences of labour conflict involving “public” services and employees: see Lemelin, *supra*, at pp. 308-17. Indeed, the Quebec government has long maintained the recourses of withholding or removing the right to strike, Superior Court injunction, and Special Act of the legislature ordering a return to work or the conclusion of a collective agreement on specified terms: Lemelin, *supra*, at pp. 229-51; Dubé and Gingras, *supra*, at pp. 523-43.

37

The need for a specialized and independent tribunal becomes evident, however, if we consider the well-documented history of two decades of intense labour conflict which followed the public employees' acquisition of the right to strike in the mid-sixties. Attempts by the government during this period to protect the public from excessive interference with public services through Special Bills and injunctions drew criticism from the public and the parties involved in the disputes in these sectors. These measures were viewed as both contributing to the conflict and largely ineffective, given the Union members' common disregard for the sanctions imposed. The creation of the Council in 1982 represents an effort to respond to these

du travail. En présence d'un conflit, le rôle du Conseil est de veiller à protéger le public des conséquences de ce différend que ses représentants ont choisi de ne pas tolérer. Cette conclusion est étayée par une jurisprudence récente de la Cour d'appel du Québec: *Syndicat canadien de la fonction publique c. Conseil des services essentiels*, précité, à la p. 2657; *Syndicat des chauffeurs de la Société de transport de la Ville de Laval c. Conseil des services essentiels*, [1995] R.D.J. 597; *Communauté urbaine de Montréal c. Fraternité des policiers et policières de la Communauté urbaine de Montréal inc.*, [1995] R.J.Q. 2549. Cette fonction est nécessaire si les «fonctionnaires» doivent avoir droit à la grève et à la négociation collective.

Le recours à un tribunal administratif spécialisé doté de larges pouvoirs de redressement n'est pas, bien sûr, le seul moyen d'atteindre cette fin. D'autres provinces ont élaboré une gamme complète de mécanismes afin de protéger le public des conséquences d'un conflit de travail impliquant des services «publics» et des «fonctionnaires»: voir Lemelin, *op. cit.*, aux pp. 308 à 317. En effet, le gouvernement du Québec maintient depuis longtemps le recours au refus ou à la suppression du droit de grève, à l'injonction d'une cour supérieure et à une loi spéciale pour ordonner le retour au travail ou la conclusion d'une convention collective à des conditions y mentionnées: Lemelin, *op. cit.*, aux pp. 229 à 251; Dubé et Gingras, *loc. cit.*, aux pp. 523 à 543.

Toutefois, l'utilité d'un tribunal administratif spécialisé et indépendant devient évidente si l'on examine l'histoire bien documentée des deux décennies de conflits de travail intenses qui ont suivi l'acquisition du droit de grève par les fonctionnaires, au milieu des années 1960. Les tentatives faites par le gouvernement durant toute cette période afin de protéger le public contre les perturbations excessives des services publics au moyen de lois spéciales et d'injonctions ont attiré les critiques du public et des parties aux différends dans ces secteurs. Ces mesures étaient considérées comme contribuant au conflit et grandement inefficaces, étant donné qu'en général les membres des syndicats ne tenaient pas compte des sanctions

criticisms: Lemelin, *supra*, at pp. 244-46. As Proulx J.A., writing for the Quebec Court of Appeal, explained in *Fraternité des policiers et policières*, *supra*, at p. 2557:

[TRANSLATION] Before the Council was created in 1982, a number of mechanisms had been set up by the legislator to ensure that essential services were maintained in the event of a public sector strike. . . . The failure of the mechanisms that preceded the Council to determine what were essential services led, through a number of amendments to the *Labour Code*, to the creation in 1982 of a "specialized and permanent" institution [citing J. Bernier and M. Lemieux, "La grève et les services essentiels au Québec" in J. Bernier, *Grèves et services essentiels* (1994), at p. 215] responsible for maintaining essential public services: the "Conseil des services essentiels". While the Council's role at that time can be said to have been limited to public services, that role was expanded in 1985. It can be inferred from the new statutory provisions of 1982 that its role did not extend to a public service in respect of which there was no right to strike. It must be pointed out, however, that from the time of the Council's creation, the law conferred a role of sensitization, information, mediation and recommendation on it.

Just three years later, in 1985, the Council was given the further responsibility of implementing the essential services scheme affecting certain employees in the public and parapublic sectors and was also granted the broad remedial powers at issue in this appeal. No longer limited to its roles of "sensitization, information, mediation, and recommendation", the Council now plays a pivotal role in enforcing the ongoing access by the public to services provided by these employers: *Fraternité des policiers et policières*, *supra*, per Proulx J.A., at p. 2557. Proulx J.A. describes the subsequent creation of the remedial provisions at issue in this appeal in the following terms, at p. 2557:

[TRANSLATION] Then in 1985, just three years later, the Parliament effected a major change in policy, through a reform that extended the Council's jurisdiction and broadened its powers, by enacting Division IV, "Remedial Powers".

imposées. La création du Conseil en 1982 constitue un effort pour répondre à ces critiques: Lemelin, *op. cit.*, aux pp. 244 à 246. Comme le juge Proulx l'a expliqué au nom de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Fraternité des policiers et policières*, précité, à la p. 2557:

Avant la création du Conseil en 1982, divers mécanismes avaient été mis en place par le législateur pour assurer le maintien de services essentiels en cas de grève dans le secteur public. [. . .] L'échec des mécanismes précurseurs au Conseil pour assurer la détermination des services essentiels a mené, par voie de plusieurs modifications au *Code du travail*, à la création, en 1982, d'une institution «spécialisée et permanente.» [J. Bernier et M. Lemieux, «La grève et les services essentiels au Québec» dans J. Bernier, *Grèves et services essentiels* (1994), à la p. 215] chargée de maintenir des services essentiels dans les services publics, soit le «Conseil des services essentiels». On peut ici convenir qu'alors le Conseil n'exerçait un rôle que dans les services publics, rôle qui sera élargi en 1985. Il s'infère des nouvelles dispositions législatives de 1982 que le rôle du Conseil ne s'étendait pas à un service public qui n'avait pas le droit de grève. Il est néanmoins essentiel de souligner que, dès sa création, le Conseil, de par la loi, s'est vu attribuer un rôle de sensibilisation, d'information, de médiation et de recommandation.

Seulement trois ans plus tard, en 1985, le Conseil s'est vu confier la responsabilité supplémentaire de mettre en œuvre le régime des services essentiels concernant certains employés des secteurs public et parapublic, ainsi que les larges pouvoirs de redressement dont il est question dans le présent pourvoi. N'étant plus limité à son rôle de «sensibilisation, d'information, de médiation et de recommandation», le Conseil joue maintenant un rôle central dans le maintien de l'accès du public aux services fournis par ces employeurs: *Fraternité des policiers et policières*, précité, le juge Proulx, à la p. 2557. Le juge Proulx décrit ainsi l'adoption subséquente des dispositions réparatrices en question dans le présent pourvoi, à la p. 2557:

Or, voilà qu'en 1985, seulement trois ans plus tard, le Parlement prend un virage majeur par une réforme qui marque l'extension du champ de compétence du Conseil et l'élargissement de ses pouvoirs par l'adoption de la section IV "Pouvoirs de redressement".

39

The extension of the Council's role thus represented a significant change in the policy of the Quebec government. Jean Bernier and Madeleine Lemieux have called the legislature's choice in establishing this role for the Council a "déjudiciarisation" (de-judicializing) of labour relations in the public services and sectors: "La grève et les services essentiels au Québec" in J. Bernier, ed., *Grèves et services essentiels* (1994), 205, at p. 223:

[TRANSLATION] The legislator also had another unequivocal objective: to "de-judicialize" on labour relations in public services and the public sector. Until then, labour disputes had involved extensive judicial proceedings, such as injunctions, citations for contempt and criminal prosecutions, all of which were taken in the ordinary courts. All these disputes would now be within the jurisdiction of an administrative tribunal.

The evolution of this body and its responsibilities indicates a clear choice by the legislator to establish a permanent, proactive mechanism which is sensitive to the circumstances and concerns of the various parties yet ensures, on an ongoing basis, that parties in these sectors limit themselves to the legal pressure tactics available to them under the Code.

40

The provisions of the Code which establish the Council's membership and basic mode of functioning support this interpretation of the legislator's intention. They create a body with sensitivity to the problems in labour relations involving "public" employees and expertise in the implementation of legislative mechanisms to protect public services. The Council consists of eight members appointed by the government. Apart from the president and vice-president, two members are chosen in consultation with representative employee associations, two in consultation with employer associations, and the final two after conferring with organizations which represent the interests of citizens affected by interruption of services: s. 111.0.3. The president and vice-president sit for a maximum of five years while the other members sit for three years: s. 111.0.4. The members must not take other work and are paid while in office: ss. 111.0.4 and

L'extension du rôle du Conseil représentait donc un changement important de politique du gouvernement du Québec. Jean Bernier et Madeleine Lemieux ont qualifié la décision du législateur de donner ce rôle au Conseil de «déjudiciarisation» des relations de travail dans les secteurs et services publics: «La grève et les services essentiels au Québec» dans J. Bernier, dir., *Grèves et services essentiels* (1994), 205, à la p. 223:

De plus, le législateur visait de façon non équivoque un autre objectif: celui qu'on a appelé la "déjudiciarisation" des relations du travail dans les services publics et le secteur public. En effet, jusque-là, les conflits du travail avaient été marqués par de nombreuses procédures judiciaires telles que le recours à l'injonction, l'outrage au tribunal, les poursuites pénales, toutes soumises aux tribunaux de droit commun. L'ensemble de ces conflits allait désormais relever de la compétence d'un tribunal administratif.

L'évolution de cet organisme et de ses responsabilités indique un choix clair du législateur d'instituer un mécanisme permanent et «proactif» qui soit sensible aux circonstances et aux préoccupations des différentes parties, mais qui veille, de façon continue, à ce que les parties dans ces secteurs s'en tiennent aux moyens légaux de pression autorisés par le Code.

Les dispositions du Code qui prévoient la composition du Conseil et son mode fondamental de fonctionnement confirment cette interprétation de l'intention du législateur. Elles créent un organisme sensible aux problèmes de relations de travail dans la fonction publique qui possède une expertise dans la mise en œuvre de mécanismes législatifs destinés à protéger les services publics. Le Conseil est formé de huit membres nommés par le gouvernement. À l'exception du président et du vice-président, deux membres sont choisis en consultation avec des associations représentatives de salariés, deux en consultation avec des associations d'employeurs et les deux derniers après consultation d'organismes représentant les intérêts de citoyens touchés par l'interruption des services (art. 111.0.3). Le président et le vice-président sont nommés pour cinq ans au plus, alors que les autres membres le sont pour trois ans au plus

111.0.6. In carrying out their duties, they are supported by professional services: s. 111.0.13.

Not only is the Council representative of the various perspectives on the issues it is authorized to address, it sits permanently and is involved on an ongoing basis in the implementation of the regimes governing "public" employees. These provisions reveal the Council to be a specialized body eminently capable of ensuring both the balanced determination of the essential services to be rendered during a legal strike and the fashioning of fair and effective injunctive and reparative measures in cases of illegal actions arising from labour conflict.

This tribunal, the regimes it implements, and its broad remedial powers constitute a system of collective bargaining for "public" employees which was specially developed by the legislator to protect the public on an ongoing basis from unwarranted interference with services upon which they depend. The legislator has clearly opted for a flexible, proactive mechanism which provides optimum protection for the public and facilitation of the use of legal means and regulated pressure tactics to resolve disputes. The effectiveness of this system depends upon the Council's power to make decisions and orders which are sensitive to the circumstances involved and reflective of the mechanisms established in the Code. Given this description, the final question to be answered is whether the issue before this tribunal was one which lies logically at the heart of its specialized jurisdiction.

In describing the problem before the Council for the purposes of this appeal, we must remain mindful that the finding that a collective refusal to work overtime will constitute the requisite concerted action for s. 111.18 was not challenged before the Court of Appeal. The ground of review advanced by the respondent was that the Council did not have the jurisdiction to make the type of order it did, namely, one which temporarily suspends an individual right in a collective agreement. Thus,

(art. 111.0.4). Les membres ne doivent pas occuper d'autres fonctions et sont rémunérés tant qu'ils sont en poste (art. 111.0.4 et 111.0.6). Dans l'exercice de leurs fonctions, ils ont l'apport de services professionnels (art. 111.0.13).

Non seulement le Conseil est-il représentatif des diverses perspectives en jeu dans les questions qui lui sont confiées, mais il siège de façon permanente et participe de façon continue à la mise en œuvre des régimes applicables aux «fonctionnaires». Ces dispositions révèlent que le Conseil est un organisme spécialisé éminemment capable d'assurer tant la détermination pondérée des services essentiels qui doivent être fournis durant une grève légale que l'élaboration de mesures suspensives et réparatrices justes et efficaces en cas d'actions illégales découlant d'un conflit de travail.

Ce tribunal administratif, le régime qu'il met en œuvre et ses larges pouvoirs de redressement forment un système de négociation collective pour les «fonctionnaires» qui a été élaboré spécialement par le législateur dans le but de protéger le public de façon continue contre toute perturbation injustifiée des services dont il a besoin. Le législateur a clairement opté pour un mécanisme souple et «proactif» qui fournit au public une protection optimale et facilite le recours à des moyens légaux et à des moyens de pression réglementés pour la résolution des différends. L'efficacité de ce système dépend du pouvoir du Conseil de rendre des décisions et des ordonnances qui soient adaptées aux circonstances existantes et reflètent les mécanismes prévus dans le Code. Vu cette description, il reste à déterminer si la question dont ce tribunal administratif était saisi se trouvait logiquement au cœur même de sa compétence spécialisée.

Pour décrire le problème soumis au Conseil aux fins du présent pourvoi, nous devons nous rappeler que la conclusion selon laquelle un refus collectif de faire du temps supplémentaire constituera l'action concertée requise aux termes de l'art. 111.18 n'a pas été contestée devant la Cour d'appel. Le moyen avancé par l'intimé à l'appui de sa requête en révision judiciaire était que le Conseil n'avait pas compétence pour rendre le genre d'ordonnance qu'il a rendue, c'est-à-dire une ordonnance qui

41

42

43

the task faced by the Council was the fashioning of an effective order to secure the provision of services to which the public is entitled.

44

On the basis of this Court's decision in *Acadie*, *supra*, the Court of Appeal characterized the Council's remedial provisions as jurisdiction-limiting. The order was therefore subjected to review by the court on a correctness standard. This application of the case law regarding jurisdictional questions was in error. As I have stated, this Court's decision in *Bibeault*, *supra*, mandates the application of a pragmatic and functional approach to interpreting the enabling legislation. This approach must be applied even to those provisions which appear to limit a tribunal's jurisdiction. Failure to use this method of analysis led the Court of Appeal to reach an incorrect result in assessing whether the Council's determination of the appropriate order in this case constituted a jurisdictional question.

45

Upon considering the various factors relevant to this analysis, I conclude that the making of the order in question falls squarely within the intended jurisdiction *stricto sensu* of the Council. When faced with a concerted action which is or threatens to be prejudicial to services to which the public is entitled, the Council is authorized to fashion an order which is required and reasonable in the circumstances to secure the maintenance of these services. Clearly, this is the very type of problem this permanent, specialised body is intended to remedy. Were a court to treat this as a jurisdictional issue, the inevitable result would be to usurp the powers intended for the Council and to ignore its *raison d'être*. To review the order in this manner would fly in the face of the legislator's choice to address such problems through a context-sensitive, case-by-case determination of the appropriate intervention. I conclude that the Court of Appeal erred in

suspend temporairement un droit individuel dans une convention collective. Ainsi, le Conseil avait pour tâche de formuler une ordonnance efficace pour assurer la prestation de services auxquels le public a droit.

Se fondant sur l'arrêt *Acadie*, précité, de notre Cour, la Cour d'appel a considéré comme limitatives de compétence les dispositions réparatrices concernant le Conseil. L'ordonnance était donc susceptible de révision judiciaire par une cour de justice selon la norme de la décision correcte. Cette application de la jurisprudence relative aux questions de compétence était une erreur. Comme je l'ai dit, l'arrêt *Bibeault*, précité, de notre Cour impose l'application d'une démarche pragmatique et fonctionnelle pour interpréter la législation habilitante. Cette démarche doit s'appliquer même aux dispositions qui semblent limiter la compétence d'un tribunal administratif. La Cour d'appel est parvenue à un résultat incorrect parce qu'elle n'a pas utilisé cette méthode d'analyse pour examiner si le choix par le Conseil de l'ordonnance appropriée en l'espèce constituait une question de compétence.

Après examen des divers facteurs pertinents à cette analyse, je conclus que la formulation de l'ordonnance en question relève nettement de la compétence *stricto sensu* du Conseil. En présence d'une action concertée qui porte ou menace de porter préjudice aux services auxquels le public a droit, le Conseil est autorisé à formuler une ordonnance qui est requise et raisonnable dans les circonstances pour assurer le maintien de ces services. C'est manifestement le genre même de problème que cet organisme permanent et spécialisé est censé résoudre. Si une cour de justice devait traiter cela comme une question de compétence, il en résulterait inévitablement une usurpation des pouvoirs attribués au Conseil et une dénégation totale de sa raison d'être. Envisager l'ordonnance de cette manière contredirait entièrement le choix fait par le législateur de traiter ces problèmes par l'intervention appropriée choisie en fonction du contexte et de chaque cas. Je conclus que la Cour d'appel a commis une erreur en consi-

characterizing the Council's order as a jurisdictional error.

My conclusion that the determination of the appropriate order in this case fell within the specialized jurisdiction of the Council is consistent with the recent decision of this Court in *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369. In that case, writing for the majority, and after applying the *Bibeault* test, Cory J. held that the decision of the Canada Labour Relations Board to make a remedial order (in this case, one which interfered substantially with the free collective bargaining process) fell within its specialized jurisdiction. The Board had ordered the employer to tender a tentative agreement and the parties to negotiate outstanding issues, subject to binding mediation if necessary. The provision in question, s. 99(2) of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, establishes the Board's powers to make remedial orders in the event of the contravention of certain provisions of this Code. This subsection is phrased in broad terms similar to those of the remedial provisions at issue in this appeal. A majority of this Court held that once the Board had found a contravention of a targeted section, the fashioning of the appropriate order fell within its jurisdiction. The order was found to be subject to review only on the grounds that it constituted a patently unreasonable exercise of the remedial powers granted under s. 99(2).

As I have stated, the Court of Appeal erred in relying upon the decision in *Acadie, supra*, to determine whether the question of the appropriate order is a jurisdictional question. Upon applying the *Bibeault* analysis, I have reached a different result from the Court of Appeal. My conclusion does not contradict or affect this Court's decision in *Acadie*, however. In my opinion, that case does not support the conclusions drawn by the Court of Appeal. Granted, *Acadie* is of some relevance to the case before us, in its recognition that a concerted exercise of the individual right to refuse

dérant l'ordonnance du Conseil comme une erreur de compétence.

Ma conclusion selon laquelle le choix de l'ordonnance appropriée en l'espèce relevait de la compétence spécialisée du Conseil est conforme à l'arrêt récent de notre Cour *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369. Dans cette affaire, après avoir appliqué le critère énoncé dans *Bibeault*, le juge Cory, au nom de la majorité, a conclu que la décision du Conseil canadien des relations du travail de rendre une ordonnance réparatrice (dans ce cas, une ordonnance qui empiétait grandement sur le processus de négociation libre et collective) relevait de sa compétence spécialisée. Le Conseil avait ordonné à l'employeur d'offrir une entente de principe et aux parties de négocier les questions non réglées, sous réserve d'une médiation exécutoire le cas échéant. La disposition en question, le par. 99(2) du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, établit le pouvoir du Conseil de rendre des ordonnances réparatrices en cas d'infraction à certaines dispositions de ce Code. Ce paragraphe est rédigé en des termes généraux analogues à ceux des dispositions réparatrices en cause dans le présent pourvoi. Notre Cour a statué à la majorité qu'une fois que le Conseil avait conclu à une infraction à un article visé, la formulation de l'ordonnance appropriée relevait de sa compétence. L'ordonnance a été jugée susceptible de révision pour le seul motif qu'elle constituait un exercice manifestement déraisonnable des pouvoirs de redressement conférés en vertu du par. 99(2).

Comme je l'ai dit, la Cour d'appel a commis une erreur en se fondant sur l'arrêt *Acadie*, précité, pour décider si la question de l'ordonnance appropriée était une question de compétence. En appliquant l'analyse de l'arrêt *Bibeault*, je suis arrivée à un résultat différent de celui de la Cour d'appel. Cependant ma conclusion ne contredit ni ne modifie l'arrêt *Acadie* de notre Cour. À mon avis, cette affaire n'appuie pas les conclusions tirées par la Cour d'appel. Il faut admettre que l'arrêt *Acadie* a un certain rapport avec l'affaire dont nous sommes saisis, car il reconnaît qu'un exercice concerté du

overtime is a reasonable interpretation of what constitutes an illegal strike. Nonetheless, it may be distinguished from the case at bar on two significant points. First, the remedial provisions which were engaged in that case upon a finding of the existence of an illegal strike, ss. 91 and 93 of the *Canada Labour Code* (formerly ss. 182 and 183.1), differ greatly from the remedial powers at issue in this appeal. The *Canada Labour Code* lists specific orders which can be made, all of which target the illegal action itself. In Quebec's code, the Council's remedial powers are much more flexibly and broadly worded and have the further purpose of protecting public services.

droit individuel de refuser de faire du temps supplémentaire est une interprétation raisonnable de ce qui constitue une grève illégale. Néanmoins, on peut faire une distinction entre cet arrêt et le présent pourvoi sur deux points importants. Premièrement, les dispositions réparatrices visées dans cette affaire, après la conclusion à l'existence d'une grève illégale, les art. 91 et 93 du *Code canadien du travail* (auparavant art. 182 et 183.1), diffèrent considérablement des pouvoirs de redressement en cause ici. Le *Code canadien du travail* énumère des ordonnances précises qui peuvent être rendues, et qui visent toutes l'action illégale elle-même. Dans le code du Québec, les pouvoirs de redressement du Conseil sont libellés de façon plus souple et générale et ont pour objectif supplémentaire de protéger les services publics.

48

Second, the part of the order which was quashed in *Acadie* was not that which prohibited the exercise of the individual right to refuse overtime. Indeed, this element of the order was upheld as it was expressly allowed under the remedial provision for illegal strikes. Rather, this Court quashed the part of the order which sought to resolve, through accelerated grievance arbitration, the conflict which gave rise to the illegal action. The Court held that such an exercise of the Board's powers could not be supported on the legislation as the order was not limited to a remedial prohibition of the illegal activity. Indeed, it represented an attempt to remove the source of the conflict in a manner which contradicted the principle of free collective bargaining by the parties which underlies the *Canada Labour Code*. As the Court of Appeal observed in this appeal, this type of intervention has been expressly authorized for the Council. In my opinion, however, its inclusion is not counter-indicative of the Council's power to make an order which suspends the right of some employees to refuse overtime without justification. Rather, it indicates the distinction I have identified between the role of the Labour Relations Board in, *inter alia*, other provinces — which is to support free collective bargaining — and that of the

Deuxièmement, la partie de l'ordonnance qui a été annulée dans l'arrêt *Acadie* n'était pas celle qui interdisait l'exercice du droit individuel de refuser de faire du temps supplémentaire. En effet, cet élément de l'ordonnance a été maintenu, car il était expressément permis en vertu de la disposition réparatrice dans le cas des grèves illégales. Notre Cour a plutôt annulé la partie de l'ordonnance qui tentait de résoudre, au moyen de l'arbitrage accéléré des griefs, le conflit qui avait donné naissance à l'action illégale. La Cour a conclu qu'un tel exercice des pouvoirs du Conseil ne pouvait pas s'appuyer sur la loi puisque l'ordonnance ne se limitait pas à interdire l'activité illégale. En effet, elle visait à supprimer la source du conflit d'une manière qui allait à l'encontre du principe de la négociation libre et collective par les parties qui sous-tend le *Code canadien du travail*. Comme la Cour d'appel l'a fait remarquer dans le présent pourvoi, ce genre d'intervention a été autorisé expressément pour le Conseil. À mon avis, cependant, son inclusion n'est pas contraire au pouvoir du Conseil de rendre une ordonnance qui suspend le droit de certains employés de refuser de faire du temps supplémentaire sans justification. Elle signale plutôt la distinction que j'ai relevée entre le rôle des conseils des relations du travail notamment dans d'autres provinces — qui est de soutenir la négociation libre et collective — et celui du

Council, which is to protect the public's access to services.

For the above reasons, in my opinion, the Court of Appeal's application of the decision in *Acadie*, *supra*, to the facts of this case was also in error. The making of the remedial order clearly falls within the Council's *stricto sensu* jurisdiction.

B. Patent Unreasonableness

A more extensive interpretation of the Council's jurisdiction requires asking whether the Council, without exceeding this jurisdiction, could address the problem it was requested to resolve. To answer this question, one must consider the nature of the tribunal, the statutory and policy-related reasons for its existence, and the type of problem before it in the particular case: *Bibeault*, *supra*. Since, in this case, we are dealing with an administrative tribunal acting within its jurisdiction *stricto sensu*, and judicial review of its decision is sought (as opposed to an appeal of its order), the only remaining question is whether the Council exceeded its jurisdiction in making an order that is "patently unreasonable". In my view, for the following reasons, the Council remained within its jurisdiction in making the remedial order at issue in this appeal.

It is useful to recall at this point that the Council is a specialized tribunal protected by the strongly worded privative clause in s. 139. This provision shields the decisions of not only the Council, but also the certification agents, labour commissioners and Labour Court, from review or appeal except on questions going to jurisdiction. Clearly, the legislator intended the Council to receive the same protection from curial intervention as the other administrative decision-makers created under the Code, decision-makers in the field of labour relations and, therefore, traditionally granted a broad measure of deference: see *CUPE*, *supra*. In addition, the Council is a permanent body with the specialized expertise and sensitivity needed to assess the effect of labour conflict on public services and

Conseil, qui est de protéger l'accès du public aux services.

Pour les motifs exposés ci-dessus, à mon avis, l'application de l'arrêt *Acadie* par la Cour d'appel aux faits de l'espèce était également erronée. La formulation de l'ordonnance réparatrice relève manifestement de la compétence *stricto sensu* du Conseil.

B. Le caractère manifestement déraisonnable

Une interprétation plus large de la compétence du Conseil exige que l'on se demande si le Conseil pouvait, sans excéder sa compétence, régler le problème qu'on lui demandait de résoudre. Pour répondre à cette question, il faut examiner la nature du tribunal administratif, les dispositions législatives et les raisons de principe qui expliquent sa création, et le genre de problème dont il est saisi dans le cas précis (*Bibeault*, précité). Puisque, en l'espèce, nous avons affaire à un tribunal administratif agissant dans les limites de sa compétence *stricto sensu* et qu'on demande le contrôle judiciaire de sa décision (par opposition à un appel formé contre son ordonnance), la seule autre question est de savoir si le Conseil a excédé sa compétence en rendant une ordonnance qui est «manifestement déraisonnable». J'estime, pour les raisons qui suivent, que le Conseil est resté dans les limites de sa compétence en rendant l'ordonnance réparatrice en cause dans le présent pourvoi.

Il est utile de rappeler à ce moment-ci que le Conseil est un tribunal administratif spécialisé protégé par la clause privative énoncée clairement à l'art. 139. Cette disposition fait que les décisions non seulement du Conseil, mais également des agents d'accréditation, des commissaires du travail et du Tribunal du travail, échappent à la révision ou à la procédure d'appel sauf en ce qui concerne les questions de compétence. Le législateur voulait clairement que le Conseil jouisse de la même protection contre l'intervention judiciaire que les autres instances décisionnelles administratives créées en vertu du Code, instances décisionnelles dans le domaine des relations du travail, qui font en conséquence traditionnellement l'objet d'une grande retenue judiciaire: voir *SCFP*, précité. De

49

50

51

to ensure that employees and unions not exceed the Code's limits on their collective action. The determination of both the potential prejudice to public services and the most effective means of remedying it is a largely factual one to which the courts may contribute little upon review. The Council must also administer complicated regimes governing the acquisition of the right to strike by "public employees" and has established a jurisprudence in this regard.

plus, le Conseil est un organisme permanent dont l'expertise et la sensibilisation spécialisées sont nécessaires pour évaluer les effets d'un conflit de travail sur des services publics et pour s'assurer que les salariés et les syndicats n'excèdent pas les limites que le Code a fixées à leur action collective. La détermination du préjudice possible aux services publics et du moyen le plus efficace d'y remédier est un élément largement factuel auquel les cours de justice contribuent peu à l'étape de la révision judiciaire. Le Conseil doit également administrer des régimes compliqués régissant l'acquisition du droit de grève par les «fonctionnaires» et a établi une jurisprudence à cet égard.

⁵² In the presence of a strongly worded privative clause, where the factual and legal aspects of the problem facing the tribunal place the question squarely within its sphere of expertise, this Court has consistently found that the tribunal's decision will stand unless it is "patently unreasonable". This principle has been affirmed in a recent case before this Court: *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, and is consistent with the line of this Court's jurisprudence which has addressed the principles for determining the appropriate standard of review: see *CUPE, supra; Bibeault, supra*. The strong connection between the problem before the Council and both its specialized expertise and the statutory regime which guides and protects its decisions provides ample indication of the need for a very high threshold of review.

En présence d'une clause privative énoncée clairement, lorsque les aspects factuels et juridiques du problème devant lequel se trouve le tribunal administratif placent nettement la question dans les limites de son domaine d'expertise, notre Cour a régulièrement conclu que la décision du tribunal administratif sera maintenue à moins qu'elle ne soit «manifestement déraisonnable». Ce principe a été confirmé dans un arrêt récent de notre Cour: *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, et il est conforme à la tendance de la jurisprudence de notre Cour qui a traité des principes applicables à la détermination de la norme de révision appropriée: voir *SCFP; Bibeault*, précités. Le lien étroit qui existe entre, d'une part, le problème dont le Conseil est saisi et, d'autre part, son expertise et le régime législatif qui guide et protège ses décisions indique bien la nécessité d'un très haut seuil de révision.

⁵³ As this Court has stated repeatedly, in assessing whether administrative action is patently unreasonable, the goal is not to review the decision or action on its merits but rather to determine whether it is patently unreasonable, given the statutory provisions governing the particular body and the evidence before it. To determine whether the tribunal's interpretation of a legislative provision is

Comme notre Cour l'a mentionné à plusieurs reprises, lorsqu'on évalue si une action de nature administrative est manifestement déraisonnable, l'objectif n'est pas de réviser la décision ou l'action quant au fond mais plutôt de déterminer si elle est manifestement déraisonnable, étant donné les dispositions législatives régissant ce conseil en particulier et la preuve présentée devant lui. Pour déterminer si l'interprétation d'une disposition législative par un tribunal administratif est suscep-

reviewable, the Court must ask itself the following question:

... was the Board's interpretation so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review?

See *CUPE, supra*, at p. 237. McLachlin J. writing for the majority in *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644, at p. 669, further explained that:

Only where the evidence, viewed reasonably, is incapable of supporting a tribunal's findings of fact, or where the interpretation placed on the legislation is patently unreasonable, can the court interfere.

How does one assess the reasonableness of a remedial order, such as the one at issue in this appeal? Guidance in this task is provided by the decision of the majority of this Court in *Royal Oak, supra*. As I stated above, the remedial provision at issue in that case was s. 99(2) of the *Canada Labour Code*. This provision authorizes the Canada Labour Relations Board:

[f]or the purpose of ensuring the fulfilment of the objectives of this Part . . . by order, [to] require an employer or a trade union to do or refrain from doing any thing that it is equitable to require . . . in order to remedy or counteract any consequence of the contravention [of certain codal provisions] or failure to comply that is adverse to the fulfilment of those objectives. [Emphasis added.]

As I have already indicated, the interpretation of this provision was found to fall within the jurisdiction *stricto sensu* of the Board. In addressing the rational basis of the order, Cory J., writing for the majority, arrived at four situations where the order would be patently unreasonable. These included: 1) where the remedy was punitive in nature; 2) where the remedy granted infringes the *Charter*; 3) where there is no rational connection between the breach, its consequences, and the remedy; and 4) where the remedy is inconsistent with the

tible de révision, la Cour doit se poser la question suivante:

... l'interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire?

Voir *SCFP, précité*, à la p. 237. Dans l'arrêt *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644, à la p. 669, le juge McLachlin a, en outre, expliqué au nom de la majorité que:

Ce n'est que lorsque les éléments de preuve, perçus de façon raisonnable, ne peuvent étayer les conclusions de fait du tribunal, ou que l'interprétation donnée aux dispositions législatives est manifestement déraisonnable que la cour de justice peut intervenir.

Comment évalue-t-on le caractère raisonnable d'une ordonnance réparatrice, comme celle qui est en cause dans le présent pourvoi? Les motifs des juges majoritaires dans l'arrêt de notre Cour *Royal Oak, précité*, fournissent des indications à cette fin. Ainsi que je l'ai déjà mentionné, la disposition réparatrice en cause dans cette affaire était le par. 99(2) du *Code canadien du travail*. Cette disposition autorise le Conseil canadien des relations du travail:

[a]fin d'assurer la réalisation des objectifs de la présente partie [. . .] [à] rendre [. . .] toute ordonnance [. . .] obligeant l'employeur ou le syndicat à prendre des mesures qui sont de nature à remédier ou à parer aux effets de la violation néfastes à la réalisation de ces objectifs. [Je souligne.]

Comme je l'ai déjà indiqué, il a été jugé que l'interprétation de cette disposition relevait de la compétence *stricto sensu* du Conseil. En examinant le fondement rationnel de l'ordonnance, le juge Cory, au nom de la majorité, a dégagé quatre situations dans lesquelles l'ordonnance serait manifestement déraisonnable, soit: 1) lorsque la réparation est de nature punitive; 2) lorsque la réparation accordée porte atteinte à la *Charte*; 3) lorsqu'il n'y a pas de lien rationnel entre la violation, ses conséquences et la réparation; et

objects and purposes of the Code. With the exception of the *Charter* infringement, which could apply to any administrative order, each of these limits finds its roots in the language of the provision itself, as indicated by the portions of the s. 99(2) which are emphasized in the extract provided above. It is interesting to note that these text-based limits correspond with a pre-*Bibeault* decision of this Court which interpreted this provision, *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269, as cited by Cory J. in *Royal Oak*, *supra*, at p. 403.

56

The provision at issue in *Royal Oak* has a very different purpose from the remedial provisions exercised by the Council in this appeal. At the same time, the Court is faced with a similar task in the two cases — how to determine whether an order made pursuant to broadly and flexibly worded powers is sufficiently reasonable to escape review. In my opinion, the approach applied in *Royal Oak* of assessing the order in light of the principled limits evident in the wording of the enabling provisions is suitable for the case before us.

57

The Council relied upon the first and fourth options in s. 111.17 to make an order with the purpose of maintaining services for the public. In my view, the following emphasized phrases in this section demonstrate the principles which should guide the Council in exercising these powers:

111.17. The council, if it considers that the conflict is or is likely to be prejudicial to a service to which the public is entitled or that the essential services provided for in a list or agreement are not rendered during a strike, may, after giving the parties the opportunity to submit their views, make an order to ensure that a service to which the public is entitled is available, or require compliance with the law, a collective agreement or an agreement or list on essential services.

4) lorsque la réparation va à l'encontre des objectifs du Code. À l'exception de la violation de la *Charte*, qui s'appliquerait à toute ordonnance administrative, chacune de ces limites origine du libellé de la disposition elle-même, comme le montrent les passages du par. 99(2) qui sont soulignés dans l'extrait cité ci-dessus. Il est intéressant de noter que ces limites fondées sur le texte législatif correspondent à un arrêt qui a été rendu par notre Cour avant l'arrêt *Bibeault* et qui interprétait cette disposition, à savoir l'arrêt *Banque nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269, cité par le juge Cory dans l'arrêt *Royal Oak*, précité, à la p. 403.

La disposition en cause dans l'arrêt *Royal Oak* a un objectif très différent des dispositions réparatrices exercées par le Conseil dans le présent pourvoi. En même temps, la Cour est aux prises avec une tâche similaire dans les deux affaires — comment déterminer si une ordonnance rendue conformément à des pouvoirs formulés de façon générale et souple est suffisamment raisonnable pour échapper à la révision? À mon avis, la méthode appliquée dans l'arrêt *Royal Oak* qui consiste à évaluer l'ordonnance à la lumière des limites raisonnables formulées de façon évidente dans les dispositions habilitantes est applicable à l'affaire dont nous sommes saisis.

Le Conseil s'est appuyé sur les première et quatrième options prévues à l'art. 111.17 pour rendre une ordonnance visant à assurer le maintien de services au public. À mon avis, les passages suivants de cet article qui sont soulignés montrent les principes qui devraient guider le Conseil dans l'exercice de ces pouvoirs:

111.17 S'il estime que le conflit porte préjudice ou est vraisemblablement susceptible de porter préjudice à un service auquel le public a droit ou que les services essentiels prévus à une liste ou à une entente ne sont pas rendus lors d'une grève, le Conseil peut, après avoir fourni aux parties l'occasion de présenter leurs observations, rendre une ordonnance pour assurer au public un service auquel il a droit, ou exiger le respect de la loi, de la convention collective, d'une entente ou d'une liste sur les services essentiels.

The council may

(1) enjoin any person involved in the conflict or any category of these persons it determines to do what is required to comply with the first paragraph of this section, or abstain from doing anything in contravention thereof;

(4) order every person involved in the conflict to do or abstain from doing anything that it considers reasonable in the circumstances in view of maintaining services for the public; [Emphasis added.]

The above excerpts reveal to me two situations where an order aimed at maintaining services for the public would be patently unreasonable: a) the people targeted are not involved in the labour conflict; b) there is no rational connection between the action ordered or prohibited and the maintenance of the public services which were found to be threatened or prejudiced. I note that, as was stated in *Royal Oak*, *supra*, where an order is found to violate the *Charter*, it would also necessarily fail the “patent unreasonableness” test. As the constitutional validity of the order in this case has not been challenged, however, I need not address this issue.

I also note the existence of the further “limits” of necessity and reasonableness in the first and fourth options, respectively. The Court of Appeal emphasized these terms in deciding whether the order had been correctly made. In my opinion, these are not helpful in reviewing the order under the test of patent unreasonableness, which, of course, was not the one used by the Court of Appeal. The assessment of reasonableness and necessity will be a contextual, fact-dependent determination. This wording serves more as an indication of the important role of the Council’s sensitivity and expertise than as appropriate limits to be applied by a reviewing court. Otherwise, a review for patent unreasonableness could all too easily become an avenue for the court’s substitu-

Le Conseil peut:

1^o enjoindre à toute personne impliquée dans le conflit ou à toute catégorie de ces personnes qu’il détermine de faire ce qui est nécessaire pour se conformer au premier alinéa du présent article ou de s’abstenir de faire ce qui y contrevient;

4^o ordonner à toute personne impliquée dans le conflit de faire ou de s’abstenir de faire toute chose qu’il lui paraît raisonnable d’ordonner compte tenu des circonstances dans le but d’assurer le maintien de services au public; [Je souligne.]

Les extraits ci-dessus révèlent deux cas dans lesquels une ordonnance visant à assurer le maintien de services au public serait manifestement déraisonnable: a) les personnes ciblées ne sont pas impliquées dans le conflit de travail; b) il n’existe aucun lien rationnel entre l’action ordonnée ou interdite et le maintien des services publics qu’on a considérés comme étant menacés ou touchés. Je note que, comme il en a été fait mention dans l’arrêt *Royal Oak*, précité, lorsqu’on considère qu’une ordonnance viole la *Charte*, elle ne satisferait pas non plus nécessairement au critère du «caractère manifestement déraisonnable». Comme la validité constitutionnelle de l’ordonnance en l’espèce n’a, toutefois, pas été contestée, je n’ai pas besoin d’aborder cette question.

Je note également l’existence d’autres «limites» quant au caractère de nécessité et de raisonabilité dans les première et quatrième options, respectivement. La Cour d’appel a souligné ces termes en décidant si l’ordonnance avait été rendue correctement. À mon avis, ils ne sont pas utiles pour réviser l’ordonnance en vertu du critère du caractère manifestement déraisonnable, qui, naturellement, ne fut pas celui qui a été utilisé par la Cour d’appel. L’évaluation du caractère de raisonabilité et de nécessité constituera une détermination contextuelle liée aux faits. Ce libellé sert davantage à indiquer le rôle important de la sensibilisation et de l’expertise du Conseil que les limites appropriées qui doivent être appliquées par une cour de révision. Sinon, une révision du caractère manifestement déraisonnable pourrait tout aussi facilement devenir un moyen pour permettre à une cour de

tion of its own view of the appropriate remedial action in the circumstances.

60

The respondent has challenged the rational connection between an order which prohibits individual employees from exercising their individual right to refuse overtime and the concerted action which formed the source of the prejudice to the public. The respondent further argues that the suspension of a provision of the collective agreement contradicts the objectives of the Code, which are to support the free collective bargaining process and respect for the collective agreement. While the Court of Appeal did not address the reasonableness of the order, it nonetheless concluded that an order made by the Council could not suspend a provision of the collective agreement.

61

I find the respondent's arguments and Court of Appeal's conclusion on these points unconvincing. The source of the likely prejudice to public services in this case was a concerted exercise of an individual right in the collective agreement for a defined period. According to the factual findings of the Council, the collective refusal to work overtime threatened to cause serious disturbances to public services, to the point of creating emergency conditions. The order states the findings of the Council as regards the concerted action and the emergency conditions it would cause. Based on these findings and the Council's resultant remedial jurisdiction, it then orders the Union to withdraw the instruction, to refrain from preventing the employees from attending work, and to take measures to ensure their attendance. It further orders the employees themselves to report to work as requested by the employer.

62

Where a right gained through collective bargaining is exercised collectively for the purposes of applying illegal pressure tactics, preventive action to maintain public services will necessarily suspend the exercise of this right, by the individuals involved in the conflict, for these ends. Given the broad powers in s. 111.17 to make orders targeting

justice de substituer sa propre opinion quant à l'action réparatrice appropriée dans les circonstances.

L'intimé a contesté le lien rationnel existant entre une ordonnance qui interdit aux employés pris individuellement d'exercer leur droit individuel de refuser de faire du temps supplémentaire et l'action concertée qui constituait la source du préjudice causé au public. L'intimé soutient également que la suspension d'une disposition de la convention collective contredit les objectifs du Code, qui doivent appuyer le processus de négociation libre et collective et le respect de la convention collective. Bien que la Cour d'appel n'ait pas abordé le caractère raisonnable de l'ordonnance, elle conclut, néanmoins, qu'une ordonnance rendue par le Conseil ne pouvait pas suspendre l'application d'une disposition de la convention collective.

J'estime que les arguments de l'intimé et la conclusion de la Cour d'appel sur ces points ne sont pas convaincants. La source du préjudice probable aux services publics en l'espèce était l'exercice concerté d'un droit individuel prévu dans la convention collective pendant une période déterminée. Selon les conclusions de fait du Conseil, le refus collectif de faire du temps supplémentaire menaçait de causer des perturbations graves aux services publics au point d'engendrer des conditions d'urgence. L'ordonnance mentionne les conclusions du Conseil en ce qui concerne l'action concertée et les conditions d'urgence qu'elle entraînerait. En se fondant sur ces conclusions et sur la compétence du Conseil en résultant en matière de réparation, il ordonne alors au Syndicat de revenir sur ses directives, de ne pas interdire aux employés de se présenter au travail et de prendre les mesures nécessaires pour assurer leur présence. Il ordonne, en outre, aux employés de se présenter au travail si leur présence est requise par l'employeur.

Lorsqu'un droit obtenu au moyen d'une négociation collective est exercé collectivement dans le but d'appliquer des moyens de pression illégaux, l'action préventive visant à assurer le maintien de services publics suspendra nécessairement l'exercice de ce droit, par les personnes impliquées dans le conflit, à ces fins. Étant donné les larges pou-

any persons or groups of persons involved in the conflict, the Council clearly had the power to target the Union both through its representatives and its individual members. It is also logical to encompass the individual Union members who participate in the illegal action in case the Union delegates refuse to withdraw their instruction. I find there to be a rational connection between the source of the prejudice and the order forbidding the Union representatives and individuals to refuse overtime for the purposes of collectively pressuring the employer to accede to the Union's wishes. Moreover, only those involved in the conflict were prevented from exercising their individual rights in this manner. The order by the Council falls into neither of the two situations which I have identified as constituting a patently unreasonable error.

This type of order is also consistent with the objectives of the Code in creating these remedial provisions. As has already been stated, the purpose of the Council is not to facilitate the collective bargaining process, but rather to ensure that labour disputes involving "public employees" not unduly interfere with services to which the public is entitled. The order in this case was not only consistent with these objectives, it was tailored specifically to fulfill them in the circumstances. This situation differs greatly from that in *Royal Oak*, *supra*, where the remedial provision dictated that the order further the general purposes of the Canadian Code, viz. the promotion of industrial peace through free collective bargaining.

I therefore conclude that the order represents a rationally supportable interpretation by the Council of its remedial provisions. In so doing, I have, as I think I should, interpreted the order in a global, purposive manner consistent with the intent of the legislature and of the Council. In my view, the order restricts the right to refuse overtime only

voirs prévus à l'art. 111.17 de rendre des ordonnances visant toute personne impliquée dans le conflit ou toute catégorie de ces personnes, le Conseil avait manifestement le pouvoir de cibler le Syndicat par le biais tant de ses représentants que de ses membres pris individuellement. Il est également logique d'englober les membres du Syndicat qui participent à l'action illégale au cas où les délégués syndicaux refuseraient de revenir sur leurs directives. Je conclus qu'il existe un lien rationnel entre la source du préjudice et l'ordonnance interdisant aux représentants du Syndicat et aux membres pris individuellement de refuser de faire du temps supplémentaire dans le but d'exercer des moyens de pression collectifs sur l'employeur pour donner suite aux désirs du Syndicat. De plus, seules les personnes impliquées dans le conflit se voyaient interdire de cette manière l'exercice de leurs droits individuels. L'ordonnance rendue par le Conseil n'entre dans aucun des cas que j'ai indiqués comme constituant une erreur manifestement déraisonnable.

Ce genre d'ordonnance est également conforme aux objectifs que visait le Code en créant ces dispositions réparatrices. Comme je l'ai déjà déclaré, l'objectif du Conseil n'est pas de faciliter le processus de négociation collective mais plutôt d'assurer que les différends de travail impliquant des «fonctionnaires» n'entraient pas indûment les services auxquels le public a droit. L'ordonnance rendue en l'espèce n'était pas seulement conforme à ces objectifs, mais elle était élaborée précisément pour y satisfaire dans les circonstances. Cette situation diffère grandement de celle de l'arrêt *Royal Oak*, précité, où la disposition réparatrice prévoyait que l'ordonnance serve les fins générales du Code canadien, c'est-à-dire la promotion de la paix industrielle au moyen de la négociation libre et collective.

Je conclus donc que l'ordonnance constitue de la part du Conseil une interprétation qui peut rationnellement être soulevée. Ce faisant, j'ai interprété, comme j'estime je devais le faire, l'ordonnance d'une manière globale, fondée sur l'objet, qui est conforme à l'intention du législateur provincial et du Conseil. À mon avis, l'ordonnance

63

64

where it is for the purposes of illicit pressure tactics related to labour conflict and only for the period of the concerted action identified by the Council. The preamble of "whereas" statements allows such an interpretation. Our task is not to determine whether this Court would have made the order in these terms, but rather whether it constitutes a patently unreasonable exercise of the Council's remedial powers. I do not find the order to be patently unreasonable given the adequate guidance provided by its opening statements. As Macerola J. of the Quebec Superior Court stated in *Syndicat du transport de Montréal v. Conseil des services essentiels*, Sup. Ct. Mtl., No. 500-05-000353-902, February 8, 1990, after recognizing that the order in question was not as clearly worded as it could have been:

[TRANSLATION] However, any order must be read in light of the way in which it was delivered. . . .

It must also be realized that the order is the conclusion of the reasons set out in the decision and that, as such, they together form an integral part of the decision and the justification therefor.

65

Nonetheless, both the Court of Appeal and the respondent have identified a danger which may arise from carelessly wording such orders. The Council's order in this case might have been interpreted by the employer or employees as allowing the City to insist on overtime hours from all "blue-collar" employees, at its behest, regardless of any potential reason for refusing, and for the entire period preceding the acquisition of the right to strike. This would involve a direct temporary suspension of a right in the collective agreement, even in the absence of participation in a concerted action, and may arguably not have withstood review even on the most deferent standard.

66

The respondent also argues that, in consequence, individuals who had no involvement in the concerted action could be cited for contempt of court

restreint le droit de refuser de faire du temps supplémentaire uniquement lorsque dans le but d'exercer des moyens de pression illicites à l'occasion d'un conflit de travail et seulement durant la période de l'action concertée identifiée par le Conseil. Le préambule des «attendus» autorise une telle interprétation. Notre tâche n'est pas de déterminer si notre Cour aurait rendu l'ordonnance dans ces termes, mais plutôt de déterminer si elle constitue un exercice manifestement déraisonnable des pouvoirs de redressement du Conseil. Je ne trouve pas que l'ordonnance soit manifestement déraisonnable étant donné les indications adéquates fournies dans les déclarations préliminaires. Comme le juge Macerola de la Cour supérieure du Québec l'a dit dans la décision *Syndicat du transport de Montréal c. Conseil des services essentiels*, C. sup. Mtl., n° 500-05-000353-902 (le 8 février 1990), après avoir reconnu que l'ordonnance en question n'était pas formulée aussi clairement qu'elle aurait dû l'être:

Cependant, une ordonnance quelle qu'elle soit, doit se lire dans le sens qu'elle a été prononcée. . . .

Il faut aussi réaliser que l'ordonnance est la conclusion des motifs énoncés à la décision et comme tels, ils sont ensemble partie intégrante de la décision et de la justification de la décision.

Néanmoins, tant la Cour d'appel que l'intimé ont relevé un danger susceptible de découler de la formulation négligente de telles ordonnances. L'ordonnance rendue par le Conseil en l'espèce aurait pu être interprétée par l'employeur ou par les employés comme permettant à la Ville d'exiger de tous les «cols bleus» qu'ils fassent du temps supplémentaire, sur son ordre, indépendamment de toute raison possible de refus et pendant toute la période précédant l'acquisition du droit à la grève. Cela impliquerait une suspension temporaire directe d'un droit prévu dans la convention collective, même en l'absence de participation à une action concertée, et on peut soutenir que l'ordonnance n'aurait pas résisté à la révision même selon la norme la plus élevée de retenue judiciaire.

L'intimé allègue également que, par conséquent, des personnes qui n'ont pas participé à l'action concertée pourraient être citées pour outrage au tri-

were they to refuse overtime for personal reasons. According to the respondent, the principle that contempt of court is *strictissimi juris* should render such an order invalid, citing, *inter alia*, this Court's decision in *Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 S.C.R. 1065. I do not agree. As Gonthier J., writing for the majority, explained in that decision, this principle has led the courts to develop a number of additional strict procedural rules for contempt hearings to ensure that the penalty not be unfairly applied. For example, where the legal effect of an order is difficult to determine, the respondent is to be given the benefit of the doubt. Furthermore, the applicant for a motion for contempt must prove the other party's intent to contravene the order beyond a reasonable doubt: *Vidéotron*, at p. 1077, *per* Gonthier J. My dissenting opinion in *Vidéotron*, which related to applying strict procedural entitlements to contempt proceedings involving purely private disputes, is of no concern in the case before us given the public nature of the Council's order.

In any event, in my opinion the principle that contempt of court is *strictissimi juris* would actually serve to ensure that the quasi-penal sanctions pursuant to art. 50 *et seq.* C.C.P. for breaching the order will only target the Union representatives and those employees who participated in the overtime ban. Only these individuals can know the legal effect of their refusal to respect the order and/or to report to work, given the opening statements of the order linking it to the concerted action. Moreover, the applicant on a motion for contempt bears the burden of proving intent to contravene the order beyond a reasonable doubt. Thus, I would not find the order invalid in the basis of this principle. The principles governing

bunale si elles devaient refuser de faire du temps supplémentaire pour des raisons personnelles. Selon l'intimé, le principe voulant que l'outrage au tribunal soit *strictissimi juris* rendrait une telle ordonnance invalide, et il a cité, entre autres, l'arrêt de notre Cour *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065. Je ne suis pas d'accord. Comme le juge Gonthier l'a expliqué dans ses motifs au nom de la majorité, ce principe a amené les cours de justice à élaborer un certain nombre de règles de procédure strictes supplémentaires pour régir les audiences relatives à l'outrage au tribunal, afin de s'assurer que la peine ne soit pas appliquée injustement. Par exemple, lorsque les effets juridiques d'une ordonnance sont difficiles à déterminer, le bénéficiaire du doute doit jouer en faveur de l'intimé. De plus, l'auteur d'une requête en outrage au tribunal doit prouver hors de tout doute raisonnable l'intention de l'autre partie de contrevenir à l'ordonnance: *Vidéotron*, à la p. 1077, le juge Gonthier. L'opinion dissidente que j'ai exprimée dans l'arrêt *Vidéotron*, qui avait traité à l'application de droits stricts en matière de procédure aux instances d'outrage au tribunal impliquant des litiges purement privés, n'a aucun rapport avec l'affaire dont nous sommes saisis étant donné la nature publique de l'ordonnance du Conseil.

De toute façon, à mon avis, le principe voulant que l'outrage au tribunal soit *strictissimi juris* servirait vraiment à s'assurer que les sanctions quasi pénales prévues par les art. 50 et suiv. C.p.c. pour non-respect de l'ordonnance viseront seulement les représentants syndicaux et les employés qui ont participé à l'interdiction de faire du temps supplémentaire. Seules ces personnes peuvent connaître les effets juridiques de leur refus de respecter l'ordonnance et/ou de se présenter au travail, étant donné que les déclarations préliminaires de l'ordonnance les liaient à l'action concertée. De plus, l'auteur d'une requête en outrage au tribunal a l'obligation de prouver hors de tout doute raisonnable l'intention de contrevenir à l'ordonnance. Donc, je ne trouverais pas l'ordonnance invalide sur le fondement de ce principe. Les principes régissant les procédures d'outrage au tribunal sup-

contempt proceedings support a finding that the order is not patently unreasonable.

68

That being said, the problems relating to interpretation, and thus further litigation, could be avoided through more careful attention to the wording of such orders. In the future, I would suggest that the duration of the order, the targeted action, and the targeted employees be stated as clearly as possible. In this case, the Council would have done well to indicate that the order would last only as long as the concerted action prejudicing public services and that the employees were prohibited from refusing to work overtime for the purposes of participating in the concerted action. At the very most, such an order would interfere with an employee's right to provide no justification for a refusal of overtime hours for the period of the collective action. An employee should be able to avoid being summoned for a contempt hearing by giving the reason for the overtime refusal at the time the employee is asked to work. He or she may choose not to do so as the employer will still have to prove beyond a reasonable doubt that the employee intended to contravene the order, that is, to participate in the unlawful concerted action.

69

This Court has long recognized that ordering employees to report to work as required under the collective agreement is a valid exercise of remedial powers relating to a declaration of an illegal strike: *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] S.C.R. 628. I also observe, once again, that in *Acadie, supra*, the part of the order which ordered both the union and the individual employees to cease the ban on overtime was upheld. There is no reason to disturb the jurisprudence of the Council allowing orders of this nature. See: *Hydro-Québec et Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 957*, C.S.E. 88-1691/3c, July 14, 1989; *Hydro-Québec et*

portent une conclusion selon laquelle l'ordonnance n'est pas manifestement déraisonnable.

Cela étant dit, les problèmes relatifs à l'interprétation, et donc à d'autres litiges, pourraient être évités si l'on portait une plus grande attention à la formulation de telles ordonnances. Je suggérerais qu'à l'avenir la durée de l'ordonnance, l'action ciblée et les employés ciblés soient indiqués le plus clairement possible. En l'espèce, le Conseil aurait bien fait d'indiquer que l'ordonnance ne durerait que tant que l'action concertée porterait préjudice aux services publics et que les employés ne devaient pas refuser de faire du temps supplémentaire dans le but de participer à l'action concertée. Tout au plus, une telle ordonnance empiéterait sur le droit d'un employé de ne fournir aucune justification pour refuser de faire du temps supplémentaire pendant la durée de l'action collective. Un employé devrait pouvoir éviter d'être cité pour outrage au tribunal en donnant la raison pour laquelle il a refusé de faire du temps supplémentaire au moment où on lui a demandé de travailler. Il peut choisir de ne pas le faire puisque l'employeur devra encore prouver hors de tout doute raisonnable que l'employé avait l'intention de contrevenir à l'ordonnance, c'est-à-dire de participer à l'action concertée illégale.

Notre Cour reconnaît depuis longtemps que le fait d'ordonner aux employés de se présenter au travail lorsque leur présence est requise en vertu de la convention collective constitue un exercice valide de pouvoirs de redressement se rapportant à une déclaration de grève illégale: *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 c. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] R.C.S. 628. Je ferai également remarquer, encore une fois, que, dans l'arrêt *Acadie*, précité, la partie de l'ordonnance qui ordonnait tant au Syndicat qu'aux employés pris individuellement de mettre fin à l'interdiction de faire du temps supplémentaire a été maintenue. Il n'y a pas de raison de bouleverser la jurisprudence du Conseil des services essentiels qui permet les ordonnances de cette nature. Voir: *Hydro-Québec et Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 957*, C.S.E. 88-1691/3c, 14 juillet 1989; *Hydro-Québec et Syn-*

Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1500, C.S.E. 88-1691/3c, July 11, 1989.

In conclusion, the Court of Appeal erred in finding that the order made by the Council constituted an excess of jurisdiction. The decision as to the appropriate remedial action to ensure protection of public services is one which falls squarely within the specialized jurisdiction of the Council. The order targeting not only the Union instruction to refuse overtime and the Union representatives who made it, but also individual employees who participated in the concerted action, represents a reasonable exercise of the remedial powers granted the Council. Guthrie J. correctly found that the decision and order fell within the specialized jurisdiction *stricto sensu* of the Council and were not patently unreasonable.

On appeal from the judgment of Guthrie J., however, the respondent had advanced an alternative ground of review which was not addressed by the Court of Appeal. The respondent has reiterated the argument before this Court that the failure of the Council to make a machine recording of the hearing violated the rules of natural justice. It is to this issue that I now turn.

2. *Natural Justice and the Recording of Administrative Hearings*

In addition to challenging the remedial jurisdiction of the Council before the Court of Appeal, the respondent argued that the lack of a machine recording of the Council's hearing violated the rules of natural justice. It claimed that the trial judge had erred in rejecting this ground of review. At the outset of the hearing before the Council, the respondent had asked whether the proceedings would be recorded and was answered in the affirmative. Owing to either human error or machine malfunction, the events of the hearing were not recorded, however. While the Code does not require a recording of hearings before the Council, it is their practice to do so. With no transcript of the hearing, the argument goes, the

dicat canadien de la fonction publique, section locale 1500, C.S.E. 88-1691/3c, 11 juillet 1989.

En conclusion, la Cour d'appel a commis une erreur en statuant que l'ordonnance rendue par le Conseil constituait un excès de compétence. La décision quant à l'action réparatrice appropriée en vue d'assurer la protection de services publics est une décision qui relève nettement de la compétence spécialisée du Conseil. L'ordonnance qui ciblait non seulement les directives du Syndicat de refuser de faire du temps supplémentaire et les représentants syndicaux qui les avaient données, mais également les employés pris individuellement qui ont participé à l'action concertée, constitue un exercice raisonnable des pouvoirs de redressement dont était investi le Conseil. Le juge Guthrie a eu raison de conclure que la décision et l'ordonnance relevaient de la compétence spécialisée *stricto sensu* du Conseil et n'étaient pas manifestement déraisonnables.

En appel du jugement du juge Guthrie, cependant, l'intimé avait avancé un autre motif de révision dont la Cour d'appel n'a pas traité. L'intimé a, devant notre Cour, repris l'argument selon lequel l'omission de procéder à l'enregistrement de l'audience violait les règles de justice naturelle. Je vais maintenant passer à cette question.

2. *Justice naturelle et enregistrement des auditions tenues par un organisme administratif*

En plus de contester devant la Cour d'appel la compétence du Conseil des services essentiels en matière de redressement, l'intimé a allégué que l'absence de transcription de l'audition tenue par le Conseil a violé les règles de justice naturelle. Il a avancé que le juge de première instance a commis une erreur en rejetant ce moyen de révision. Au début de l'audition tenue par le Conseil, l'intimé avait demandé si les délibérations seraient enregistrées et avait reçu une réponse affirmative. Cependant, en raison d'une erreur humaine ou d'une défaillance mécanique, ces délibérations n'ont pas été enregistrées. Bien que le Code n'exige pas que les auditions du Conseil fassent l'objet d'un enregistrement, cela est cependant pratique courante.

70

71

72

respondent is unable to advance potential grounds of review. It claims that the rules of natural justice require a verbatim record of the proceedings before the Council and asks that a rehearing of the case by the Council be ordered.

73

To address this specific issue, one must start with the basic principles underlying “natural justice”. Justice Dussault and Professor Borgeat describe the concept in the following terms:

It is not an easy task for the purposes of judicial review of the legality of administrative action to delimit the notion of natural justice with any precision. It embodies the “basic principles of fair procedure which are an indispensable concept and the basis of the safeguards of individual rights in our judicial system”, but has been described as a concept “sadly lacking in precision” and “not easy to define” . . .

Nonetheless, the concept of natural justice does contain two fundamental universally recognized principles: first, that no man be condemned unheard (*audi alteram partem*), and second, that no man be judge in his own cause (*nemo iudex in sua causa*).

(*Administrative Law: A Treatise* (2nd ed. 1990), vol. 4, at pp. 244-45.)

74

The question that arises in this appeal relates to the first principle. We are asked to determine whether the procedural requirements for a fair hearing in this context include the duty to make a recording of the proceedings. As Justice Dussault and Professor Borgeat explain, the scope and content of one’s right to a fair hearing are determined and developed at common law. These determinations are made on a case-by-case basis through an appreciation of the factual context and the statutory regime governing the administrative body: Dussault and Borgeat, *supra*, at pp. 246-47 and 276-77; see also 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d’alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919, *per L’Heureux-Dubé J.* The scope of the duty is not at issue in this appeal, for the Council held a full hearing as required by statute. Rather, we must

En l’absence d’une transcription, allègue l’intimé, il lui est impossible de faire valoir d’éventuels moyens de révision. Il affirme que les règles de justice naturelle exigent un compte rendu textuel des délibérations du Conseil et demande une ordonnance enjoignant au Conseil de réentendre l’affaire.

L’examen de cette question particulière nécessite que l’on rappelle d’abord les principes de base qui sous-tendent la «justice naturelle». Le juge Dussault et le professeur Borgeat expriment ce concept dans les termes suivants:

Il n’est certes pas facile de délimiter, pour les besoins du contrôle judiciaire de la légalité de l’action administrative, l’étendue exacte de ce concept qui englobe les «basic principles of fair procedure which are an indispensable concept and the basis of the safeguards of individual rights in our judicial system». N’a-t-on pas déjà décrit la «justice naturelle» comme un concept «sadly lacking in precision» et «not easy to define»? . . .

Toutefois, le concept de justice naturelle comprend fondamentalement deux règles universellement reconnues: premièrement, que nul ne doit être condamné ni privé de ses droits sans avoir eu la chance de se faire entendre (*Audi alteram partem*) et deuxièmement, que nul ne doit être juge dans sa propre cause (*Nemo iudex in sua causa*).

(*Traité de droit administratif* (2^e éd. 1989), t. III, aux pp. 345 et 346.)

La question que soulève le présent pourvoi se rapporte au premier principe. On demande à la Cour de déterminer si les exigences procédurales d’une audition équitable dans le contexte de l’espèce comprennent l’obligation de faire un enregistrement des délibérations. Comme l’expliquent le juge Dussault et le professeur Borgeat, l’étendue du droit à une audition équitable et les composantes de ce droit relèvent de la common law, où la question est tranchée au cas par cas suivant une appréciation du contexte factuel et du régime légal gouvernant l’organisme administratif: Dussault et Borgeat, *op. cit.*, aux pp. 348 et 349 et 389 à 391; voir également 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d’alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, le juge L’Heureux-Dubé. L’étendue de l’obligation n’est pas en litige dans le présent pourvoi, étant

determine the content of the duty in this context. The question to be answered is whether the principles of natural justice require the Council to make a verbatim record of proceedings before it.

In the absence of any express statutory requirements, the traditional common law requirements for a record of an administrative tribunal's proceedings include the document which initiated the proceedings and the document containing the tribunal's adjudication. Neither the reasons for the ruling, nor evidence presented at the hearing, have been considered necessary elements of the record to be presented to the superior tribunal upon appeal or review. Moreover, administrative bodies are normally under no obligation to make verbatim transcripts or recordings of their proceedings: D. Jones and A. de Villars, *Principles of Administrative Law* (2nd ed. 1994), at pp. 375-76.

Some deviation from this traditional approach has been evident in the jurisprudence of lower courts. Most notably, in *Tung v. Minister of Employment and Immigration* (1991), 124 N.R. 388, the Federal Court of Appeal found that as the lack of a transcript of a hearing before the Refugee Division of the Immigration and Refugee Board prejudiced the appellant in advancing an appeal of that decision, it constituted a denial of natural justice. The Federal Court of Appeal expressly disapproved of this decision in subsequent cases, however: *Kandiah v. Minister of Employment and Immigration* (1992), 141 N.R. 232, followed in *Rhéaume v. Canada* (1992), 153 N.R. 270. In *Kandiah*, the Federal Court of Appeal acknowledged the concern underlying the decision in *Tung*, that is, that an applicant may be deprived of his or her grounds of review or appeal given an absence of a transcript of what transpired at the impugned hearing. It held, however, that if the decision facing the court could be made on the basis of evidence established through other means, the principles of natural justice would not be infringed. The reviewing court should refrain from quashing the

donné que le Conseil a tenu l'audition complète qu'exige la loi. Nous devons plutôt déterminer quelles sont les composantes de cette obligation dans le présent contexte. La question est de savoir si les principes de justice naturelle exigent que le Conseil produise un compte rendu textuel de ses délibérations.

En l'absence de toute exigence de la loi, l'exigence traditionnelle de la common law quant à la constitution d'un dossier des délibérations d'un tribunal administratif comprend la pièce de procédure ayant initié l'instance et le document contenant la décision du tribunal. Ni les motifs de la décision ni la preuve déposée au cours de l'audition n'ont été considérés comme des éléments indispensables du dossier à présenter au tribunal d'instance supérieure siégeant en appel ou en révision. De plus, les organismes administratifs ne sont pas normalement tenus de produire des comptes rendus textuels de leurs délibérations: voir D. Jones and A. de Villars, *Principles of Administrative Law* (2^e éd. 1994), aux pp. 375 et 376.

Il ressort clairement de leur jurisprudence que les tribunaux d'instance inférieure ont pris leurs distances face à cette interprétation traditionnelle. Plus particulièrement, dans l'arrêt *Tung c. Minister of Employment and Immigration* (1991), 124 N.R. 388, la Cour d'appel fédérale a conclu que, étant donné que l'absence d'une transcription de l'audition devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié nuisait à l'appelant quant à sa capacité d'interjeter appel contre la décision en question, cette absence constituait un déni de justice naturelle. Cependant, la Cour d'appel fédérale a expressément montré son désaccord avec cet arrêt dans des affaires subséquentes: *Kandiah c. Minister of Employment and Immigration* (1992), 141 N.R. 232, dont le principe a été suivi dans l'arrêt *Rhéaume c. Canada* (1992), 153 N.R. 270. Dans l'arrêt *Kandiah*, la Cour d'appel fédérale a reconnu la préoccupation sous-tendant l'arrêt *Tung*, à savoir qu'un requérant puisse être dépouillé de ses moyens de révision ou d'appel dans le cas où il n'existe pas de transcription des délibérations de l'audition en litige. Cependant, la cour a statué que si la décision que la cour devait rendre pouvait être

75

76

administrative order in such cases. This decision has been considered authoritative in the academic commentary on this issue: R. W. Macaulay and J. L. H. Sprague, *Hearings Before Administrative Tribunals* (1995), at p. 12-98.

77

Even in cases where the statute creates a right to a recording of the hearing, courts have found that the applicant must show a "serious possibility" of an error on the record or an error regarding which the lack of recording deprived the applicant of his or her grounds of review: *Cameron v. National Parole Board*, [1993] B.C.J. No. 1630 (S.C.), which follows *Desjardins v. National Parole Board* (1989), 29 F.T.R. 38. These decisions are compatible with the test developed by this Court in the criminal context in *R. v. Hayes*, [1989] 1 S.C.R. 44. As I stated for the majority, at p. 48:

A new trial need not be ordered for every gap in a transcript. As a general rule, there must be a serious possibility that there was an error in the missing portion of the transcript, or that the omission deprived the appellant of a ground of appeal.

This approach is not wholly inconsistent with the decision in *Cahoon v. Conseil de la Corporation des Ingénieurs*, [1972] R.P. 209, a case upon which the respondent also relies. That case involved an appeal on the merits to the Board of the Corporation of Engineers from a decision of the Corporation's disciplinary committee. While the Quebec Court of Appeal discouraged reviewing courts from evaluating the effect of the gaps in the record on the outcome of hearing, the transcript was found to deprive the appellant of a full and fair hearing of his appeal by the Board on the basis that it was [TRANSLATION] "seriously defective".

78

The respondent has also relied upon jurisprudence of the Labour Court in Quebec where the absence of a complete verbatim transcript of the inquiry made by the administrative body appealed

rendue sur la foi d'autres éléments de preuve, les principes de justice naturelle ne seraient pas enfreints. La cour siégeant en révision devrait s'abstenir d'annuler l'ordonnance administrative dans ces cas-là. La doctrine considère cet arrêt comme faisant autorité sur la question: R. W. Macaulay et J. L. H. Sprague, *Hearings Before Administrative Tribunals* (1995), à la p. 12-98.

Même dans le cas où la loi prévoit le droit à un enregistrement de l'audition, les tribunaux ont conclu que le requérant doit démontrer qu'il existe une «possibilité sérieuse» d'une erreur dans le dossier ou d'une erreur telle que l'absence d'enregistrement l'empêche de faire valoir ses moyens d'appel: *Cameron c. National Parole Board*, [1993] B.C.J. No. 1630 (C.S.), qui suit *Desjardins c. National Parole Board* (1989), 29 F.T.R. 38. Ces décisions sont conformes au critère établi par notre Cour, eu égard aux affaires pénales, dans *R. c. Hayes*, [1989] 1 R.C.S. 44. Comme je l'ai affirmé dans cet arrêt au nom des juges majoritaires, à la p. 48:

Un nouveau procès ne sera pas ordonné chaque fois qu'une transcription est incomplète. De façon générale, il doit y avoir une possibilité sérieuse que la partie manquante de la transcription contienne une erreur, ou que cette omission ait privé l'appelant d'un moyen d'appel.

Cette façon de voir n'est pas complètement incompatible avec celle adoptée dans la décision *Cahoon c. Conseil de la Corporation des Ingénieurs*, [1972] R.P. 209, sur laquelle l'intimé s'appuie aussi. Il s'agissait, dans cette affaire, d'un appel qui avait été interjeté quant au fond, devant le Conseil de la Corporation des ingénieurs, contre une décision du comité disciplinaire de la Corporation. Bien que la Cour d'appel du Québec ait découragé les cours siégeant en révision d'évaluer l'effet produit par les lacunes du dossier sur le résultat de l'audition, il a été jugé que la transcription privait l'appelant d'une audition pleine et équitable de son appel devant le Conseil, au motif qu'elle était «sérieusement défectueuse».

L'intimé a aussi invoqué la jurisprudence du Tribunal du travail du Québec, qui a conclu que l'absence d'un compte rendu textuel des délibérations de l'organisme administratif contre lequel un

from was found to deny the appellant the rights to natural justice and a full and fair hearing: *Beaudry v. Fournier*, Judge Bernard Prud'homme, Labour Ct. Mtl., No. 500-28-000165-93, March 3, 1994, D.T.E. 94T-433; *C.I.L. Inc. v. Plante*, [1983] T.T. 121; *Spécialités Jones Ltée v. Langlois*, [1981] T.T. 143; *Unicast Canada ltée v. Léveillé*, Associate Chief Judge Bernard Lesage, Labour Ct. Mtl., No. 500-28-000062-919, June 27, 1991, D.T.E. 91T-879. These cases all involved regimes with a broad statutory right of appeal to an appellate administrative tribunal on the merits of the initial decision, but no statutory right to a recording of the inquiry.

In my view, the above jurisprudence of the Labour Court is not inconsistent with the principles enunciated in *Kandiah*, *supra*. In each case, as the Labour Court expressly acknowledged, the appeal turned on the appellate tribunal's review of the findings of fact and weighing of the evidence, which would be impossible without a complete record of the testimony at the initial inquiry. Such cases would likely fall within the exception mentioned in *Kandiah*, *supra*, as no other means of reproducing all of the evidence before the commission of inquiry would be readily available. This would substantially interfere with an appellate tribunal's ability to review the initial decision on its merits.

In my view, the decisions in *Kandiah* and *Hayes*, *supra*, provide an excellent statement of the principles of natural justice as they apply to the record made of an administrative tribunal's hearing. In cases where the record is incomplete, the denial of justice allegedly arises from the inadequacy of the information upon which a reviewing court bases its decision. As a consequence, an appellant may be denied his or her grounds of appeal or review. The rules enunciated in these decisions prevent this unfortunate result. They also avoid the unnecessary encumbrance of administrative proceedings and needless repetition of a fact-

appel est interjeté nie à l'appellant les droits qu'il possède en vertu de la justice naturelle et son droit à une audition pleine et équitable: *Beaudry c. Fournier*, juge Bernard Prud'homme, T.T. Montréal, n° 500-28-000165-93, 3 mars 1994. D.T.E. 94T-433; *C.I.L. Inc. c. Plante*, [1983] T.T. 121; *Spécialités Jones Ltée c. Langlois*, [1981] T.T. 143; *Unicast Canada ltée c. Léveillé*, juge en chef adjoint Bernard Lesage, T.T. Montréal, n° 500-28-000062-919, 27 juin 1991, D.T.E. 91T-879. Toutes ces affaires concernaient des régimes pour lesquels la loi accordait un généreux droit d'appel de la décision initiale quant au fond, devant un tribunal d'appel administratif, mais aucun droit à un enregistrement des délibérations de l'examen.

À mon avis, les décisions du Tribunal du travail mentionnées ci-dessus ne contredisent pas les principes énoncés dans *Kandiah*, précité. Dans chaque affaire, comme le Tribunal du travail l'a expressément reconnu, l'appel nécessitait, de la part du tribunal siégeant en appel, la révision des conclusions de fait et de l'appréciation de la preuve, révision qu'il n'était pas possible de faire sans un enregistrement complet des témoignages déposés lors de l'examen initial. Ces affaires relèvent vraisemblablement de l'exception mentionnée dans l'arrêt *Kandiah*, précité, en ce sens qu'aucun autre moyen ne permettrait de reproduire facilement toute la preuve qui avait été déposée devant la commission chargée de l'examen et que cela diminuerait grandement la capacité du tribunal d'appel de réviser la décision quant au fond.

À mon avis, les arrêts *Kandiah* et *Hayes*, précités, fournissent un excellent énoncé des principes de justice naturelle applicables à l'enregistrement des délibérations d'un tribunal administratif. Dans le cas où l'enregistrement est incomplet, le déni de justice découlerait de l'insuffisance de l'information sur laquelle la cour siégeant en révision peut fonder sa décision. Par conséquent, l'appellant peut se voir nier ses moyens d'appel ou de révision. Les règles énoncées dans ces arrêts empêchent que ce résultat malheureux ne se produise. Elles écartent aussi le fardeau inutile des délibérations administratives et de la répétition superflue d'un examen

79

80

finding inquiry long after the events in question have passed.

des faits qui serait entrepris longtemps après que les événements en question sont survenus.

81 In the absence of a statutory right to a recording, courts must determine whether the record before it allows it to properly dispose of the application for appeal or review. If so, the absence of a transcript will not violate the rules of natural justice. Where the statute does mandate a recording, however, natural justice may require a transcript. As such a recording need not be perfect to ensure the fairness of the proceedings, defects or gaps in the transcript must be shown to raise a "serious possibility" of the denial of a ground of appeal or review before a new hearing will be ordered. These principles ensure the fairness of the administrative decision-making process while recognizing the need for flexibility in applying these concepts in the administrative context.

En l'absence d'un droit à un enregistrement expressément reconnu par la loi, les cours de justice doivent déterminer si le dossier dont elles disposent leur permet de statuer convenablement sur la demande d'appel ou de révision. Si c'est le cas, l'absence d'une transcription ne violera pas les règles de justice naturelle. Cependant, lorsque la loi exige un enregistrement, la justice naturelle peut nécessiter la production d'une transcription. Étant donné que cet enregistrement n'a pas à être parfait pour garantir l'équité des délibérations, il faut, pour obtenir une nouvelle audience, montrer que certains défauts ou certaines omissions dans la transcription font surgir une «possibilité sérieuse» de négation d'un moyen d'appel ou de révision. Ces principes garantissent l'équité du processus administratif de prise de décision et s'accommodent d'une application souple dans le contexte administratif.

82 The question we must therefore answer in the case at bar is whether the respondent was denied a ground of review by virtue of the absence of a recording of the hearing before the Council. In its affidavit to support its application for judicial review, and in its argument before this Court, the respondent had made the following challenges to the factual findings of the Council: a) there is no evidence of a connection between the pressure tactics of the blue-collar employees and conflict over Bill 102; b) there is no evidence of the Union instruction to refuse overtime; and c) certain of the findings of the tribunal as to the effects of a lack of overtime workers on public services are in error. On the basis of these challenges, the respondent argues that there is a complete absence of evidence for an essential element of the circumstances which give rise to the Council's remedial jurisdiction, namely, a concerted action in response to a labour conflict. The ground of review which the respondent alleges to be denied, given the absence of a transcript of the hearing, is that there is a lack of evidence supporting an essential element of the tribunal's decision. According to the respondent, the lack of a record of the evidence renders it

La question à résoudre en l'espèce est donc de savoir si l'intimé s'est vu nier un moyen de révision en raison de l'absence d'enregistrement de l'audition tenue par le Conseil. Dans son affidavit à l'appui de sa demande de révision judiciaire et dans son argumentation devant notre Cour, l'intimé a contesté ces conclusions de fait du Conseil: a) il n'y a pas de preuve d'un lien entre les moyens de pressions utilisés par les cols bleus et le conflit portant sur la Loi 102; b) il n'y a pas de preuve que le Syndicat ait donné comme directive de refuser de faire du temps supplémentaire; c) certaines conclusions du tribunal quant aux effets de l'absence de temps supplémentaire sur les services publics sont erronées. Se fondant sur ces allégués, l'intimé conclut à l'absence complète de preuve d'un élément essentiel des circonstances qui enclenchent la compétence du Conseil en matière de redressement, savoir une action concertée en réaction à un conflit de travail. Le moyen de révision dont l'intimé allègue être privé, étant donné l'absence de transcription de l'audition, porte sur l'absence de preuve au soutien d'un élément essentiel de la décision du tribunal. Selon l'intimé, l'absence d'enregistrement des témoignages rend impossible

impossible to advance this ground of review, thereby constituting a denial of the principles of natural justice.

As I have stated, in the absence of a statutory right to a recorded hearing, a party's rights to natural justice will only be infringed where the court has an inadequate record upon which to base its decision. In the case on appeal, the respondent claims that there is a complete lack of evidence for an essential element under s. 111.18, namely, the presence of a concerted action related to labour conflict. In determining whether this ground of review may be denied in the absence of a transcript, it is appropriate to refer to the other means before the Court of learning what went on at the hearing. In the case on appeal, affidavits alleging the factual inconsistencies listed above were filed by the respondent in support of its application for judicial review. However, in response to these, the Council filed affidavits of the various individuals whose testimony provided the evidence upon which it relied in its adjudication. These affidavits demonstrate that all of the essential elements of the s. 111.18 determination were accounted for in the testimony. The only exception is the link between the pressure tactics and the conflict over Bill 102. Nonetheless, the existence of pressure tactics alone are indicative of some conflict and the Council had noted the similarity between the circumstances in this case and those of a work stoppage earlier that year in relation to the conflict over the Bill. Moreover, each affidavit submitted by the Council clearly states that the Union representative acknowledged issuing a directive to refuse overtime.

In my opinion, the respondent has failed to establish that the record before the reviewing judge in this case provided an inadequate basis for its decision. This would require more than the unsubstantiated allegations made by the respondent. It is not enough simply to claim that there was no evidence for a particular finding when the other party can provide a sworn affidavit as to the

d'alléguer ce moyen de révision et constitue, par conséquent, un déni de justice naturelle.

Comme je l'ai dit, en l'absence d'un droit à l'enregistrement d'une audition accordé par la loi, les droits que possède une partie eu égard à la justice naturelle ne seront violés que si la cour a un dossier inadéquat qui ne lui permet pas de fonder sa décision. Dans le présent pourvoi, l'intimé prétend qu'il y a absence complète de preuve d'un élément essentiel de l'art. 111.18, savoir la présence d'une action concertée liée à un conflit de travail. Aux fins de déterminer si ce moyen de révision peut être dénié en l'absence d'une transcription, il convient de considérer les autres moyens qu'a la cour de savoir ce qui s'est passé lors de l'audition. Dans le présent pourvoi, des affidavits alléguant les incohérences factuelles notées ci-dessus ont été déposés par l'intimé au soutien de sa requête en révision judiciaire. Cependant, en réponse à ces affidavits, le Conseil a déposé des affidavits des diverses personnes dont le témoignage a constitué la preuve sur laquelle il s'est appuyé pour rendre la décision. Ces affidavits démontrent que tous les éléments essentiels d'une décision prise en vertu de l'art. 111.18 ont été rapportés dans les témoignages. La seule exception concerne le lien entre les moyens de pressions et le conflit quant au projet de loi 102. Néanmoins, la présence de moyens de pressions en soi est en quelque sorte l'indication d'un conflit et le Conseil avait remarqué la similarité entre les circonstances de l'espèce et celles d'un arrêt de travail survenu plus tôt au cours de l'année qui était lié à ce conflit qui avait trait au projet de loi. Qui plus est, chaque affidavit déposé par le Conseil affirme clairement que le représentant du Syndicat a reconnu avoir donné la directive de refus de temps supplémentaire.

À mon avis, l'intimé n'a pas réussi à établir que le dossier dont disposait le juge siégeant en révision dans cette affaire ne lui permettait pas de baser sa décision sur un fondement adéquat. Cela nécessiterait davantage que les allégations non justifiées faites par l'intimé. Il ne suffit pas de simplement prétendre qu'il n'y avait pas de preuve pour tirer une certaine conclusion, alors que l'autre par-

truthfulness of the testimony referred to in the tribunal's reasons. The respondent in this case would have had to provide some basis for rejecting the witnesses' testimony as recorded in the Council's affidavits or describe evidence which was rejected or ignored. I note that the respondent did not pursue cross-examination on the affidavits presented by the Council in response to the application for judicial review.

tie peut déposer un affidavit quant à la véracité d'un témoignage sur lequel s'appuient les motifs du tribunal. En l'espèce, l'intimé aurait dû fournir certains éléments de preuve contredisant les témoignages relatés dans les affidavits du Conseil ou dire quels éléments de preuve ont été rejetés ou n'ont pas été pris en considération. Je note que l'intimé n'a pas procédé à un contre-interrogatoire quant aux affidavits déposés par le Conseil en réponse à la demande de contrôle judiciaire.

85

We must remember that the standard of review on the factual findings of an administrative tribunal is an extremely deferent one: *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, per La Forest J., at pp. 849 and 852. Courts must not revisit the facts or weigh the evidence. Only where the evidence viewed reasonably is incapable of supporting the tribunal's findings will a fact finding be patently unreasonable. An example is the allegation in this case, viz. that there is no evidence at all for a significant element of the tribunal's decision: see *Toronto Board of Education, supra*, at para. 48, per Cory J.; *Lester, supra*, at p. 669, per McLachlin J. Such a determination may well be made without an in-depth examination of the record: *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, per Gonthier J., at p. 1370.

Nous devons nous souvenir que la norme quant à la révision des conclusions de fait d'un tribunal administratif exige une extrême retenue: *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, le juge La Forest aux pp. 849 et 852. Les cours de justice ne doivent pas revoir les faits ou apprécier la preuve. Ce n'est que lorsque la preuve, examinée raisonnablement, ne peut servir de fondement aux conclusions du tribunal qu'une conclusion de fait sera manifestement déraisonnable, par exemple, en l'espèce, l'allégation suivant laquelle un élément important de la décision du tribunal ne se fondait sur aucune preuve; voir également: *Conseil de l'éducation de Toronto*, précité, au par. 48, le juge Cory; *Lester*, précité, le juge McLachlin à la p. 669. La décision peut très bien être rendue sans examen approfondi du dossier: *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, le juge Gonthier à la p. 1370.

86

The affidavit evidence provided in conjunction with the application for judicial review provided a more than adequate record for reviewing the factual findings of the Council to determine whether the respondent's claim was grounded. Where a tribunal's jurisdiction or respect for procedural fairness is subject to review pursuant to art. 846 C.C.P., affidavits setting out the facts supporting the motion must be filed: art. 834 C.C.P. In cases involving judicial review on jurisdictional matters, these documents will often provide an appropriate means of providing the necessary record for the court's determination.

La preuve par affidavit déposée eu égard à la demande de révision judiciaire fournissait un dossier plus que suffisant pour réviser les conclusions de fait du Conseil et déterminer si la prétention de l'intimé était fondée. Dans le cas où la compétence d'un tribunal ou son respect de l'équité procédurale font l'objet d'une révision en vertu de l'art. 846 C.p.c., des affidavits qui établissent les faits au soutien de la requête doivent être déposés, conformément à l'art. 834 C.p.c. Dans les affaires de contrôle judiciaire portant sur des questions de compétence, ces documents seront souvent un bon moyen de fournir à la cour le dossier dont elle a besoin pour rendre une décision.

I conclude from the foregoing, as did Guthrie J., that the respondent has not been denied natural justice by the lack of a recording of the hearing before the Council. The reviewing judge had an adequate record to determine the grounds of review advanced by the respondent.

V. Conclusion and Disposition

The Council acted within its jurisdiction *stricto sensu* in making the order at issue in this appeal. The order was not patently unreasonable in that it reflected a rational construction of the remedial provisions upon which it was based. Furthermore, the reviewing judge did not err in finding that the lack of a machine recording of the hearing before the Council failed to constitute a violation of the rules of natural justice. He had an adequate record on which to base his disposition of the grounds of review advanced by the respondent.

On the basis of the foregoing reasons and interpretation of the Council's order, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, reinstate the judgment of Guthrie J., and dismiss the application for judicial review of the Council's decision and order, the whole with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Jalbert, Séguin, Verdon, Caron, Mahoney, Montréal.

Solicitors for the respondent: Lamoureux, Morin, Lamoureux, Longueuil.

Solicitors for the mis en cause: Desjardins Ducharme Stein Monast, Montréal.

Je conclus donc, comme l'a fait le juge Guthrie, qu'il n'y a pas eu déni de justice à l'égard de l'intimé en raison de l'absence d'enregistrement de l'audition tenue par le Conseil. Le juge siégeant en révision disposait d'un dossier qui lui permettait de statuer sur les moyens de révision allégués par l'intimé.

V. Conclusion et dispositif

Le Conseil a agi conformément à sa compétence au sens strict en rendant l'ordonnance en litige dans le présent pourvoi. Cette ordonnance n'était pas manifestement déraisonnable, en ce sens qu'elle était le reflet d'une interprétation rationnelle des dispositions réparatrices sur lesquelles elle se fondait. Par ailleurs, le juge siégeant en révision n'a pas commis d'erreur en concluant que l'absence d'enregistrement de l'audition tenue par le Conseil ne suffisait pas pour constituer une violation des règles de justice naturelle. Le dossier dont il disposait lui permettait de statuer valablement sur les moyens de révision allégués par l'intimé.

Pour ces motifs et compte tenu de l'interprétation de l'ordonnance rendue par le Conseil, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel, de rétablir le jugement du juge Guthrie et de rejeter la demande de révision judiciaire présentée à l'égard de la décision et de l'ordonnance du Conseil, le tout avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Jalbert, Séguin, Verdon, Caron, Mahoney, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Lamoureux, Morin, Lamoureux, Longueuil.

Procureurs du mis en cause: Desjardins Ducharme Stein Monast, Montréal.

87

88

89

David Farber *Appellant*

v.

Royal Trust Company *Respondent*

INDEXED AS: FARBER v. ROYAL TRUST CO.

File No.: 24885.

Hearing and judgment: November 28, 1996.

Reasons delivered: March 27, 1997.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Labour law — Constructive dismissal — Changes by employer to terms of employee's contract of employment as part of company restructuring — Employer offering regional manager the position of manager of single branch, with no guaranteed base salary — Whether unilateral changes made by employer to employment contract amounted to constructive dismissal — Admissibility of evidence of events subsequent to employer's offer.

In June 1984, as part of a major restructuring, the respondent company decided to eliminate its regional manager positions. As regional manager for Western Quebec, the appellant had supervised 400 real estate agents and administered 21 offices whose sales had amounted to more than \$16,000,000 in 1983. With commissions, benefits and his base salary of \$48,800, his income that year had been \$150,000. To replace his eliminated position, the respondent offered him the manager's position at the Dollard branch, a position he had held eight years earlier, but did not offer any guaranteed base salary. That branch, one of the least profitable in the province, had about 20 real estate agents whose sales had amounted to only \$616,000 in 1983. The respondent also offered him financial compensation, including a \$40,000 reorientation allowance and a branch manager's commission at a rate higher than the usual one for the remainder of 1984 and 1985. The offer also provided that the appellant would receive \$48,000 for the commissions he had earned as regional manager in the first six months of 1984. The appellant estimated that his income would be cut in half if he accepted the offer, and he initiated discussions with the respondent seeking either to be appointed manager of a more profit-

David Farber *Appelant*

c.

Compagnie Trust Royal *Intimée*

RÉPERTORIÉ: FARBER c. CIE TRUST ROYAL

N° du greffe: 24885.

Audition et jugement: 28 novembre 1996.

Motifs déposés: 27 mars 1997.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit du travail — Congédiement déguisé — Modification par l'employeur des conditions du contrat d'emploi de l'employé lors de la restructuration de l'entreprise — Employeur offrant à un gérant régional la gérance d'une simple succursale sans salaire de base garanti — Les modifications unilatérales apportées par l'employeur au contrat d'emploi constituent-elles un congédiement déguisé? — Admissibilité de la preuve de faits subséquents à l'offre de l'employeur.

En raison d'une restructuration majeure, l'entreprise intimée a décidé en juin 1984 d'abolir ses postes de gérants régionaux. L'appelant, à titre de gérant régional pour l'ouest du Québec, supervisait 400 agents immobiliers et administrait 21 bureaux qui en 1983 ont généré des ventes dépassant les 16 000 000 \$. Avec les commissions, les avantages marginaux et son salaire de base de 48 800 \$, il avait bénéficié cette année-là d'un revenu de 150 000 \$. En remplacement de son poste perdu, l'intimée lui a offert la gérance du bureau de Dollard, un poste qu'il avait déjà occupé huit ans auparavant, mais sans salaire de base garanti. Ce bureau, l'un des moins rentables de la province, comptait une vingtaine d'agents immobiliers qui en 1983 avaient réalisé des ventes ne totalisant que 616 000 \$. L'intimée lui a également offert une compensation financière qui comprenait 40 000 \$ à titre d'indemnité de relocalisation et une commission de gérant de bureau supérieure au taux régulier pour le reste de 1984 et pour 1985. L'offre prévoyait aussi que l'appelant recevrait 48 000 \$, soit les commissions gagnées en tant que gérant régional lors des six premiers mois de 1984. L'appelant a estimé que ses revenus chuteraient de moitié s'il acceptait cette offre et a entrepris des discussions avec l'intimée afin

able branch or to obtain a guaranteed base salary for the following three years. The respondent refused to change its offer and the appellant sued the respondent for damages on the ground that he had been constructively dismissed. The Superior Court dismissed his action. Based on a comparative analysis of the appellant's former position and the one offered to him, including the actual sales figures of the Dollard branch and the Western Quebec region after June 1984, the trial judge concluded that the respondent's offer was reasonable and adequate in terms of both remuneration and the prestige associated with the position offered. The majority of the Court of Appeal affirmed the Superior Court's judgment.

Held: The appeal should be allowed.

According to art. 1670 *C.C.L.C.*, general contractual principles are applicable to employment contracts. Where an employer decides unilaterally to make substantial changes to the essential terms of an employee's contract of employment and the employee does not agree to the changes and leaves his or her job, the employee has not resigned, but has been constructively dismissed. By unilaterally seeking to make substantial changes to the essential terms of the employment contract, the employer is ceasing to meet its obligations and the employee can treat the contract as resiliated for breach and can leave. In such circumstances, the employee is entitled to compensation in lieu of notice and, where appropriate, damages. To reach the conclusion that an employee has been constructively dismissed, the court must therefore determine whether the unilateral changes imposed by the employer substantially altered the essential terms of the employee's contract of employment. For this purpose, the judge must ask whether, at the time the offer was made, a reasonable person in the same situation as the employee would have felt that the essential terms of the employment contract were being substantially changed. The fact that the employee may have been prepared to accept some of the changes is not conclusive, because there might be other reasons for the employee's willingness to accept less than what he or she was entitled to have. For the employment contract to be resiliated, it is not necessary for the employer to have intended to force the employee to leave his or her employment or to have been acting in bad faith when making substantial changes to the contract's essential terms. These principles derive from the civil law of Quebec, the only law applicable here. However, since the common law rule is similar to that applicable in Quebec civil law when it comes to the concept of constructive dismissal, common law decisions may

d'obtenir soit la gérance d'un bureau plus rentable, soit un salaire de base garanti pour les trois prochaines années. L'intimée a refusé de modifier son offre et l'appelant a intenté une action en dommages-intérêts contre l'intimée pour le motif qu'il avait fait l'objet d'un congédiement déguisé. La Cour supérieure a rejeté son action. Se fondant sur une analyse comparative entre l'ancien emploi de l'appelant et celui qui lui était offert, y compris les chiffres des ventes réellement effectuées au bureau de Dollard et dans la région de l'ouest du Québec après juin 1984, le juge de première instance a conclu que l'offre de l'intimée était raisonnable et suffisante, tant au niveau de la rémunération, qu'au niveau du prestige associé au poste offert. La Cour d'appel, à la majorité, a confirmé le jugement de la Cour supérieure.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

En vertu de l'art. 1670 *C.c.B.C.*, les principes généraux des contrats s'appliquent au contrat de travail. Lorsqu'un employeur décide unilatéralement de modifier de façon substantielle les conditions essentielles du contrat de travail de son employé et que celui-ci n'accepte pas ces modifications et quitte son emploi, son départ constitue non pas une démission, mais un congédiement déguisé. En voulant de manière unilatérale modifier substantiellement les conditions essentielles du contrat d'emploi, l'employeur cesse de respecter ses obligations et l'employé peut invoquer la résiliation pour bris de contrat et quitter. L'employé a alors droit à une indemnité qui tient lieu de délai-congé et, s'il y a lieu, à des dommages-intérêts. Pour arriver à la conclusion qu'un employé a fait l'objet d'un congédiement déguisé, le tribunal doit donc déterminer si la modification unilatérale imposée par l'employeur constituait une modification substantielle des conditions essentielles du contrat de travail de l'employé. Pour ce faire, le juge doit se demander si, au moment où l'offre a été faite, une personne raisonnable, se trouvant dans la même situation que l'employé, aurait considéré qu'il s'agissait d'une modification substantielle des conditions essentielles du contrat de travail. Le fait que l'employé ait été prêt à accepter en partie la modification n'est pas déterminant puisque d'autres raisons peuvent inciter l'employé à accepter moins que ce à quoi il a droit. Par ailleurs, pour que le contrat de travail soit résilié, il n'est pas nécessaire que l'employeur ait eu l'intention de forcer son employé à quitter son emploi ou qu'il ait été de mauvaise foi en modifiant de façon substantielle les conditions essentielles de ce contrat. Ces principes ressortent du droit civil du Québec, seul applicable en l'espèce. Cependant, la règle de common law étant similaire à celle applicable en droit civil québécois en ce qui a trait à la notion de congédiement déguisé, les décisions

provide illustrations that are helpful in applying the civil law rule.

In this case, the respondent's offer amounted to constructive dismissal, since it is clear that it substantially altered the essential terms of the employment contract. At the time the offer was made, any reasonable person in the same situation as the appellant would have come to that conclusion. The manager's position at the Dollard branch, which was experiencing problems, was a significant demotion for the appellant. His responsibilities were being drastically cut, resulting in a considerable loss of status and prestige. As well, the offer considerably altered his salary terms, since as manager of that branch his income would have been limited to commissions. He would have received no guaranteed base salary. The unilateral change was extremely detrimental to the appellant's financial security. Neither the \$40,000 reorientation allowance nor the \$48,000 for commissions the appellant had already earned as regional manager could take the place of a guaranteed salary.

The trial judge erred in admitting in evidence the Dollard branch's sales figures after June 1984. Subsequent event evidence is admissible only if relevant to the case. The sales figures subsequent to the offer could not reasonably have been foreseen at the time the offer was made. The Dollard branch was in a precarious financial position at that time and the respondent itself did not anticipate that the branch's sales would increase in 1984. The appellant therefore did not make a mistake by not foreseeing a substantial increase in sales at the branch. The subsequent event evidence distorted the trial judge's analysis. Although he in fact acknowledged all the differences between the regional manager position and the respondent's offer, he said nothing about or disregarded such significant changes as the loss of a guaranteed base salary and the demotion, which are in themselves sufficient to support a finding of constructive dismissal.

Remuneration in lieu of notice, the purpose of which is primarily compensatory, must be fair and reasonable in light of all the circumstances, while being based on the value of the former employee's previous remuneration. Here, the trial judge stated that if he had found that the appellant had been constructively dismissed, he would have awarded the equivalent of one year's remuneration in lieu of notice, and the term of that award was

rendues en vertu de la common law peuvent fournir des illustrations utiles à l'application de la règle de droit civil.

En l'espèce, l'offre de l'intimée constituait un congédiement déguisé puisqu'elle comportait clairement une modification substantielle des conditions essentielles du contrat d'emploi. Au moment où l'offre a été faite, toute personne raisonnable, dans la même situation que l'appelant, serait arrivée à cette conclusion. Le poste de gérant du bureau de Dollard, un bureau en difficulté, imposait à l'appelant une rétrogradation importante. La diminution de ses responsabilités était drastique et entraînait une baisse considérable de son statut et de son prestige. L'offre altérait aussi sérieusement ses conditions salariales puisqu'en tant que gérant de ce bureau, son revenu n'aurait été composé que de commissions. Il n'aurait reçu aucun salaire de base garanti. Cette modification unilatérale constituait une atteinte grave à la sécurité financière de l'appelant. L'indemnité de relocalisation de 40 000 \$ et la somme de 48 000 \$, qui représentaient les commissions que l'appelant avait déjà gagnées en tant que gérant régional, ne pouvaient tenir lieu de salaire garanti.

Le juge de première instance a commis une erreur en admettant en preuve les résultats des ventes réalisées au bureau de Dollard après juin 1984. Une preuve de faits subséquents n'est admissible que si elle est pertinente au litige. Or, les résultats des ventes obtenues subséquentement à l'offre ne faisaient pas partie de l'expectative raisonnable au moment où l'offre a été faite. À cette époque, le bureau de Dollard était dans une position financière précaire et l'intimée elle-même ne prévoyait pas que les ventes de ce bureau augmenteraient pour l'année 1984. L'appelant n'a donc commis aucune faute en ne prévoyant pas une augmentation substantielle des ventes de ce bureau. La preuve de faits subséquents a faussé l'analyse du juge de première instance. Bien qu'il ait reconnu dans les faits l'ensemble des différences existant entre le poste de gérant régional et l'offre de l'intimée, il a passé sous silence ou écarté des modifications aussi importantes que la perte du salaire de base garanti et la rétrogradation, lesquelles suffisent pour conclure qu'il y a eu congédiement déguisé.

Le délai-congé, qui a avant tout un rôle indemnitaire, doit être juste et raisonnable, eu égard à l'ensemble des circonstances, tout en se fondant sur la valeur de la rémunération antérieure de l'ex-employé. En l'espèce, le juge de première instance a affirmé que, s'il avait conclu à un congédiement déguisé, il aurait accordé une indemnité équivalant à un délai-congé d'un an, un terme qui a été accepté par le juge dissident en Cour d'appel. Le

accepted by the dissenting judge in the Court of Appeal. The only real, representative figure available to determine the value of the remuneration in lieu of notice is the appellant's 1983 income. Since the method used to calculate his salary was changed that year, previous years cannot be used. The appellant is therefore entitled to \$150,000 as one year's remuneration in lieu of notice.

Cases Cited

Referred to: *Asbestos Corporation Ltd. v. Cook*, [1933] S.C.R. 86; *Columbia Builders Supplies Co. v. Bartlett*, [1967] Que. Q.B. 111; *Soupes Campbell Ltée v. Cantin*, D.T.E. 91T-741; *Standard Broadcasting Corporation Ltd. v. Stewart*, [1994] R.J.Q. 1751; Cass. soc., February 4, 1988, *Bull. civ. V*, No. 96, p. 65; Cass. soc., January 21, 1988, *Bull. civ. V*, No. 58, p. 39; Cass. soc., February 25, 1988, *Bull. civ. V*, No. 140, p. 93; Cass. soc., November 15, 1988, *Bull. civ. V*, No. 594, p. 382; *Lavigne v. Sidbec-Dosco Inc.*, [1985] C.S. 26, aff'd C.A. Mtl., No. 500-09-001556-844, May 4, 1988; *Montreal Public Service Co. v. Champagne* (1916), 33 D.L.R. 49; *Rubis v. Gray Rocks Inn Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 452; *Driver v. Coca-Cola Ltd.*, [1961] S.C.R. 201; *Hallé v. Canadian Indemnity Co.*, [1937] S.C.R. 368; *Desrosiers v. The King* (1920), 60 S.C.R. 105; *Royal Trust Co. v. Tucker*, [1982] 1 S.C.R. 250; *Pauze v. Gauvin*, [1954] S.C.R. 15; *In re Rubel Bronze and Metal Co. and Vos*, [1918] 1 K.B. 315; *Stewart v. MacMillan Bloedel Ltd.* (1992), 42 C.C.E.L. 225, aff'd (1991), 37 C.C.E.L. 292; *Cox v. Royal Trust Corp. of Canada* (1989), 26 C.C.E.L. 203, leave to appeal refused, [1989] 2 S.C.R. x; *Mifsud v. MacMillan Bathurst Inc.* (1987), 60 O.R. (2d) 58; *Schwann v. Husky Oil Operations Ltd.* (1989), 27 C.C.E.L. 103; *Saint John Shipbuilding Ltd v. Snyders* (1989), 29 C.C.E.L. 26; *Farquhar v. Butler Bros. Supplies Ltd.* (1988), 23 B.C.L.R. (2d) 89; *Baker v. Burns Foods Ltd.* (1977), 74 D.L.R. (3d) 762; *Cayen v. Woodwards Stores Ltd.* (1993), 45 C.C.E.L. 264; *Poole v. Tomenson Saunders Whitehead Ltd.* (1987), 16 B.C.L.R. (2d) 349; *Orth v. MacDonald Dettwiler & Assoc. Ltd.* (1986), 8 B.C.L.R. (2d) 1; *Reber v. Lloyds Bank International Canada* (1985), 61 B.C.L.R. 361; *Chouinard v. Groupe Commerce, compagnie d'assurances* (1995), 67 Q.A.C. 83; *Daigneault v. Coopexcel, coopérative agricole* (1991), 42 C.C.E.L. 128; *Roy v. Caisse populaire de Thetford Mines*, [1991] R.J.Q. 2693; *Nyveen v. Russell Food Equipment Ltd.* (1987), 19 C.C.E.L. 227; *Vigeant v. Canadian Thermos Products Ltd.*, D.T.E. 88T-295; *Désormeaux v. Banque de Montréal*, D.T.E. 87T-210; *Reilly v. Hotels of Distinction (Canada) Inc.*, [1987] R.J.Q. 1606; *Rémi Carrier Inc.*

seul montant réel et représentatif disponible pour déterminer la valeur du délai-congé est le salaire gagné par l'appelant en 1983. Le mode de calcul de son salaire ayant été modifié cette année-là, les années précédentes ne peuvent être utilisées. L'appelant a donc droit à 150 000 \$ à titre de délai-congé d'un an.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Asbestos Corporation Ltd. c. Cook*, [1933] R.C.S. 86; *Columbia Builders Supplies Co. c. Bartlett*, [1967] B.R. 111; *Soupes Campbell Ltée c. Cantin*, D.T.E. 91T-741; *Standard Broadcasting Corporation Ltd. c. Stewart*, [1994] R.J.Q. 1751; Cass. soc., 4 février 1988, *Bull. civ. V*, n° 96, p. 65; Cass. soc., 21 janvier 1988, *Bull. civ. V*, n° 58, p. 39; Cass. soc., 25 février 1988, *Bull. civ. V*, n° 140, p. 93; Cass. soc., 15 novembre 1988, *Bull. civ. V*, n° 594, p. 382; *Lavigne c. Sidbec-Dosco Inc.*, [1985] C.S. 26, conf. C.A. Mtl., n° 500-09-001556-844, 4 mai 1988; *Montreal Public Service Co. c. Champagne* (1916), 33 D.L.R. 49; *Rubis c. Gray Rocks Inn Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 452; *Driver c. Coca-Cola Ltd.*, [1961] R.C.S. 201; *Hallé c. Canadian Indemnity Co.*, [1937] R.C.S. 368; *Desrosiers c. The King* (1920), 60 R.C.S. 105; *Royal Trust Co. c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250; *Pauze c. Gauvin*, [1954] R.C.S. 15; *In re Rubel Bronze and Metal Co. and Vos*, [1918] 1 K.B. 315; *Stewart c. MacMillan Bloedel Ltd.* (1992), 42 C.C.E.L. 225, conf. (1991), 37 C.C.E.L. 292; *Cox c. Royal Trust Corp. of Canada* (1989), 26 C.C.E.L. 203, autorisation de pourvoi refusée, [1989] 2 R.C.S. x; *Mifsud c. MacMillan Bathurst Inc.* (1987), 60 O.R. (2d) 58; *Schwann c. Husky Oil Operations Ltd.* (1989), 27 C.C.E.L. 103; *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Snyders* (1989), 29 C.C.E.L. 26; *Farquhar c. Butler Bros. Supplies Ltd.* (1988), 23 B.C.L.R. (2d) 89; *Baker c. Burns Foods Ltd.* (1977), 74 D.L.R. (3d) 762; *Cayen c. Woodwards Stores Ltd.* (1993), 45 C.C.E.L. 264; *Poole c. Tomenson Saunders Whitehead Ltd.* (1987), 16 B.C.L.R. (2d) 349; *Orth c. MacDonald Dettwiler & Assoc. Ltd.* (1986), 8 B.C.L.R. (2d) 1; *Reber c. Lloyds Bank International Canada* (1985), 61 B.C.L.R. 361; *Chouinard c. Groupe Commerce, compagnie d'assurances* (1995), 67 Q.A.C. 83; *Daigneault c. Coopexcel, coopérative agricole* (1991), 42 C.C.E.L. 128; *Roy c. Caisse populaire de Thetford Mines*, [1991] R.J.Q. 2693; *Nyveen c. Russell Food Equipment Ltd.* (1987), 19 C.C.E.L. 227; *Vigeant c. Canadian Thermos Products Ltd.*, D.T.E. 88T-295; *Désormeaux c. Banque de Montréal*, D.T.E. 87T-210; *Reilly c. Hotels of Distinction (Canada) Inc.*, [1987] R.J.Q. 1606; *Rémi Carrier*

v. Nolan, D.T.E. 86T-370; *Lynch v. Mac Carter Ltd.* (1995), 17 C.C.E.L. (2d) 292; *Pulak v. Algoma Publishers Ltd.* (1995), 10 C.C.E.L. (2d) 111; *McNeil v. Press-tran Industries* (1992), 45 C.C.E.L. 78; *Johnson v. Moncton Chrysler Dodge (1980) Ltd.* (1991), 34 C.C.E.L. 164; *Sherrard v. Moncton Chrysler Dodge (1980) Ltd.* (1990), 33 C.C.E.L. 72; *Cook v. Royal Trust* (1990), 31 C.C.E.L. 6; *Rebitt v. Pacific Motor Sales & Service Ltd.* (1988), 20 C.C.E.L. 239; *Jobber v. Addressograph Multigraph of Canada Ltd.* (1980), 1 C.C.E.L. 87; *Cie minière Québec Cartier v. Québec (Grievances Arbitrator)*, [1995] 2 S.C.R. 1095; *Bertucci v. Banque Toronto-Dominion* (1994), 65 Q.A.C. 17; *Desgagné v. Fabrique de St-Philippe d'Arvida*, [1984] 1 S.C.R. 19.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code, S.Q. 1992, c. 57, s. 2.
Civil Code of Lower Canada, arts. 1022, 1668, 1670.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64.

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis. «L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada» (1975), 53 *Can. Bar Rev.* 715.
 Baudouin, Jean-Louis. *Les Obligations*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1993.
 Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec: pratiques et théories*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1996.
 Lyon-Caen, Gérard, Jean Pélissier et Alain Supiot. *Droit du travail*, 17^e éd. Paris: Dalloz, 1994.
 Rivero, Jean, et Jean Savatier. *Droit du travail*, 12^e éd. Paris: P.U.F., 1991.
 Sherstobitoff, Nicholas W. «Constructive Dismissal». In Brian D. Bruce, ed., *Work, Unemployment and Justice*. Montréal: Thémis, 1994, 127.
 Teyssié, Bernard. *Droit du travail*, vol. 1, *Relations individuelles de travail*, 2^e éd. Paris: Litec, 1992.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1995] Q.J. No. 466, J.E. 95-1307, D.T.E. 95T-737, 55 A.C.W.S. (3d) 1190, affirming a judgment of the Superior Court rendered on August 11, 1989 dismissing the appellant's action in damages. Appeal allowed.

Brahm L. Campbell and Leonard E. Seidman, for the appellant.

Inc. c. Nolan, D.T.E. 86T-370; *Lynch c. Mac Carter Ltd.* (1995), 17 C.C.E.L. (2d) 292; *Pulak c. Algoma Publishers Ltd.* (1995), 10 C.C.E.L. (2d) 111; *McNeil c. Press-tran Industries* (1992), 45 C.C.E.L. 78; *Johnson c. Moncton Chrysler Dodge (1980) Ltd.* (1991), 34 C.C.E.L. 164; *Sherrard c. Moncton Chrysler Dodge (1980) Ltd.* (1990), 33 C.C.E.L. 72; *Cook c. Royal Trust* (1990), 31 C.C.E.L. 6; *Rebitt c. Pacific Motor Sales & Service Ltd.* (1988), 20 C.C.E.L. 239; *Jobber c. Addressograph Multigraph of Canada Ltd.* (1980), 1 C.C.E.L. 87; *Cie minière Québec Cartier c. Québec (Arbitre des griefs)*, [1995] 2 R.C.S. 1095; *Bertucci c. Banque Toronto-Dominion* (1994), 65 Q.A.C. 17; *Desgagné c. Fabrique de St-Philippe d'Arvida*, [1984] 1 R.C.S. 19.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas Canada, art. 1022, 1668, 1670.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64.
Loi sur l'application de la réforme du Code civil, L.Q. 1992, ch. 57, art. 2.

Doctrine citée

Baudouin, Jean-Louis. «L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada» (1975), 53 *R. du B. can.* 715.
 Baudouin, Jean-Louis. *Les Obligations*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1993.
 Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec: pratiques et théories*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1996.
 Lyon-Caen, Gérard, Jean Pélissier et Alain Supiot. *Droit du travail*, 17^e éd. Paris: Dalloz, 1994.
 Rivero, Jean, et Jean Savatier. *Droit du travail*, 12^e éd. Paris: P.U.F., 1991.
 Sherstobitoff, Nicholas W. «Constructive Dismissal». Dans Brian D. Bruce, dir., *Le travail, le chômage et la justice*. Montréal: Thémis, 1994, 127.
 Teyssié, Bernard. *Droit du travail*, vol. 1, *Relations individuelles de travail*, 2^e éd. Paris: Litec, 1992.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1995] A.Q. n° 466, J.E. 95-1307, D.T.E. 95T-737, 55 A.C.W.S. (3d) 1190, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure rendu le 11 août 1989 qui avait rejeté l'action en dommages-intérêts de l'appelant. Pourvoi accueilli.

Brahm L. Campbell et Leonard E. Seidman, pour l'appelant.

Guy Dion and Benoit Mailloux, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J. — Following the hearing of this case, the appeal was allowed from the bench with reasons to follow. These are those reasons. This appeal concerns constructive dismissal and the consequent damages. More specifically, the issue is whether the unilateral changes made by the respondent to the appellant's employment contract amounted to constructive dismissal. A collateral issue is whether subsequent events were relevant and admissible in evidence.

I — Facts

The appellant began working for the respondent Royal Trust Company in November 1966 as a real estate agent. Because of his excellent work for the respondent, he was promoted a number of times over the years: real estate sales manager at the Chomedey branch (1972); transfer to the branch in Dollard-des-Ormeaux (hereinafter referred to as "Dollard" formerly called the Roxboro branch) (1973); residential sales manager for the Montreal region, then assistant regional sales manager (1976); regional sales manager for Metro-Montreal West (1979); and regional manager for Western Quebec (1982). The appellant was an excellent employee who was respected and appreciated by both his employer and the business community in which he worked.

As regional manager for Western Quebec, the appellant supervised and administered 21 offices employing some 400 real estate agents and 35 secretaries. In 1983, the appellant's region generated a gross income of more than \$16,000,000. The appellant's remuneration as regional manager was made up of a guaranteed base salary, commissions and benefits. In 1983, the appellant received \$48,802.20 as his base salary and \$88,405 in com-

Guy Dion et Benoit Mailloux, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER — Suite à l'audition de cette affaire, l'appel a été accueilli séance tenante avec motifs à suivre. Voici ces motifs. Le présent pourvoi porte sur le congédiement déguisé et les dommages auxquels il peut donner droit. Plus précisément, il s'agit de décider si les modifications unilatérales apportées au contrat de travail de l'appelant par l'intimée constituent un congédiement déguisé. Accessoirement, se soulève la question de la pertinence et de la recevabilité en preuve de faits subséquents.

I — Les faits

L'appelant débute sa carrière chez l'intimée, la compagnie Trust Royal, en novembre 1966, à titre d'agent d'immeubles. Son excellent travail au sein de l'intimée lui vaut de nombreuses promotions au fil des ans: gérant des ventes immobilières du bureau de Chomedey (1972); transfert au bureau de Dollard-des-Ormeaux (ci-après nommé «Dollard» anciennement appelé bureau de Roxboro) (1973); gérant des ventes résidentielles pour la région de Montréal, puis adjoint du gérant régional des ventes (1976); gérant régional des ventes pour la région métropolitaine de Montréal-Ouest (1979); et gérant régional pour la région de l'ouest du Québec (1982). L'appelant est un excellent employé, respecté et apprécié tant par son employeur qu'au sein de son milieu d'affaires.

À titre de gérant régional pour l'ouest du Québec, l'appelant supervise et administre 21 bureaux, lesquels emploient environ 400 agents d'immeubles et 35 secrétaires. En 1983, les revenus bruts générés par la région de l'appelant dépassent les 16 000 000 \$. La rémunération de l'appelant en tant que gérant régional se compose d'un salaire de base garanti, de commissions et de bénéfices marginaux. En 1983, l'appelant reçoit 48 802,20 \$ à titre de salaire de base et il obtient 88 405 \$ en commissions, pour un total de 137 207,20 \$. Avec

1

2

3

missions, for a total of \$137,207.20. With benefits, the appellant earned \$150,000 that year.

4 On June 4, 1984, the appellant was informed by his immediate supervisor that as part of a major restructuring, the company had decided to eliminate 11 of the 12 regional manager positions across the country, including the appellant's. To replace his eliminated position, the respondent offered the appellant financial compensation and the manager's position at the Dollard branch.

5 The financial compensation being offered included the following: first, \$40,000 as a reorientation allowance payable within two years; and second, an 8.75 percent override commission on the net commissions of the real estate agents at the Dollard branch — by comparison, the respondent's branch managers usually received an override commission of 5.75 percent. However, that rate was to apply only for the remainder of 1984 and 1985. Starting in 1986, the appellant's override commission was to decrease to the usual rate of 5.75 percent. The offer also provided that starting in 1985, the commissions of real estate agents who were below the minimum standard set by the respondent would not be included in the calculation. The appellant was not offered any guaranteed base salary as manager of the Dollard branch; his income was to be made up only of commissions. Finally, the offer provided that the appellant would receive a lump sum of \$48,000, which represented the commissions he had earned as regional manager for Western Quebec in the first six months of 1984, the exact value of which was not yet known at the time.

6 The Dollard branch was one of the most problematic and least profitable in the province. It was not meeting the sales targets set by the respondent and there was even some question of closing it. In 1983, the branch had 22 real estate agents, whose sales amounted to only \$616,532. Moreover, four of those agents were new recruits, which suggested that they were unlikely to reach the minimum sales standard set by the respondent for another three years. The appellant was aware of this, since the

les avantages marginaux, l'appelant bénéficie, cette année-là, d'un salaire de 150 000 \$.

Le 4 juin 1984, l'appelant est informé, par son patron immédiat, qu'en raison d'une restructuration majeure de l'entreprise, la direction a décidé d'abolir 11 des 12 postes de gérants régionaux à travers le pays, y compris le sien. En remplacement de son poste perdu, l'intimée lui offre, d'une part, une compensation financière et, d'autre part, le poste de gérant du bureau de Dollard.

La compensation financière offerte comprend: premièrement, 40 000 \$ à titre d'indemnité de relocalisation, payable dans les deux ans et, deuxièmement, une commission de 8,75 p. 100 des commissions nettes produites par les ventes des agents d'immeubles du bureau de Dollard, alors que le pourcentage normal des commissions des gérants de bureau chez l'intimée est de 5,75 p. 100. Toutefois, ce pourcentage ne s'appliquerait qu'au reste de l'année 1984 et à l'année 1985. Dès 1986, le pourcentage des commissions de l'appelant serait réduit au taux régulier de 5,75 p. 100. En outre, l'offre précise qu'à partir de 1985, serait exclu du calcul le montant des commissions des agents d'immeubles n'ayant pas atteint le seuil minimal fixé par l'intimée. L'appelant ne se voit offrir aucun salaire de base garanti pour le poste de gérant du bureau de Dollard; son salaire serait désormais constitué uniquement de commissions. Finalement, l'offre prévoit que l'appelant recevrait un montant forfaitaire de 48 000 \$ représentant les commissions gagnées en tant que gérant régional de l'ouest du Québec lors des six premiers mois de 1984, la valeur exacte de ces commissions n'étant pas encore connue à l'époque.

Le bureau de Dollard est l'un des plus problématiques et des moins rentables de la province. Il n'atteint pas les objectifs de ventes fixés par l'intimée; il est même question de sa fermeture éventuelle. En 1983, le bureau de Dollard compte 22 agents d'immeubles, lesquels ont réalisé des ventes ne totalisant que 616 532 \$. En outre, quatre de ces agents d'immeubles sont de nouvelles recrues, ce qui laisse prévoir qu'ils n'atteindront pas le seuil minimal de ventes fixé par l'intimée avant trois

branch was part of the Western Quebec region he was managing at the time.

The appellant considered the respondent's offer unacceptable. To begin with, the position was one he had held eight years earlier and from which he had been promoted. As well, he was insulted by the fact that he was being asked to manage a branch experiencing problems. Finally, he estimated that his income would be cut in half if he accepted the respondent's offer. He therefore initiated discussions with the respondent seeking either to be appointed manager of a more profitable branch or to obtain a guaranteed base salary for the following three years. The respondent refused to change its offer in any way. It told the appellant that he had to assume his new duties on July 6, 1984 or it would consider that he had resigned. The appellant did not go to the Dollard branch on the date in question.

The appellant sued the respondent for damages on the ground that he had been constructively dismissed. On August 11, 1989, the Superior Court dismissed his action. The appellant appealed the decision and, on May 29, 1995, the majority of the Court of Appeal dismissed the appeal: [1995] Q.J. No. 466 (QL), J.E. 95-1307, D.T.E. 95T-737, 55 A.C.W.S. (3d) 1190. Fish J.A., in dissent, would have allowed the appeal.

II — Judgments Below

Superior Court (District of Montreal, No. 500-05-004698-856, August 11, 1989)

Based on a comparative analysis of the appellant's former position and the one offered to him, Flynn J. concluded that the respondent's offer was reasonable and adequate in terms of both remuneration and the prestige associated with the position offered.

Flynn J. compared the income the appellant would have earned if he had remained regional manager with the income he would have earned if he had accepted the offer. For this purpose, he decided to admit in evidence the actual sales

autres années. L'appelant est au courant de cette situation, puisque ce bureau relève de la région de l'ouest du Québec dont il est alors le gérant.

L'appelant considère l'offre de l'intimée inacceptable. D'une part, il s'agit d'un poste qu'il a occupé huit ans auparavant et d'où il a été promu. D'autre part, il considère comme un affront le fait qu'on lui offre la gérance d'un bureau en difficulté. Enfin, il estime que ses revenus chuteraient de moitié s'il acceptait l'offre de l'intimée. Il entreprend donc des discussions avec l'intimée afin d'obtenir soit la gérance d'un bureau plus rentable, soit un salaire de base garanti pour les trois prochaines années. L'intimée refuse de modifier son offre de quelque façon que ce soit. Elle informe l'appelant qu'il doit assumer ses nouvelles fonctions à compter du 6 juillet 1984, sinon elle considérera qu'il a démissionné. L'appelant ne se présente pas au bureau de Dollard à la date en question.

L'appelant intente une action en dommages-intérêts contre l'intimée au motif qu'il a fait l'objet d'un congédiement déguisé. Le 11 août 1989, la Cour supérieure rejette l'action. L'appelant porte cette décision en appel et, le 29 mai 1995, la Cour d'appel, à la majorité, rejette le pourvoi: [1995] A.Q. n° 466 (QL), J.E. 95-1307, D.T.E. 95T-737, 55 A.C.W.S. (3d) 1190. Le juge Fish, dissident, aurait accueilli l'appel.

II — Les jugements dont appel

Cour supérieure (district de Montréal, n° 500-05-004698-856, 11 août 1989)

Le juge Flynn se fonde sur une analyse comparative entre l'ancien emploi de l'appelant et celui qui lui était offert pour conclure que l'offre de l'intimée était raisonnable et suffisante, tant au niveau de la rémunération, qu'au niveau du prestige associé au poste offert.

En ce qui a trait au salaire, le juge Flynn compare le salaire qu'aurait reçu l'appelant s'il avait gardé son poste de gérant régional et celui qu'il aurait gagné s'il avait accepté l'offre. Pour ce faire, il décide d'admettre en preuve les chiffres des

7

8

9

10

figures of the Dollard branch and the Western Quebec region after June 1984. The purpose of that evidence was to show what the appellant would actually have earned had he accepted the position in Dollard and what he would actually have earned had he remained regional manager. Of course, the figures that the respondent adduced in evidence were not known at the time of the offer. Flynn J. dismissed the appellant's objection to the admissibility of the evidence on the ground that it was relevant in assessing the reasonableness of the offer. He added that it was for the appellant to prove that [TRANSLATION] "any projections made by the employer when preparing its offer were based on unrealistic or even unreasonable assumptions that could have been confirmed only by circumstances that could not reasonably be anticipated in the market" (p. 13). After comparing the figures, he concluded that the appellant's income would not have fallen as a result of his change of position, and he stated the following at pp. 14-15:

[TRANSLATION] The plaintiff has not adduced any evidence that would suggest to the Court that exceptional circumstances he could not reasonably have foreseen accounted for the concrete results reported by his employer. Nor has he been able to convince the Court that his employer was far too optimistic when it prepared the new financial terms for the manager's position in Dollard-des-Ormeaux and that it has been proved right only by chance.

11

As regards the prestige associated with the position offered, Flynn J. acknowledged that the Dollard branch was one of the respondent's most problematic. However, he noted that the appellant was offered the position first because it was the only branch without a manager and second because the respondent felt that the appellant had the skills needed to get the branch back on its feet. He added that it could not be concluded from the evidence that the respondent had deliberately made the appellant an unacceptable offer to induce him to resign. Flynn J. noted the following at p. 19:

[TRANSLATION] The Court believes that a more objective consideration of what was being proposed to him, given the fairly long period he had for doing so, ought to have led [the appellant] to realize that his employer still

ventes réellement effectuées au bureau de Dollard et dans la région de l'ouest du Québec après juin 1984. Cette preuve a pour but de démontrer ce que l'appelant aurait réellement gagné s'il avait accepté le poste de Dollard et ce qu'il aurait réellement gagné s'il avait conservé son poste de gérant régional. Évidemment, ces chiffres, présentés en preuve par l'intimée, n'étaient pas connus au moment de l'offre. Le juge Flynn rejette l'objection de l'appelant à la recevabilité de cette preuve au motif de sa pertinence à l'appréciation du caractère raisonnable de l'offre. Il ajoute que c'est à l'appelant de faire la preuve que «les projections qu'avait pu faire l'employeur lorsqu'il avait préparé son offre étaient basées sur des hypothèses irréalistes voire déraisonnables que seules des circonstances qu'on ne pouvait pas raisonnablement prévoir dans le marché ont pu vérifiées (*sic*)» (p. 13). Après avoir comparé ces chiffres, il conclut que l'appelant n'aurait pas subi de diminution de revenus attribuable au changement de position et il affirme, aux pp. 14 et 15:

Le demandeur n'a pas apporté de preuve susceptible de laisser croire au Tribunal que ce sont des circonstances exceptionnelles qu'il ne pouvait raisonnablement prévoir qui ont apporté les résultats concrets dont fait état son employeur. Il n'a pas su convaincre le Tribunal non plus que lorsqu'il a préparé les nouvelles conditions financières relatives au poste de gérant de Dollard-des-Ormeaux, son employeur avait été beaucoup trop optimiste et que c'est le hasard seul qui lui a donné raison.

En ce qui a trait au prestige associé au poste offert, le juge Flynn reconnaît que le bureau de Dollard était l'un des plus problématiques de l'intimée. Toutefois, il souligne que ce poste a été offert à l'appelant, premièrement, parce qu'il s'agissait alors du seul bureau sans gérant et, deuxièmement, parce que l'intimée croyait que l'appelant avait les compétences requises pour renflouer ce bureau. Il ajoute que rien dans la preuve ne permet de conclure que l'intimée a fait intentionnellement une offre inacceptable à l'appelant dans le but qu'il démissionne. Le juge Flynn souligne, à la p. 19:

Le Tribunal croit qu'un examen plus objectif de ce qui lui était proposé, tenant compte de la période de réflexion assez longue qui lui a été accordée, aurait dû l'amener [l'appelant] à réaliser d'abord que son

wanted him and that the offer being made to him was reasonable.

For these reasons, he dismissed the appellant's action.

Court of Appeal, D.T.E. 95T-737

Mailhot J.A.

Mailhot J.A. felt that the trial judge had not erred in admitting the post-June 1984 and 1985 sales figures in evidence. In her view, it was the best way to show that the respondent was acting in good faith and that its offer was reasonable. She added that this was not unfair to the appellant because he had been given an opportunity to challenge the validity of the respondent's figures.

She concluded that the appellant had not shown that, in finding that the appellant had not been constructively dismissed, the trial judge had made a palpable error in his assessment of the facts, the testimony or the evidence. She noted that it would be contrary to the rulings of the Supreme Court to review and reconsider the evidence adduced at trial. Her view was therefore that the appeal should be dismissed.

Chamberland J.A.

Chamberland J.A. agreed with what Fish J.A. had to say about the state of Quebec law on constructive dismissal. However, he concurred with Mailhot J.A. on the outcome of the appeal. He concluded that the trial judge had not made a palpable error in deciding the offer was reasonable and that, in the absence of such an error, the Court of Appeal could not intervene.

On the question of whether the sales figures after June 1984 were admissible in evidence, he found that the trial judge had correctly admitted them.

employeur voulait encore de lui et deuxièmement que l'offre qui lui était faite était raisonnable.

Pour ces motifs, il rejette l'action de l'appelant.

Cour d'appel, D.T.E. 95T-737

Le juge Mailhot

Madame le juge Mailhot estime que le juge de première instance n'a commis aucune erreur en admettant en preuve les chiffres des ventes réalisées après juin 1984 et pour l'année 1985. À son avis, il s'agissait du meilleur moyen de démontrer que l'intimée était de bonne foi et que son offre était raisonnable. Elle ajoute que l'appelant n'a pas subi d'injustice puisqu'il a eu l'opportunité d'attaquer la validité des chiffres avancés par l'intimée.

Elle conclut que l'appelant n'a pas démontré que le juge de première instance avait commis une erreur manifeste dans l'appréciation des faits, des témoignages ou de la preuve en décidant que l'appelant n'avait pas fait l'objet d'un congédiement déguisé. Elle souligne qu'il serait contraire aux enseignements de la Cour suprême de réviser et de réanalyser la preuve présentée en première instance. Elle est donc d'avis de rejeter le pourvoi.

Le juge Chamberland

Le juge Chamberland souscrit à l'exposé du juge Fish quant à l'état du droit québécois en matière de congédiement déguisé. Il partage cependant l'avis du juge Mailhot quant à l'issue du pourvoi. Il conclut que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur manifeste en décidant que l'offre faite était raisonnable et qu'en l'absence d'une telle erreur, la Cour d'appel ne doit pas intervenir.

Quant à l'admissibilité en preuve des résultats des ventes réalisées après juin 1984, il conclut que c'est à bon droit que le juge de première instance a admis cette preuve.

12

13

14

15

Fish J.A. (dissenting)

16 Fish J.A. first noted that if the Court of Appeal disagreed with the conclusions drawn by the trial judge from the evidence, it had a duty to intervene in order to substitute its own view for that of the trial judge.

17 Fish J.A. felt that the trial judge had erred in admitting *ex post facto* evidence, that is, the sales figures after June 1984, because that evidence was not relevant.

18 He then stated that the doctrine of constructive dismissal, a creature of the common law, has become part of the civil law. After reviewing the relevant cases, he concluded that constructive dismissal can take one of two forms, which he described as follows at pp. 6-7 of the full text:

The first relates to a reassignment offered in bad faith by the employer in the hope or expectation that the employee will feel bound to refuse. The second occurs where the employer, even without malice or oblique motive, reassigns the employee to new duties "involving such a disparity in status, advantages, duties and modalities as to constitute substantially new conditions of employment". [Citation omitted.]

19 Fish J.A. noted that the trial judge had analysed the offer of employment made to the appellant in light of the *ex post facto* evidence, which he considered an error. In his view, the trial judge should have asked whether, based on the information available at the time of the offer, the appellant was entitled to consider that his employment contract had been unilaterally resiliated by the respondent, not whether the offer would have turned out to be reasonable for the appellant because of what subsequently occurred.

20 On the basis of the facts accepted in evidence by the trial judge, Fish J.A. concluded that the appellant had been constructively dismissed under the second branch of that doctrine. He would therefore have allowed the appeal, set aside the judgment of the Superior Court and ordered the respondent to

Le juge Fish (dissident)

Le juge Fish souligne d'abord que si la Cour d'appel est en désaccord avec les conclusions que le juge a tirées de la preuve, il est de son devoir d'intervenir afin de substituer son opinion à celle exprimée par le juge de première instance.

Le juge Fish est d'avis que le juge de première instance a erré en admettant la preuve *ex post facto*, c'est-à-dire les résultats des ventes réalisées après juin 1984 et cela en raison de l'absence de pertinence de cette preuve.

Il déclare ensuite que la doctrine du congédiement déguisé, une création de common law, a été incorporée en droit civil. Après une revue de la jurisprudence, il conclut qu'un congédiement déguisé peut prendre deux formes qu'il décrit ainsi, aux pp. 6 et 7 du texte intégral:

[TRADUCTION] La première vise les cas où un employeur offre de mauvaise foi une réaffectation à un salarié, tout en sachant bien ou en espérant que le salarié se sentira obligé de la refuser. La deuxième concerne les cas où l'employeur, même sans agir par malice ou pour un motif inavoué, affecte le salarié à de nouvelles fonctions «marquant, du point de vue des modalités, des tâches, des avantages et du statut, un écart tel avec les fonctions antérieures qu'elles constituent essentiellement de nouvelles conditions de travail». [Citation omise.]

Le juge Fish constate que le juge du procès a analysé l'offre d'emploi faite à l'appelant à la lumière de la preuve *ex post facto*, ce qui était une erreur. Selon lui, le juge aurait dû plutôt se demander si, au regard des informations qui étaient disponibles au moment de l'offre, l'appelant avait eu raison de considérer son contrat d'emploi résilié de façon unilatérale par l'intimée et non si, suite aux événements, l'offre se serait avérée être raisonnable pour l'appelant.

Des faits retenus en preuve par le juge de première instance, le juge Fish conclut que l'appelant a fait l'objet de la deuxième forme de congédiement déguisé. Il aurait donc accueilli l'appel, infirmé le jugement de la Cour supérieure et condamné l'intimée à payer l'équivalent d'un an de

pay the equivalent of one year's remuneration in lieu of notice, the whole with interest and additional indemnities. Fish J.A. set the value of the remuneration in lieu of notice at \$109,144 (*sic*): \$50,088 for the 1984 guaranteed base salary of a regional manager, \$46,059 for commissions (based on the average of the appellant's commissions in 1982 and 1983) and \$13,000 for benefits.

III — Issue

The issue is whether the appellant was constructively dismissed and, if so, what damages he should be awarded.

IV — Analysis

A. *Constructive Dismissal*

I will begin by recalling a few principles. In Quebec, employment contracts are governed by the civil law, including the provisions of the *Civil Code*. Since all the facts of this case occurred before the new *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, came into force, the situation is governed by the *Civil Code of Lower Canada* ("C.C.L.C."). (Section 2 of the *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, S.Q. 1992, c. 57.) However, the *Civil Code of Québec* does not seem to have changed the law applicable to this matter.

(i) Concept of Constructive Dismissal in the Civil Law

According to art. 1670 *C.C.L.C.*, general contractual principles are applicable to employment contracts. Under art. 1022 *C.C.L.C.*, contracts are binding on the parties thereto: they must fulfil their commitments. The parties cannot unilaterally change the obligations they have incurred under the contract. This was noted by Justice J.-L. Baudouin in *Les Obligations* (4th ed. 1993), at p. 243:

[TRANSLATION] Nor can the parties, absent an agreement to this effect, change the terms of their contract or the manner in which it is to be performed. The con-

délat-congé, le tout avec intérêts et indemnités additionnelles. Le juge Fish établit la valeur du délat-congé à 109 144 \$ (*sic*), soit 50 088 \$ représentant le salaire de base garanti de gérant régional pour 1984, 46 059 \$ représentant les commissions calculées selon la moyenne des commissions gagnées par l'appelant lors des années 1982 et 1983, et 13 000 \$ de bénéfices marginaux.

III — La question en litige

La question en litige est de savoir si l'appelant a été l'objet d'un congédiement déguisé et, dans l'affirmative, établir les dommages auquel il a droit.

IV — Analyse

A. *Le congédiement déguisé*

Rappelons certains principes. Au Québec, le contrat de travail est régi par le droit civil, notamment les dispositions du *Code civil*. Les faits de l'espèce s'étant entièrement produits avant l'entrée en vigueur du nouveau *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, la présente situation est régie par le *Code civil du Bas Canada* («C.c.B.C.»). (Article 2 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, ch. 57.) Toutefois, il ne semble pas que le *Code civil du Québec* ait introduit des changements en ce qui concerne le droit applicable en cette matière.

(i) La notion de congédiement déguisé en droit civil

L'article 1670 *C.c.B.C.* édicte que les principes généraux des contrats s'appliquent au contrat de travail. En vertu de l'art. 1022 *C.c.B.C.*, le contrat est obligatoire entre les parties; celles-ci sont tenues de respecter leur engagement. Les parties ne peuvent modifier unilatéralement les obligations auxquelles elles se sont engagées dans le contrat. C'est d'ailleurs ce que souligne le juge J.-L. Baudouin, dans son livre *Les Obligations* (4^e éd. 1993), à la p. 243:

Les parties ne peuvent non plus, sauf entente, modifier les termes de leur contrat ou les modalités de son exécution. La force obligatoire du contrat emporte non

21

22

23

tract's binding force means that they are bound not only over a period of time, but also with regard to the content of what they have undertaken.

In the context of an indeterminate employment contract, one party can resiliate the contract unilaterally. The resiliation is considered a dismissal if it originates with the employer and a resignation if it originates with the employee. If an employer dismisses an employee without cause, the employer must give the employee reasonable notice that the contract is about to be terminated or compensation in lieu thereof. (Article 1668 C.C.L.C.; *Asbestos Corporation Ltd. v. Cook*, [1933] S.C.R. 86; *Columbia Builders Supplies Co. v. Bartlett*, [1967] Que. Q.B. 111; *Soupes Campbell Ltée v. Cantin*, D.T.E. 91T-741 (C.A.); *Standard Broadcasting Corporation Ltd. v. Stewart*, [1994] R.J.Q. 1751 (C.A.).)

seulement qu'elles soient liées sur le plan du temps, mais aussi sur le plan du contenu de leur engagement.

Dans le cadre d'un contrat d'emploi à durée indéterminée, une partie peut procéder à la résiliation unilatérale du contrat. Cette résiliation est qualifiée de congédiement, si elle origine de l'employeur, ou de démission, si elle origine de l'employé. Si l'employeur congédie l'employé sans cause, il doit donner à ce dernier un préavis raisonnable (délai-congé) de la rupture prochaine du contrat ou une indemnité qui en tienne lieu. (Article 1668 C.c.B.C.; *Asbestos Corporation Ltd. c. Cook*, [1933] R.C.S. 86; *Columbia Builders Supplies Co. c. Bartlett*, [1967] B.R. 111; *Soupes Campbell Ltée c. Cantin*, D.T.E. 91T-741 (C.A.); *Standard Broadcasting Corporation Ltd. c. Stewart*, [1994] R.J.Q. 1751 (C.A.).)

24

Where an employer decides unilaterally to make substantial changes to the essential terms of an employee's contract of employment and the employee does not agree to the changes and leaves his or her job, the employee has not resigned, but has been dismissed. Since the employer has not formally dismissed the employee, this is referred to as "constructive dismissal". By unilaterally seeking to make substantial changes to the essential terms of the employment contract, the employer is ceasing to meet its obligations and is therefore terminating the contract. The employee can then treat the contract as resiliated for breach and can leave. In such circumstances, the employee is entitled to compensation in lieu of notice and, where appropriate, damages.

Lorsqu'un employeur décide unilatéralement de modifier de façon substantielle les conditions essentielles du contrat de travail de son employé et que celui-ci n'accepte pas ces modifications et quitte son emploi, son départ constitue non pas une démission, mais un congédiement. Vu l'absence de congédiement formel de la part de l'employeur, on qualifie cette situation de «congédiement déguisé». En effet, en voulant de manière unilatérale modifier substantiellement les conditions essentielles du contrat d'emploi, l'employeur cesse de respecter ses obligations; il se trouve donc à dénoncer ce contrat. Il est alors loisible à l'employé d'invoquer la résiliation pour bris de contrat et de quitter. L'employé a alors droit à une indemnité qui tient lieu de délai-congé et, s'il y a lieu, à des dommages.

25

On the other hand, an employer can make any changes to an employee's position that are allowed by the contract, *inter alia* as part of the employer's managerial authority. Such changes to the employee's position will not be changes to the employment contract, but rather applications thereof. The extent of the employer's discretion to make changes will depend on what the parties agreed when they entered into the contract. R. P. Gagnon made the following comment on this point

Par contre, l'employeur peut faire toutes les modifications à la situation de son employé qui lui sont permises par le contrat, notamment dans le cadre de son pouvoir de direction. D'ailleurs, ces modifications à la situation de l'employé ne constitueront pas des modifications du contrat de travail, mais bien des applications de ce dernier. Cette marge de manœuvre sera plus ou moins grande selon ce qui a été entendu entre les parties lors de la formation du contrat. À ce sujet, l'auteur R. P.

in *Le droit du travail du Québec: pratiques et théories* (3rd ed. 1996), at p. 66:

[TRANSLATION] Moreover, to what extent can the employer change the nature of the employee's work or the employee's duties and responsibilities? This issue is increasingly important, *inter alia* because it is often an essential consideration for employees in their employment that they be able to do the job for which they were hired, given both the satisfaction they legitimately wish to derive from it and their concern to maintain and develop their qualifications and skills in their field of work. The answer takes into account the form of and circumstances surrounding the hiring of the employee and thus how much discretion the employer explicitly or implicitly has to exercise managerial authority in this regard. [Citation omitted.]

To reach the conclusion that an employee has been constructively dismissed, the court must therefore determine whether the unilateral changes imposed by the employer substantially altered the essential terms of the employee's contract of employment. For this purpose, the judge must ask whether, at the time the offer was made, a reasonable person in the same situation as the employee would have felt that the essential terms of the employment contract were being substantially changed. The fact that the employee may have been prepared to accept some of the changes is not conclusive, because there might be other reasons for the employee's willingness to accept less than what he or she was entitled to have.

Moreover, for the employment contract to be resiliated, it is not necessary for the employer to have intended to force the employee to leave his or her employment or to have been acting in bad faith when making substantial changes to the contract's essential terms. However, if the employer was acting in bad faith, this would have an impact on the damages awarded to the employee. In the case at bar, there is no question of bad faith by the respondent, which was acting in good faith in reorganizing its hierarchical structure. Thus, the only damages in issue are those that would be awarded in lieu of notice.

Gagnon, dans son livre *Le droit du travail du Québec: pratiques et théories* (3^e éd. 1996), fait le commentaire suivant, à la p. 66:

Dans quelle mesure, par ailleurs, l'employeur peut-il changer la nature du travail confié au salarié, les fonctions et responsabilités de ce dernier? Cette question est de plus en plus importante, notamment en raison du fait que pour le salarié l'exercice de l'occupation pour laquelle il a été engagé s'avère souvent une considération essentielle de l'emploi, eu égard à la fois à la satisfaction qu'il veut légitimement en tirer et à son souci de conserver et de développer ses qualités et son habileté dans son champ d'activités professionnelles. La réponse tient compte de la nature et des circonstances de l'engagement et, ainsi, de la discrétion laissée explicitement ou implicitement à l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de gérance à ce sujet. [Citation omise.]

Pour arriver à la conclusion qu'un employé a fait l'objet d'un congédiement déguisé, le tribunal doit donc déterminer si la modification unilatérale imposée par l'employeur constituait une modification substantielle des conditions essentielles du contrat de travail de l'employé. Pour ce faire, le juge doit se demander si, au moment où l'offre a été faite, une personne raisonnable, se trouvant dans la même situation que l'employé, aurait considéré qu'il s'agissait d'une modification substantielle des conditions essentielles du contrat de travail. Le fait que l'employé ait été prêt à accepter en partie la modification n'est pas déterminant puisque d'autres raisons peuvent inciter l'employé à accepter moins que ce à quoi il a droit.

Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que l'employeur ait eu l'intention de forcer son employé à quitter son emploi ou qu'il ait été de mauvaise foi en modifiant de façon substantielle les conditions essentielles du contrat de travail, pour que celui-ci soit résilié. Toutefois, si l'employeur était de mauvaise foi, cela aurait un impact sur les dommages à accorder à l'employé. Dans la présente affaire, il n'est nullement question de mauvaise foi de la part de l'intimée, mais bien d'une réorganisation de la structure hiérarchique de l'entreprise faite en toute bonne foi. Ainsi, les seuls dommages en cause sont ceux de la nature d'un délai-congé.

28

French civil law has adopted similar solutions. The Court of Cassation stated the following in *Cass. soc.*, February 4, 1988, *Bull. civ. V*, No. 96, p. 65:

[TRANSLATION] Whereas . . . the employer cannot substantially change an individual contract of employment without the employee's consent, and whereas the employer must either maintain the contractually agreed terms or draw conclusions from the refusal of the person concerned. . . .

In *Droit du travail* (17th ed. 1994), G. Lyon-Caen, J. Pélissier and A. Supiot stated the following at p. 273:

[TRANSLATION] When the employer has made a unilateral decision to substantially change the employment contract, the employee can, rather than continuing to work while voicing his or her refusal to accept the employer's changes, take the initiative by ceasing to work.

If the employee simply stops working under the new terms imposed by the employer, the breakdown of the employment relationship will be considered a dismissal. . . . [T]he judge will apply all the substantive rules applicable to dismissals: the employer will owe severance pay, compensation in lieu of notice and possibly compensation for dismissal without real and serious cause. [Citations omitted.]

At pp. 492 and 664, they also provided a few examples of changes that are substantial enough to amount to dismissal:

[TRANSLATION] According to the general rule, any change in the [salary] calculation method or reduction [in salary] is considered a substantial change to the contract. If the employee refuses to accept such a change, the result is dismissal.

. . . .

Thus, a *demotion* combined with a pay cut is a substantial change to the employment contract that may be considered a dismissal. . . . [Citations omitted; emphasis in original.]

(See: *Cass. soc.*, January 21, 1988, *Bull. civ. V*, No. 58, p. 39; *Cass. soc.*, February 4, 1988, No. 96, *supra*; *Cass. soc.*, February 25, 1988, *Bull. civ. V*, No. 140, p. 93; *Cass. soc.*, November 15, 1988, *Bull. civ. V*, No. 594, p. 382; see also: B. Teyssié, *Droit du travail*, vol. 1, *Relations individuelles de*

Le droit civil français retient des solutions semblables. La Cour de cassation, dans la décision *Cass. soc.*, 4 février 1988, *Bull. civ. V*, n° 96, p. 65, affirme:

Attendu [. . .] que l'employeur ne peut, sans l'accord du salarié, modifier substantiellement le contrat individuel de travail et qu'il lui incombe, soit de maintenir les conditions contractuellement convenues, soit de tirer les conséquences du refus opposé par l'intéressé . . .

Les auteurs G. Lyon-Caen, J. Pélissier et A. Supiot, dans leur ouvrage *Droit du travail* (17^e éd. 1994), exposent, à la p. 273:

Lorsque l'employeur a unilatéralement pris la décision d'apporter une modification substantielle au contrat de travail, le salarié peut, plutôt que de continuer à travailler en faisant connaître son refus des modifications patronales, prendre l'initiative de la rupture.

S'il cesse purement et simplement de travailler dans les conditions nouvelles que l'employeur lui impose, la rupture sera qualifiée de licenciement. [. . .] [L]es juges appliqueront toutes les règles de fond du licenciement; l'employeur sera débiteur de l'indemnité de licenciement, de l'indemnité de préavis, et éventuellement de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse. [Citations omises.]

Ils donnent aussi quelques exemples de modifications suffisamment substantielles pour permettre de conclure au licenciement, aux pp. 492 et 664:

Conformément à la règle générale, tout changement du mode de calcul [du salaire], toute réduction [du salaire], s'analysent en une modification substantielle du contrat. En cas de refus du salarié, le licenciement en découlera.

. . . .

Ainsi, la *rétrogradation*, assortie d'une diminution de la rémunération, constitue une modification substantielle du contrat de travail, assimilable à un licenciement . . . [Citations omises; en italique dans l'original.]

(Voir: *Cass. soc.*, 21 janvier 1988, *Bull. civ. V*, n° 58, p. 39; *Cass. soc.*, 4 février 1988, n° 96, précité; *Cass. soc.*, 25 février 1988, *Bull. civ. V*, n° 140, p. 93; *Cass. soc.*, 15 novembre 1988, *Bull. civ. V*, n° 594, p. 382; voir également: B. Teyssié, *Droit du travail*, vol. 1, *Relations individuelles de*

travail (2nd ed. 1992), at pp. 592-96; J. Rivero and J. Savatier, *Droit du travail* (12th ed. 1991), at pp. 509-10.)

Before going on to examine how the courts have applied these principles, I should pause to discuss a point raised by the statement of Fish J.A. of the Court of Appeal, with which Chamberland J.A. concurred, that the doctrine of constructive dismissal, a creature of the common law, has become part of the civil law.

In 1984, in *Lavigne v. Sidbec-Dosco Inc.*, [1985] C.S. 26, aff'd C.A. Mtl., No. 500-09-001556-844, May 4, 1988, Hannan J. said at p. 28 that the common law rule concerning constructive dismissal has been adopted by Quebec civil law:

It is a well established principle in the law of contract of personal services under the common law, that actions of the employer in reducing the functions and salary of an employee may be held to be equivalent to a "constructive dismissal", and when the employee resigns in these circumstances he will be entitled to damages. The breach of the contract in these cases is held to have been committed by the employer, and it is this breach which allows a Court to condemn the employer to damages.

. . .

Caution must be exercised in adopting unreservedly common-law concepts of contract into cases arising under the Civil law, except where there is useful necessity and authoritative precedent. However, in the case of lease and hire of personal services, in Quebec, the doctrine of constructive dismissal has been recognized.

In support of this statement, Hannan J. relied on the decision of the Judicial Committee of the Privy Council in *Montreal Public Service Co. v. Champagne* (1916), 33 D.L.R. 49. In that case, which originated in Quebec, an employee had left his employer after the employer had unilaterally changed his duties. The employee then sued his employer for damages. The Judicial Committee of the Privy Council reached the following conclusion at p. 52:

travail (2^e éd. 1992), aux pp. 592 à 596; J. Rivero et J. Savatier, *Droit du travail* (12^e éd. 1991), aux pp. 509 et 510.)

Avant d'examiner plus avant l'application que fait de ces principes la jurisprudence, il y a lieu ici d'ouvrir une parenthèse inspirée du commentaire du juge Fish en Cour d'appel auquel a souscrit le juge Chamberland à l'effet que la doctrine du congédiement déguisé, une création de la common law, a été incorporée au droit civil.

En 1984, le juge Hannan affirmait, dans la décision *Lavigne c. Sidbec-Dosco Inc.*, [1985] C.S. 26, confirmée C.A. Mtl., n^o 500-09-001556-844, 4 mai 1988, que la règle de common law concernant le congédiement déguisé avait été adoptée en droit civil québécois, à la p. 28:

[TRADUCTION] En common law, il existe, en matière de droit relatif aux contrats de services, un principe bien établi suivant lequel les actes d'un employeur qui ont pour effet de diminuer les fonctions et le salaire d'un employé peuvent être jugés équivalents à un «congédiement déguisé», et l'employé qui remet sa démission dans de telles circonstances a droit à des dommages-intérêts. Dans de tels cas, le manquement au contrat est considéré comme étant le fait de l'employeur, et c'est ce manquement qui fonde le tribunal à condamner l'employeur à des dommages-intérêts.

. . .

Il faut être prudent avant d'adopter sans réserve des concepts du droit des contrats en common law pour résoudre des d'affaires de droit civil, sauf lorsque cela s'avère nécessaire et qu'il existe des précédents faisant autorité. Cependant, au Québec, l'application de la doctrine relative au congédiement déguisé en matière de louage de services a été reconnue.

Pour soutenir cette affirmation, le juge Hannan s'est appuyé sur une décision du Comité judiciaire du Conseil privé, *Montreal Public Service Co. c. Champagne* (1916), 33 D.L.R. 49. Dans cette affaire, qui provenait du Québec, un employé avait quitté son employeur après que celui-ci eut modifié de façon unilatérale ses fonctions. L'employé avait ensuite intenté une action en dommages contre son employeur. Le Comité judiciaire du Conseil privé était arrivé à la conclusion suivante, à la p. 52:

29

30

Their Lordships therefore think that the company, by their action in [altering powers of the respondent and the duties which he had contracted to perform], committed a breach of this contract, entitling the respondent to assert that the contract was at an end, and justifying him in maintaining the suit for damages, in which he has succeeded.

The Judicial Committee was cryptic about the legal basis for this statement. However, it is clear that the statement is fully consistent with the civil law, and it must not be seen as expressing any intention by the Judicial Committee to depart from that law.

31 As this Court has noted on many occasions, the civil law is a complete system in itself; care must be taken not to adopt principles from other legal systems. Thus, for a legal principle to be applicable in the civil law, it must above all be justified within the system itself. (*Rubis v. Gray Rocks Inn Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 452, at p. 469; *Driver v. Coca-Cola Ltd.*, [1961] S.C.R. 201, at p. 208; *Hallé v. Canadian Indemnity Co.*, [1937] S.C.R. 368, at p. 384; *Desrosiers v. The King* (1920), 60 S.C.R. 105, at p. 126.)

32 That being said, it may nevertheless be worthwhile from a comparative point of view to consider how other legal systems have resolved the same issue. That analysis must not, however, lead to the unquestioning adoption of legal rules from other systems. In "L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada" (1975), 53 *Can. Bar Rev.* 715, Professor J.-L. Baudouin, now a Quebec Court of Appeal judge, stated the following at p. 726:

[TRANSLATION] Reference to foreign precedents is not wrong in itself. To say that it is would be to deny that comparative law has any value. However, it can be dangerous when it is done at the expense of local sources or sources from a similar system and when it has the effect of substituting the earlier *dicta* of a judge or court for an effort by the court hearing the case to understand and make sense of the written law.

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries pensent donc que la compagnie, de par ses actes [la modification des pouvoirs de l'intimé et des fonctions qu'il s'était engagé par contrat à exécuter], a commis, relativement au présent contrat, un manquement qui autorise l'intimé à invoquer la résiliation de celui-ci et le justifie de poursuivre son action en dommages-intérêts, action à l'égard de laquelle il a eu gain de cause.

Le Comité judiciaire est cependant sibyllin quant au fondement juridique de cet énoncé. Cependant, on constate qu'il est en tout point conforme au droit civil et on ne doit pas y voir l'expression d'une volonté de s'en départir de la part du Comité judiciaire du Conseil privé.

Comme cette Cour l'a déjà souligné à maintes reprises, le droit civil est un système complet en lui-même; il faut se garder d'adopter des principes provenant de systèmes juridiques étrangers. Ainsi, pour qu'un principe juridique trouve application en droit civil, il doit avant tout trouver sa légitimité dans le système même. (*Rubis c. Gray Rocks Inn Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 452, à la p. 469; *Driver c. Coca-Cola Ltd.*, [1961] R.C.S. 201, à la p. 208; *Hallé c. Canadian Indemnity Co.*, [1937] R.C.S. 368, à la p. 384; *Desrosiers c. The King* (1920), 60 R.C.S. 105, à la p. 126.)

Cela dit, il peut néanmoins s'avérer intéressant, d'un point de vue comparatif, d'analyser quelles solutions ont été apportées au même problème dans les autres systèmes de droit. Cependant, cette analyse ne doit pas être à l'origine d'une adoption aveugle des règles de droit des systèmes étrangers. Dans un article intitulé «L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada» (1975), 53 *R. du B. can.* 715, le professeur J.-L. Baudouin, maintenant juge à la Cour d'appel du Québec, affirmait, à la p. 726:

La référence au précédent étranger n'est pas mauvaise en soi. L'affirmer serait nier toute valeur au droit comparé. Elle n'est cependant pas sans danger lorsqu'elle se fait aux dépens des sources locales ou de sources provenant d'un système similaire d'une part, et lorsqu'elle a pour effet, d'autre part, de substituer les *dicta* antérieurs d'un juge ou d'un tribunal à un effort de compréhension et de rationalisation de la loi écrite par le tribunal saisi du litige.

In addition, if the rules in the two systems are similar, precedents may be of some relevance. Although they are not binding, the fact that they apply similar or identical principles may be useful for the purpose of explanation and illustration. (See, *inter alia*, *Royal Trust Co. v. Tucker*, [1982] 1 S.C.R. 250, at p. 261; *Pauze v. Gauvin*, [1954] S.C.R. 15, at p. 21.) This is true, *inter alia*, in constructive dismissal cases, in which, as will be seen, the courts have adopted similar solutions based on very similar principles and circumstances. It is therefore worthwhile to consider decisions from both legal systems to find illustrations of how the courts have applied the constructive dismissal concept.

(ii) Situation in the Canadian Common Law Provinces

In cases of constructive dismissal, the courts in the common law provinces have applied the general principle that where one party to a contract demonstrates an intention no longer to be bound by it, that party is committing a fundamental breach of the contract that results in its termination. The leading case on this question is an English decision, *In re Rubel Bronze and Metal Co. and Vos*, [1918] 1 K.B. 315, in which the following was stated at pp. 321-22:

But if a claim for wrongful dismissal be founded on repudiation by the master, then I think that the general and recognized rules which apply in the case of ordinary contracts should apply also in the case of master and servant. . . . It has been authoritatively stated that the question to be asked in cases of alleged repudiation is "whether the acts and conduct of the party evince an intention no longer to be bound by the contract". . . . The doctrine of repudiation must of course be applied in a just and reasonable manner. A dispute as to one or several minor provisions in an elaborate contract or a refusal to act upon what is subsequently held to be the proper interpretation of such provisions should not, as a rule, be deemed to amount to repudiation. . . . But . . . a deliberate breach of a single provision of a contract may, under special circumstances, and

En outre, si les règles des deux systèmes sont similaires, les précédents peuvent avoir une certaine pertinence. En effet, bien qu'ils n'aient aucune force contraignante, ils peuvent avoir une valeur de raison et d'illustration dans leur application de principes similaires ou identiques. (Voir, notamment, *Royal Trust Co. c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250, à la p. 261; *Pauze c. Gauvin*, [1954] R.C.S. 15, à la p. 21.) Ceci est notamment le cas en matière de congédiement déguisé où, comme nous le verrons, la jurisprudence dégage des solutions semblables qui s'inspirent de principes et répondent à des circonstances largement partagées. Il y a donc intérêt à rechercher dans les décisions relevant de l'un et l'autre système de droit l'illustration de l'application que fait la jurisprudence de cette notion du congédiement déguisé.

(ii) La situation dans les provinces canadiennes de common law

En matière de congédiement déguisé («*constructive dismissal*»), les tribunaux canadiens des provinces de common law ont appliqué le principe général voulant que lorsqu'une partie à un contrat démontre son intention de ne plus être liée par celui-ci, elle est à l'origine d'un bris fondamental de ce contrat, lequel entraîne sa résiliation. L'arrêt de principe sur cette question est une décision d'Angleterre, *In re Rubel Bronze and Metal Co. and Vos*, [1918] 1 K.B. 315, qui déclare aux pp. 321 et 322:

[TRADUCTION] Toutefois, si l'action en congédiement injustifié est fondée sur la résiliation du contrat par le commettant, j'estime alors que les règles générales reconnues, qui s'appliquent dans le cas des contrats ordinaires devraient également s'appliquer dans le cas d'un contrat entre commettant et préposé [. . .] Il est bien établi que, dans les cas où on allègue la résiliation, la question qu'il faut se poser est de savoir «si les actes et la conduite de la partie indiquent son intention de ne plus être liée par le contrat» [. . .] La doctrine relative à la résiliation doit évidemment être appliquée d'une façon juste et raisonnable. Un différend portant sur une ou plusieurs stipulations mineures d'un contrat par ailleurs très détaillé, ou le refus d'appliquer ce qui est subseqüemment déclaré être la bonne interprétation de ces stipulations ne devraient pas, en règle générale, être considérés comme donnant lieu à résiliation. [. . .] Cependant, [. . .] un manquement délibéré à une seule stipula-

particularly if the provision be important, amount to a repudiation of the whole bargain. . . .

Thus, it has been established in a number of Canadian common law decisions that where an employer unilaterally makes a fundamental or substantial change to an employee's contract of employment — a change that violates the contract's terms — the employer is committing a fundamental breach of the contract that results in its termination and entitles the employee to consider himself or herself constructively dismissed. The employee can then claim damages from the employer in lieu of reasonable notice. (See, for example, *Stewart v. MacMillan Bloedel Ltd.* (1992), 42 C.C.E.L. 225 (B.C.C.A.), aff'g (1991), 37 C.C.E.L. 292 (B.C.S.C.); *Cox v. Royal Trust Corp. of Canada* (1989), 26 C.C.E.L. 203 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1989] 2 S.C.R. x; *Mifsud v. MacMillan Bathurst Inc.* (1987), 60 O.R. (2d) 58 (H.C.); *Schwann v. Husky Oil Operations Ltd.* (1989), 27 C.C.E.L. 103 (Sask. C.A.); *Saint John Shipbuilding Ltd. v. Snyders* (1989), 29 C.C.E.L. 26 (N.B.C.A.); *Farquhar v. Butler Bros. Supplies Ltd.* (1988), 23 B.C.L.R. (2d) 89 (C.A.); *Baker v. Burns Foods Ltd.* (1977), 74 D.L.R. (3d) 762 (Man. C.A.). See also *Cayen v. Woodward's Stores Ltd.* (1993), 45 C.C.E.L. 264 (B.C.C.A.); *Poole v. Tomenson Saunders Whitehead Ltd.* (1987), 16 B.C.L.R. (2d) 349 (C.A.); *Orth v. MacDonald Dettwiler & Assoc. Ltd.* (1986), 8 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.); *Reber v. Lloyds Bank International Canada* (1985), 61 B.C.L.R. 361 (C.A.); although it was found in these cases that there had been no constructive dismissal.)

tion d'un contrat peut, dans des circonstances spéciales, et plus particulièrement si cette stipulation est importante, entraîner la résiliation de tout le contrat . . .

Ainsi, il a été établi dans nombre de décisions canadiennes de common law que le fait pour un employeur d'imposer unilatéralement une modification fondamentale ou substantielle au contrat de travail de son employé, laquelle contrevient aux termes du contrat, constitue un bris fondamental de ce contrat, entraînant sa résiliation et permettant à l'employé de considérer qu'il a fait l'objet d'un congédiement déguisé. L'employé a alors le droit de réclamer des dommages de son employeur à titre de préavis raisonnable. (Voir, en guise d'illustration, *Stewart c. MacMillan Bloedel Ltd.* (1992), 42 C.C.E.L. 225 (C.A.C.-B.), confirmant (1991), 37 C.C.E.L. 292 (C.S.C.-B.); *Cox c. Royal Trust Corp. of Canada* (1989), 26 C.C.E.L. 203 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1989] 2 R.C.S. x; *Mifsud c. MacMillan Bathurst Inc.* (1987), 60 O.R. (2d) 58 (H.C.); *Schwann c. Husky Oil Operations Ltd.* (1989), 27 C.C.E.L. 103 (C.A. Sask.); *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Snyders* (1989), 29 C.C.E.L. 26 (C.A.N.-B.); *Farquhar c. Butler Bros. Supplies Ltd.* (1988), 23 B.C.L.R. (2d) 89 (C.A.); *Baker c. Burns Foods Ltd.* (1977), 74 D.L.R. (3d) 762 (C.A. Man.). Voir également les décisions *Cayen c. Woodward's Stores Ltd.* (1993), 45 C.C.E.L. 264 (C.A.C.-B.); *Poole c. Tomenson Saunders Whitehead Ltd.* (1987), 16 B.C.L.R. (2d) 349 (C.A.); *Orth c. MacDonald Dettwiler & Assoc. Ltd.* (1986), 8 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.); *Reber c. Lloyds Bank International Canada* (1985), 61 B.C.L.R. 361 (C.A.), dans lesquelles il a cependant été conclu qu'il n'y avait pas eu congédiement déguisé.)

34

In an article entitled "Constructive Dismissal", in B. D. Bruce, ed., *Work, Unemployment and Justice* (1994), 127, Justice N. W. Sherstobitoff of the Saskatchewan Court of Appeal defined the concept of constructive dismissal as follows at p. 129:

A constructive dismissal occurs when an employer makes a unilateral and fundamental change to a term or condition of an employment contract without providing reasonable notice of that change to the employee. Such action amounts to a repudiation of the contract of

Le juge N. W. Sherstobitoff de la Cour d'appel de la Saskatchewan, dans un article intitulé «Constructive Dismissal», dans B. D. Bruce, dir., *Le travail, le chômage et la justice* (1994), 127, a d'ailleurs défini comme suit la notion de congédiement déguisé, à la p. 129:

[TRADUCTION] Il y a un congédiement déguisé lorsqu'un employeur apporte unilatéralement une modification fondamentale à une condition d'un contrat de travail, sans donner à l'employé visé un préavis suffisant de cette modification. Un tel acte équivaut à la résiliation

employment by the employer whether or not he intended to continue the employment relationship. Therefore, the employee can treat the contract as wrongfully terminated and resign which, in turn, gives rise to an obligation on the employer's part to provide damages in lieu of reasonable notice.

The common law rule is therefore similar to that applicable in Quebec civil law when it comes to the concept of constructive dismissal. Thus, although decisions from the common law provinces are not authoritative, it may be helpful to refer to them to see what types of changes the courts have considered fundamental changes to an employment contract resulting in the termination of that contract. However, each constructive dismissal case must be decided on its own facts, since the specific features of each employment contract and each situation must be taken into account to determine whether the essential terms of the contract have been substantially changed.

In a number of decisions in both Quebec and the common law provinces, it has been held that a demotion, which generally means less prestige and status, is a substantial change to the essential terms of an employment contract that warrants a finding that the employee has been constructively dismissed. In some decisions, it has been held that a unilateral change to the method of calculating an employee's remuneration justifies the same finding. Other decisions have found that a significant reduction in an employee's income by an employer amounts to constructive dismissal. (See, *inter alia*, for Quebec: *Chouinard v. Groupe Commerce, compagnie d'assurances* (1995), 67 Q.A.C. 83; *Daigneault v. Coopexcel, coopérative agricole* (1991), 42 C.C.E.L. 128 (Que. Sup. Ct.); *Roy v. Caisse populaire de Thetford Mines*, [1991] R.J.Q. 2693 (Sup. Ct.); *Nyveen v. Russell Food Equipment Ltd.* (1987), 19 C.C.E.L. 227 (Que. Sup. Ct.); *Vigeant v. Canadian Thermos Products Ltd.*, D.T.E. 88T-295 (Sup. Ct.); *Désormeaux v. Banque de Montréal*, D.T.E. 87T-210 (Sup. Ct.); *Reilly v. Hotels of Distinction (Canada) Inc.*, [1987] R.J.Q. 1606 (Sup. Ct.); *Rémi Carrier Inc. v. Nolan*, D.T.E. 86T-370 (C.A.). For the common law

du contrat de travail par l'employeur, qu'il ait eu ou non l'intention de maintenir les rapports employeur-employé. Par conséquent, l'employé peut considérer qu'il y a eu résiliation fautive du contrat et remettre sa démission, situation qui, à son tour, fait naître l'obligation de la part de l'employeur de verser à l'employé des dommages-intérêts tenant lieu de délai-congé suffisant.

La règle de common law est donc similaire à celle applicable en droit civil québécois en ce qui a trait à la notion de congédiement déguisé. Ainsi, bien que les décisions des provinces de common law ne fassent pas autorité, il peut être intéressant de s'y référer afin de vérifier quelles modifications les tribunaux ont considérées être des modifications fondamentales du contrat d'emploi entraînant la résiliation dudit contrat. Toutefois, en matière de congédiement déguisé chaque cas est un cas d'espèce puisque, pour déterminer s'il y a eu une modification substantielle des conditions essentielles du contrat de travail, il faut tenir compte des particularités de chaque contrat et de chaque situation.

Dans nombre de décisions, aussi bien au Québec que dans les provinces de common law, on a considéré une rétrogradation, impliquant généralement une diminution de prestige et de statut, comme étant une modification substantielle des conditions essentielles du contrat d'emploi permettant de conclure que l'employé a fait l'objet d'un congédiement déguisé ou «*constructive dismissal*». Certaines décisions ont considéré que la modification unilatérale du mode de calcul de la rémunération d'un employé permettait de tirer la même conclusion. D'autres décisions sont arrivées à la conclusion qu'une diminution significative des revenus de l'employé imposée par l'employeur constituait un congédiement déguisé ou «*constructive dismissal*». (Voir, notamment, pour le Québec: *Chouinard c. Groupe Commerce, compagnie d'assurances* (1995), 67 Q.A.C. 83; *Daigneault c. Coopexcel, coopérative agricole* (1991), 42 C.C.E.L. 128 (C.S. Qué.); *Roy c. Caisse populaire de Thetford Mines*, [1991] R.J.Q. 2693 (C.S.); *Nyveen c. Russell Food Equipment Ltd.* (1987), 19 C.C.E.L. 227 (C.S. Qué.); *Vigeant c. Canadian Thermos Products Ltd.*, D.T.E. 88T-295 (C.S.); *Désormeaux c. Banque de Montréal*, D.T.E.

35

36

provinces: *Lynch v. Mac Carter Ltd.* (1995), 17 C.C.E.L. (2d) 292 (N.B.Q.B.); *Pulak v. Algoma Publishers Ltd.* (1995), 10 C.C.E.L. (2d) 111 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Stewart v. MacMillan Bloedel Ltd.*, *supra*; *McNeil v. Presstran Industries* (1992), 45 C.C.E.L. 78 (Ont. C.A.); *Johnson v. Moncton Chrysler Dodge (1980) Ltd.* (1991), 34 C.C.E.L. 164 (N.B.C.A.); *Sherrard v. Moncton Chrysler Dodge (1980) Ltd.* (1990), 33 C.C.E.L. 72 (N.B.C.A.); *Cook v. Royal Trust* (1990), 31 C.C.E.L. 6 (B.C.S.C.); *Cox v. Royal Trust Corp. of Canada*, *supra*; *Mifsud v. MacMillan Bathurst Inc.*, *supra*; *Rebitt v. Pacific Motor Sales & Service Ltd.* (1988), 20 C.C.E.L. 239 (B.C.C.A.); *Jobber v. Addressograph Multigraph of Canada Ltd.* (1980), 1 C.C.E.L. 87 (Ont. C.A.).

87T-210 (C.S.); *Reilly c. Hotels of Distinction (Canada) Inc.*, [1987] R.J.Q. 1606 (C.S.); *Rémi Carrier Inc. c. Nolan*, D.T.E. 86T-370 (C.A.). Pour les provinces de common law: *Lynch c. Mac Carter Ltd.* (1995), 17 C.C.E.L. (2d) 292 (B.R.N.-B.); *Pulak c. Algoma Publishers Ltd.* (1995), 10 C.C.E.L. (2d) 111 (C. Ont. (Div. gén.)); *Stewart c. MacMillan Bloedel Ltd.*, précité; *McNeil c. Presstran Industries* (1992), 45 C.C.E.L. 78 (C.A. Ont.); *Johnson c. Moncton Chrysler Dodge (1980) Ltd.* (1991), 34 C.C.E.L. 164 (C.A.N.-B.); *Sherrard c. Moncton Chrysler Dodge (1980) Ltd.* (1990), 33 C.C.E.L. 72 (C.A.N.-B.); *Cook c. Royal Trust* (1990), 31 C.C.E.L. 6 (C.S.C.-B.); *Cox c. Royal Trust Corp. of Canada*, précité; *Mifsud c. MacMillan Bathurst Inc.*, précité; *Rebitt c. Pacific Motor Sales & Service Ltd.* (1988), 20 C.C.E.L. 239 (C.A.C.-B.); *Jobber c. Addressograph Multigraph of Canada Ltd.* (1980), 1 C.C.E.L. 87 (C.A. Ont.).

(iii) Application of the Law to the Facts

37

It is clear that the change the respondent unilaterally imposed on the appellant through its June 1984 offer substantially altered the essential terms of the employment contract. At the time the offer was made, any reasonable person in the same situation as the appellant would have come to that conclusion.

38

To begin with, the change involved a significant, even a serious, demotion for the appellant. He was being offered the manager's position at a single branch in Dollard, which was a position he had held eight years earlier before being promoted four times. As regional manager for Western Quebec, the appellant supervised and administered 21 branches, 17 branch managers, 400 real estate agents and 35 secretaries. The gross income generated by that region was more than \$16,000,000. As just the manager of the Dollard branch, the appellant would have been responsible for supervising only 22 real estate agents and 2 secretaries. Moreover, the sales of that branch amounted to less than \$700,000. The appellant's responsibilities were therefore being drastically cut, resulting in a considerable loss of status and prestige. As well, the

(iii) L'application du droit aux faits

La modification que l'intimée a imposée unilatéralement à l'appellant, dans le cadre de son offre de juin 1984, comportait clairement une modification substantielle des conditions essentielles du contrat d'emploi. Au moment où l'offre a été faite, toute personne raisonnable, se trouvant dans la même situation que l'appellant, serait arrivée à cette conclusion.

D'une part, cette modification imposait à l'appellant une rétrogradation importante, voire grave. En effet, il se voyait offrir la gérance d'un seul bureau, celui de Dollard, alors qu'il avait déjà occupé ce poste huit ans auparavant et qu'il avait obtenu quatre promotions depuis ce temps. En tant que gérant régional de l'ouest du Québec, l'appellant supervisait et administrait 21 bureaux, 17 gérants de bureau, 400 agents d'immeubles et 35 secrétaires. Les revenus bruts générés par cette région dépassaient les 16 000 000 \$. En tant que simple gérant du bureau de Dollard, l'appellant n'aurait eu sous sa supervision que 22 agents d'immeubles et 2 secrétaires. En outre, les ventes générées par ce bureau se situaient en deçà des 700 000 \$. La diminution des responsabilités de l'appellant était donc drastique et entraînait une diminution considérable

Dollard branch was one of the respondent's least profitable, one of [TRANSLATION] "the weakest links [in the] chain", as the trial judge put it (at p. 18). It was the only branch in the Western Quebec region that was not meeting the targets set by the company and there was even some question of closing it. Asking the appellant to manage that branch undermined his prestige and status all the more.

In addition, the appellant's salary terms were considerably altered by the change imposed by the respondent. As regional manager for Western Quebec, the appellant's remuneration was made up of a guaranteed base salary, commissions and benefits. As manager of the Dollard branch, he would have received no guaranteed base salary; his income would have been limited to commissions. While the value of a guaranteed base salary is known and can be relied on, the same is not true of an income limited to commissions. That type of remuneration can fluctuate greatly depending on market conditions and, as already noted, those conditions were to say the least inauspicious for the Dollard branch. The unilateral change was extremely detrimental to the appellant's financial security. The respondent argued that the appellant was being offered \$40,000 over two years and another \$48,000, which it considered a guaranteed base salary for 1984 and 1985. I cannot accept that argument. As the trial judge found, the \$48,000 was for commissions the appellant had already earned as regional manager during the first six months of 1984. It is true that it was a lump sum, since the final sales figures for the region were not yet known when the offer was made. It turned out that the commissions the appellant had actually earned during the first half of 1984 amounted to slightly less than \$48,000. Neither that small extra

du statut et du prestige de ce dernier. De plus, le bureau de Dollard était l'un des moins rentables de l'intimée, l'un des «maillons les plus faibles [de la] chaîne», pour reprendre l'expression utilisée par le juge de première instance (à la p. 18). Il s'agissait du seul bureau de la région de l'ouest du Québec qui n'atteignait pas les objectifs visés par la compagnie, et il avait même été question de sa fermeture. Le fait d'offrir la gérance de ce bureau à l'appellant portait d'autant plus atteinte à son prestige et à son statut.

D'autre part, les conditions salariales de l'appellant étaient sérieusement altérées par la modification imposée par l'intimée. Comme gérant de la région de l'ouest du Québec, la rémunération de l'appellant était composée d'un salaire de base garanti, ainsi que de commissions et de bénéfices marginaux. En tant que gérant du bureau de Dollard, l'appellant n'aurait reçu aucun salaire de base garanti; son revenu n'aurait été composé que de commissions. Alors qu'une personne connaît la valeur d'un salaire de base garanti et peut s'y fier, il en va tout autrement d'un revenu composé uniquement de commissions. En effet, ce dernier type de rémunération peut fluctuer énormément selon les conditions du marché et, comme je l'ai déjà souligné, ces conditions étaient pour le moins défavorables en ce qui a trait au bureau de Dollard. Cette modification unilatérale constituait une atteinte grave à la sécurité financière de l'appellant. L'intimée a fait valoir que l'appellant se voyait offrir la somme de 40 000 \$ sur deux ans, ainsi qu'un montant de 48 000 \$, ce qu'elle considérait être un salaire de base garanti pour les années 1984 et 1985. Je ne peux retenir cet argument. En effet, comme l'a conclu le juge de première instance, la somme de 48 000 \$ représentait les commissions que l'appellant avait déjà gagnées en tant que gérant régional pour les six premiers mois de 1984. Il est vrai qu'il s'agissait d'un montant forfaitaire, puisque les résultats définitifs des ventes de la région n'étaient pas encore connus au moment de l'offre. Il s'est avéré que les commissions qu'avait réellement gagnées l'appellant, lors des six premiers mois de 1984, étaient légèrement inférieures à 48 000 \$. Tant ce léger supplément que l'indem-

amount nor the \$40,000 reorientation allowance could take the place of a guaranteed salary.

nité de relocalisation de 40 000 \$ ne pouvaient tenir lieu de salaire garanti.

40 When he was asked to manage the Dollard branch, the appellant estimated that his salary would be cut in half if he accepted the offer. At trial, the respondent tried to prove that its offer did not result in such a change to the salary terms of the appellant's employment contract by adducing evidence of what had occurred subsequent to the offer, namely the actual sales figures for the Dollard branch and the Western Quebec region after June 1984. Since the Dollard branch's sales were markedly higher than what the appellant had anticipated, the respondent sought to use the figures to show that if the appellant had agreed to manage the branch, he would in fact have earned more than if he had remained regional manager. The appellant objected to the admission of that *ex post facto* evidence.

Lorsqu'il s'était vu offrir le poste de gérant du bureau de Dollard, l'appelant avait prévu que son salaire diminuerait de moitié s'il acceptait cette offre. Lors du procès, l'intimée a tenté de prouver que son offre n'entraînait pas une telle modification du contrat d'emploi de l'appelant sur le plan salarial en mettant en preuve des faits subséquents à l'offre, soit les chiffres des ventes réellement effectuées au bureau de Dollard et dans la région de l'ouest du Québec après juin 1984. En effet, les ventes du bureau de Dollard s'étant avérées nettement supérieures à ce qu'avait prévu l'appelant, l'intimée voulait démontrer à l'aide de ces chiffres que, dans les faits, si l'appelant avait accepté le poste de gérant de bureau il aurait gagné un salaire plus important que s'il avait gardé son poste de gérant régional. L'appelant s'est objecté à l'admission de cette preuve *ex post facto*.

41 *Ex post facto* evidence is admissible only if relevant to the case. In *Cie minière Québec Cartier v. Québec (Grievances Arbitrator)*, [1995] 2 S.C.R. 1095, L'Heureux-Dubé J. applied precisely this principle when reviewing an arbitrator's decision on an employee's dismissal grievance. (By way of example, see also the Quebec Court of Appeal's decision in *Bertucci v. Banque Toronto-Dominion* (1994), 65 Q.A.C. 17.)

Une preuve *ex post facto* n'est admissible que si elle est pertinente au litige. Dans l'affaire *Cie minière Québec Cartier c. Québec (Arbitre des griefs)*, [1995] 2 R.C.S. 1095, le juge L'Heureux-Dubé appliquait justement ce principe en révision de la décision d'un arbitre statuant sur un grief relatif au congédiement d'un employé. (Voir également, en guise d'exemple, la décision de la Cour d'appel du Québec *Bertucci c. Banque Toronto-Dominion* (1994), 65 Q.A.C. 17.)

42 Relevance is determined on the basis of what must be proved in an action. In the case at bar, the court had to determine whether the respondent's offer substantially changed the essential terms of the appellant's employment contract. However, since the appellant had to decide whether this was the case at the time he received the offer, the court had to revert to that time to determine whether a reasonable person in the same situation as the appellant would have considered that the offer substantially changed the essential terms of the employment contract. Thus, what is relevant is what was known by the appellant at the time of the offer and what ought to have been foreseen by a reasonable person in the same situation. Evidence of events that occurred *ex post facto* is not relevant

La pertinence s'analyse en fonction des éléments à établir dans une action. En l'espèce, le tribunal devait déterminer si l'offre de l'intimée constituait une modification substantielle des conditions essentielles du contrat d'emploi de l'appelant. Toutefois, comme l'appelant devait décider si tel était le cas au moment où il a reçu l'offre, le tribunal devait se replacer au moment où l'offre a été faite et vérifier si une personne raisonnable, se trouvant dans la même situation que l'appelant, aurait considéré que celle-ci entraînait une modification substantielle des conditions essentielles du contrat de travail. Ainsi, sera pertinent ce qui était connu par l'appelant au moment de l'offre ou devait être prévu par une personne raisonnable se trouvant dans sa situation. La preuve de faits

unless the sales figures achieved subsequent to the offer could reasonably have been foreseen at the time of the offer.

In the instant case, it is clear that the subsequent sales figures could not reasonably have been foreseen. It was proved that the Dollard branch was in an extremely precarious financial position at the time the offer was made. There was even some question of closing it because its sales were below the minimum set by the respondent. Moreover, when the appellant received the offer, he calculated his projected earnings using documents prepared by the respondent and told the respondent of his projections. The respondent never disputed or even commented on them. Nor is there any evidence in the record that the respondent foresaw that sales at the Dollard branch would increase significantly over the following months. Rather, the evidence shows that the respondent itself anticipated that sales at the Dollard branch would not increase in 1984. An operating report dated May 1984 shows that the respondent expected sales at that branch to fall in 1984 (Exhibit P-16, Case on Appeal, at p. 360; see also Diane Brunette's testimony explaining Exhibit P-16, at pp. 253-59 of the Case on Appeal). The appellant therefore did not make a mistake by not foreseeing a substantial increase in sales at the Dollard branch. On the contrary, in light of the facts in evidence, he was fully justified in making the projections he made. I agree with Fish J.A.'s conclusion on this point at p. 13:

Royal Trust therefore cannot now rely on an unexpectedly strong performance by the Dollard office to demonstrate that its offer, viewed years later through the prism of hindsight, looks much better than it did in June, 1984 — in the contemporaneous light of day.

Based on the mere fact that the income of the Dollard branch subsequently improved, the trial judge drew the presumption that such an improvement was reasonably foreseeable by the appellant absent any evidence that exceptional circum-

ex post facto ne sera pertinente que si les résultats survenus subséquemment à l'offre faisaient partie de l'expectative raisonnable au moment de l'offre.

En l'espèce, il est clair que les résultats des ventes obtenues subséquemment ne faisaient pas partie de l'expectative raisonnable. Il a été démontré qu'au moment où l'offre a été faite, le bureau de Dollard était dans une position financière extrêmement précaire. Il avait même été question de sa fermeture puisque le montant de ses ventes n'atteignait pas le minimum fixé par l'intimée. En outre, lorsque l'appelant a reçu l'offre, il a fait des prévisions salariales à l'aide de documents émanant de l'intimée et il en a fait part à l'intimée. Or, cette dernière ne les a jamais contestées ou même commentées. Il n'y a d'ailleurs aucune preuve au dossier selon laquelle l'intimée prévoyait que les ventes du bureau de Dollard augmenteraient de façon significative dans les mois à venir. La preuve démontre plutôt que l'intimée elle-même prévoyait que les ventes du bureau de Dollard n'augmenteraient pas pour l'année 1984. En effet, un rapport d'opération, daté de mai 1984, démontre que l'intimée anticipait une baisse des ventes du bureau de Dollard pour l'année 1984 (pièce P-16, dossier à la p. 360; voir également le témoignage de madame Diane Brunette expliquant la pièce P-16, aux pp. 253 à 259 du dossier). L'appelant n'a donc commis aucune faute en ne prévoyant pas une augmentation substantielle des ventes du bureau de Dollard. Au contraire, au regard des faits en preuve, il était tout à fait justifié de faire les prévisions qu'il a faites. Je souscris à la conclusion du juge Fish sur cette question, à la p. 13:

[TRADUCTION] Le Trust Royal ne peut donc pas, aujourd'hui, invoquer les résultats étonnamment solides du bureau de Dollard pour démontrer que son offre — considérée avec la sagesse qu'apporte le recul du temps — était bien meilleure qu'elle ne paraissait l'être à l'époque, en juin 1984.

Le juge de première instance a tiré du simple fait de l'amélioration subséquente des revenus du bureau de Dollard une présomption que celle-ci était raisonnablement prévisible de la part de l'appelant, en l'absence d'une preuve de la survenance

stances had arisen in the meantime. In my view, this cannot be the case without other evidence connecting what subsequently happened to the information available at the time of the respondent's offer. The mere fact that an event occurs does not mean that it was foreseeable. The uncertainties of business stand in the way of such a presumption.

45

The trial judge therefore erred in admitting the *ex post facto* evidence when its relevance to the case had not been established. Moreover, its admission prejudiced the appellant since, in my view and with the utmost respect, it distorted the trial judge's analysis. On the basis of the sales figures of the Dollard branch subsequent to the offer, the judge concluded that the respondent's offer did not substantially change the appellant's employment contract from a salary point of view. However, those figures were not known at the time of the offer and would not have been foreseen by a reasonable person.

46

With respect, the trial judge erred in concluding that the appellant had not been constructively dismissed in the case at bar. Although he acknowledged that the appellant had been demoted, he found that it was not a factor because the appellant would have been prepared to manage a branch that was [TRANSLATION] "more profitable, more prestigious" (p. 15). However, the issue of whether there has been a demotion must be determined objectively by comparing the positions in question and their attributes. What an employee threatened with job loss is prepared to accept as a replacement position is not the yardstick of the employee's rights, although it may, depending on the circumstances, provide some indication of those rights. In this case, an objective comparison of the positions clearly shows that the appellant was being demoted, and this is simply confirmed by his refusal; even as a compromise, the appellant would have accepted only a manager's position in a more successful branch or a guaranteed salary for three years in compensation for the demotion. The trial judge in fact acknowledged all the differences between the appellant's regional manager position and the respondent's offer. However, he said nothing

de circonstances particulières dans l'intérim. Ceci, à mon avis, ne saurait tenir sans une autre preuve reliant l'expérience ultérieure aux informations disponibles lors de l'offre de l'intimée. La simple survenance de l'événement n'en établit pas la prévisibilité. Les aléas du commerce font obstacle à une telle présomption.

Le juge de première instance a donc commis une erreur en admettant la preuve *ex post facto* sans que ne soit établi un lien de pertinence au litige. En outre, son admission a porté préjudice à l'appelant car, à mon avis et en toute déférence, elle a faussé l'analyse du juge de première instance. En effet, celui-ci a conclu qu'au point de vue salarial, l'offre de l'intimée ne constituait pas une modification substantielle du contrat d'emploi de l'appelant en raison des résultats des ventes du bureau de Dollard postérieures à l'offre. Pourtant ces faits n'étaient pas connus au moment de l'offre et n'étaient pas de ceux qu'une personne raisonnable devait prévoir.

Avec respect, le juge de première instance a erré en concluant que l'appelant n'avait pas fait l'objet d'un congédiement déguisé en l'espèce. Quoique reconnaissant le fait de la rétrogradation, il l'écarte comme facteur parce que l'appelant aurait été prêt à accepter un poste de gérant de bureau «plus rentable, plus prestigieux» (p. 15). Cependant, la rétrogradation doit s'établir objectivement par la comparaison des postes offerts et leurs attributs. Ce qu'un employé menacé de perte d'emploi est prêt à accepter comme poste de substitution n'est pas la mesure de son droit, même si elle peut en être un certain indice selon les circonstances. Ici, la comparaison objective des postes établit clairement la rétrogradation, ce que ne fait que confirmer le refus de l'appelant qui n'aurait accepté, même à titre de compromis, en compensation de la rétrogradation qu'un poste de gérant d'un bureau plus performant ou un salaire garanti pour trois ans. Le juge du procès a reconnu, dans les faits, l'ensemble des différences existant entre le poste de gérant régional de l'appelant et l'offre de l'intimée. Toutefois, il a passé sous silence ou a écarté des modifications aussi importantes que la perte du salaire de base garanti et la rétrogradation, les-

ing about or disregarded such significant changes as the loss of a guaranteed base salary and the demotion, which are in themselves sufficient to support a finding of constructive dismissal. In reaching the conclusion that the appellant would have been well advised to accept the offer, he relied primarily on the evidence of what had occurred subsequent to the offer. With respect, he thereby strayed from the real issue, which was whether the offer substantially changed the essential terms of the employment contract. Intervention by this Court is therefore warranted.

Moreover, I note that I am in no way altering the trial judge's findings of fact in concluding that the respondent's offer amounted to constructive dismissal. On the contrary, I am relying on those findings to arrive at the necessary legal conclusion. As Beetz J. stated in *Desgagné v. Fabrique de St-Philippe d'Arvida*, [1984] 1 S.C.R. 19, at p. 31:

It therefore does not entail substituting my own view of the evidence for that of the trial judge, but drawing conclusions in law based on the facts which she herself considered to have been established.

B. Remuneration in Lieu of Notice

The purpose of remuneration in lieu of notice is primarily compensatory. It must above all be fair and reasonable in light of all the circumstances, while being based on the value of the former employee's previous remuneration. Baudouin J.A. stated the following in the Court of Appeal's decision in *Standard Broadcasting Corporation Ltd. v. Stewart*, *supra*, at p. 1758:

[TRANSLATION] The purpose of remuneration in lieu of notice is essentially compensatory; it is designed to enable the employer to resiliate the contract and find another person to fill the position that has become vacant, and to provide the employee with a reasonable period of time to find work without incurring economic loss. In such cases, the courts act as arbiters and must, over and above a strict actuarial or accounting estimate, arrive at a figure that seems fair and reasonable in light of all the circumstances. However, that figure must, of course, be based on economic data, including the value of the former employee's previous remuneration. [Citation omitted.]

quelles suffisent pour conclure qu'il y a eu congédiement déguisé. Il s'est attaché principalement à la preuve d'éléments subséquents à l'offre pour conclure que l'appelant aurait été bien avisé de l'accepter. Avec égards, il s'est ainsi éloigné de la véritable question en litige, c'est-à-dire déterminer si l'offre constituait ou non une modification substantielle des conditions essentielles du contrat d'emploi. Il y a donc motif d'intervention de la part de cette Cour.

De plus, je souligne que je ne modifie nullement les conclusions de fait du juge de première instance pour arriver à la conclusion que l'offre de l'intimée constituait un congédiement déguisé. Au contraire, je les utilise pour tirer la conclusion juridique qui s'impose. Comme disait le juge Beetz dans l'arrêt *Desgagné c. Fabrique de St-Philippe d'Arvida*, [1984] 1 R.C.S. 19, à la p. 31:

Il ne s'agit donc pas de substituer ma propre appréciation de la preuve à celle du premier juge, mais de tirer des conclusions en droit à partir des faits qu'il a lui-même considérés comme établis.

B. Le délai-congé

Le délai-congé a avant tout un rôle indemnitaire. Il doit avant tout être juste et raisonnable, eu égard à l'ensemble des circonstances, tout en se fondant sur la valeur de la rémunération antérieure de l'ex-employé. Le juge Baudouin affirmait, dans un arrêt de la Cour d'appel, *Standard Broadcasting Corporation Ltd. c. Stewart*, précité, à la p. 1758:

Le délai-congé a essentiellement une vocation indemnitaire et a pour but de permettre à l'employeur de résilier le contrat et de trouver une autre personne pour le poste devenu vacant, et pour l'employé de lui permettre d'avoir un temps raisonnable pour se retrouver un emploi sans encourir de perte économique. Les tribunaux agissent alors comme des arbitres et doivent parvenir, en dehors d'une stricte évaluation actuarielle ou comptable, à un chiffre qui, tenant compte de toutes les circonstances, paraît juste et raisonnable. Ce chiffre cependant se base bien évidemment sur certaines données économiques, notamment le montant de la rémunération antérieure de l'ex-employé. [Citation omise.]

47

48

49 The trial judge stated at p. 5 that if he had found that the appellant had been constructively dismissed, he would have awarded the equivalent of one year's remuneration in lieu of notice. Although he did not have to act on his opinion, it is not unreasonable in this case, and the term of the award was not disputed in this Court and was accepted by Fish J.A. in the Court of Appeal, whose colleagues said nothing about it since they were not required to do so. There is accordingly no reason for this Court to change it. (See the comments of Baudouin J.A. in *Standard Broadcasting Corporation Ltd. v. Stewart*, *supra*, at pp. 1758-59.)

50 At pp. 7-8, the trial judge also found that the appellant had earned \$150,000 as regional manager in 1983, which is not disputed. In the case at bar, it is the only real, representative figure available to determine the value of the remuneration in lieu of notice to which the appellant is entitled. Since the method used to calculate the appellant's salary was changed in 1983, previous years cannot be used. Moreover, it would be highly speculative to try to determine what the appellant would have earned as regional manager after 1983, since he was no longer there to control the region's expenditures, which could have had a significant impact on his annual earnings. It was because of this specific situation that this Court decided, in rendering judgment from the bench, that the appellant was entitled to \$150,000 as one year's remuneration in lieu of notice.

51 As for the appellant's duty to mitigate his damages, the trial judge accepted the following evidence, which shows that the appellant fulfilled his duty, at pp. 4-5:

[TRANSLATION] After the manager of one of the branches in which the plaintiff was interested died in September of the same year, [the appellant] took steps to obtain the position. Since he was no longer an employee and in reliance, *inter alia*, on its practice of appointing managers from within its ranks, Royal Trust denied him the requested position. Subsequently, after being unemployed for a time, the plaintiff opened his own business, which had a slow, difficult start. The evidence did not

Le juge de première instance a affirmé, à la p. 5, que s'il avait conclu à un congédiement déguisé, il aurait accordé une indemnité équivalant à un délai-congé d'un an. Même s'il n'avait pas à y donner suite, cette opinion n'a rien de déraisonnable en l'espèce, le terme n'en est pas contesté devant nous et a été accepté par le juge Fish en Cour d'appel sans que ses collègues se prononcent, n'étant pas appelés à le faire. Il n'y a donc aucune raison pour que cette Cour le modifie. (Voir les commentaires du juge Baudouin dans la décision *Standard Broadcasting Corporation Ltd. c. Stewart*, précitée, aux pp. 1758 et 1759.)

Le juge de première instance a également conclu, aux pp. 7 et 8, que l'appellant avait gagné 150 000 \$ à titre de gérant régional pour l'année 1983, ce qui n'est pas contesté. En l'espèce, il s'agit du seul montant réel et représentatif disponible pour déterminer la valeur du délai-congé auquel l'appellant a droit. En effet, le mode de calcul du salaire de l'appellant a été modifié en 1983. Les années précédentes ne peuvent donc être utilisées. En outre, il serait hautement spéculatif de tenter de déterminer ce que l'appellant aurait gagné comme gérant régional pour les années subséquentes à 1983, puisqu'il n'était plus là pour contrôler les dépenses de la région, ce qui pouvait avoir un impact important sur son salaire annuel. C'est en raison de cette situation particulière qu'en rendant jugement séance tenante, cette Cour a décidé que l'appellant avait droit à 150 000 \$ à titre de délai-congé d'un an.

En ce qui concerne l'obligation de l'appellant de minimiser ses dommages, le juge de première instance a retenu les éléments de preuve suivants permettant de conclure que l'appellant a rempli son obligation, aux pp. 4 et 5:

À la suite du décès du gérant de l'une des succursales convoitées par le demandeur en septembre de la même année, [l'appellant] fit certaines démarches pour obtenir le poste. Considérant qu'il n'était plus son employé et invoquant entre autres choses sa coutume de nommer des gérants venant de ses rangs, le Trust Royal lui refusa le poste demandé. Par la suite, après avoir connu une période de chômage, le demandeur mit sur pied sa propre entreprise qui connut un départ lent et difficile.

show how it was doing at the time of trial. In any event, that is not relevant. It is sufficient to note that in the year after he left Royal Trust, the plaintiff's income was minimal despite his attempts to find employment that in some way corresponded to his experience and talent.

There is no reason to alter that conclusion.

At the hearing, counsel for the respondent argued, without notice, that assuming that the appellant had in fact been constructively dismissed, he should have accepted the June 1984 offer in order to mitigate his damages. According to that argument, his refusal to accept the offer justifies reducing his damages by the amount he would have earned as manager of the Dollard branch. The argument was not made in either the Superior Court or the Court of Appeal and was not even discussed by the respondent in the factum it filed with this Court. The appellant was therefore not able to respond to it adequately. This Court did not have to consider it.

V — Disposition

For these reasons, judgment was rendered from the bench allowing the appeal, setting aside the Court of Appeal's judgment, allowing the appellant's action and ordering the respondent to pay the appellant \$150,000 with interest from the date of service, the additional indemnity and costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Campbell, Cohen, Seidman, Montréal.

Solicitors for the respondent: Martineau Walker, Québec.

La preuve n'a pas indiqué ce qui en était à l'époque du procès. Ce n'était d'ailleurs pas pertinent. Il suffit de retenir que dans l'année suivant son départ du Trust Royal, le revenu du demandeur fut minime en dépit de ses recherches en vue de se trouver un emploi ayant quelque mesure avec son expérience et son talent.

Il n'y pas lieu de revenir sur cette conclusion.

À l'audition, le procureur de l'intimée a plaidé sans avis préalable que, dans l'hypothèse où l'appelant aurait effectivement fait l'objet d'un congédiement déguisé, il aurait dû accepter l'offre de juin 1984 afin de minimiser ses dommages. Selon cet argument, son refus d'accepter l'offre justifierait de réduire les dommages de l'appelant du montant qu'il aurait gagné en tant que gérant du bureau de Dollard. Cet argument n'a pas été plaidé devant la Cour supérieure, ni devant la Cour d'appel, et n'a même pas été traité par l'intimée dans le mémoire qu'elle a déposé devant cette Cour. L'appelant n'a donc pas été en mesure d'y répondre adéquatement. Nous n'avions pas à nous en saisir.

V — Dispositif

Par ces motifs, jugement a été rendu séance tenante à l'audience accueillant le pourvoi, infirmant le jugement de la Cour d'appel, accueillant l'action de l'appelant et condamnant l'intimée à payer à l'appelant la somme de 150 000 \$ avec intérêts, depuis l'assignation, l'indemnité additionnelle et les dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Campbell, Cohen, Seidman, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Martineau Walker, Québec.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Sean Jeffrey Noble *Respondent*

INDEXED AS: R. v. NOBLE

File No.: 25271.

1996: October 29; 1997: April 24.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Evidence — Inferences — Failure to testify — Accused charged with breaking and entering and possession of instrument suitable for breaking into motor vehicle — Trial judge convicting accused on basis of driver's licence he had provided as identification at time of offence and his failure to testify — Whether trial judge erred in drawing adverse inference from accused's failure to give evidence.

The manager of an apartment building found two young men in the parking area of his building, one of whom appeared to be attempting to break into a car with a screwdriver. When the manager asked the man for identification, he handed over an expired driver's licence. The manager testified that he thought the photograph on the licence accurately depicted the man in front of him in the garage and told the man that he could retrieve the licence from the police. The accused was eventually charged with breaking and entering and having in his possession an instrument suitable for the purpose of breaking into a motor vehicle. At trial, neither the manager nor anyone else could identify the accused, but the trial judge concluded that he as the trier of fact could compare the picture in the driver's licence with the accused in the courtroom and conclude that the driver's licence accurately depicted the accused. He also was satisfied that the building manager would have carefully examined the licence at the time of the incident. The trial judge noted that the accused faced an overwhelming case to meet as a result of the licence, yet remained silent. In the trial judge's view, he could draw "almost an adverse inference" that "certainly may add to the weight of the Crown's case on the issue of identifi-

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Sean Jeffrey Noble *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. NOBLE

N° du greffe: 25271.

1996: 29 octobre; 1997: 24 avril.

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

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

Droit criminel — Preuve — Conclusions — Défaut de témoigner — Accusé inculpé d'introduction par effraction et de possession d'un instrument pouvant servir à pénétrer par effraction dans un véhicule à moteur — Accusé déclaré coupable par le juge du procès sur la foi du permis de conduire présenté par le premier comme pièce d'identité au moment de l'infraction, et sur la foi de son défaut de témoigner — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en tirant une conclusion défavorable du défaut de témoigner de l'accusé?

Le gérant d'un immeuble d'habitation a trouvé deux jeunes hommes dans le stationnement de l'immeuble. Un de ceux-ci semblait être en train de tenter de pénétrer par effraction dans une automobile au moyen d'un tournevis. Lorsqu'il a demandé à ce jeune homme de s'identifier, celui-ci lui a remis un permis de conduire périmé. Le gérant a témoigné qu'il a estimé que l'individu photographié sur le permis était bien la personne devant lui dans le garage, et qu'il lui a dit qu'il pourrait récupérer son permis en s'adressant aux policiers. L'accusé a par la suite été inculpé d'introduction par effraction et d'avoir eu en sa possession un instrument pouvant servir à pénétrer par effraction dans un véhicule à moteur. Au procès, l'accusé n'a pu être identifié ni par le gérant ni par personne d'autre, mais le juge du procès a décidé que, en tant que juge des faits, il pouvait comparer la personne photographiée sur le permis de conduire et l'accusé présent dans la salle d'audience, et conclure que l'individu photographié sur le permis de conduire était bel et bien l'accusé. Il était en outre convaincu que le gérant de l'immeuble avait examiné attentivement le permis de conduire au moment de l'incident. Le juge du procès a souligné que, à cause du permis, l'accusé était confronté à une preuve complète accablante, mais que

cation". The accused was convicted on both counts. The Court of Appeal set aside the conviction and ordered a new trial.

Held (Lamer C.J. and La Forest, Gonthier and McLachlin J.J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, Iacobucci and Major J.J.: The right to silence, which has been recognized as a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is based on society's distaste for compelling a person to incriminate him- or herself with his or her own words. Just as a person's words should not be conscripted and used against him or her by the state, it is equally inimical to the dignity of the accused to use his or her silence to assist in grounding a belief in guilt beyond a reasonable doubt. The presumption of innocence, enshrined at trial in s. 11(d) of the *Charter*, provides further support for this conclusion. In order for the burden of proof to remain with the Crown, the silence of the accused should not be used against him or her in building the case for guilt. Recent case law, particularly *R. v. François*, [1994] 2 S.C.R. 827, and *R. v. Lepage*, [1995] 1 S.C.R. 654, confirms that silence may not be treated as a piece of inculpatory evidence by the trier of fact. Some reference to the accused's silence by the trier of fact may not offend these *Charter* principles. Where in a trial by judge alone the trial judge is convinced of the accused's guilt beyond a reasonable doubt, the accused's silence may be referred to as evidence of the absence of an explanation which could raise a reasonable doubt. Because of the potential for confusion, however, trial judges should avoid referring to silence in this respect. Reference to the accused's silence is also permitted by a judge trying a case alone to indicate that he need not speculate about possible defences that might have been offered by the accused had he or she testified.

While the principles governing the judge and the jury as trier of fact are identical, it is clear that there are differences between the two in practice. The first difference is found in s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*, which prevents a trial judge from commenting on the silence of the accused. The second practical difference is that while judges give reasons which permit appellate review of the specific basis for a finding of guilt, juries

malgré cela il avait gardé le silence. De l'avis du juge du procès, il pouvait tirer «pratiquement une conclusion défavorable» qui «peut certainement renforcer la preuve du ministère public sur la question de l'identification». L'accusé a été déclaré coupable des deux chefs d'accusation. La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt (Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: Le droit de garder le silence, qui a été reconnu comme un des principes de justice fondamentale garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est fondé sur la répugnance qu'éprouve la société à forcer un individu à s'incriminer. Tout comme l'État ne doit pas arracher une déclaration à un individu ni utiliser cette déclaration contre lui, il est tout aussi incompatible avec la dignité de l'accusé d'utiliser son silence pour aider à établir la conviction de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. La présomption d'innocence, que l'al. 11d) de la *Charte* consacre en ce qui a trait au procès, étaye elle aussi cette conclusion. Afin que le fardeau de la preuve continue d'incomber au ministère public, le silence de l'accusé ne devrait pas être utilisé contre lui pour établir sa culpabilité. Des arrêts récents, particulièrement *R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827, et *R. c. Lepage*, [1995] 1 R.C.S. 654, confirment que le silence de l'accusé ne peut être utilisé par le juge des faits comme un élément de preuve inculpatoire. Il est possible que certaines mentions du silence de l'accusé ne portent pas atteinte à ces principes garantis par la *Charte*. Si le juge qui siège sans jury est convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé, le silence de ce dernier peut être mentionné comme preuve de l'absence d'explication susceptible de soulever un doute raisonnable. Toutefois, en raison du risque de confusion, il convient que le juge qui préside un procès évite de parler du silence de l'accusé. Le juge qui siège sans jury peut également faire mention du silence de l'accusé pour indiquer qu'il n'a pas à conjecturer sur les moyens de défenses possibles que l'accusé aurait pu faire valoir s'il avait témoigné.

Bien que les principes régissant les fonctions du juge et du jury en tant que juge des faits soient identiques, il existe évidemment des différences entre les deux situations dans la pratique. La première différence est énoncée au par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui interdit au juge du procès de faire des commentaires sur le défaut de témoigner de l'accusé. La deuxième différence pratique est le fait que, alors que les juges expo-

do not give reasons and courts are prohibited from speculating about the reasoning process of a jury in reaching a verdict. While it is impossible to prevent a jury from drawing whatever inference they please from the failure to testify, it remains an error of law for the jury to become convinced of guilt beyond a reasonable doubt as the result of the silence of the accused at trial.

The appellate review cases indicate that the trier of fact and the appellate court reviewing the decision of the trier of fact cannot use the failure to testify as a piece of evidence in itself suggestive of guilt. In any event, the principles generally governing appellate review are not necessarily identical to those governing the trial. Even if cases have held that courts of appeal may refer to silence as a factor in assessing the reasonableness of the verdict or in deciding whether to apply the curative provision, this does not alter the conclusion that at trial silence cannot be used as a piece of inculpatory evidence.

In the limited case of alibi, the failure of the accused at trial to testify and expose him- or herself to cross-examination on the alibi defence may be used to draw an adverse inference about the credibility of the defence. There are two reasons for permitting such a limited exception to the right to silence at trial: the ease with which alibi evidence may be fabricated, and the fact that the alibi defence is not directly related to the guilt of the accused.

Here the trial judge appears to have partially relied upon the accused's failure to testify in reaching his belief in guilt beyond a reasonable doubt. Since such reasoning constituted an error of law, the judgment of the Court of Appeal ordering a new trial should be confirmed.

Per Lamer C.J. and McLachlin J. (dissenting): When the Crown presents a case to meet that implicates the accused in a strong and cogent network of inculpatory facts, the trier of fact is entitled to consider the accused's failure to testify in deciding whether it is in fact satisfied of his or her guilt beyond a reasonable doubt. Under the right circumstances, silence can be probative and form the basis for natural, reasonable and fair inferences. Juries and appellate courts are entitled to give weight to the fact of the accused's silence. As long

sent des motifs qui permettent la révision, en appel, des raisons précises sur lesquelles repose la déclaration de culpabilité, le jury ne motive pas son verdict, et qu'il est interdit aux tribunaux de conjecturer sur le raisonnement suivi par le jury pour arriver à ce verdict. Bien qu'il soit impossible d'empêcher les jurés de tirer les conclusions qu'ils veulent du défaut de témoigner, il reste que, s'ils sont convaincus hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé en raison du silence de celui-ci au procès, cela constitue une erreur de droit.

Il ressort de la jurisprudence en matière d'examen en appel que le juge des faits et la cour d'appel qui examine la décision de ce dernier ne peuvent pas utiliser le défaut de témoigner en tant qu'élément de preuve indicatif en soi de la culpabilité. Quoi qu'il en soit, les principes qui régissent de façon générale l'examen en appel ne sont pas nécessairement identiques à ceux qui régissent le procès. Même s'il a été jugé, dans certains arrêts, que les cours d'appel peuvent considérer le silence comme un facteur à prendre en compte dans l'appréciation du caractère raisonnable du verdict ou dans leur décision d'appliquer la disposition réparatrice, cela ne change rien à la conclusion selon laquelle, au procès, le silence ne peut pas être utilisé en tant qu'élément de preuve inculpatoire.

Dans le cas limité de l'alibi, le défaut de l'accusé de témoigner au procès et de se soumettre à un contre-interrogatoire au sujet de sa défense d'alibi peut être utilisé pour tirer une conclusion défavorable concernant la crédibilité de cette défense. Deux raisons justifient cette exception limitée au droit de garder le silence au procès: la facilité avec laquelle la preuve d'un alibi peut être fabriquée; le fait que la défense d'alibi n'a pas de lien direct avec la culpabilité de l'accusé.

En l'espèce, le juge du procès semble s'être appuyé en partie sur le défaut de témoigner de l'accusé pour arriver à la conviction que ce dernier était coupable hors de tout doute raisonnable. Comme ce raisonnement constituait une erreur de droit, l'arrêt de la Cour d'appel ordonnant un nouveau procès devrait être confirmé.

Le juge en chef Lamer et le juge McLachlin (dissidents): Dans les cas où le ministère public a présenté contre l'accusé une preuve complète, constituée d'un ensemble solide et convaincant de faits inculpatatoires, le juge des faits a le droit de tenir compte du défaut de témoigner de l'accusé pour décider s'il est effectivement convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de celui-ci. Lorsque les circonstances s'y prêtent, le silence peut être probant et fonder des conclusions naturelles, raisonnables et justes. Les jurys et les cours

as the Crown has first made out a case to meet, there are certain situations where the web of inculpation fashioned by the Crown requires the accused to account for unexplained circumstances or face the probative consequences of silence.

An inference which merely confirms prior conclusions of guilt is superfluous. Further, it is illogical to say that silence may be used by judges and juries but only to the extent that it highlights the fact that the Crown's evidence remains uncontradicted or to say that trial judges and juries must not weigh the silence of the accused on the evidentiary scales, but in reviewing whether their verdicts are reasonable appellate courts can assume that they did. If the role of a trier of fact is to have any meaning, appellate courts must undertake their statutory responsibility to review the fitness of verdicts and to cure trial errors on the same understanding of the silence of an accused.

When the Crown provides a case to meet, all of the evidence to sustain a conviction has been put forth by the Crown in keeping with its burden of proof. If a conviction is subsequently entered, regardless of the use of the accused's silence, the trier of fact has concluded that the Crown has proved its case beyond a reasonable doubt, and nothing else. In this respect, the act of drawing adverse inferences is conceptually similar to evidentiary reverse onus provisions in the *Criminal Code*. Drawing adverse inferences from the silence of the accused is akin to a general proclamation from Parliament, for all offences, that where the accused is trapped by a host of inculpatory evidence to which only he or she can answer, the accused should offer an explanation or face the risk that there may be negative consequences from his or her silence. That is not to say that the act of drawing adverse inferences is contrary to the presumption of innocence. The accused's *Charter* protection lies in the case to meet. Even if it were held that the act of drawing adverse inferences is a limitation on an accused's s. 11(d) rights, however, it is a reasonable one.

This approach to adverse inferences is consistent with the letter and spirit of s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*. If adverse inferences themselves were impermissi-

d'appel peuvent accorder un certain poids au fait que l'accusé a gardé le silence. Pour autant que le ministère public a d'abord présenté une preuve complète, il arrive des cas où le faisceau de preuves réunies contre l'inculpé oblige ce dernier à commenter des circonstances inexpliquées, sous peine de subir les conséquences de son silence sur le plan de la preuve.

Une conclusion qui ne fait que confirmer les conclusions déjà tirées sur la question de la culpabilité est superflète. De plus, il est illogique d'affirmer que le silence peut être utilisé par les juges et les jurys, mais seulement dans la mesure où il fait ressortir le fait que la preuve du ministère public n'a pas été contredite, ou encore de dire que le juge du procès ou le jury ne doit pas apprécier la force probante du silence de l'accusé, mais que la cour d'appel peut supposer qu'il l'a fait, lorsqu'elle se demande si le verdict est raisonnable. Si l'on veut que le rôle du juge des faits ait un sens, les cours d'appel doivent, en s'acquittant du rôle que leur confie la loi, c'est-à-dire examiner le caractère approprié des verdicts et réparer les erreurs commises au procès, traiter le silence de l'accusé de la même façon que le juge des faits.

Lorsque le ministère public présente une preuve complète, il s'est conformé au fardeau de la preuve qui lui incombe. Si une déclaration de culpabilité est par la suite inscrite, indépendamment de l'utilisation qui a été faite du silence de l'accusé, le juge des faits a conclu que le ministère public avait fait une preuve hors de tout doute raisonnable, et rien de plus. À cet égard, le fait de tirer des conclusions défavorables se rapproche, sur le plan conceptuel, des dispositions du *Code criminel* qui établissent une inversion du fardeau de la preuve. Le fait de tirer des conclusions défavorables du silence de l'accusé équivaut à une proclamation générale du législateur que, pour toutes les infractions, quand l'accusé est confronté à un faisceau de preuves inculpatrices auxquelles lui seul est à même de répondre, il doit donner une explication ou courir le risque de subir des conséquences négatives de son silence. Cela ne veut pas dire que le fait de tirer des conclusions défavorables est contraire à la présomption d'innocence. La protection dont jouit l'accusé en vertu de la *Charte* découle de l'obligation faite au ministère public de présenter une preuve complète. Même s'il était décidé que le fait de tirer des conclusions défavorables est une restriction des droits garantis à l'accusé par l'al. 11d), il s'agirait toutefois d'une restriction raisonnable.

Cette approche concernant les conclusions défavorables est conforme à la lettre et à l'esprit du par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Si les conclusions défavo-

ble, s. 4(6) would not merely prohibit "comment", but would prohibit the drawing of adverse inferences altogether. Sopinka J.'s reasons indirectly challenge the constitutionality of s. 4(6), which has not been contested before this Court.

Having found that the Crown had established an overwhelming case to meet and that it was a "virtual outcry situation", the trial judge properly inferred guilt from the accused's silence. This inference was natural and reasonable and, given the existence of a case to meet, was perfectly consistent with the accused's right to silence and the presumption of innocence.

Per La Forest and Gonthier JJ. (dissenting): The reasons of Lamer C.J. were agreed with, except that no comment should be made with respect to the constitutional validity of s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*, an issue that is not before the Court.

Per McLachlin J. (dissenting): The first question that arises is whether the Crown has established a case to meet, that is, whether it has adduced evidence which, if believed, would establish proof beyond a reasonable doubt. A second question arises at the end of the trial, namely whether the trier of fact should believe the Crown's evidence. At this second stage, the judge or jury may consider the absence of evidence contradicting the Crown's case to meet, including the accused's failure to testify. To say that an inference has been drawn from the accused's failure to testify is only to say that the Crown's evidence stands unchallenged. This does not violate the accused's right to silence or presumption of innocence.

Cases Cited

By Sopinka J.

Considered: *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340; **referred to:** *R. v. Jenkins* (1908), 14 C.C.C. 221; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. François*, [1994] 2 S.C.R. 827; *R. v. Lepage*, [1995] 1 S.C.R. 654; *R. v. Schwartz*, [1996] B.C.J. No. 3145 (QL); *R. v. Boss* (1988), 46 C.C.C. (3d) 523; *Avon v. The Queen*, [1971] S.C.R. 650; *R. v. Pavlukoff* (1953), 106 C.C.C. 249; *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393; *Ambrose v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R.

vorables elles-mêmes étaient exclues, le par. 4(6) n'interdirait pas simplement les «commentaires», mais bien toute conclusion défavorable. Les motifs du juge Sopinka soulèvent indirectement la question de la constitutionnalité du par. 4(6), laquelle n'a pas été contestée devant notre Cour.

Ayant conclu que le ministère public avait présenté une preuve complète accablante et qu'il s'agissait d'une «situation [...] pratiquement criante», le juge du procès a à bon droit conclu à la culpabilité de l'accusé sur la foi du silence de ce dernier. Cette conclusion était naturelle, raisonnable et, vu l'existence d'une preuve complète, parfaitement compatible avec le droit de l'accusé de garder le silence et avec la présomption d'innocence.

Les juges La Forest et Gonthier (dissidents): Les motifs du juge en chef Lamer sont acceptés, sous réserve qu'aucun commentaire ne devrait être fait sur la validité constitutionnelle du par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*, question dont la Cour n'est pas saisie.

Le juge McLachlin (dissidente): La première question est de savoir si le ministère public a présenté une preuve complète, c'est-à-dire s'il a présenté une preuve qui, si on y ajoute foi, prouverait la culpabilité hors de tout doute raisonnable. La deuxième question, qui se pose à la fin du procès, est de savoir si le juge des faits devrait ajouter foi à la preuve du ministère public. À cette seconde étape, le juge ou le jury peut tenir compte de l'absence de preuve contredisant la preuve complète du ministère public, y compris du défaut de l'accusé de témoigner. Affirmer qu'une conclusion a été tirée du défaut de l'accusé de témoigner revient seulement à dire que la preuve du ministère public n'a pas été contestée. Cela ne viole ni le droit de l'accusé de garder le silence, ni la présomption d'innocence.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts examinés: *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340; **arrêts mentionnés:** *R. c. Jenkins* (1908), 14 C.C.C. 221; *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827; *R. c. Lepage*, [1995] 1 R.C.S. 654; *R. c. Schwartz*, [1996] B.C.J. No. 3145 (QL); *R. c. Boss* (1988), 46 C.C.C. (3d) 523; *Avon c. La Reine*, [1971] R.C.S. 650; *R. c. Pavlukoff* (1953), 106 C.C.C. 249; *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393; *Ambrose c. La Reine*, [1977] 2

717; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *Steinberg v. The King* (1931), 56 C.C.C. 9, aff'd [1931] S.C.R. 421; *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Branco* (1993), 25 C.R. (4th) 370; *R. v. Maloney* (1994), 136 N.S.R. (2d) 23; *R. v. Pabani* (1991), 10 C.R. (4th) 381; *R. v. Patel* (1991), 42 Q.A.C. 77; *R. v. Albert* (1987), 77 N.B.R. (2d) 269; *R. v. Demyen* (1975), 26 C.C.C. (2d) 324; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Cleghorn*, [1995] 3 S.C.R. 175; *Russell v. The King* (1936), 67 C.C.C. 28; *R. v. Bogart* (1993), 33 B.C.A.C. 225.

By Lamer C.J. (dissenting)

R. v. P. (M.B.), [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Burdett* (1820), 4 B. & Ald. 95, 106 E.R. 873; *R. v. Jenkins* (1908), 14 C.C.C. 221; *Steinberg v. The King* (1931), 56 C.C.C. 9, aff'd [1931] S.C.R. 421; *Avon v. The Queen*, [1971] S.C.R. 650; *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *Ambrose v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 717; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393; *R. v. François*, [1994] 2 S.C.R. 827; *R. v. Lepage*, [1995] 1 S.C.R. 654; *R. v. Pavlukoff* (1953), 106 C.C.C. 249; *R. v. Jackson* (1991), 12 W.C.B. (2d) 270; *McConnell v. The Queen*, [1968] S.C.R. 802; *R. v. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340; *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303; *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Boss* (1988), 46 C.C.C. (3d) 523; *Murray v. Director of Public Prosecutions* (1992), 97 Cr. App. R. 151; *R. v. Cowan*, [1995] 3 W.L.R. 818; *Weissensteiner v. The Queen* (1993), 178 C.L.R. 217; *R. v. Kanaveilomani* (1994), 72 A. Crim. R. 492; *Trompert v. Police*, [1985] 1 N.Z.L.R. 357; *Hall v. Dunlop*, [1959] N.Z.L.R. 1031.

By McLachlin J. (dissenting)

Dubois v. The Queen, [1985] 2 S.C.R. 350; *Weissensteiner v. The Queen* (1993), 178 C.L.R. 217.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 4(6).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(c), (d).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 348(1)(a), (2)(a) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 47], 351(1),

R.C.S. 717; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *Steinberg c. The King* (1931), 56 C.C.C. 9, conf. par [1931] R.C.S. 421; *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. Branco* (1993), 25 C.R. (4th) 370; *R. c. Maloney* (1994), 136 N.S.R. (2d) 23; *R. c. Pabani* (1991), 10 C.R. (4th) 381; *R. c. Patel* (1991), 42 Q.A.C. 77; *R. c. Albert* (1987), 77 R.N.-B. (2^e) 269; *R. c. Demyen* (1975), 26 C.C.C. (2d) 324; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Cleghorn*, [1995] 3 R.C.S. 175; *Russell c. The King* (1936), 67 C.C.C. 28; *R. c. Bogart* (1993), 33 B.C.A.C. 225.

Citée par le juge en chef Lamer (dissident)

R. c. P. (M.B.), [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Burdett* (1820), 4 B. & Ald. 95, 106 E.R. 873; *R. c. Jenkins* (1908), 14 C.C.C. 221; *Steinberg c. The King* (1931), 56 C.C.C. 9, conf. par [1931] R.C.S. 421; *Avon c. La Reine*, [1971] R.C.S. 650; *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *Ambrose c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 717; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393; *R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827; *R. c. Lepage*, [1995] 1 R.C.S. 654; *R. c. Pavlukoff* (1953), 106 C.C.C. 249; *R. c. Jackson* (1991), 12 W.C.B. (2d) 270; *McConnell c. The Queen*, [1968] R.C.S. 802; *R. c. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340; *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303; *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Boss* (1988), 46 C.C.C. (3d) 523; *Murray c. Director of Public Prosecutions* (1992), 97 Cr. App. R. 151; *R. c. Cowan*, [1995] 3 W.L.R. 818; *Weissensteiner c. The Queen* (1993), 178 C.L.R. 217; *R. c. Kanaveilomani* (1994), 72 A. Crim. R. 492; *Trompert c. Police*, [1985] 1 N.Z.L.R. 357; *Hall c. Dunlop*, [1959] N.Z.L.R. 1031.

Citée par le juge McLachlin J. (dissidente)

Dubois c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 350; *Weissensteiner c. The Queen* (1993), 178 C.L.R. 217.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(c), (d).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 348(1a), (2)a) [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 47], 351(1), 686(1a)(i) [abr. & rempl. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)], b)(iii).

686(1)(a)(i) [rep. & sub. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)], (b)(iii).
Criminal Evidence (Northern Ireland) Order 1988, S.I. 1988/1987 (N.I. 20), art. 4.
Criminal Justice and Public Order Act 1994 (U.K.), 1994, c. 33, s. 35.

Authors Cited

Delisle, R. J. Annotation to *R. v. François* (1994), 31 C.R. (4th) 203.
 Delisle, R. J. "Silence at Trial: Inferences and Comments" (1997), 1 C.R. (5th) 313.
 Dennis, Ian. "The Criminal Justice and Public Order Act 1994: The Evidence Provisions", [1995] *Crim. L.R.* 4.
 Gooderson, R. N. *Alibi*. London: Heinemann Educational Books Ltd., 1977.
 Jackson, John. "The Right of Silence: Judicial Responses to Parliamentary Encroachment" (1994), 57 *Mod. L. Rev.* 270.
 Munday, Roderick. "Cum Tacent Clamant: Drawing Proper Inferences from a Defendant's Failure to Testify" (1996), 55 *Cambridge L.J.* 32.
 Paciocco, David M. *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*. Toronto: Carswell, 1987.
 Ratushny, Ed. "The Role of the Accused in the Criminal Process", in Walter S. Tarnopolsky and Gérald-A. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Carswell, 1982, 335.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1996), 106 C.C.C. (3d) 161, 75 B.C.A.C. 98, 123 W.A.C. 98, 47 C.R. (4th) 258, allowing the accused's appeal from his conviction on charges of breaking and entering a dwelling place with intent to commit an indictable offence and of having in his possession an instrument suitable for breaking into a motor vehicle, and ordering a new trial. Appeal dismissed, Lamer C.J. and La Forest, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

William F. Ehrcke, for the appellant.

Gil D. McKinnon, Q.C., and *Tom Arbogast*, for the respondent.

The following are the reasons delivered by

Criminal Evidence (Northern Ireland) Order 1988, S.I. 1988/1987 (N.I. 20), art. 4.
Criminal Justice and Public Order Act 1994 (R.-U.), 1994, ch. 33, art. 35.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 4(6).

Doctrine citée

Delisle, R. J. Annotation to *R. v. François* (1994), 31 C.R. (4th) 203.
 Delisle, R. J. «Silence at Trial: Inferences and Comments» (1997), 1 C.R. (5th) 313.
 Dennis, Ian. «The Criminal Justice and Public Order Act 1994: The Evidence Provisions», [1995] *Crim. L.R.* 4.
 Gooderson, R. N. *Alibi*. London: Heinemann Educational Books Ltd., 1977.
 Jackson, John. «The Right of Silence: Judicial Responses to Parliamentary Encroachment» (1994), 57 *Mod. L. Rev.* 270.
 Munday, Roderick. «Cum Tacent Clamant: Drawing Proper Inferences from a Defendant's Failure to Testify» (1996), 55 *Cambridge L.J.* 32.
 Paciocco, David M. *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*. Toronto: Carswell, 1987.
 Ratushny, Ed. «Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle», dans Gérald-A. Beaudoin et Walter S. Tarnopolsky, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*. Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej, 1982, 417.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1996), 106 C.C.C. (3d) 161, 75 B.C.A.C. 98, 123 W.A.C. 98, 47 C.R. (4th) 258, qui a accueilli l'appel formé par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité pour introduction par effraction dans un immeuble d'habitation dans l'intention d'y commettre un acte criminel et pour avoir eu en sa possession un instrument pouvant servir à pénétrer par effraction dans un véhicule à moteur, et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier et McLachlin sont dissidents.

William F. Ehrcke, pour l'appelante.

Gil D. McKinnon, c.r., et *Tom Arbogast*, pour l'intimé.

Version française des motifs rendus par

THE CHIEF JUSTICE (dissenting) — I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Sopinka J. and I must respectfully disagree with his interpretation of the previous decisions of this Court that have addressed the prospect of drawing adverse inferences from an accused's silence at trial.

According to Sopinka J. the silence of an accused can only be used by the trier of fact in two very limited senses. The accused's silence may: (1) confirm prior findings of guilt beyond a reasonable doubt; and (2) remind triers of fact that they need not speculate about unstated defences. With greatest respect, this misinterprets the case law. This Court and others have repeatedly held that when the Crown presents a case to meet that implicates the accused in a "strong and cogent network of inculpatory facts", the trier of fact is entitled to consider the accused's failure to testify in deciding whether it is in fact satisfied of his or her guilt beyond a reasonable doubt. As I wrote for a majority of this Court in *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, at p. 579:

Once . . . the Crown discharges its obligation to present a *prima facie* case, such that it cannot be non-suited by a motion for a directed verdict of acquittal, the accused can legitimately be expected to respond, whether by testifying him or herself or calling other evidence, and failure to do so may serve as the basis for drawing adverse inferences . . . In other words, once there is a "case to meet" which, if believed, would result in conviction, the accused can no longer remain a passive participant in the prosecutorial process and becomes — in a broad sense — compellable. That is, the accused must answer the case against him or her, or face the possibility of conviction. [Emphasis in original.]

This proposition is hardly novel. It emerged at common law some time ago in at least three notable cases. See *R. v. Burdett* (1820), 4 B. & Ald. 95, 106 E.R. 873; *R. v. Jenkins* (1908), 14 C.C.C. 221 (B.C.S.C.); *Steinberg v. The King* (1931), 56 C.C.C. 9 (Ont. S.C. App. Div.), aff'd [1931] S.C.R. 421. It has since been adopted by this Court

LE JUGE EN CHEF (dissident) — J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Sopinka. En toute déférence, je ne peux souscrire à l'interprétation qu'il donne des arrêts rendus antérieurement par notre Cour sur la possibilité de tirer des conclusions défavorables du silence de l'accusé au procès.

D'après le juge Sopinka, le juge des faits ne peut utiliser le silence de l'accusé que dans deux cas très limités. Le silence de l'accusé peut: (1) confirmer la conclusion déjà tirée quant à la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable; (2) rappeler au juge des faits qu'il n'a pas à conjecturer sur des moyens de défense non invoqués. En toute déférence, cette interprétation de la jurisprudence est erronée. Notre Cour et d'autres tribunaux ont jugé à maintes reprises que, dans les cas où le ministère public a présenté contre l'accusé une preuve complète, [TRADUCTION] «constituée d'un ensemble solide et convaincant de faits inculpatrices», le juge des faits a le droit de tenir compte du défaut de témoigner de l'accusé pour décider s'il est effectivement convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de celui-ci. Comme je l'ai écrit pour la majorité de notre Cour dans *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, à la p. 579:

[Q]uand le ministère public s'acquitte de son obligation de présenter une preuve *prima facie* non susceptible d'être écartée par une requête en obtention d'un verdict imposé d'acquiescement, on peut légitimement s'attendre à ce que l'accusé réagisse en témoignant lui-même ou en citant d'autres témoins, et le défaut de le faire peut justifier des conclusions contraires [. . .] En d'autres termes, lorsqu'on a présenté une «preuve complète» qui, si on y ajoute foi, entraînerait une déclaration de culpabilité, l'accusé ne peut plus demeurer passif dans le processus accusatoire et devient — dans un sens large — contraignable, c'est-à-dire que l'accusé doit répondre à la preuve présentée contre lui ou courir le risque d'être déclaré coupable. [Souligné dans l'original.]

Cette proposition n'est guère nouvelle; elle a été énoncée en common law, il y a un certain temps de cela, dans au moins trois décisions notables. Voir *R. c. Burdett* (1820), 4 B. & Ald. 95, 106 E.R. 873; *R. c. Jenkins* (1908), 14 C.C.C. 221 (C.S.C.-B.); *Steinberg c. The King* (1931), 56 C.C.C. 9 (C.S. Ont., Div. app.), conf. par [1931] R.C.S. 421. Elle

1

2

3

in a long line of appeals in the last quarter of this century. See *Avon v. The Queen*, [1971] S.C.R. 650; *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *Ambrose v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 717; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393; *P. (M.B.), supra*; *R. v. François*, [1994] 2 S.C.R. 827; *R. v. Lepage*, [1995] 1 S.C.R. 654.

The Early Cases

4

In *Burdett, supra*, the accused was charged with seditious libel. Although there was a significant amount of evidence implicating him in the creation and delivery of the seditious statements, there was no direct proof that he had published them. Of course the accused was not competent to testify in 1820, but in restoring the accused's initial conviction, Abbott C.J. said the following about drawing inferences against the accused's failure to furnish any evidence in his defence at pp. 161-62:

In drawing an inference or conclusion from facts proved, regard must always be had to the nature of the particular case, and the facility that appears to be afforded, either of explanation or contradiction. No person is to be required to explain or contradict, until enough has been proved to warrant a reasonable and just conclusion against him, in the absence of explanation or contradiction; but when such proof has been given, and the nature of the case is such as to admit of explanation or contradiction, if the conclusion to which the proof tends be untrue, and the accused offers no explanation or contradiction; can human reason do otherwise than adopt the conclusion to which the proof tends?

5

In *Jenkins, supra*, a woman was murdered and, among other incriminating evidence, the eight-year-old sole eyewitness to the crime described the murderer as a man matching the description and wearing the corresponding clothing to that of the accused. The jury convicted the accused even though the young witness identified another man as the killer who, at trial, had been placed as a sub-

a depuis été adoptée par notre Cour dans une longue série d'arrêts au cours du dernier quart de siècle. Voir *Avon c. La Reine*, [1971] R.C.S. 650; *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *Ambrose c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 717; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393; *P. (M.B.)*, précité; *R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827; *R. c. Lepage*, [1995] 1 R.C.S. 654.

La jurisprudence ancienne

Dans l'arrêt *Burdett*, précité, l'accusé était inculpé d'avoir produit un écrit diffamatoire séditionnel. Malgré une preuve abondante l'impliquant dans la rédaction et la distribution des déclarations séditionnelles, il n'y avait aucune preuve directe qu'il les avait publiées. L'accusé n'était évidemment pas habile à témoigner en 1820, mais le juge en chef Abbott, qui a rétabli la déclaration de culpabilité initiale, a dit ceci, aux pp. 161 et 162, au sujet des conclusions qui peuvent être tirées du défaut de l'accusé de présenter la moindre preuve pour sa défense:

[TRADUCTION] Lorsqu'on tire une conclusion des faits prouvés, il faut toujours tenir compte de la nature du cas, ainsi que de la facilité avec laquelle les faits semblent pouvoir être expliqués ou contredits. Nul ne doit être contraint de fournir une explication ou une contradiction, tant que n'a pas été présentée une preuve suffisante, en l'absence d'explication ou de contradiction, pour justifier une conclusion de culpabilité raisonnable et juste; mais quand une telle preuve a été produite, et que la nature des faits est telle qu'ils doivent être expliqués ou contredits, même si la conclusion que suggère la preuve n'est pas la bonne mais que l'accusé ne fournit aucune explication ou contradiction, peut-on rationnellement adopter d'autre conclusion que celle suggérée par la preuve?

Dans *Jenkins*, précité, une femme avait été assassinée et un des éléments de preuve inculpatrices était le témoignage du seul témoin oculaire, qui était âgé de huit ans et avait identifié le meurtrier comme étant un homme dont le signalement et les vêtements correspondaient à ceux de l'accusé. Le jury a déclaré ce dernier coupable, bien que le jeune témoin ait désigné comme étant le

stitute in the prisoner's dock on the consent of both parties. On appeal, the British Columbia Supreme Court determined that there was sufficient evidence to justify the conviction. In reaching this conclusion, Irving J. drew attention to the accused's failure to explain the collection of incriminating facts against him. He wrote at p. 230:

It is true that a man is not called upon to explain suspicious things, but there comes a time when, circumstantial evidence having enveloped a man in a strong and cogent net-work of inculpatory facts, that man is bound to make some explanation or stand condemned. [Emphasis added.]

In *Steinberg, supra*, the accused was convicted of murder in the gruesome death of his partner who was shot and later found burned in his Toronto office. One of the issues on appeal was whether the trial judge had erred by instructing the jury to consider that the perpetrator was one of the deceased's partners because the eyewitness described the killer's entry into the office as though it were made with a key. In a judgment upholding the conviction, later affirmed by this Court, Middleton J.A. asserted at p. 36:

It may be that the evidence is very largely circumstantial, but the actual facts are known to the accused, and he has the right, under the laws as they now exist, to explain them away by his own evidence. For example, he is not directly shown to have been in possession of his gun at the time of the murder. He was in possession of it at an earlier date. It may have been a mere coincidence that the victim was shot by this gun, and that the accused was at the time of the murder only a few yards away. It is possible that the gun had been stolen from his residence by the murderer. If so, he could have testified to the fact, and the jury might have accepted his explanation. He might have been able to explain how the cartridge, which apparently fell from the revolver while he was in the room, came to be there. He may have a satisfactory explanation as to how blood-stained overalls came to be found in his room. He might be able to deny that he made the compromising statements to the gaul

meurtrier un autre homme qui, au procès, avec l'accord des parties, avait été placé dans le box, à la place de l'accusé. En appel, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a décidé que la preuve était suffisante pour justifier la déclaration de culpabilité. En tirant cette conclusion, le juge Irving a souligné le défaut de l'accusé d'expliquer l'ensemble de faits inculpatores présentés contre lui. Le juge a écrit ceci, à la p. 230:

[TRADUCTION] Il est vrai qu'un homme n'est pas tenu d'expliquer les choses suspectes, mais il arrive un moment où la preuve circonstancielle, constituée d'un ensemble solide et convaincant de faits inculpatores, oblige un homme à s'expliquer sous peine d'être reconnu coupable. [Je souligne.]

Dans *Steinberg*, précité, l'accusé avait été déclaré coupable du meurtre horrible de son associé qui, abattu d'un coup de feu, avait été découvert brûlé dans son bureau de Toronto. L'une des questions litigieuses en appel était de savoir si le juge du procès avait commis une erreur en indiquant aux jurés qu'ils devaient considérer que l'auteur du crime était l'un des associés de la victime, étant donné que le témoin oculaire avait dit que le tueur était entré dans le bureau comme s'il avait eu la clef. Dans un arrêt confirmant la déclaration de culpabilité, qui a plus tard été confirmée par notre Cour, le juge Middleton a affirmé ce qui suit, à la p. 36:

[TRADUCTION] La preuve est peut-être en très grande partie circonstancielle, mais les faits réels sont connus de l'accusé, et la loi, dans son état actuel, lui reconnaît le droit de témoigner afin de se disculper. Par exemple, la preuve n'établit pas directement qu'il avait son pistolet en sa possession au moment du meurtre. Il l'avait en sa possession à une date antérieure. Il est possible que ce soit une simple coïncidence que la victime ait été tuée au moyen de cette arme et que l'accusé se soit trouvé à quelques mètres de là au moment du meurtre. Il est possible que le pistolet lui ait été volé à sa résidence par le meurtrier. Si c'est le cas, il aurait pu en témoigner et le jury aurait pu accepter cette explication. Il aurait pu être capable d'expliquer comment il se fait que le chargeur, qui était apparemment tombé du pistolet pendant qu'il était dans la pièce, se trouvait là. Il aurait peut-être pu expliquer de manière satisfaisante pour quelle raison la salopette maculée de sang a été retrouvée dans sa

inmates, and the jury might readily have believed that the stories told were incredible; but, notwithstanding all the damning chain of evidence, he chooses to maintain silence.

No comment may be made upon this to the jury, but the law does not forbid jurors to use their intelligence and to consider the absence of denial or explanation.

7 None of these early cases suggests that the accused should be compelled to testify or that the accused is anything other than presumed innocent until proven guilty. They merely recognize that when an accused is implicated or “enveloped” in a case of unexplained inculpatory circumstances, there are consequences to silence that trial judges, juries, and appellate courts alike may consider in reaching a verdict. This does not happen in every case. A trier of fact is entitled to draw adverse inferences only where there is a “damning chain of evidence” or more aptly a “strong and cogent network of inculpatory facts”.

The Modern Approach

8 This approach to adverse inferences has been expressly adopted and refined by this Court in a number of judgments in recent years, both before and after the advent of the *Charter*. See *Avon, Corbett, Marcoux, Vézeau, Ambrose, Dubois, Leaney, P. (M.B.), François and Lepage, supra*. The following review of this jurisprudence is repetitious, but it does serve to illustrate my point.

9 In *Avon, supra*, the accused was convicted by a jury of non-capital murder. He appealed the conviction on the basis that the trial judge improperly commented on his failure to testify contrary to s. 4(5) (now s. 4(6)) of the *Canada Evidence Act*. The Court dismissed the appeal and concluded that the trial judge’s comments were proper. In reaching this conclusion, Fauteux C.J. found that the accused’s silence was relevant and weighty evi-

chambre. Il aurait pu nier avoir fait les déclarations compromettantes à ses codétenus, et le jury aurait pu facilement croire que les récits n’étaient pas crédibles; mais, malgré l’amoncellement de preuves accablantes, il a choisi de garder le silence.

On ne doit pas faire au jury de commentaires sur cette question, mais la loi n’interdit pas aux jurés de faire preuve d’intelligence et de tenir compte de l’absence de démenti ou d’explication.

Aucune de ces décisions anciennes n’indique que l’accusé devrait être contraint de témoigner, ou qu’il est autre chose que présumé innocent tant qu’il n’est pas déclaré coupable. Elles reconnaissent simplement que, lorsque l’accusé est confronté à un ensemble de faits inculpatatoires inexplicés, son silence entraîne des conséquences que le juge du procès, le jury et les cours d’appel peuvent prendre en considération en rendant leur verdict. Cela ne se produit pas dans toutes les affaires. Le juge des faits n’a le droit de tirer des conclusions défavorables que lorsqu’il y a un [TRANSDUCTION] «amoncellement de preuves accablantes» ou plus exactement un [TRADUCTION] «ensemble solide et convaincant de faits inculpatatoires».

L’approche moderne

Cette approche concernant les conclusions défavorables a été expressément adoptée puis précisée par notre Cour dans un certain nombre d’arrêts au cours des dernières années, tant avant qu’après l’adoption de la *Charte*. Voir les arrêts *Avon, Corbett, Marcoux, Vézeau, Ambrose, Dubois, Leaney, P. (M.B.), François et Lepage*, précités. L’examen que je vais maintenant faire de ces décisions a un caractère répétitif, mais il permet effectivement d’illustrer mon propos.

Dans *Avon*, précité, l’accusé avait été déclaré coupable par un jury de meurtre non qualifié. Il avait interjeté appel de la déclaration de culpabilité pour le motif que le juge du procès aurait à tort fait des commentaires sur son défaut de témoigner, enfreignant ainsi les dispositions du par. 4(5) (maintenant le par. 4(6)) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Notre Cour a rejeté le pourvoi et a conclu que les commentaires faits par le juge ne pouvaient

dence. At p. 657, Fauteux C.J. quoted *R. v. Pavlukoff* (1953), 106 C.C.C. 249 (B.C.C.A.), for the proposition that:

... the fact that [the] accused did not testify in the face of inculpatory facts was a matter which the Court of Appeal could place on the scale. ...

In *Corbett, supra*, the accused appealed his non-capital murder conviction on the ground that it was unreasonable and could not be supported by the evidence. The primary witness for the Crown was the deceased's wife, and although she identified the accused as the murderer in a line-up three days after the killing, there were some discrepancies between her testimony and some relevant physical evidence. In holding that the verdict was reasonable, Pigeon J. considered the Court of Appeal's comments regarding the evidentiary effect of the accused's silence. Pigeon wrote at pp. 280-81:

Section 4.5 of the *Canada Evidence Act* provides that the failure of a person charged "shall not be made the subject of comment by the judge, or by counsel for the prosecution", it does not prevent the jury from taking the fact into account without being told. No one can reasonably think that a jury will fail, in reaching a verdict, to take into account the failure of the accused to testify, specially in a case like this. This being so, it is a fact properly to be considered by the Court of Appeal when dealing with the question: "Is this a reasonable verdict?"

In *Marcoux, supra*, the accused was convicted at trial of breaking and entering and theft. The principal issue was whether it was proper for the judge to comment on the accused's refusal to take part in a police line-up. In affirming the conviction, Dickson J. (as he then was) concluded that the trial judge's comments were proper. By way of conclusion Dickson J. added at p. 775:

lui être reprochés. Exprimant cette conclusion, le juge en chef Fauteux a statué que le silence de l'accusé était une preuve pertinente et convaincante. À la p. 657, il a cité *R. c. Pavlukoff* (1953), 106 C.C.C. 249 (C.A.C.-B.), au soutien de la proposition suivante:

[TRADUCTION] ... que l'accusé n'ait pas témoigné quand des faits l'inculpaient, c'est une question que la Cour d'appel pouvait faire entrer en ligne de compte ...

Dans *Corbett*, précité, l'accusé avait porté en appel sa déclaration de culpabilité à l'égard d'un meurtre non qualifié pour le motif qu'elle était déraisonnable et n'était pas appuyée par la preuve. Le témoin principal du ministère public était l'épouse de la victime et, bien que, au cours d'une séance d'identification trois jours après le meurtre, elle ait identifié l'accusé comme étant le meurtrier, il y avait quelques divergences entre sa déposition et certains faits matériels pertinents. Le juge Pigeon, qui a conclu que le verdict était raisonnable, a examiné les observations de la Cour d'appel concernant l'effet, sur le plan de la preuve, du silence de l'accusé. Le juge Pigeon a écrit ceci, aux pp. 280 et 281:

L'article 4.5 de la *Loi sur la preuve au Canada* porte que l'abstention d'une personne accusée «ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou l'avocat de la poursuite», il n'empêche pas le jury de tenir compte du fait sans qu'on le lui demande. Nul ne peut raisonnablement penser qu'un jury manquera, en rendant un verdict, de tenir compte de l'abstention de l'accusé de témoigner, spécialement dans un cas comme celui-ci. Cela étant, il s'agit d'un fait que la Cour d'appel considère à bon droit lorsqu'elle répond à la question: «Est-ce là un verdict raisonnable?»

Dans *Marcoux*, précité, l'accusé avait été déclaré coupable, au procès, d'introduction par effraction et de vol. La question principale était de savoir si le juge pouvait à bon droit faire des commentaires sur le refus de l'accusé de participer à une séance d'identification. Confirmant la déclaration de culpabilité, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a conclu que les commentaires du juge du procès ne constituaient pas une erreur. Puis, il a ajouté, en guise de conclusion, à la p. 775:

Even in such a matter as the failure of an accused to testify, although neither judge nor counsel can comment upon the failure, a jury is free to draw, and I have no doubt frequently does draw from the failure, an inference adverse to the accused.

12 In *Vézeau, supra*, the accused was acquitted by a jury of non-capital murder. The issue on appeal was whether the trial judge erred by instructing the jury that they could not draw any unfavourable conclusions from the silence of the accused. The accused had presented an alibi defence at the trial, but did not personally testify. In concluding that the trial judge's remarks did constitute an error of law, Martland J. referred to the Court's then recent decision in *Corbett* and stated at p. 288:

Tremblay C.J. makes it clear that he was not founding his judgment upon any breach of that provision [now s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*] by the trial judge in his charge. His point is that the subsection does not require or authorize a trial judge to tell a jury that they cannot draw their own conclusions from the fact that the accused has not given evidence. In his opinion, with which I agree, it is open to a jury to draw an inference from the failure of the accused to testify, and, particularly, in a case in which it is sought to establish an alibi.

Martland J. later remarked at p. 292:

The failure of an accused person, who relies upon an alibi, to testify and thus to submit himself to cross-examination is a matter of importance in considering the validity of that defence.

13 In *Ambrose, supra*, the two appellants were convicted of capital murder in the killings of two police officers. On appeal the appellants raised numerous grounds for reversal, five of which the New Brunswick Appeal Division recognized as errors on the part of the trial judge, but none of which the Appeal Division concluded resulted in a miscarriage of justice. Spence J. concluded his strong affirmation of Limerick J.A.'s decision with a curt comment regarding the silence of the two accused at pp. 727-28:

Même dans une question telle que le défaut du prévenu de témoigner, bien que ni le juge ni l'avocat ne puissent commenter le défaut, un jury est libre d'en tirer une conclusion défavorable à l'accusé et je ne doute pas qu'il le fasse fréquemment.

Dans *Vézeau*, précité, l'accusé avait été acquitté par un jury d'une accusation de meurtre non qualifié. La question en appel était de savoir si le juge du procès avait commis une erreur en indiquant aux jurés qu'ils ne pouvaient tirer aucune conclusion défavorable du défaut de témoigner de l'accusé. Celui-ci avait présenté une défense d'alibi au procès, mais n'avait pas lui-même témoigné. Concluant que les remarques du juge constituaient effectivement une erreur de droit, le juge Martland s'est référé à la décision alors récente de notre Cour *Corbett*, et il a dit ceci, à la p. 288:

Le juge en chef Tremblay laisse clairement entendre qu'il ne fonde pas son jugement sur le fait que le juge du procès, dans ses directives, aurait violé cette disposition [maintenant le par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*]. Ce qu'il dit, c'est que le paragraphe n'a pas pour effet d'obliger ni d'autoriser le juge du procès à dire aux jurés qu'ils ne peuvent tirer leurs propres conclusions du fait que l'accusé n'a pas témoigné. À son avis, auquel je souscris, il est loisible aux jurés de tirer une conclusion de l'abstention de l'accusé de témoigner, notamment dans un cas où l'on cherche à établir un alibi.

Le juge Martland a par la suite fait la remarque suivante, à la p. 292:

Le fait qu'un accusé, qui invoque un alibi, s'abstienne de témoigner et de se soumettre à un contre-interrogatoire est une question importante pour déterminer la valeur de ce moyen de défense.

Dans *Ambrose*, précité, les deux appelants avaient été déclarés coupables du meurtre qualifié de deux policiers. En appel, ils ont fait valoir divers moyens, dont cinq ont été considérés par la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick comme étant des erreurs du juge du procès, mais non des erreurs ayant entraîné une erreur judiciaire grave. Le juge Spence a terminé sa confirmation catégorique de la décision du juge Limerick de la Cour d'appel par un commentaire laconique sur le silence des deux accusés, aux pp. 727 et 728:

In addition, this Court is, of course, as was the Appeal Division, entitled to take cognisance of the fact that despite this mass of circumstantial evidence pointing well nigh irrefutably to the guilt of the accused neither of the accused offered any evidence in defence. I need not cite authority for the proposition that such a circumstance is a proper one for an Appellate Court to consider.

In *Leaney, supra*, the accused individuals were convicted of robbery, break and enter, and use of a firearm in connection with the robbery of a drug-store in Edmonton. On appeal, it was determined that the trial judge had erred in admitting videotape evidence as similar fact evidence. In concluding that there was no miscarriage of justice and that the verdict would necessarily have been the same absent the error, McLachlin J. commented on the importance of the silence of the accused at p. 418:

It is well-established that in considering whether a conviction may be upheld under s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, the court may take into account the accused's failure to explain evidence which connects him with the crime: *Avon v. The Queen*, [1971] S.C.R. 650, at p. 657.

Why, one might ask, has this Court commented so frequently on the effect of the accused's silence? Why has it arisen so often as an issue before this Court? The reason is simple: silence can be very probative. Consider, for example, a case of sexual assault where the victim describes her attacker as a man with a very unusual tattoo on the upper portion of his arm. Nothing allows the Crown to call the accused as its first witness, as it could do under an inquisitorial system of criminal justice. However, assuming the Crown, by adducing other evidence, establishes a case to meet (i.e. enough evidence to make a guilty verdict reasonable), would not every man wrongly accused who lacks the described tattoo roll up his sleeve in court to exonerate himself? See *R. v. Jackson*, B.C.C.A., January 15, 1991, Victoria Registry V01065,

De plus, à l'instar de la Division d'appel, cette Cour a naturellement le droit de prendre en considération le fait qu'en dépit de ce grand nombre de preuves indirectes qui indiquent presque irréfutablement la culpabilité des accusés, ces derniers n'ont produit aucune preuve en défense et n'ont cité aucun témoin. Il est inutile de citer ici quoi que ce soit pour confirmer qu'une cour d'appel peut, à bon droit, prendre ce fait en considération.

Dans *Leaney*, précité, les accusés avaient été déclarés coupables de vol qualifié dans une pharmacie à Edmonton, d'introduction par effraction et d'usage d'une arme à feu lors de la perpétration du vol. En appel, il a été déterminé que le juge du procès avait commis une erreur en admettant en preuve une bande vidéo à titre de preuve de faits similaires. Concluant qu'aucune erreur judiciaire grave n'avait été commise et que le verdict aurait nécessairement été le même en l'absence d'erreur, le juge McLachlin a fait l'observation suivante, à propos du silence de l'accusé, à la p. 418:

Il est bien reconnu que, pour déterminer s'il y a lieu de confirmer une déclaration de culpabilité en vertu du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*, la cour peut prendre en considération l'omission de l'accusé d'expliquer les éléments de preuve qui le relie au crime: *Avon c. La Reine*, [1971] R.C.S. 650, à la p. 657.

Pourquoi, pourrait-on se demander, notre Cour a-t-elle si fréquemment fait des observations sur l'effet du silence de l'accusé? Pourquoi cette question a-t-elle été soulevée si souvent devant notre Cour? La raison est simple: le silence peut avoir une grande force probante. Prenons comme exemple une affaire d'agression sexuelle où la victime décrit son agresseur comme étant un homme arborant un tatouage très singulier sur le bras. Rien ne permet au ministère public de citer l'accusé à la barre comme premier témoin, contrairement à ce qui serait possible dans un système inquisitoire de justice pénale. Toutefois, à supposer que le ministère public, par d'autres preuves, présente une preuve complète (c'est-à-dire suffisante pour qu'un verdict de culpabilité soit tenu pour raisonnable), est-ce que tout individu accusé à tort et n'ayant pas le tatouage en question ne relèverait pas sa manche devant le tribunal pour se disculper? Voir *R. c. Jackson*, C.A.C.-B., le 15 janvier 1991, greffe de

14

15

summarized 12 W.C.B. (2d) 270. In *Jackson*, the court said:

Any sensible jury would have asked itself this simple question. If the accused is not tattooed in the manner the complainant described why has he not established the fact? The jury's answer to itself can only have been something to this effect: in the absence of evidence that the accused is not thus tattooed we have no rational reason not to believe the complainant.

Under the right circumstances, as in *Jackson* and other cases, silence can be probative and form the basis for natural, reasonable, and fair inferences. As Ritchie J. said for the majority of this Court in *McConnell v. The Queen*, [1968] S.C.R. 802, at p. 809:

... it would be "most naive" to ignore the fact that when an accused fails to testify after some evidence of guilt has been tendered against him by the Crown, there must be at least some jurors who say to themselves "If he didn't do it, why didn't he say so".

16

Recognizing that silence can be probative, this Court has said in the above-mentioned cases that it is a factor that both juries and appellate courts may properly consider. To summarize, with respect to juries, this Court has said:

"it [the law] does not prevent the jury from taking the fact into account without being told" [*Corbett, supra*, at p. 280];

"a jury is free to draw, and I have no doubt frequently does draw from the failure, an inference adverse to the accused" [*Marcoux, supra*, at p. 775];

"it is open to a jury to draw an inference from the failure of the accused to testify" [*Vézeau, supra*, at p. 288];

"a jury is permitted to draw an adverse inference from the failure of an accused person to testify" [*François, supra*, at p. 835].

Similarly, with regard to the exercise of appellate court review of trial verdicts, this Court has said:

"the fact that [the] accused did not testify in the face of inculpatory facts was a matter which the Court of Appeal could place on the scale" [*Avon, supra*, at p. 657];

Victoria V01065, résumé à 12 W.C.B. (2d) 270. Dans cet arrêt, la cour a dit ceci:

[TRADUCTION] Tout juré sensé se serait posé cette question simple: si l'accusé n'est pas tatoué de la manière décrite par la plaignante, pourquoi n'a-t-il pas établi ce fait? Le juré ne peut répondre que par quelque chose du genre: en l'absence de preuve que l'accusé n'est pas ainsi tatoué, je n'ai aucune raison logique de ne pas croire la plaignante.

Lorsque les circonstances s'y prêtent, comme dans *Jackson* et dans d'autres affaires, le silence peut être probant et fonder des conclusions naturelles, raisonnables et justes. Comme l'a dit le juge Ritchie, pour la majorité de notre Cour, dans *McConnell c. The Queen*, [1968] R.C.S. 802, à la p. 809:

[TRADUCTION] ... on serait des plus naïfs si on mettait de côté le fait que lorsqu'un accusé ne témoigne pas il y a au moins quelques-uns des jurés qui se disent «s'il ne l'a pas fait, pourquoi ne le dit-il pas?»

Reconnaissant que le silence peut être probant, notre Cour a dit dans les arrêts précités qu'il constitue un facteur dont tant les jurys que les cours d'appel peuvent à juste titre tenir compte. En résumé, notre Cour a dit en ce qui a trait aux jurys:

«[la loi] n'empêche pas le jury de tenir compte d[le ce] fait sans qu'on le lui demande» [*Corbett, précité*, à la p. 280];

«un jury est libre d'en tirer une conclusion défavorable à l'accusé et je ne doute pas qu'il le fasse fréquemment» [*Marcoux, précité*, à la p. 775];

«il est loisible aux jurés de tirer une conclusion de l'absence de l'accusé de témoigner» [*Vézeau, précité*, à la p. 288];

«un jury peut tirer une conclusion défavorable de l'omission de témoigner d'un accusé» [*François, précité*, à la p. 835].

De même, en ce qui concerne l'examen par les cours d'appel des verdicts rendus au procès, notre Cour a dit ceci:

«que l'accusé n'ait pas témoigné quand des faits l'inculpaient, c'est une question que la Cour d'appel pouvait faire entrer en ligne de compte» [*Avon, précité*, à la p. 657];

“this Court may well consider his failure to testify as a factor in disposing of this appeal” [*Corbett, supra*, at p. 280];

“this Court is . . . entitled to take cognisance of the fact that despite this mass of circumstantial evidence pointing well nigh irrefutably to the guilt of the accused neither of the accused offered any evidence in defence” [*Ambrose, supra*, at pp. 727-28];

“It is well-established that in considering whether a conviction may be upheld . . . the court may take into account the accused’s failure to explain evidence which connects him with the crime” [*Leaney, supra*, at p. 418].

I interpret these passages to mean that juries and appellate courts are entitled to give weight to the fact of the accused’s silence. This is what courts typically mean when they use the expression “adverse inference”. This, I submit, is also what Fauteux C.J. meant when he stated that silence was “a matter which the Court of Appeal could place on the scale” (emphasis added). As long as the Crown has first made out a case to meet, there are certain situations where the web of inculpation fashioned by the Crown requires the accused to account for unexplained circumstances or face the probative consequences of silence.

My brother Sopinka disagrees. He asserts that these cases mean only that the silence of the accused can confirm verdicts or at most serve as the basis to refuse to speculate about unstated defences. Nothing, he says, provides that silence can be used as evidence itself. With respect, I find Sopinka J.’s interpretation difficult to support. For one, an inference which merely confirms prior conclusions of guilt is superfluous. As Professor R. J. Delisle has commented:

The essence of a criminal trial is whether the Crown has established its case beyond a reasonable doubt. If a jury

«cette Cour peut très bien considérer son abstention de rendre témoignage comme un facteur qui entre en ligne de compte pour décider du sort de l’appel» [*Corbett, précité*, à la p. 280];

«cette Cour a [. . .] le droit de prendre en considération le fait qu’en dépit de ce grand nombre de preuves indirectes qui indiquent presque irréfutablement la culpabilité des accusés, ces derniers n’ont produit aucune preuve en défense» [*Ambrose, précité*, aux pp. 727 et 728];

«Il est bien reconnu que, pour déterminer s’il y a lieu de confirmer une déclaration de culpabilité [. . .] la cour peut prendre en considération l’omission de l’accusé d’expliquer les éléments de preuve qui le relie au crime» [*Leaney, précité*, à la p. 418].

J’interprète ces passages comme indiquant que les jurys et les cours d’appel peuvent accorder un certain poids au fait que l’accusé a gardé le silence. C’est ce que les tribunaux veulent dire généralement quand ils utilisent l’expression «conclusion défavorable». À mon sens, c’est aussi ce que voulait dire le juge en chef Fauteux quand il a dit que le silence était «une question que la Cour d’appel pouvait faire entrer en ligne de compte» (je souligne). Pour autant que le ministère public a d’abord présenté une preuve complète, il arrive que le faisceau de preuves réunies contre l’inculpé oblige ce dernier à commenter des circonstances inexplicables sous peine de subir les conséquences de son silence sur le plan de la preuve.

Mon collègue le juge Sopinka n’est pas d’accord. Il affirme que ces arrêts établissent seulement que le silence de l’accusé peut servir à confirmer un verdict ou, tout au plus, à servir de fondement pour refuser de conjecturer sur des moyens de défense non invoqués. À son avis, rien n’indique que le silence en soi peut être utilisé comme élément de preuve. En toute déférence, j’estime que l’interprétation du juge Sopinka est difficile à défendre. Tout d’abord, une conclusion qui ne fait que confirmer les conclusions déjà tirées sur la question de la culpabilité est superfétatoire. Comme le fait remarquer le professeur R. J. Delisle:

[TRADUCTION] L’essence du procès pénal est la présentation par le ministère public d’une preuve hors de tout

17

18

cannot use the failure to testify to assist in its determination of whether they are satisfied beyond a reasonable doubt, then pray tell what the permissible adverse inference does? For what else can the jury use it?

(Annotation to *R. v. François* (1994), 31 C.R. (4th) 203, at p. 204.)

Second, I find it illogical for the Court to say that silence may be used by judges and juries but only to the extent that it highlights the fact that the Crown's evidence remains uncontradicted. Uncontradicted by whom? To allow a trial judge to instruct the jury that the evidence remains uncontradicted is just a coded message to remind the jury that the accused has not led any evidence in his or her own defence. The jurisprudence clearly establishes that, once the Crown has proffered a case to meet, the silence of an accused itself can be used in determining whether an accused is guilty beyond a reasonable doubt. I believe that we should be straightforward and say so.

19

I similarly cannot accept that because this is a novel case involving a trial judge sitting without a jury, these holdings are any less applicable to the case at bar. In my opinion, whatever the Court is prepared to say about the proper uses of an accused's silence, those principles must apply to all decision makers, be they trial judges, juries, or appellate courts. Sopinka J. acknowledges this in part. He asserts in his reasons at para. 95 that there is no reason in principle to treat a judge's role as trier of fact any differently from that of a jury. However, Sopinka J. does make the claim that the principles this Court has enunciated in the context of appellate review do not apply to a situation in which a trial judge is sitting alone. The reason, he suggests, is that the right to silence and the presumption of innocence do not apply to appellate review.

20

With respect, I find it profoundly illogical to say that trial judges and juries must not weigh the silence of the accused on the evidentiary scales, but in reviewing whether their verdicts are reasonable appellate courts can assume that they did.

doute raisonnable. Si le jury ne peut pas utiliser le défaut de témoigner pour décider s'il est convaincu hors de tout doute raisonnable, alors qu'on me dise à quoi sert la conclusion défavorable permise. À quelle autre fin le jury peut-il l'utiliser?

(Note accompagnant l'arrêt *R. c. François* (1994), 31 C.R. (4th) 203, à la p. 204.)

Ensuite, je suis d'avis qu'il serait illogique pour la Cour d'affirmer que le silence peut être utilisé par les juges et les jurys, mais seulement dans la mesure où il fait ressortir le fait que la preuve du ministère public n'a pas été contredite. Non contredite par qui? Permettre au juge du procès de dire aux jurés que la preuve n'a pas été contredite c'est leur rappeler à mots couverts que l'accusé n'a produit aucune preuve en défense. La jurisprudence établit clairement que, une fois que le ministère public a présenté une preuve complète, le silence même de l'accusé peut être utilisé afin de décider si celui-ci est coupable hors de tout doute raisonnable. Je crois que nous ne devrions pas faire de détour et que nous devrions l'affirmer.

De même, je ne puis admettre que, parce que nous sommes en présence d'un cas sans précédent, du fait que le juge du procès a siégé sans jury, ces arrêts ne s'y appliqueraient pas. À mon avis, quels que soient les principes que notre Cour est disposée à énoncer au sujet des utilisations qui peuvent être faites du silence de l'accusé, ils doivent s'appliquer, sans égard à l'identité du décideur, qu'il s'agisse du juge du procès, d'un jury ou d'une cour d'appel. Le juge Sopinka le reconnaît en partie. Il affirme, dans ses motifs, au par. 95, qu'il n'existe en principe aucune raison justifiant de faire de distinction entre un juge et un jury dans leur rôle de juge des faits. Toutefois, il affirme que les principes que notre Cour a énoncés dans le contexte de l'examen en appel ne s'appliquent pas aux procès où le juge siège sans jury, parce que, soutient-il, le droit de garder le silence et la présomption d'innocence ne s'appliquent pas à l'examen en appel.

En toute déférence, j'estime qu'il est profondément illogique d'affirmer que le juge qui préside un procès ou le jury ne doit pas apprécier la force probante du silence de l'accusé, mais que la cour d'appel peut supposer qu'il l'a fait, lorsqu'elle se

Such a holding would lead to disparate and unjust results. Consider the following two scenarios:

Scenario 1: A is charged with theft. A remains silent and the trier of fact follows the supposed rule against adverse inferences and does not weigh his silence as evidence. The other evidence against A, while strong, does not convince the trier of fact that he is guilty beyond a reasonable doubt. A is acquitted.

Scenario 2: A is charged with theft. A remains silent but the trier of fact, contrary to the supposed rule against adverse inferences, weighs his silence as evidence but says nothing of it. On the basis of his silence and the other evidence against him A is convicted.

According to Sopinka J., if A were to appeal his conviction in the second scenario under s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, the appellate court would be right to consider the silence of the accused in determining whether the initial verdict was unreasonable or unsupported by the evidence. In other words, it would be proper for appellate courts to tacitly approve errors of law.

I simply cannot conceive how a trial verdict that is a miscarriage of justice can be cured by an appellate court pursuant to s. 686(1)(b)(iii) because we say that certain *Charter* rights no longer apply on appeal. I similarly cannot understand how a verdict that would ordinarily be considered unreasonable can magically become reasonable pursuant to s. 686(1)(a)(i) simply because the case has progressed from one level of court to another. If the role of a trier of fact is to have any meaning, appellate courts must undertake their statutory responsibility to review the fitness of verdicts and to cure trial errors on the same understanding of the silence of an accused. I cannot endorse a criminal justice system in which an accused's silence may be used to a greater extent by appellate judges than by triers of fact at the trial level. Otherwise the Court is effectively sanctioning what it says is

demande si le verdict est raisonnable. Pareille conclusion entraînerait des résultats disparates et injustes. Prenons les deux scénarios suivants:

Premier scénario: A est inculpé de vol. Il garde le silence et le juge des faits suit la prétendue règle interdisant de tirer des conclusions défavorables et ne considère pas ce silence comme un élément de preuve probant. Bien qu'elles aient un certain poids, les autres preuves tendant à incriminer A ne convainquent pas le juge des faits que A est coupable hors de tout doute raisonnable. A est acquitté.

Deuxième scénario: A est inculpé de vol. Il garde le silence, mais le juge des faits déroge à la prétendue règle interdisant de tirer des conclusions défavorables et considère son silence comme un élément de preuve probant, mais n'en dit rien. Sur la foi de son silence et des autres preuves, A est déclaré coupable.

D'après le juge Sopinka, si A appelait de sa déclaration de culpabilité dans le second scénario, en vertu du sous-al. 686(1)a)(i) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, la cour d'appel pourrait à bon droit tenir compte du silence de l'accusé pour décider si le verdict initial était déraisonnable ou n'était pas appuyé par la preuve. Autrement dit, les cours d'appel pourraient à juste titre approuver tacitement des erreurs de droit.

Je ne peux tout simplement pas imaginer comment un verdict rendu au terme d'un procès et constituant une erreur judiciaire grave pourrait être réparé par une cour d'appel en vertu du sous-al. 686(1)b)(iii) parce que nous disons que certains droits garantis par la *Charte* ne s'appliquent pas en appel. Je ne vois pas non plus comment un verdict qui serait ordinairement tenu pour déraisonnable pourrait par magie devenir raisonnable au sens du sous-al. 686(1)a)(i) simplement parce qu'il est passé d'une juridiction à la suivante. Si l'on veut que le rôle du juge des faits ait un sens, les cours d'appel doivent, en s'acquittant du rôle que leur confie la loi, c'est-à-dire examiner le caractère approprié des verdicts et réparer les erreurs commises au procès, traiter le silence de l'accusé de la même façon que le juge des faits. Je ne saurais sanctionner un système de justice pénale dans

prohibited — inviting both judges and juries to use silence as evidence, but asking them to keep it quiet.

22

Admittedly, some of the past comments of this Court are ambiguous. I refer principally to this Court's recent judgment in *Lepage, supra*, a case on which I note that I did not sit. In *Lepage*, the accused was convicted by a judge sitting alone of possession of LSD for the purposes of trafficking. On appeal, one of the issues was whether the trial judge's verdict was unreasonable or unsupported by the evidence. This Court held that the verdict was proper, concluding, in part, that the trial judge would have been entitled to infer possession from the accused's failure to offer an explanation. Sopinka J. stated at pp. 670-71:

Although I have concluded above that Pardu J. did not draw any adverse inference from the respondent's failure to offer an explanation for the presence of his fingerprints, I note that once the Crown had proved a *prima facie* case, the trial judge would be entitled to draw such an inference in any event. The following passage from *R. v. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340 (C.A.), at pp. 347-48, is on point:

No adverse inference can be drawn if there is no case to answer. A weak prosecution's case cannot be strengthened by the failure of the accused to testify. But there seems to come a time, where, in the words of Irving J.A. in *R. v. Jenkins* (1908), 14 C.C.C. 221 at p. 230, 14 B.C.R. 61 (C.A.), "circumstantial evidence having enveloped a man in a strong and cogent network of inculpatory facts, that man is bound to make some explanation or stand condemned". That point, it seems to me, can only be the point where the prosecution's evidence, standing alone, is such that it would support a conclusion of guilt beyond a reasonable doubt. Viewed that way, it would be better said that the absence of defence evidence, including the failure of the accused to testify, justifies the conclusion that no foundation for a reasonable doubt could be found on the evidence. It is not so much that the failure to testify justifies an inference of guilt; it is rather that it fails to provide any basis to conclude

lequel le silence de l'accusé peut être utilisé dans une plus large mesure par les juges en appel que par le juge des faits au procès. Autrement, notre Cour se trouverait effectivement à autoriser ce qui, affirme-t-elle, est interdit — inviter les juges et les jurys à utiliser le silence en tant qu'élément de preuve, tout en leur demandant de ne pas le dire.

Il faut reconnaître que certaines des observations faites par notre Cour dans le passé sont ambiguës. J'en prends pour principal exemple l'arrêt récent *Lepage*, précité, affaire, remarquerai-je, que je n'ai pas entendue. L'accusé y avait été déclaré coupable, par un juge siégeant seul, de possession de LSD en vue d'en faire le trafic. En appel, l'une des questions litigieuses était de savoir si le verdict du juge du procès était déraisonnable ou n'était pas appuyé par la preuve. Notre Cour a décidé que le verdict était bien fondé, concluant en partie que le juge du procès pouvait tirer, de l'omission de l'accusé de s'expliquer, la conclusion qu'il était en possession de la drogue. Le juge Sopinka a dit ceci, aux pp. 670 et 671:

Même si j'ai conclu précédemment que le juge Pardu n'a pas tiré une conclusion défavorable de l'omission de l'intimé d'expliquer la présence de ses empreintes digitales, je précise que, du moment que le ministère public avait fait une preuve *prima facie*, le juge du procès pouvait, de toute façon, tirer pareille conclusion. Voici un passage pertinent de l'arrêt *R. c. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340 (C.A.), tiré des pp. 347 et 348:

[TRADUCTION] Aucune conclusion défavorable ne peut être tirée s'il n'y a aucune preuve à réfuter. L'omission de l'accusé de témoigner ne peut permettre de remédier à la faiblesse de la preuve de la poursuite. Or, il arrive un moment, semble-t-il, pour reprendre les termes du juge Irving dans *R. c. Jenkins* (1908), 14 C.C.C. 221, à la p. 230, 14 B.C.R. 61 (C.A.), où «une preuve circonstancielle, constituée d'un ensemble solide et convaincant de faits inculpatoirs, oblige un homme à fournir quelque explication sous peine d'être reconnu coupable». Il en est ainsi, selon moi, seulement lorsque la preuve de la poursuite, à elle seule, est de nature à appuyer une conclusion de culpabilité hors de tout doute raisonnable. Sous cet angle, il serait préférable de dire que l'absence de preuve de décharge, y compris l'omission de l'accusé de témoigner, justifie la conclusion qu'aucun motif de doute raisonnable ne pouvait ressortir de la preuve. Ce n'est pas tant que l'omission de témoigner

otherwise. When linked in that fashion to the strength of the Crown's case, the failure to testify is no different than the failure to call other defence evidence If the Crown's case cries out for an explanation, an accused must be prepared to accept the adverse consequences of his decision to remain silent: *R. v. Boss* (1988), 46 C.C.C. (3d) 523, 68 C.R. (3d) 123 (C.A.), at p. 542 C.C.C., p. 42 (*sic*) C.R. But the failure to testify cannot be used as simply one of the circumstances from which the guilt of the accused can be inferred: *R. v. Armstrong* (1989), 52 C.C.C. (2d) 190 As Doherty J. pointed out in *R. v. Manchev*, an unreported judgment of the Ontario High Court, August 23, 1990, the accused's failure to testify is not an independent piece of evidence to be placed on the evidentiary scale. It is rather a feature of the trial which may assist in deciding what inferences should be drawn from the evidence adduced. [Emphasis added by Sopinka J.]

Sopinka J. seems to imply in his reasons today that we should effectively read out of this passage the initial references to "adverse inferences" and "*prima facie*" case. Instead, we should understand *Lepage* as a case in which the accused's silence merely served to confirm the trial judge's verdict. I can only say that upon a careful reading I interpret *Lepage* to mean two things: (1) given the existence of a *prima facie* case, the trial judge would have been entitled to draw an adverse inference against the accused; and (2) given the totality of the incriminating evidence, there was no need to draw such an inference in that case; the silence of the accused merely served to confirm what was obvious. In my opinion, these conclusions are not mutually exclusive.

Moreover, we can all agree that the passage from *R. v. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340 (C.A.), as quoted by Sopinka J. in *Lepage*, is at best unclear. As much as parts of Arbour J.A.'s reasons seem to suggest that the accused's silence

justifie une conclusion de culpabilité; c'est plutôt qu'elle prive le tribunal de motifs de tirer une autre conclusion. Lorsqu'elle est ainsi rattachée à la solidité de la preuve du ministère public, l'omission de témoigner ne diffère en rien de l'omission de présenter d'autres éléments de preuve à décharge [. . .] Lorsque la preuve du ministère public exige une explication, l'accusé doit être disposé à accepter les conséquences défavorables de sa décision de garder le silence: *R. c. Boss* (1988), 46 C.C.C. (3d) 523 (C.A.), à la p. 542, 68 C.R. (3d) 123, à la p. 42 (*sic*). Cependant, l'omission de témoigner ne peut être invoquée simplement comme l'une des circonstances à partir desquelles on peut conclure à la culpabilité de l'accusé: *R. c. Armstrong* (1989), 52 C.C.C. (2d) 190 [. . .] Comme le juge Doherty l'a fait remarquer dans *R. c. Manchev*, un jugement inédit de la Haute Cour de l'Ontario, en date du 23 août 1990, l'omission de l'accusé de témoigner ne constitue pas un élément de preuve indépendant dont il faut apprécier la force probante. Il s'agit plutôt d'une caractéristique du procès qui peut aider à déterminer quelles conclusions devraient être tirées de la preuve présentée. [Souligné par le juge Sopinka.]

Le juge Sopinka semble laisser entendre dans ses motifs dans le présent pourvoi que nous devrions effectivement faire abstraction, dans le passage précité, de la mention, faite au début de celui-ci, des «conclusions défavorables» et de la preuve «*prima facie*». Et que nous devrions plutôt interpréter *Lepage* comme étant un cas où le silence de l'accusé a simplement servi à confirmer le verdict du juge du procès. Je dirais uniquement qu'après un examen attentif j'interprète l'arrêt *Lepage* comme signifiant deux choses: (1) vu l'existence d'une preuve *prima facie*, le juge du procès aurait été en droit de tirer une conclusion défavorable à l'accusé; (2) eu égard à l'ensemble de la preuve inculpatrice, il n'était pas nécessaire de tirer une telle conclusion dans cette affaire; le silence de l'accusé n'a servi qu'à confirmer ce qui était évident. À mon avis, ces conclusions ne s'excluent pas.

De plus, tout le monde s'accordera pour dire que le passage tiré de *R. c. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340 (C.A.), que reproduit le juge Sopinka dans *Lepage*, est au mieux confus. Autant certaines parties des motifs du juge Arbour semblent

cannot be used as a “make-weight”, other parts indicate otherwise. In the two paragraphs immediately following the passage quoted by Sopinka J., Arbour J.A. stated the following at pp. 348-49:

On the other hand, in the face of proven facts calling out for an explanation, the failure of the accused to testify has evidentiary significance when the accused is in a unique position to provide such an explanation. Failure to testify is not evidence of guilt. It cannot be used to relieve the Crown of its burden of proving guilt beyond a reasonable doubt. However, when an innocent explanation for an incriminating set of facts is not offered by the accused, or when his explanation comes solely from an out-of-court statement which has been introduced in evidence, if he does not submit himself to cross-examination, the judge or jury may properly draw from that an inference unfavourable to the accused.

In short, judges, like juries, may draw an inference from the failure of the accused to testify, but only in circumstances where the inference is justified. For one thing, if, at the end of the prosecution’s case, the evidence is such that a properly instructed jury, acting reasonably, could not convict, the accused is entitled to an acquittal, on a motion to that effect, without having been called to tender a defence, let alone to testify. However, assuming that the prosecution’s case is strong enough to survive a motion for a directed verdict, and that there is therefore a case for the defence to answer, it is not always appropriate to draw an inference of guilt from the accused’s failure to testify. The inference is linked not only to the strength of the Crown’s case, but also to the logical expectation of an innocent explanation which can either come only from the accused, or, as in the case of an alibi, would be strengthened by his oath. [Emphasis added.]

It seems to me that the apparent wavering by Arbour J.A. on the propriety of adverse inferences relates to her concern that they not be drawn in every case, but only those cases where there is a “logical expectation of an innocent explanation”. Indeed in stating that “it is not always appropriate to draw an inference of guilt from the accused’s failure to testify”, Arbour J.A. is clearly implying that “inferences of guilt” sometimes are appropri-

indiquer que le silence de l’accusé ne peut être utilisé comme «complément de preuve», autant d’autres parties indiquent le contraire. Dans les deux paragraphes qui suivent le passage cité par le juge Sopinka, le juge Arbour a dit ce qui suit, aux pp. 348 et 349:

[TRADUCTION] En revanche, si les faits prouvés appellent une explication, le défaut de témoigner de l’accusé est important sur le plan de la preuve si ce dernier est le mieux placé pour fournir cette explication. Le défaut de témoigner ne prouve pas la culpabilité. Elle ne peut pas être invoquée pour dispenser le ministère public de la charge qu’il a d’établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Toutefois, quand l’accusé ne donne pas, à l’égard d’un ensemble de faits inculpatives, d’explication tendant à l’innocenter ou quand son explication vient seulement d’un aveu extrajudiciaire présenté en preuve, qu’il ne se soumet pas à un contre-interrogatoire, le juge ou le jury peut à bon droit tirer une conclusion défavorable à l’accusé.

Bref, les juges, comme les jurys, peuvent tirer une conclusion du défaut de l’accusé de témoigner, mais seulement dans les cas où cette conclusion est justifiée. D’une part, si, une fois la preuve du ministère public close, la preuve est telle qu’un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement ne pourrait pas déclarer l’accusé coupable, ce dernier a le droit d’être acquitté, sur présentation d’une requête en ce sens, sans avoir à présenter de défense, encore moins à témoigner. Toutefois, à supposer que la preuve du ministère public soit suffisante pour résister à une requête pour un verdict imposé, et donc qu’il y ait une preuve à laquelle la défense doit répondre, il n’est pas toujours indiqué de tirer une conclusion de culpabilité du défaut de l’accusé de témoigner. La conclusion est rattachée non seulement à la solidité de la preuve du ministère public, mais aussi à l’attente logique d’une explication tendant à innocenter qui ne peut être fournie que par l’accusé, ou qui, par exemple en matière d’alibi, serait renforcée par le fait qu’elle serait donnée sous serment par celui-ci. [Je souligne.]

Il me semble que l’oscillation évidente du juge Arbour quant à l’opportunité de tirer des conclusions défavorables procède de son souci que de telles conclusions ne soient pas tirées dans tous les cas, mais seulement dans ceux où il y a une [TRADUCTION] «attente logique d’une explication tendant à innocenter». En effet, en affirmant qu’«il n’est pas toujours indiqué de tirer une conclusion de culpabilité du défaut de l’accusé de témoigner»,

ate. As I have said before, this occurs where the accused is “enveloped . . . in a strong and cogent network of inculpatory facts”.

The Right of Non-Compellability and the Presumption of Innocence

The act of drawing adverse inferences from the silence of an accused is not contrary to the accused’s right of non-compellability or the presumption of innocence. This point becomes clear upon a proper understanding of the case to meet.

If the Crown establishes a case to meet, such that its case cannot be non-suited by a motion for a directed verdict of acquittal, it has put forth, by definition, sufficient evidence upon which a jury, properly instructed, could reasonably convict. Put differently, when the Crown provides a case to meet, all of the evidence to sustain a conviction has been put forth by the Crown in keeping with its burden of proof. As Professor R. J. Delisle has argued:

Some object that permitting an inference of guilt modifies the burden of proof. But query whether this is so. The prosecution has the burden of proving the accused’s guilt beyond a reasonable doubt and the Crown will not have discharged that burden, if at all, until the end of the case after all the evidence has been heard. The defendant’s silence may be treated as a piece of evidence in assisting the discharge of the Crown’s burden, it may constitute part of the totality of the evidence, but that does not mean the burden of proof has been shifted.

(“Silence at Trial: Inferences and Comments” (1997), 1 C.R. (5th) 313, at pp. 318-19.)

If a conviction is subsequently entered, regardless of the use of the accused’s silence, the trier of fact has concluded that the Crown has proved its case beyond a reasonable doubt, and nothing else. As

le juge Arbour laisse clairement entendre que parfois des «conclusions de culpabilité» sont indiquées. Comme je l’ai dit précédemment, c’est le cas lorsque l’accusé est confronté à [TRADUCTION] «un ensemble solide et convaincant de faits inculpatatoires».

Le droit de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même et la présomption d’innocence

Le fait de tirer des conclusions défavorables du silence de l’accusé ne va pas à l’encontre du droit de l’accusé de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même ni de la présomption d’innocence. Ce point ressort clairement d’une bonne interprétation du principe de la preuve complète. 25

Si le ministère public présente une preuve complète, une preuve telle qu’elle n’est pas vulnérable à une requête sollicitant un verdict imposé d’acquiescement, il a alors produit, par définition, une preuve suffisante pour qu’un jury ayant reçu des directives appropriées puisse raisonnablement déclarer l’accusé coupable. Autrement dit, lorsque le ministère public présente une preuve complète, il s’est conformé au fardeau de la preuve qui lui incombe, et tous les éléments de preuve permettant de justifier une déclaration de culpabilité ont alors été produits. Pour reprendre l’argumentation du professeur R. J. Delisle: 26

[TRADUCTION] Certains protestent que permettre une conclusion de culpabilité modifie le fardeau de la preuve. Voyons cependant si c’est bien le cas. L’accusation a le fardeau de prouver la culpabilité de l’accusé hors de tout doute raisonnable et elle ne se sera acquittée de ce fardeau, si tant est qu’elle y soit parvenue, qu’à l’issue du procès, quand toute la preuve aura été présentée. Le silence de l’accusé peut être considéré comme un élément de preuve permettant à l’accusation de s’acquiescer de son fardeau. Il peut faire partie de la totalité de la preuve, mais cela ne signifie pas qu’il y a eu déplacement du fardeau de la preuve.

(«Silence at Trial: Inferences and Comments» (1977), 1 C.R. (5th) 313, aux pp. 318 et 319.)

Si une déclaration de culpabilité est par la suite inscrite, indépendamment de l’utilisation qui a été faite du silence de l’accusé, le juge des faits a conclu que le ministère public avait fait la preuve hors

Professor D. M. Paciocco observes in *Charter Principles and Proof in Criminal Cases* (1987), at p. 495:

As indicated earlier, it seems clear that this principle of a case to meet relates to the Crown's obligation to present a *prima facie* case so as to avoid being non-suited by a motion for a directed verdict of acquittal. It does not refer to the Crown's ultimate burden of proving guilt beyond a reasonable doubt. If this is so, once the Crown meets its case, the accused can quite legitimately be expected to respond, whether by testifying or otherwise, and his failure to do so can be used as the basis for logical inferences without violating the principle.

27

Those who are unconvinced by this perspective urge the Court to read the right to silence and the presumption of innocence together. They contend that any use of silence which takes a case to meet to the level of a case beyond a reasonable doubt is using the accused's *Charter* right to silence to meet the Crown's burden. The flaw in this argument is twofold. First, it ignores the reality that when an accused adduces no evidence in his or her own defence, a case to meet and a case beyond a reasonable doubt are simply separate standards, applied at different stages in a trial, to the very same case put forth by the Crown. In other words, they are different ways of looking at the same evidence presented by the Crown in keeping with its burden of proof. Second, and more importantly, it is not so much a matter of comparing a case to meet to a case beyond a reasonable doubt. As I have said repeatedly, these adverse inferences are not appropriate in every case which passes the case to meet threshold. It is only where a case to meet has been put forth and the accused is enveloped in a "cogent network of inculpatory facts" that triers of fact may draw inferences from an accused's silence.

de tout doute raisonnable, et rien de plus. Comme le fait observer le professeur D. M. Paciocco dans *Charter Principles and Proof in Criminal Cases* (1987), à la p. 495:

[TRADUCTION] Comme nous l'avons vu, il semble clair que le principe de l'obligation de présenter une preuve complète s'entend de l'obligation faite au ministère public de présenter une preuve *prima facie* non susceptible d'être écartée par une requête sollicitant un verdict imposé d'acquiescement. Elle ne s'entend pas de la charge ultime du ministère public d'établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Dans ce cas, une fois que le ministère public a présenté une preuve complète, on peut tout à fait légitimement s'attendre à ce que l'accusé réponde, soit en témoignant, soit par toute autre preuve, et son omission de répondre peut permettre de tirer des conclusions logiques sans que le principe soit violé.

Ceux qui ne sont pas convaincus par ce point de vue exhortent notre Cour à lire en corrélation le droit de garder le silence et la présomption d'innocence. Pour eux, se servir du silence de l'accusé pour faire d'une preuve complète une preuve hors de tout doute raisonnable, c'est utiliser le droit au silence garanti à l'accusé par la *Charte* pour permettre au ministère public de s'acquiescer de son fardeau. Cet argument est défectueux à deux égards. Premier point, il ne tient pas compte du fait que, lorsque l'accusé ne produit pas de preuve pour sa défense, la norme de la preuve complète et celle de la preuve hors de tout doute raisonnable sont simplement des normes différentes, appliquées à des étapes distinctes du procès, pour apprécier la preuve présentée par le ministère public. En d'autres mots, elles sont des façons différentes d'examiner les mêmes éléments de preuve présentés par le ministère public conformément au fardeau qui lui incombe à cet égard. Deuxième point, plus important encore, la question n'est pas tant de comparer la preuve complète à la preuve hors de tout doute raisonnable. Comme je l'ai maintes fois répété, de telles conclusions défavorables ne sont pas indiquées dans tous les cas où la norme préliminaire de la preuve complète est respectée. Ce n'est que dans ceux où une preuve complète a été présentée et où l'accusé est confronté à un [TRADUCTION] «ensemble [. . .] convaincant de faits inculpatoyes» que le juge des faits peut tirer des conclusions du silence de l'accusé.

This does not mean that the Crown is entitled to use the silence of the accused to establish its case to meet. In *Dubois, supra*, the Crown sought to have the accused's murder confession from his first trial read into evidence at his second trial, where he decided to remain silent. In the reasons of the majority, I discussed at length the meaning of the right of non-compellability and the presumption of innocence in the context of a case to meet at pp. 357-58:

Section 11(d) imposes upon the Crown the burden of proving the accused's guilt beyond a reasonable doubt as well as that of making out the case against the accused before he or she need respond

The Crown's "burden of establishing guilt" and the "right of silence", *i.e.*, the concept of a "case to meet", which are essential elements of the presumption of innocence, also underlie the non-compellability right. For, as Professor Ratushny has written,

In many ways, it is the principle of a 'case to meet' which is the real underlying protection which the 'non-compellability' rule seeks to promote. The important protection is not that the accused need not testify, but that the Crown must prove its case before there can be any expectation that he will respond, whether by testifying himself, or by calling other evidence. However, even where a 'case to meet' has been presented, the burden of proof remains upon the Crown to the end.

("The Role of the Accused in the Criminal Process", in Tarnopolsky and Beaudoin (eds.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1982), at pp. 358-59.)

The accused need only respond once. The Crown must present its evidence at an open trial. The accused is entitled to test and to attack it. If it does not reach a certain standard, the accused is entitled to an acquittal. If it does reach that standard, then and only then is the accused required to respond or to stand convicted.

Cela ne veut pas dire que le ministère public a le droit d'utiliser le silence de l'accusé pour établir sa preuve complète contre ce dernier. Dans *Dubois*, précité, le ministère public avait cherché à verser en preuve, au second procès de l'accusé, au cours duquel celui-ci avait choisi de garder le silence, le témoignage qu'il avait rendu au premier procès, où il avait confessé avoir commis le meurtre. Dans les motifs rédigés au nom de la majorité, j'ai examiné en profondeur la signification du droit de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même et de la présomption d'innocence dans le contexte de l'obligation de présenter une preuve complète, aux pp. 357 et 358:

L'alinéa 11d) impose à la poursuite le fardeau de démontrer la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable ainsi que de présenter sa preuve contre l'accusé avant que celui-ci n'ait besoin de répondre . . .

Le fardeau qui incombe à la poursuite «d'établir la culpabilité», et le «droit au silence», c.-à-d. l'obligation de présenter une «preuve complète» qui constituent les éléments essentiels de la présomption d'innocence, sont également sous-jacents au droit de ne pas être obligé de témoigner. Ainsi comme l'a écrit le professeur Ratushny:

À plusieurs égards, l'obligation pour la Couronne de présenter une «preuve complète» constitue au fond, la véritable protection que veut atteindre la règle interdisant de contraindre l'accusé à témoigner. Ce n'est pas le fait que l'accusé ne soit pas obligé de témoigner qui le protège mais le fait que la Couronne soit obligée de prouver l'accusation avant qu'on s'attende à une réaction de sa part, soit qu'il témoigne lui-même, qu'il fasse entendre d'autres témoins ou qu'il présente toute autre preuve. Même lorsque la Couronne a présenté une «preuve complète» elle conserve jusqu'à la fin le fardeau de la preuve.

(«Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle», dans Beaudoin et Tarnopolsky (éd.), *Charte canadienne des droits et libertés* (1982), à la p. 448.)

[TRADUCTION] L'accusé n'est tenu de répondre à l'accusation qu'une seule fois. La Couronne doit présenter sa preuve à un procès public. L'accusé a le droit d'éprouver cette preuve et de la contester. Si cette preuve ne satisfait pas à certains critères, l'accusé a le droit d'être acquitté. Ce n'est que si la preuve satisfait à certains critères que l'accusé sera tenu d'y répondre ou de courir le risque d'une déclaration de culpabilité.

(*Self-incrimination in the Canadian Criminal Process* (1979), at p. 180.)

As such, the concept of the “case to meet” is common to ss. 11(c), (d) and 13. In the context of ss. 11(c) and 13, it means specifically that the accused enjoys “the initial benefit of a right of silence” (*R. v. Appleby, supra*) and its corollary, protection against self-incrimination.

29

Nine years later, I similarly evaluated the notion of a case to meet in *P. (M.B.)*, *supra*. In *P. (M.B.)* the accused was charged with indecent assault and with having sexual intercourse with his niece when she was under the age of 14. The primary issue on appeal was whether the trial judge erred by allowing the Crown to reopen its case after defence counsel indicated its intention to present an alibi defence and the Crown thereby realized that it had gotten the relevant dates of the assaults wrong. In discussing prejudice and the harms to be avoided by prohibiting the Crown to reopen its case, I highlighted the notions of the “case to meet” and the adverse inferences that can be drawn against an accused who chooses not to respond to a case against him. I wrote at p. 579:

At trial, accused persons continue to be protected by a right to silence. Specifically, they cannot be compelled to testify, and they have a right not to have their testimony used against them in future proceedings. These protections against testimonial compulsion of the accused have been constitutionalized in s. 11(c) (right of the accused not to be compelled to testify) and s. 13 (right of witness not to have his or her testimony from one proceeding used to incriminate him or her in a subsequent proceeding) of the *Charter*. As this Court observed in *Dubois, supra*, at p. 357, when combined with s. 11(d) (presumption of innocence), ss. 11(c) and 13 of the *Charter* protect the basis tenet of justice that the Crown must establish a “case to meet” before there can be any expectation that the accused should respond.

All of these protections, which emanate from the broad principle against self-incrimination, recognize

(*Self-incrimination in the Canadian Criminal Process* (1979), à la p. 180.)

Comme tel, le principe de l'obligation de présenter une «preuve complète» est commun aux al. 11c), d) et à l'art. 13. Dans le contexte de l'al. 11c) et de l'art. 13, il signifie précisément que l'accusé jouit de «l'avantage initial du droit au silence» (*R. c. Appleby*, précité) et de son corollaire, la protection contre l'auto-incrimination.

Neuf ans plus tard, j'ai examiné de la même façon le principe de l'obligation de présenter une preuve complète dans *P. (M.B.)*, précité. Dans cette affaire, l'accusé avait été inculpé d'avoir attenté à la pudeur de sa nièce et d'avoir eu des rapports sexuels avec celle-ci alors qu'elle était âgée de moins de 14 ans. La principale question litigieuse en appel était de savoir si le juge du procès avait commis une erreur en permettant au ministère public de rouvrir sa preuve après que l'avocat de la défense eût indiqué son intention de présenter une défense d'alibi et que le ministère public se fût ainsi rendu compte que les dates pertinentes des agressions sexuelles étaient erronées. Au sujet du préjudice que vise à éviter l'interdiction faite au ministère public de rouvrir sa preuve, j'ai souligné les principes de l'obligation de présenter une «preuve complète» et du droit de tirer des conclusions défavorables à un accusé qui choisit de ne pas répondre à la preuve présentée contre lui. Voici ce que j'ai écrit, à la p. 579:

Au procès, les accusés continuent d'être protégés par le droit au silence. Plus précisément, ils ne peuvent être contraints de témoigner et ils ont droit à ce que leurs témoignages ne soient pas utilisés contre eux dans des procédures à venir. Ces protections contre la contrainte de l'accusé à témoigner ont été constitutionnalisées à l'al. 11c) (droit de l'accusé de ne pas être contraint de témoigner) et à l'art. 13 (droit du témoin à ce que son témoignage dans des procédures ne soit pas utilisé pour l'incriminer dans des procédures subséquentes) de la *Charte*. Comme notre Cour l'a fait remarquer dans l'arrêt *Dubois*, précité, à la p. 357, lorsqu'ils sont conjugués à l'al. 11d) (présomption d'innocence), l'al. 11c) et l'art. 13 de la *Charte* protègent le précepte fondamental de justice selon lequel le ministère public doit avoir présenté une «preuve complète» pour qu'on puisse s'attendre à une réaction de la part de l'accusé.

Toutes ces protections qui découlent du principe général interdisant l'auto-incrimination reconnaissent

that it is up to the state, with its greater resources, to investigate and prove its own case, and that the individual should not be conscripted into helping the state fulfil this task. Once, however, the Crown discharges its obligation to present a *prima facie* case, such that it cannot be non-suited by a motion for a directed verdict of acquittal, the accused can legitimately be expected to respond, whether by testifying him or herself or calling other evidence, and failure to do so may serve as the basis for drawing adverse inferences: *Dubois, supra*, at pp. 357-58; D. M. Paciocco, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases* (1987), at p. 495. In other words, once there is a "case to meet" which, if believed, would result in conviction, the accused can no longer remain a passive participant in the prosecutorial process and becomes — in a broad sense — compellable. That is, the accused must answer the case against him or her, or face the possibility of conviction. [Emphasis in original.]

In this respect, the act of drawing adverse inferences is conceptually similar to evidentiary reverse onus provisions in the *Criminal Code*. The *Criminal Code* is replete with provisions which, for the sake of doing justice, reverse the evidentiary burden of proof upon the accused where the Crown has proved minimal elements of an offence and the accused, because of his singular position, has knowledge which is peculiar to him-or herself. For example, s. 348 provides:

348. . . .

(2) For the purposes of proceedings under this section, evidence that an accused

(a) broke and entered a place or attempted to break and enter a place is, in the absence of evidence to the contrary, proof that he broke and entered the place or attempted to do so, as the case may be, with intent to commit an indictable offence therein. . . . [Emphasis added.]

Similar reversals of the evidentiary burden of proof exist in cases of: (a) possession of stolen property; (b) care and control of a vehicle while intoxicated; (c) possession of a vehicle with its Vehicle Identification Number removed; (d) fighting or baiting of animals; (e) cattle theft; (f) common betting/gaming house; (g) fraud by holder of fire insurance; (h) living on the avails of prostitu-

qu'il incombe à l'État, qui dispose de plus de ressources, d'enquêter et de prouver ses allégations, et que le particulier ne devrait pas être contraint d'aider l'État à remplir cette tâche. Toutefois, quand le ministère public s'acquitte de son obligation de présenter une preuve *prima facie* non susceptible d'être écartée par une requête en obtention d'un verdict imposé d'acquiescement, on peut légitimement s'attendre à ce que l'accusé réagisse en témoignant lui-même ou en citant d'autres témoins, et le défaut de le faire peut justifier des conclusions contraires: *Dubois*, précité, aux pp. 357 et 358; D. M. Paciocco, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases* (1987), à la p. 495. En d'autres termes, lorsqu'on a présenté une «preuve complète» qui, si on y ajoute foi, entraînerait une déclaration de culpabilité, l'accusé ne peut plus demeurer passif dans le processus accusatoire et devient — dans un sens large — contraignable, c'est-à-dire que l'accusé doit répondre à la preuve présentée contre lui ou courir le risque d'être déclaré coupable. [Souligné dans l'original.]

À cet égard, le fait de tirer des conclusions défavorables se rapproche, sur le plan conceptuel, des dispositions du *Code criminel* établissant une inversion du fardeau de la preuve. De nombreuses dispositions déplacent ainsi le fardeau de la preuve vers l'accusé, dans l'intérêt de la justice, lorsque le ministère public a prouvé les éléments minimaux d'une infraction et que l'accusé, en raison de sa situation particulière, est seul en mesure de connaître certains faits. Par exemple, l'art. 348 prévoit ce qui suit:

348. . . .

(2) Aux fins de poursuites engagées en vertu du présent article, la preuve qu'un accusé:

a) s'est introduit dans un endroit par effraction ou a tenté de le faire constitue, en l'absence de preuve contraire, une preuve qu'il s'y est introduit par effraction ou a tenté de le faire, selon le cas, avec l'intention d'y commettre un acte criminel . . . [Je souligne.]

Le fardeau de la preuve est aussi déplacé dans les cas suivants: a) possession de biens volés; b) garde et contrôle d'un véhicule à moteur lorsque la capacité de conduire est affaiblie; c) possession d'un véhicule dont le numéro d'identification a été oblitéré; d) combat ou harcèlement d'animaux; e) vol de bétail; f) maison de jeu ou de pari; g) fraude par un détenteur d'une police d'assurance-incendie;

tion, etc. In such cases Parliament has seen fit to require the accused to furnish some evidence to explain what would otherwise be unexplainable. In my opinion, drawing adverse inferences from the silence of the accused is akin to a general proclamation from Parliament, for all offences, that where the accused is trapped by a host of inculpatory evidence to which only he or she can answer, the accused should offer an explanation or face the risk that there may be negative consequences from his or her silence.

h) vivre des produits de la prostitution; etc. En pareils cas, le législateur a jugé bon d'exiger que l'accusé fournisse des preuves expliquant ce qui, autrement, serait inexplicable. À mon avis, permettre que soient tirées des conclusions défavorables du silence de l'accusé équivaut à une proclamation générale du législateur que, pour toutes les infractions, quand l'accusé est confronté à un faisceau de preuves inculpatrices auxquelles lui seul est à même de répondre, il doit donner une explication ou courir le risque de subir des conséquences négatives de son silence.

31 In this respect, it is important to note that while few of these reverse onus provisions have been challenged as violations of an accused's rights, those *Criminal Code* sections that have been contested have either been held not to violate the right to silence or the presumption of innocence or at the very least have been upheld as reasonable limits to an accused's *Charter* rights under s. 1. See e.g. *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303; *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10.

Sous ce rapport, il importe de souligner que, même si peu de ces dispositions établissant une inversion du fardeau de la preuve ont été contestées pour le motif qu'elles violaient les droits de l'accusé, pour ce qui est des articles du *Code criminel* qui l'ont été, il a été jugé qu'ils ne violaient pas le droit de garder le silence ou la présomption d'innocence, ou à tout le moins qu'ils étaient valides en tant que limites raisonnables, au sens de l'article premier, des droits garantis à l'accusé par la *Charte*. Voir, par exemple, les arrêts *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303; *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10.

32 In *Appleby*, *supra*, the accused was charged with having the care and control of a motor vehicle while impaired contrary to what was then s. 222 of the *Criminal Code*. The accused sought to rebut the statutory presumption in s. 222 of care and control by arguing that he had entered the front seat of his cab to radio for help rather than to operate the vehicle. In a concurring judgment upholding the accused's conviction, Laskin J. (as he then was) discussed the meaning of the presumption of innocence and the right to silence under Canadian criminal law. He stated, at pp. 317-18:

Dans *Appleby*, précité, l'accusé avait été inculpé d'avoir eu la garde et le contrôle d'un véhicule lorsque sa capacité de conduire était affaiblie, infraction qui était alors prévue à l'art. 222 du *Code criminel*. L'accusé a cherché à repousser la présomption de garde et de contrôle établie par cet article en soutenant qu'il avait pris place sur le siège du conducteur, dans son taxi, non pas pour conduire le véhicule mais plutôt pour demander de l'aide par radio. Dans une opinion concordante, confirmant la déclaration de culpabilité de l'accusé, le juge Laskin (plus tard Juge en chef) a analysé le sens, en droit pénal canadien, de la présomption d'innocence et du droit de garder le silence. Il a déclaré ceci, aux pp. 317 et 318:

The "right to be presumed innocent", of which s. 2(f) [of the *Canadian Bill of Rights*] speaks, is, in popular terms, a way of expressing the fact that the Crown has the ultimate burden of establishing guilt; if there is any reasonable doubt at the conclusion of the case on any element

Le «droit à la présomption d'innocence» dont parle l'art. 2(f) [de la *Déclaration canadienne des droits*] signifie, en termes populaires, que le fardeau ultime d'établir la culpabilité incombe au ministère public. Si, à la fin des plaidoiries, il existe un doute raisonnable

of the offence charged, an accused person must be acquitted. In a more refined sense, the presumption of innocence gives an accused the initial benefit of a right of silence and the ultimate benefit (after the Crown's evidence is in and as well any evidence tendered on behalf of the accused) of any reasonable doubt: see *Coffin v. U.S.*

What I have termed the initial benefit of a right of silence may be lost when evidence is adduced by the Crown which calls for a reply. This does not mean that the reply must necessarily be by the accused himself. However, if he alone can make it, he is competent to do so as a witness in his own behalf; and I see nothing in this that destroys the presumption of innocence. It would be strange, indeed, if the presumption of innocence was viewed as entitling an accused to refuse to make any answer to the evidence against him without accepting the consequences in a possible finding of guilt against him.

The same "care and control" provision of the *Criminal Code* was challenged under the *Charter* in *Whyte, supra*. In *Whyte*, the accused was found in an impaired state in the driver's seat of his car with his body slumped over the steering wheel. The key was in the ignition, but the engine was not running. This Court held that its previous characterization of the legal effect of the "care and control" reverse onus provision in *Appleby* was still relevant under the *Charter* but not conclusive of whether the section amounted to an infringement. Indeed the Court held that the provision did violate the accused's s. 11(d) rights, but that it was a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*.

That is not to say that the act of drawing adverse inferences is contrary to the presumption of innocence. It is crucial to recognize that the *Criminal Code*'s reverse onus provisions are triggered upon proof of some elements of an offence and not a full case to meet. Put differently, the statutory reversal of the evidentiary burden of proof presumes key elements of an offence — the act of drawing adverse inferences does not. In fact, in the one case where a reverse onus provision (in the *Narcotic Control Act*) was held to be constitutionally infirm,

relativement à tout élément de l'accusation, le prévenu doit être acquitté. Plus précisément, la présomption d'innocence donne au prévenu l'avantage initial du droit au silence et l'avantage ultime (après la présentation de la preuve du ministère public et de toute autre preuve pour le compte du prévenu) de tout doute raisonnable: voir *Coffin v. U.S.*

Ce que j'ai appelé l'avantage initial du droit au silence peut être perdu lorsque la preuve du ministère public exige une réponse. Cela ne signifie pas que la réponse doit nécessairement venir du prévenu lui-même. Cependant, s'il est le seul à pouvoir répondre, il est habile à le faire en qualité de témoin pour son propre compte et je ne vois là rien qui détruit la présomption d'innocence. Il serait étrange, en effet, de considérer la présomption d'innocence comme donnant au prévenu le droit de refuser de répondre à la preuve présentée contre lui sans accepter les conséquences résultant d'une déclaration de culpabilité éventuelle prononcée contre lui.

La même disposition du *Code criminel* concernant «la garde et le contrôle» a été contestée en vertu de la *Charte* dans *Whyte*, précité. Dans cette affaire, l'accusé avait été trouvé en état d'ébriété, assis à la place du conducteur, le corps affaissé sur le volant. La clef était dans le contact, mais le moteur ne tournait pas. Notre Cour a décidé que la façon dont elle avait qualifié, dans *Appleby*, l'effet juridique de la disposition établissant une inversion du fardeau de la preuve en matière de «garde et de contrôle» continuait d'être pertinente pour l'application de la *Charte*, mais non déterminante quant à la question de savoir si cette disposition constituait une atteinte. De fait, notre Cour a conclu que la disposition portait effectivement atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'al. 11d), mais qu'elle était une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*.

Cela ne veut pas dire que le fait de tirer des conclusions défavorables est contraire à la présomption d'innocence. Il est crucial de reconnaître que les dispositions du *Code criminel* établissant une inversion du fardeau de la preuve entrent en jeu dès que certains éléments d'une infraction ont été établis, et non pas lorsqu'une preuve complète a été faite. Autrement dit, l'inversion légale du fardeau de la preuve présume l'existence de certains éléments clés d'une infraction — le fait de tirer des conclusions défavorables ne donne pas lieu à une

33

34

it was where the provision did not simply presume a key element of an offence, but where it presumed the offence itself. See *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. That said, cases such as *Whyte* remain important to this analysis because even if it were held that the act of drawing adverse inferences is a limitation on an accused's s. 11(d) rights, I have no doubt that it is a reasonable one.

35

To summarize, I find nothing infirm in appropriate circumstances in drawing inferences from the silence of the accused. The accused's *Charter* protection lies, as it always has, in the case to meet. Silence cannot be used as part of the case to meet. But once the Crown has made out its case such that a conviction would be reasonable and there is a logical expectation that the accused adduce evidence in response, all judicial decision-makers may draw inferences of guilt based on the silence of the accused.

Section 4(6) of the *Canada Evidence Act*

36

This approach to adverse inferences is more consistent with the letter and spirit of s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, than the approach endorsed by Sopinka J. Section 4(6) currently provides:

4...

(6) The failure of the person charged, or of the wife or husband of that person, to testify shall not be made the subject of comment by the judge or by counsel for the prosecution.

This rule against commenting on the accused's failure to testify was originally created to ensure

telle présomption. En fait, dans le seul cas où une disposition établissant une inversion du fardeau de la preuve (disposition de la *Loi sur les stupéfiants*) a été jugée inconstitutionnelle, la disposition en question ne présumait pas simplement l'existence d'un élément clé de l'infraction, mais elle présumait l'existence de l'infraction elle-même. Voir *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Cela dit, des arrêts comme *Whyte* restent importants pour la présente analyse, parce que même s'il était décidé que le fait de tirer des conclusions défavorables est une restriction des droits garantis à l'accusé par l'al. 11d), je n'ai aucun doute qu'il s'agit d'une restriction raisonnable.

En résumé, j'estime que, dans les circonstances qui s'y prêtent, le fait de tirer des conclusions défavorables du silence de l'accusé n'a rien d'invalidé. La protection dont jouit l'accusé en vertu de la *Charte* découle, comme c'est le cas depuis toujours, de l'obligation faite au ministère public de présenter une preuve complète. Le silence de l'accusé ne peut être utilisé en tant qu'élément de la preuve complète. Cependant, une fois que le ministère public a présenté une preuve suffisante pour qu'il soit raisonnable de rendre un verdict de culpabilité et qu'il est logique de s'attendre à ce que l'accusé produise une preuve pour y répondre, tout décideur judiciaire peut tirer des conclusions de culpabilité fondées sur le silence de l'accusé.

Le paragraphe 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*

Cette approche concernant les conclusions défavorables est davantage conforme à la lettre et à l'esprit du par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, que l'approche défendue par le juge Sopinka. Ce paragraphe est ainsi rédigé:

4...

(6) Le défaut de la personne accusée, ou de son conjoint, de témoigner ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou par l'avocat du poursuivant.

Cette interdiction visait à l'origine à faire en sorte que ni le tribunal ni le poursuivant ne puissent atti-

that neither the court nor the prosecution would draw unfair attention to the silence of the accused. It was not, however, intended to preclude triers of fact from drawing natural and reasonable inferences from his silence. Under s. 4(6), this Court has said on a number of occasions that a jury is “free to draw” and “frequently does draw” adverse inferences from the failure of the accused to explain. See *Marcoux, Corbett, Steinberg and Vézeau, supra*. If adverse inferences themselves were impermissible, s. 4(6) would not merely prohibit “comment”, it would prohibit the drawing of adverse inferences altogether.

In this respect, it is important to stress that s. 4(6) is a product of the case to meet. A trial judge does not get to the point where he or she would be prompted to comment on the silence of the accused until well after a case to meet has been made out, at the time of charging the jury. In fact, until the Crown has surmounted the hurdle of the case to meet, there is no telling how an accused will choose to respond in his or her defence. But once the trial judge has concluded that there is sufficient evidence such that a guilty verdict would be reasonable, s. 4(6) is invoked. At this point, s. 4(6) suggests that we do not want juries to be overwhelmed by the silence of the accused, but we also do not want juries to close their minds to the probative value of the failure to explain. The end result is that s. 4(6) permits what comes naturally.

By contrast, I question how Sopinka J.’s position can be reconciled with s. 4(6). Even though s. 4(6) does not prohibit adverse inferences, the intractable rule that emerges from the reasons of Sopinka J. is that no trier of fact can use the accused’s silence as inculpatory evidence adding to the weight of the Crown’s case. The reason for this rule, he suggests, lies in an accused’s fundamental right of non-compellability and the presumption of innocence. However, if this Court is prepared to conclude that the fundamental *Charter* rights to silence and the presumption of innocence prohibit triers of fact from using the accused’s

rer injustement l’attention sur le silence de l’accusé. Elle ne visait cependant pas à empêcher le juge des faits de tirer des conclusions naturelles et raisonnables de ce silence. Notre Cour a dit à plusieurs occasions, en ce qui concerne le par. 4(6), que les jurys sont «libres de tirer» des conclusions défavorables du défaut de l’accusé de fournir des explications, et qu’ils le «font fréquemment». Voir les arrêts *Marcoux, Corbett, Steinberg et Vézeau*, précités. Si les conclusions défavorables elles-mêmes étaient exclues, le par. 4(6) n’interdirait pas simplement les «commentaires», mais bien toute conclusion défavorable.

Sur ce point, il importe de souligner que le par. 4(6) découle du principe de l’obligation de présenter une preuve complète. Le moment où le juge du procès peut se sentir obligé de commenter le silence de l’accusé ne survient que bien après qu’une preuve complète a été présentée, c’est-à-dire au moment de l’exposé au jury. De fait, tant que le ministère public n’a pas surmonté l’obstacle de la preuve complète, il est impossible de dire de quelle façon l’accusé répondra en défense. Cependant, une fois que le juge du procès a conclu que la preuve est suffisante pour qu’il soit raisonnable de rendre un verdict de culpabilité, le par. 4(6) entre alors en jeu. À ce stade, le par. 4(6) semble indiquer qu’on ne veut pas que les jurés soient subjugués par le silence de l’accusé, mais on ne veut pas non plus que leur esprit soit fermé à la valeur probante du défaut de fournir des explications. Le résultat est que le par. 4(6) permet ce qui vient naturellement.

Par contraste, je me demande comment la position du juge Sopinka peut être conciliée avec le par. 4(6). Quoique ce paragraphe n’interdise pas de tirer des conclusions défavorables, suivant la règle intransigeante qui se dégage des motifs du juge Sopinka, aucun juge des faits ne peut utiliser le silence de l’accusé comme élément de preuve inculpatoire ajoutant au poids de la preuve du ministère public. La raison d’être de cette règle, suggère le juge Sopinka, découlerait du droit fondamental de l’accusé de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même et de la présomption d’innocence. Or, si notre Cour est disposée à

37

38

silence as evidence, one would have thought that trial judges would be empowered, if not required, to say so. Similarly, if there are subtle, permissible uses to be made of an accused's silence, trial judges must be able to explain them. Otherwise, the trial judge would, as a result of s. 4(6), be precluded from instructing the jury on what Sopinka J. has characterized as one of the most important rules of law of fundamental importance where an accused has chosen not to testify. Given that this Court is regularly called upon to quash convictions for inadequate jury charges in situations where trial judges have made what Sopinka J. would consider much less vital non-*Charter* errors, I cannot reconcile Sopinka J.'s position with s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*. Indeed his reasons indirectly challenge the constitutionality of s. 4(6), which has not been contested at this Court, but which was upheld by Cory J.A. (as he then was) at the Ontario Court of Appeal in *R. v. Boss* (1988), 46 C.C.C. (3d) 523.

Adverse Inferences in Other Jurisdictions

39 Other Commonwealth jurisdictions have not only endorsed the act of drawing adverse inferences from the silence of the accused, they affirm that such inferences do not alter the traditional notions of the burden of proof and the right to silence.

40 For example, in a prosecution for attempted murder and possession of a firearm, the House of Lords (Northern Ireland) in 1992 held that, where there was no innocent explanation offered by the accused in circumstances that called out for one, the trial judge was entitled to infer that the accused was guilty. See *Murray v. Director of Public Prosecutions* (1992), 97 Cr. App. R. 151. In discussing

conclure que les droits fondamentaux au silence et à la présomption d'innocence, consacrés par la *Charte*, interdisent au juge des faits d'utiliser le silence de l'accusé comme élément de preuve, on pourrait croire que le juge du procès aurait le pouvoir, voire l'obligation, de le dire. De même, si des utilisations subtiles du silence de l'accusé sont permises, le juge du procès doit être habilité à les expliquer. Sans quoi, il serait empêché, à cause du par. 4(6), de donner des directives au jury sur ce que le juge Sopinka a qualifié de l'une des règles de droit les plus fondamentales qui s'applique lorsque l'accusé a choisi de ne pas témoigner. Étant donné que notre Cour est régulièrement appelée à annuler des déclarations de culpabilité pour le motif que l'exposé au jury était inadéquat, dans des cas où le juge du procès a commis ce que le juge Sopinka considérerait comme des erreurs moins fondamentales et ne constituant pas des violations de la *Charte*, je ne peux pas concilier la position du juge Sopinka avec le par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*. De fait, ses motifs soulèvent indirectement la question de la constitutionnalité du par. 4(6), laquelle n'a pas été contestée devant notre Cour, mais que le juge Cory (maintenant juge de notre Cour) a confirmée en Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Boss* (1988), 46 C.C.C. (3d) 523.

La jurisprudence étrangère en matière de conclusions défavorables

Dans d'autres pays du Commonwealth, les tribunaux ont non seulement approuvé le fait de tirer des conclusions défavorables du silence de l'accusé, mais ils ont de plus affirmé que de telles conclusions ne modifiaient pas les principes traditionnels relatifs au fardeau de la preuve et au droit de garder le silence.

Par exemple, dans une affaire de meurtre et de possession d'arme à feu, la Chambre des lords (Irlande du Nord) a statué, en 1992, que si l'accusé ne donnait aucune explication tendant à l'innocenter, dans des circonstances appelant de telles explications, le juge du procès était en droit de conclure que l'accusé était coupable. Voir *Murray c. Director of Public Prosecutions* (1992), 97 Cr. App. R.

the presumption of innocence, Lord Mustill said the following at p. 155:

This is not of course because a silent defendant is presumed to be guilty, or because silence converts a case which is too weak to call for an answer into one which justifies a conviction. Rather, the fact-finder is entitled as a matter of common sense to draw his own conclusions if a defendant who is faced with evidence which does call for an answer fails to come forward and provide it.

. . .

It is however equally a matter of common sense that even where the prosecution has established a *prima facie* case in the sense indicated above it is not in every situation that an adverse inference can be drawn from silence . . . Everything depends on the nature of the issue, the weight of the evidence adduced by the prosecution upon it . . . and the extent to which the defendant should in the nature of things be able to give his own account of the particular matter in question. It is impossible to generalise, for dependent upon circumstances the failure of the defendant to give evidence may found no inference at all, or one which is for all practical purposes fatal.

An important feature of the House of Lords' reasons is the observation, similar to my own, that the propriety of an adverse inference depends upon the nature of the case and the extent to which the defendant should "be able to give his own account".

In *R. v. Cowan*, [1995] 3 W.L.R. 818, the Court of Appeal similarly confirmed that adverse inferences do not alter traditional notions of the burden of proof and the right to silence. In *Cowan*, the accused was charged with causing grievous bodily harm and unlawful wounding. In the face of strong but conflicting evidence, the accused chose not to testify. At p. 822, Lord Taylor C.J. stated:

It is further argued that the section alters the burden of proof or "waters it down" to use Mr. Mansfield's phrase. The requirement that the defendant give evidence on pain of an adverse inference being drawn is

151. Au sujet de la présomption d'innocence, lord Mustill a dit ce qui suit, à la p. 155:

[TRADUCTION] Ce n'est évidemment pas parce que l'accusé qui garde le silence est présumé coupable, ou parce que le silence transforme une preuve trop ténue pour exiger une réponse en preuve justifiant une déclaration de culpabilité. C'est plutôt qu'il est logique que le juge des faits ait le droit de tirer ses propres conclusions si un accusé confronté à une preuve qui appelle effectivement une réponse n'en donne pas.

. . .

Cependant, il est tout aussi logique de penser que, même lorsque la poursuite a présenté une preuve *prima facie* dans le sens indiqué précédemment, ce n'est pas dans tous les cas qu'une conclusion défavorable peut être tirée du silence [. . .] Tout dépend de la nature de la question, du poids de la preuve produite par la poursuite à cet égard [. . .] et de la mesure dans laquelle l'accusé devrait, dans l'ordre des choses, pouvoir donner sa propre version des faits en question. Il est impossible de généraliser, car, selon les circonstances, le défaut de l'accusé de témoigner peut soit ne fonder aucune conclusion, soit fonder une conclusion qui est, à toutes fins pratiques, fatale.

Un aspect important des motifs de la Chambre des lords est l'observation, analogue à celle que j'ai faite, que le caractère approprié d'une conclusion défavorable dépend de la nature du cas et de la mesure dans laquelle l'accusé doit [TRADUCTION] «pouvoir donner sa propre version».

Dans *R. c. Cowan*, [1995] 3 W.L.R. 818, la Cour d'appel a elle aussi confirmé que les conclusions défavorables ne modifiaient pas les principes traditionnels relatifs au fardeau de la preuve et au droit de garder le silence. Dans cette affaire, l'accusé était inculpé d'avoir causé des lésions corporelles graves et d'avoir illégalement infligé des blessures. Confronté à des éléments de preuve convaincants mais contradictoires, l'accusé a choisi de ne pas témoigner. À la p. 822, le lord juge en chef Taylor a dit ceci:

[TRADUCTION] On soutient en outre que l'article modifie le fardeau de la preuve ou «le dilue», pour reprendre l'expression de M^e Mansfield. On affirme que le fait d'exiger de l'accusé qu'il témoigne, sous peine

said to put a burden on him to testify if he wishes to avoid conviction.

In our view that argument is misconceived. First, the prosecution have to establish a *prima facie* case before any question of the defendant testifying is raised. Secondly, section 38(3) of the Act of 1994 is in the following terms: "A person shall not . . . be convicted of an offence solely on an inference drawn from such a failure or refusal as is mentioned in . . . section 35(3) . . ." Thus the court or jury is prohibited from convicting solely because of an inference drawn from the defendant's silence. Thirdly, the burden of proving guilt to the required standard remains on the prosecution throughout. The effect of section 35 is that the court or jury may regard the inference from failure to testify as, in effect, a further evidential factor in support of the prosecution case. It cannot be the only factor to justify a conviction and the totality of the evidence must prove guilt beyond reasonable doubt.

42

I recognize that both *Murray* and *Cowan* were based upon legislative provisions which now expressly permit the use of adverse inferences under certain circumstances in the United Kingdom. See Article 4 of the *Criminal Evidence (Northern Ireland) Order 1988*, S.I. 1988/1987 (N.I. 20), and s. 35 of the *Criminal Justice and Public Order Act 1994* (U.K.), 1994, c. 33. Nevertheless, these cases discuss the rationale for making use of the silence of the accused and both cases serve to highlight the conventional legal wisdom that adverse inferences, when drawn in appropriate circumstances, in no way undermine the right to silence or the presumption of innocence. Moreover, these new provisions are not limited to the sort of inferences to which Sopinka J. refers. The provisions do not stipulate that silence can be used merely to confirm guilt or to highlight the fact that the evidence is uncontradicted. Both enactments establish that trial judges and juries may, in certain circumstances, use the silence of the accused to draw reasonable inferences and help them determine whether the accused is guilty of the offence charged. For further discussion see R. Munday, "*Cum Tacent Clamant: Drawing Proper Inferences from a Defendant's Failure to Testify*" (1996), 55 *Cambridge L.J.* 32; J. Jackson, "The Right of

qu'à défaut on en tire une conclusion défavorable, a pour effet de lui imposer le fardeau de témoigner s'il veut éviter d'être déclaré coupable.

À notre avis, cet argument est erroné. Premièrement, la poursuite doit présenter une preuve *prima facie* avant que la question du témoignage de l'accusé ne se pose. Deuxièmement, le par. 38(3) de la Loi de 1994 est ainsi rédigé: «Nul ne peut [. . .] être déclaré coupable d'une infraction uniquement sur la foi d'une conclusion tirée du défaut ou refus mentionné au [. . .] paragraphe 35(3) [. . .].» Ainsi, il est interdit à la cour ou au jury de déclarer l'accusé coupable uniquement sur la foi d'une conclusion tirée de son silence. Troisièmement, le fardeau de prouver la culpabilité selon la norme applicable incombe à la poursuite du début à la fin. L'article 35 a pour effet de permettre à la cour ou au jury de considérer la conclusion tirée du défaut de témoigner comme, en réalité, un élément de preuve supplémentaire au soutien de la preuve de la poursuite. Ce ne peut être le seul facteur justifiant la déclaration de culpabilité, et la totalité de la preuve doit établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable.

Je reconnais que ces deux arrêts, *Murray* et *Cowan*, portaient sur des dispositions législatives qui autorisent maintenant expressément l'utilisation de conclusions défavorables dans certains cas au Royaume-Uni. Voir l'art. 4 de la *Criminal Evidence (Northern Ireland) Order 1988*, S.I. 1988/1987 (N.I. 20), et l'art. 35 de la *Criminal Justice and Public Order Act 1994* (R.-U.), 1994, ch. 33. Néanmoins, ces arrêts examinent la raison d'être de l'utilisation du silence de l'accusé et contribuent à mettre en lumière le principe juridique classique voulant que des conclusions défavorables, lorsqu'elles sont tirées dans des circonstances qui s'y prêtent, ne minent aucunement le droit de garder le silence ou la présomption d'innocence. De plus, ces nouvelles dispositions ne sont pas limitées au genre de conclusions dont parle le juge Sopinka. Elles ne disent pas que le silence ne peut être utilisé que pour confirmer la culpabilité ou souligner le fait que la preuve n'est pas contredite. Les deux textes établissent que le juge du procès ou le jury peut, dans certains cas, utiliser le silence de l'accusé pour tirer des conclusions raisonnables et déterminer si l'accusé est coupable de l'infraction reprochée. Pour un examen plus approfondi de la question, voir R. Munday, "*Cum Tacent Clamant: Drawing Proper Inferences from a*

Silence: Judicial Responses to Parliamentary Encroachment” (1994), 57 *Mod. L. Rev.* 270; I. Dennis, “The Criminal Justice and Public Order Act 1994: The Evidence Provisions”, [1995] *Crim. L.R.* 4.

Although not statutory, similar developments have occurred in New Zealand, and in part, Australia. See *Weissensteiner v. The Queen* (1993), 178 C.L.R. 217 (H.C.); *R. v. Kanaveilomani* (1994), 72 A. Crim. R. 492 (C.A. Qld.); *Trompert v. Police*, [1985] 1 N.Z.L.R. 357 (C.A.).

In 1993, the High Court of Australia considered the impact of the accused’s silence at trial. In *Weissensteiner* the accused was charged with two counts of murder and the theft of a boat. The circumstantial case against him was strong, but the accused did not give evidence or call any witnesses. The High Court was thus asked to determine what use the jury could make of the accused’s failure to explain. The court concluded that adverse inferences were permissible but to varying degrees. For example, Mason C.J., and Deane and Dawson JJ. held at p. 229 that the failure of the accused to give evidence can only “bear upon the probative value of the evidence which has been given and which the jury is required to consider”. Brennan and Toohey JJ. went somewhat further and stated at p. 236:

The jury should be told that the onus remains on the prosecution and that the accused is under no obligation to give evidence, but that “it is legitimate to have regard to the fact that the accused has given no evidence or explanation or satisfactory explanation of the Crown case as a consideration making the inference of guilt from the evidence for the prosecution less unsafe than it might otherwise possibly appear”.

The approach to adverse inferences in New Zealand is more conclusive. In *Trompert*, *supra*, the accused was charged with cultivating cannabis contrary to the *Misuses of Drugs Act 1975*. The Crown established a strong case but the accused

Defendant’s Failure to Testify» (1996), 55 *Cambridge L.J.* 32; J. Jackson, «The Right of Silence: Judicial Responses to Parliamentary Encroachment» (1994), 57 *Mod. L. Rev.* 270; I. Dennis, «The Criminal Justice and Public Order Act 1994: The Evidence Provisions», [1995] *Crim. L.R.* 4.

Une évolution similaire, quoique d’origine non législative, est survenue en Nouvelle-Zélande, et partiellement en Australie. Voir *Weissensteiner c. The Queen* (1993), 178 C.L.R. 217 (H.C.); *R. c. Kanaveilomani* (1994), 72 A. Crim. R. 492 (C.A. Qld.); *Trompert c. Police*, [1985] 1 N.Z.L.R. 357 (C.A.).

En 1993, la Haute Cour d’Australie a étudié l’effet du silence de l’accusé au procès. Dans *Weissensteiner*, l’accusé avait été inculpé de meurtre et du vol d’un bateau. Même s’il y avait une forte preuve circonstancielle contre lui, l’accusé n’a pas témoigné ni cité de témoin. La Haute Cour était donc appelée à déterminer quelle utilisation le jury pouvait faire du défaut de l’accusé de s’expliquer. Les juges de la Haute Cour ont tous convenu, mais à des degrés divers, qu’il était permis de tirer des conclusions défavorables. Par exemple, le juge en chef Mason et les juges Deane et Dawson ont statué, à la p. 229, que le défaut de l’accusé de témoigner peut seulement [TRADUCTION] «être pris en compte dans l’appréciation de la valeur probante de la preuve qui a été produite et que le jury est tenu d’examiner». Les juges Brennan et Toohey sont allés un peu plus loin, s’exprimant en ces termes, à la p. 236:

[TRADUCTION] Il faut dire au jury que la poursuite conserve toujours le fardeau de la preuve et que l’accusé n’est aucunement obligé de témoigner, mais qu’«il est légitime de tenir compte du fait que l’accusé n’a apporté aucune preuve, explication ou explication satisfaisante pour répondre à la preuve de la poursuite, comme facteur rendant la conclusion de culpabilité tirée de la preuve de la poursuite moins hasardeuse qu’elle ne pourrait autrement paraître».

L’approche adoptée en Nouvelle-Zélande à l’égard des conclusions défavorables est plus concluante. Dans *Trompert*, précité, l’accusé avait été inculpé d’avoir cultivé du chanvre indien, infraction prévue par la *Misuses of Drugs Act 1975*.

43

44

45

failed to testify or give evidence in his defence. The Court of Appeal held that where a *prima facie* case is established, the judge is entitled to take the accused's silence into account in determining what weight should be given to the evidence against him. In reaching this conclusion, Richardson J. quoted the following excerpt from *Hall v. Dunlop*, [1959] N.Z.L.R. 1031 (S.C.), at p. 358 of his reasons:

I have never previously come across the suggestion that an accused person has a general privilege of silence which protects him from such inferences as will naturally be drawn from his silence in the face of proved facts which call for explanation on his part. In the face of such facts, an accused person preserves silence at his peril, except where some particular rule of law protects him. In my experience, but subject always to those particular rules, the silence of an accused person has always been regarded as a major indication of guilt in cases where he might be expected to speak if he were innocent. Even where a statute prohibits comment on failure to testify, there is no privilege of silence, as no law has ever purported to prohibit the tribunal of fact, be it jury, Judge or Magistrate, from drawing such inferences as must inevitably be drawn from silence on the part of the accused.

46

The record suggests that in other Commonwealth jurisdictions, judges, juries, and appellate courts are entitled to consider the silence of the accused in making findings of guilt. In adopting this position, the courts of these countries have relied on the notion of a *prima facie* case or a case to meet; all require as a precondition to adverse inferences that the Crown first present sufficient evidence from which a verdict of guilt would be reasonable. Then, as I contend the case is here, decision-makers alike should consider the probative value of silence in unexplained circumstances, to assist them in determining guilt.

Application to the Case at Bar

47

In the early morning of March 6, 1994 in Abbotsford, British Columbia, the manager of an

Malgré la preuve solide présentée par le ministère public, l'accusé n'avait pas témoigné ni produit de preuve en défense. La cour d'appel a décidé que, lorsqu'une preuve *prima facie* est présentée, le juge est en droit de tenir compte du silence de l'accusé pour déterminer la valeur probante de la preuve contre ce dernier. Pour arriver à cette conclusion, le juge Richardson a cité, à la p. 358 de ses motifs, l'extrait suivant de l'arrêt *Hall c. Dunlop*, [1959] N.Z.L.R. 1031 (C.S.):

[TRADUCTION] Je n'ai encore jamais vu de proposition voulant que l'accusé jouisse d'un privilège général de garder le silence le protégeant contre les conclusions qui seront naturellement tirées de son silence lorsque les faits établis appellent une explication de sa part. Confronté à de tels faits, l'accusé garde le silence à ses risques et périls, sauf lorsqu'une règle de droit particulière le protège. D'après mon expérience, mais sous réserve toujours de ces règles particulières, le silence de l'accusé a toujours été tenu pour un indice important de culpabilité dans les cas où on se serait attendu à ce qu'il s'explique s'il était innocent. Même quand une loi interdit les commentaires sur le défaut de témoigner, il n'y a pas de privilège de garder le silence, car aucune loi n'a jamais été censée interdire au juge des faits, qu'il fût jury, juge ou magistrat, de tirer les conclusions qui doivent inévitablement l'être du silence de l'accusé.

Il appert des décisions des tribunaux d'autres pays du Commonwealth que les juges, les jurys et les cours d'appel sont en droit de tenir compte du silence de l'accusé pour tirer des conclusions de culpabilité. En adoptant cette position, les tribunaux de ces pays se sont appuyés sur la notion de preuve *prima facie* ou preuve complète; ils exigent tous, en tant que préalable à des conclusions défavorables, que le ministère public ait présenté une preuve suffisante, sur le fondement de laquelle un verdict de culpabilité serait raisonnable. En conséquence, comme c'est le cas ici à mon avis, le décideur, quelle que soit son identité, devrait, pour se prononcer sur la culpabilité, examiner la valeur probante du silence de l'accusé devant des circonstances inexplicables.

L'application à la présente espèce

Aux petites heures du 6 mars 1994, à Abbotsford en Colombie-Britannique, le gérant d'un

apartment complex came upon two individuals who were breaking into an automobile in the underground parking garage. He obtained an expired driver's licence from one of the perpetrators, bearing the name of the respondent, Sean Noble. Before the two perpetrators fled the scene, the apartment manager determined that the picture on the licence matched the face of the individual before him.

At trial, before a judge sitting alone, the respondent chose not to testify or call any evidence in his own defence. In the face of the uncontradicted Crown case, he was subsequently convicted of: (a) breaking and entering with the intent to commit an indictable offence; and (b) possession of an instrument for the purpose of breaking and entering, contrary to ss. 348(1)(a) and 351(1) of the *Criminal Code*. The respondent was given a 30-day concurrent sentence.

In reaching the guilty verdict, Lemiski Prov. Ct. J. made the following findings which I believe are necessary to set out in full:

I say that the issue is, can I be satisfied beyond a reasonable doubt on that evidence that the man that the manager dealt with based on his looking at the photograph and the driver's licence and having the photograph before me, is the same person. My answer is yes, I can be.

I go further than that. The time honoured position in law has always been that there is a right to silence. A person is presumed innocent. A person does not have to testify in a case and the traditional long standing rule has been that a judge instructing a jury does not comment to the jury that you should consider the fact that the accused person has not taken the stand. Recent case law has confirmed in a strong way that where there is an overwhelming case to meet and where there is a virtual outcry situation that the failure of an accused person to take the stand may be the subject of comment and, in my opinion, this is that case. Here, in my opinion, there is an outcry factor. The accused faces an overwhelming situation. His driver's licence bearing his name, his pho-

immeuble d'habitation a vu, dans le garage souterrain de l'immeuble, deux individus en train de pénétrer par effraction dans une voiture. L'un d'eux lui a remis un permis de conduire périmé sur lequel figurait le nom de l'intimé, Sean Noble. Avant que les individus ne s'enfuient, le gérant a pu déterminer que l'individu photographié sur le permis était bien la personne devant lui.

Au procès, qui s'est tenu devant un juge sans jury, l'intimé a choisi de ne pas témoigner et de ne présenter aucune preuve en défense. À la lumière de la preuve non contredite du ministère public, il a été déclaré coupable des deux accusations suivantes: a) s'être introduit par effraction avec l'intention de commettre un acte criminel; b) avoir eu en sa possession un instrument pouvant servir à pénétrer par effraction, infractions prévues à l'al. 348(1)a) et au par. 351(1) du *Code criminel*. L'intimé s'est vu infliger deux peines d'emprisonnement, à purger concurremment, pour un total de 30 jours.

En rendant le verdict de culpabilité, le juge Lemiski de la Cour provinciale a tiré les conclusions suivantes, qu'il est nécessaire à mon sens d'exposer au long:

[TRADUCTION] Je dis que la question est la suivante: puis-je être convaincu hors de tout doute raisonnable, sur la foi de cette preuve, que l'individu auquel le gérant a eu affaire, selon la photographie et le permis de conduire qu'il a examinés, et celui que je vois sur la photographie, sont la même personne? Je réponds: Oui, je peux l'être.

J'irais plus loin encore. Le principe du droit de garder le silence a de tout temps été consacré. Tout inculpé est présumé innocent. Il n'a pas à témoigner au procès et la règle traditionnelle veut que le juge ne fasse pas, dans son exposé au jury, de commentaires indiquant de tenir compte du fait que l'accusé n'a pas témoigné. Des décisions récentes ont confirmé de façon catégorique que, dans les cas où il y a une preuve complète accablante et où la situation est pratiquement criante, le défaut de témoigner de l'inculpé peut faire le sujet de commentaires et, à mon avis, tel est le cas en l'espèce. À mon avis, nous sommes en présence d'une situation criante. L'inculpé est confronté à une preuve accablante. Selon un témoin, l'inculpé a lui-même remis, sur les lieux du

48

49

tograph and other personal information has been tendered by him, a witness testifies, at the scene of a crime. That cries out for comment from the accused and his failure to make any comment, his failure to testify at his trial with that overwhelming evidence, in my opinion, falls within this very recent case law where the failure to testify may be considered by the trier of fact, by the Court, particularly, where a judge is sitting alone, less so with a jury and may, in effect, result in almost an adverse inference but certainly may add to the weight of the Crown's case on the issue of identification in this case. I make that observation, mindful of the long standing rule and the reason for the rule, but aware of what have been relatively recent significant changes in that area of the law. Here is that case that where the accused, Mr. Noble, could take the stand, for example, and say that, "My driver's licence was stolen by somebody who looks like me", or comment on the address or the personal information on the driver's licence or give some explanation and that has not been forthcoming.

I am satisfied on the issue of identification beyond a reasonable doubt for those reasons that the accused before me is the person that the manager was dealing with in the garage on that evening or morning. [Emphasis added.]

50

In my view, the trial judge's use of the accused's silence was proper. Although he could have been more precise, Lemiski Prov. Ct. J. clearly found, without reference to the accused's silence, that the Crown had established an "overwhelming" case to meet. Then, given the network of inculpatory facts, or the "virtual outcry situation" as he referred to it, Lemiski Prov. Ct. J. properly inferred guilt from the silence of the accused.

51

As I have gone to great lengths to discuss, having no doubt concluded that silence was probative in this case, the trial judge's inference was natural and reasonable. Moreover, given the existence of a case to meet, it was perfectly consistent with the respondent's right to silence and the presumption of innocence. For all of these reasons, I would allow the appeal.

crime, son permis de conduire portant son nom et sa photo et donnant d'autres renseignements personnels. Ce fait exige une explication de sa part et son défaut de faire quelque observation, son défaut de témoigner à son procès devant cette preuve accablante, à mon avis, est visé par la jurisprudence très récente selon laquelle le défaut de témoigner peut être pris en compte par le juge des faits, par le tribunal, en particulier par un juge sans jury, moins toutefois quand il siège avec un jury, et peut, de fait, entraîner pratiquement une conclusion défavorable, et il peut certainement renforcer la preuve du ministère public sur la question de l'identification. Je fais cette observation, conscient de la règle ancienne et de sa raison d'être, tout en tenant compte des changements importants survenus assez récemment dans ce domaine du droit. Dans le cas présent, l'inculpé, M. Noble, aurait pu témoigner, par exemple, que «son permis lui avait été volé par quelqu'un qui lui ressemble», ou faire des observations au sujet de l'adresse ou des renseignements personnels figurant sur le permis de conduire ou donner quelque explication, mais ça n'a pas été fait.

Pour ce qui est de la question de l'identification, je suis convaincu hors de tout doute raisonnable pour ces motifs que l'inculpé devant moi est l'individu auquel le gérant a eu affaire dans le garage, la nuit ou le matin en question. [Je souligne.]

À mon avis, le juge du procès a bien utilisé le silence de l'accusé. Bien qu'il eût pu être plus précis, le juge Lemiski a clairement conclu, sans faire mention du silence de l'accusé, que le ministère public avait présenté une preuve complète «accablante». Puis, vu l'ensemble de faits inculpataires ou, comme a dit le juge Lemiski, la [TRADUCTION] «situation [. . .] pratiquement criante», ce dernier a à bon droit conclu à la culpabilité de l'accusé sur la foi du silence de ce dernier.

Comme je me suis efforcé de démontrer, le juge du procès ayant sans aucun doute conclu que le silence était probant en l'espèce, sa conclusion était naturelle et raisonnable. Qui plus est, vu l'existence d'une preuve complète, cette conclusion était parfaitement compatible avec le droit de l'accusé de garder le silence et avec la présomption d'innocence. Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

The reasons of La Forest and Gonthier JJ. were delivered by

LA FOREST J. (dissenting) — I agree with the Chief Justice, except that I prefer not to comment on the constitutional validity of s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, an issue that is not before us.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

SOPINKA J. — This appeal concerns the evidentiary significance of the failure of the accused to testify at trial. While it is plain that the accused has a right not to testify at trial, may the trier of fact consider this silence in arriving at its belief in guilt beyond a reasonable doubt? In my view, the right to silence and the presumption of innocence preclude such a use of the silence of the accused by the trier of fact. It is apparent in the present case that the trial judge did place independent weight on the accused's failure to testify in reaching his belief in guilt beyond a reasonable doubt, which in my view constituted an error of law. Consequently, I would dismiss the appeal and confirm the decision of the Court of Appeal ordering a new trial.

Facts

The manager of an apartment building in Abbotsford, British Columbia, Mr. Silljer, testified that he went into the parkade of his building at around 1:00 a.m. on March 6, 1994 and found a couple of young men there, one of whom appeared to be attempting to "jimmy into a car" with a screwdriver. One of the men showed Mr. Silljer what appeared to be marijuana cigarettes and stated that they were "having a few tokes". Mr. Silljer smelled no smoke and asked the men for identification. One said he was not carrying identification, while the other handed over an expired driver's licence. The manager testified that

Version française des motifs des juges La Forest et Gonthier rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident) — Je suis d'accord avec le Juge en chef, sauf que je préfère ne pas faire de commentaires sur la validité constitutionnelle du par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, question dont nous ne sommes pas saisis.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi concerne l'importance que présente sur le plan de la preuve le fait que l'accusé ne témoigne pas au procès. Même s'il est clair que l'accusé a le droit de ne pas témoigner au procès, le juge des faits peut-il tenir compte de ce silence pour arriver à la conviction que l'accusé est coupable hors de tout doute raisonnable? À mon avis, le droit de garder le silence et la présomption d'innocence interdisent cette prise en compte du silence de l'accusé par le juge des faits. Il est évident, dans le présent cas, que pour arriver à la conviction que l'accusé était coupable hors de tout doute raisonnable le juge du procès a effectivement accordé un poids particulier au fait que ce dernier n'avait pas témoigné, ce qui, à mon avis, était une erreur de droit. En conséquence, je rejetterais le pourvoi et confirmerais la décision de la Cour d'appel ordonnant un nouveau procès.

Les faits

Monsieur Silljer, gérant d'un immeuble d'habitation situé à Abbotsford, en Colombie-Britannique, a témoigné s'être rendu au garage de l'immeuble vers 1 h, le 6 mars 1994, et y avoir vu deux jeunes hommes, dont l'un semblait être en train d'essayer de [TRADUCTION] «forcer la portière d'une voiture» au moyen d'un tournevis. L'un d'eux a montré à M. Silljer ce qui semblait être des cigarettes de marijuana et a dit qu'ils étaient [TRADUCTION] «en train de tirer un joint». Monsieur Silljer n'a senti aucune odeur de fumée, et il a prié les individus de lui montrer une pièce d'identité. L'un d'eux a dit qu'il ne portait aucune pièce

52

53

54

he thought the licence accurately depicted the man in front of him and told the man that he could retrieve the licence from the RCMP. The respondent was eventually charged with breaking and entering a dwelling place with intent to commit an indictable offence therein, and of having in his possession, without lawful excuse, an instrument suitable for the purpose of breaking into a motor vehicle, contrary to ss. 348(1)(a) and 351(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, respectively.

55 At trial, neither the manager Mr. Silljer nor anyone else could identify the accused, but the trial judge convicted on the basis of the licence and the accused's silence. The Court of Appeal allowed the respondent's appeal ((1996), 106 C.C.C. (3d) 161, 75 B.C.A.C. 98, 123 W.A.C. 98, 47 C.R. (4th) 258) and the Crown appeals to this Court.

Relevant Statutory Provisions

56 *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5

4. . . .

(6) The failure of the person charged, or of the wife or husband of that person, to testify shall not be made the subject of comment by the judge or by counsel for the prosecution.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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.

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(c) not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence;

d'identité, l'autre lui a remis un permis de conduire périmé. Le gérant a témoigné qu'il avait estimé que l'individu photographié sur le permis était bien la personne devant lui, et qu'il lui a dit qu'il pourrait récupérer son permis en s'adressant à la GRC. L'intimé a par la suite été accusé de s'être introduit par effraction dans une maison d'habitation avec l'intention d'y commettre un acte criminel, et d'avoir eu en sa possession, sans excuse légitime, un instrument pouvant servir à pénétrer par effraction dans un véhicule à moteur, infractions prévues respectivement à l'al. 348(1)a) et au par. 351(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Au procès, l'accusé n'a pu être identifié ni par le gérant M. Silljer ni par personne d'autre, mais le juge du procès l'a néanmoins déclaré coupable, sur la foi du permis et de son silence. La Cour d'appel a fait droit à l'appel de l'intimé ((1996), 106 C.C.C. (3d) 161, 75 B.C.A.C. 98, 123 W.A.C. 98, 47 C.R. (4th) 258) et Sa Majesté se pourvoit devant notre Cour.

Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5

4. . . .

(6) Le défaut de la personne accusée, ou de son conjoint, de témoigner ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou par l'avocat du poursuivant.

Charte canadienne des droits et libertés

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.

11. Tout inculpé a le droit:

. . .

c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche;

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

Criminal Code

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law. . . .

(b) may dismiss the appeal where

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred. . . .

Prior Judgments

1. *Provincial Court*

Lemiski Prov. Ct. J. noted that the defence was that the evidence of identification was insufficient to prove the case beyond a reasonable doubt. Lemiski Prov. Ct. J. concluded that he as the trier of fact could compare the picture in the driver's licence handed to Mr. Silljer with the accused in the courtroom and conclude that the driver's licence accurately depicted the accused. He also was satisfied that the building manager would have carefully examined the licence at the time he concluded that the licence accurately depicted the man in the garage. The trial judge asked himself whether he can be satisfied beyond a reasonable

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

Code criminel

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel:

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas:

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit. . . .

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants:

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appellant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit. . . .

Les décisions des juridictions inférieures

1. *La Cour provinciale*

Le juge Lemiski de la Cour provinciale a souligné que le moyen de défense invoqué était que la preuve d'identification était insuffisante pour établir hors de tout doute raisonnable le bien-fondé des accusations. Il a décidé que, en tant que juge des faits, il pouvait comparer la photo sur le permis de conduire remis à M. Silljer et l'accusé présent dans la salle d'audience, et conclure que l'individu photographié sur le permis de conduire était bel et bien l'accusé. Il était en outre convaincu que le gérant de l'immeuble avait examiné attentivement le permis de conduire avant de conclure que l'individu photographié sur celui-ci était bien celui qui se trouvait dans le garage. Le juge du procès s'est demandé s'il pouvait être convaincu hors de tout doute raisonnable que l'individu photographié sur

doubt that the person on the licence was the person in the court at trial, and answered, "yes, I can be".

le permis était celui présent dans la salle d'audience, et il a répondu: [TRADUCTION] «Oui, je peux l'être».

58 The trial judge then stated that he would go "further than that". He acknowledged that there was a time-honoured commitment to the presumption of innocence, but stated that recent cases have held that where there is an overwhelming case to meet, the failure of the accused to take the stand may be the subject of comment. The trial judge held that the accused in the case before him faced an overwhelming case to meet as a result of the licence, yet remained silent. In the trial judge's view, he could draw "almost an adverse inference" that "certainly may add to the weight of the Crown's case on the issue of identification".

Le juge du procès a ajouté qu'il irait [TRADUCTION] «plus loin encore». Il a reconnu que la présomption d'innocence était un principe consacré, mais il a déclaré que, dans des décisions récentes, il avait été jugé que, dans les cas où la preuve du ministère public est accablante, le défaut de témoigner de l'accusé peut faire le sujet de commentaires. Selon lui, à cause du permis, la preuve de l'accusation était accablante, et pourtant l'accusé a gardé le silence. De l'avis du juge du procès, il pouvait tirer [TRADUCTION] «pratiquement une conclusion défavorable» qui «peut certainement renforcer la preuve du ministère public sur la question de l'identification».

59 The trial judge was satisfied beyond a reasonable doubt on the issue of identification and convicted the respondent on both counts.

Quant à la question de l'identification, le juge du procès était convaincu hors de tout doute raisonnable, et il a déclaré l'intimé coupable relativement aux deux chefs d'accusation.

2. *Court of Appeal for British Columbia* (1996), 106 C.C.C. (3d) 161

2. *La Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1996), 106 C.C.C. (3d) 161

(i) McEachern C.J.B.C.

(i) Le juge en chef McEachern

60 The first ground of appeal was that since some portions of the trial transcript had been lost, the Court of Appeal could not review adequately the reasonableness of the trial judge's decision and that therefore a miscarriage of justice had occurred. McEachern C.J.B.C. dismissed this ground of appeal and that decision is not before this Court.

Le premier motif d'appel était que, vu la perte de certaines parties de la transcription du procès, la Cour d'appel n'était pas en mesure d'apprécier adéquatement le caractère raisonnable de la décision du juge du procès et que, en conséquence, une erreur judiciaire s'était produite. Le juge en chef McEachern a rejeté ce motif d'appel et notre Cour n'est pas saisie de cette décision.

61 Turning to the use made by the trial judge of the accused's silence, McEachern C.J.B.C. reviewed the judgment of the trial judge and concluded that, while it was not altogether clear, on balance, the trial judge did place some reliance upon the failure to testify in reaching a conviction. He concluded that it would be unsafe to consider the case on any other basis.

Abordant ensuite l'utilisation faite par le juge du procès du silence de l'accusé, le juge en chef McEachern a étudié le jugement et conclu que, même si cela ne ressortait pas clairement des motifs du juge du procès, tout bien considéré, celui-ci s'était effectivement fondé en partie sur le défaut de témoigner de l'accusé pour le déclarer coupable. Il a conclu qu'il serait imprudent d'examiner l'affaire sous quelque autre angle.

McEachern C.J.B.C. then proceeded to examine thoroughly recent case law on the permissible inferences from an accused's failure to testify. He concluded that the silence of an accused cannot be placed on the evidentiary scales, but rather if an accused is silent in the face of evidence that would support a directed verdict of guilty, it is not for the trier of fact to speculate about unstated defences; the belief in guilt beyond a reasonable doubt is not disturbed by the silence of the accused. McEachern C.J.B.C. noted (at p. 173) that the silence of the accused may be motivated by a variety of reasons, such as the "hopeless" witness who would harm his or her cause by testifying, whether or not he or she was guilty.

In the case at bar, McEachern C.J.B.C. noted that the trial judge stated that the silence of the accused "certainly may add to the weight of the Crown's case", which was a fatal misdirection. McEachern C.J.B.C. set aside the conviction and ordered a new trial.

(ii) Southin J.A. (dissenting)

Southin J.A. agreed with the majority that the ground of appeal based on the missing transcript should be dismissed, but disagreed with respect to the silence issue. The question of law she considered is to what extent, if at all, the absence of evidence from the accused can weigh in the determination of the verdict. Southin J.A. concluded that it would be curious if a judge must give himself an instruction he cannot give, because of a statutory provision, to the jury (see s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*). Southin J.A. held that the evidentiary significance of an accused's failure to adduce evidence is that although it is true that a man is not called upon to explain suspicious things, there comes a time when a man is so enveloped by inculpatory circumstantial evidence that that man is bound to make some explanation or stand condemned: *R. v. Jenkins* (1908), 14 C.C.C. 221 (B.C.S.C.). Southin J.A. held that if the judge is

Le juge en chef McEachern a ensuite fait un examen exhaustif de la jurisprudence récente concernant les conclusions qu'il est permis de tirer du défaut de témoigner de l'accusé. Il a conclu que le silence de l'accusé ne peut pas être pris en compte dans l'appréciation de la preuve, affirmant plutôt que, dans les cas où l'accusé garde le silence devant une preuve qui justifierait un verdict de culpabilité imposé, il n'appartient pas au juge des faits de conjecturer sur des moyens de défense non invoqués; le silence de l'accusé n'a pas d'effet sur la conviction que celui-ci est coupable hors de tout doute raisonnable. Le juge en chef McEachern a fait remarquer (à la p. 173) que le silence de l'accusé peut être motivé par divers facteurs, par exemple le fait qu'il serait un témoin «lamentable», qui nuirait à sa cause en déposant, peu importe qu'il soit coupable ou non.

En l'espèce, le juge en chef McEachern a souligné que le juge du procès avait dit que le silence de l'accusé [TRADUCTION] «peut certainement renforcer la preuve du ministère public sur la question de l'identification», ce qui était une directive entachée d'une erreur fatale. Il a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

(ii) Le juge Southin (dissidente)

Le juge Southin a convenu avec la majorité que le motif d'appel fondé sur la transcription manquante devait être rejeté, mais elle a exprimé sa dissidence sur la question du silence. La question de droit qu'elle a examinée est celle de savoir dans quelle mesure, s'il en est, le défaut de l'accusé de présenter des éléments de preuve peut jouer dans la détermination du verdict. Elle a conclu qu'il serait curieux que le juge doive se rappeler à lui-même une instruction qu'une disposition législative lui interdit de donner au jury (voir le par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*). Le juge Southin a décidé que l'importance, du point de vue de la preuve, du défaut de l'accusé de présenter des éléments de preuve réside dans le fait que, bien qu'il soit vrai qu'une personne ne soit pas tenue d'expliquer les choses suspectes, il arrive un moment où la preuve circonstancielle inculpatoire est telle que cette personne doit fournir une explication, sous

62

63

64

satisfied that the case put forward by the Crown requires some explanation if it is not to be accepted, yet the accused fails to provide that explanation, there is no reason for the judge not to be satisfied in guilt beyond a reasonable doubt.

peine d'être déclarée coupable: *R. c. Jenkins* (1908), 14 C.C.C. 221 (C.S.C.-B.). Le juge Southin a statué que, dans le cas où le juge est convaincu que la preuve du ministère public appelle des explications de la part de l'accusé, à défaut de quoi elle sera acceptée, et que celui-ci n'en fournit pas, il n'y a alors aucune raison que le juge ne soit pas convaincu de la culpabilité hors de tout doute raisonnable.

65 In the present case, counsel for the accused put forward the argument that it was contrary to common sense for a thief to hand over his driver's licence, thus whoever handed over the licence was not a thief. Southin J.A. noted that this argument implied that the accused might well have lost his licence or given it to somebody else, but no explanation was put forward by the accused in this regard. For the judge to accept the identification argument in the face of the accused's silence would have required him to indulge in speculation. Southin J.A. concluded that the trial judge did not make an error of law and would have dismissed the appeal.

Dans le présent cas, l'avocat de l'accusé a fait valoir qu'il était illogique qu'un voleur remette son permis de conduire et, partant, que la personne qui avait remis le sien n'était pas un voleur. Le juge Southin a souligné que cet argument impliquait que l'accusé aurait bien pu avoir perdu son permis ou l'avoir donné à quelqu'un d'autre, mais que ce dernier n'avait fourni aucune explication à ce sujet. Compte tenu du silence de l'accusé, le juge aurait eu à conjecturer pour accepter l'argument relatif à l'identification. Le juge Southin a conclu que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur de droit, et elle aurait rejeté l'appel.

(iii) Donald J.A.

(iii) Le juge Donald

66 Donald J.A. was of the view that the difference between the reasons of McEachern C.J.B.C. and Southin J.A. rested on a differing appreciation of what the trial judge did in the present case. Donald J.A. agreed with the Chief Justice that the trial judge had improperly drawn an adverse inference from the accused's failure to testify and used that as an element of proof in the Crown's case. He thus agreed with the disposition proposed by the Chief Justice.

De l'avis du juge Donald, la divergence entre les motifs du juge en chef McEachern et ceux du juge Southin tenait à une appréciation différente de ce que le juge du procès a fait dans la présente espèce. Le juge Donald a dit être d'accord avec le juge en chef que le juge du procès avait à tort tiré une conclusion défavorable du défaut de témoigner de l'accusé et qu'il avait considéré ce silence comme un élément de la preuve du ministère public. Il a donc souscrit au dispositif proposé par le juge en chef.

Issues

Les questions en litige

67 1. Under what circumstances is a trier of fact permitted to draw an inference from the failure of an accused to give evidence, and what is the nature of that inference?

1. Dans quelles circonstances le juge des faits est-il autorisé à tirer une conclusion du défaut de témoigner de l'accusé, et quelle est la nature de cette conclusion?

68 2. Did the majority in the British Columbia Court of Appeal err in law in holding that the trial judge had committed reversible error by placing

2. Les juges de la majorité, en Cour d'appel de la Colombie-Britannique, ont-ils commis une erreur de droit en statuant que le juge du procès

the respondent's failure to testify on the evidentiary scales?

Analysis

While it is clear that the accused is neither a competent nor a compellable witness for the Crown, it is a separate question whether the silence of the accused at trial may be used against him in reaching a verdict. Specifically, if the trier of fact is otherwise not convinced of guilt beyond a reasonable doubt, may the silence of the accused at trial be treated as a distinct piece of evidence which the trier of fact may use to become convinced of guilt beyond a reasonable doubt? Put in other ways, may silence be placed on the evidentiary scales or may it be used as a "make-weight"? In my view, the answer to this question is found in two common law rights which were subsequently enshrined in the *Charter*: the right to silence and the presumption of innocence.

The Right to Silence

The right to silence existed in various forms in the common law. For example, the "confessions rule" excluded any confession that was not demonstrated to have been voluntary: *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599 (P.C.); the accused had a right to choose not to confess. The common law right to silence, while it still exists, was to some extent superseded in importance by the establishment of the right to silence in the *Charter*. The accused's non-compellability at trial is now constitutionally protected under s. 11(c), but there has also been recognition of a right to silence as a principle of fundamental justice in s. 7. *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, established that there is a right to silence under the *Charter* which is engaged when a person is subject to the coercive power of the state. This occurs upon arrest, charge or detention of the individual. It is at this point that an adversarial relationship is created between the state and the individual. In *Hebert* itself, it was held that the state could not trick a detained accused into making self-incriminating statements through the

avait fait une erreur justifiant l'annulation en considérant le défaut de l'intimé de témoigner comme un élément de preuve dont il faut apprécier la force probante?

L'analyse

Même s'il est clair que l'accusé n'est pas un témoin habile à témoigner et contraignable pour le ministère public, le fait de savoir si son silence au procès peut être utilisé contre lui dans la détermination du verdict est une toute autre question. Plus précisément, si le juge des faits n'est pas par ailleurs convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité, peut-il considérer le silence de l'accusé comme un élément de preuve distinct pour arriver à sa conviction à cet égard? Autrement dit, le silence peut-il être un élément de preuve dont il faut apprécier la force probante, ou peut-il être utilisé comme «complément de preuve»? À mon avis, la réponse à cette question se trouve dans deux droits reconnus par la common law, qui ont plus tard été constitutionnalisés par la *Charte*: le droit de garder le silence et la présomption d'innocence.

Le droit de garder le silence

Le droit de garder le silence existait sous des formes diverses en common law. Par exemple, la «règle des confessions» excluait toute confession dont le caractère volontaire n'avait pas été établi: *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599 (C.P.); l'accusé avait le droit de choisir de ne pas faire de confession. Le droit de garder le silence reconnu par la common law — quoiqu'il existe toujours — a, dans une certaine mesure, été supplanté en importance par le droit de garder le silence constitutionnalisé dans la *Charte*. Le droit de l'accusé de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même au procès est désormais protégé par l'al. 11(c), mais le droit de garder le silence a aussi été reconnu comme un des principes de justice fondamentale garantis par l'art. 7. L'arrêt *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, a établi que le droit de garder le silence garanti par la *Charte* entre en jeu lorsqu'une personne est soumise au pouvoir coercitif de l'État, ce qui se produit quand elle est arrêtée, inculpée ou détenue. C'est à ce moment que naît l'antagonisme entre l'État et l'individu. Dans

use of an undercover police officer eliciting information in the accused's cell. Once under the coercive power of the state, the accused's right to silence could only be waived by an informed decision of the accused; state trickery was unacceptable.

71

While *Hebert* confirmed the existence of the right to silence under s. 7, it remained unclear to what use the silence of the detainee could be put. That is, while the detainee had a right to silence on arrest or detention, could this silence later be used against the accused at trial as evidence of his or her guilt? *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293, settled the matter. In that case, in addressing the jury, Crown counsel treated the appellant's silence on his arrest as evidence of guilt. The trial judge neglected to instruct the jury to ignore the evidence of silence on arrest, despite requests from both Crown and defence counsel to do so. This Court held that such neglect constituted reversible error. Cory J., speaking for a majority of six judges, stated at p. 1316 that:

It has as well been recognized that since there is a right to silence, it would be a snare and a delusion to caution the accused that he need not say anything in response to a police officer's question but nonetheless put in evidence that the accused clearly exercised his right and remained silent in the face of a question which suggested his guilt.

72

In my view, *Chambers* assists in analyzing the proper use by the trier of fact of the accused's silence at trial. Cory J. indicated that it would severely undercut the pre-trial right to silence if pre-trial silence could be used against the accused. Similarly, in the present context, it would severely undercut the right to silence at trial, which is found in ss. 7 and 11(c) of the *Charter*, if the silence could be used against the accused to convince the trier of fact of guilt. If the case against the accused does not otherwise prove guilt beyond a reasonable

Hebert, il a été jugé que l'État ne pouvait pas soustraire par la ruse des déclarations incriminantes à un accusé détenu en plaçant un policier en civil dans sa cellule. Une fois placé sous le pouvoir coercitif de l'État, une renonciation éclairée de l'accusé était nécessaire pour le priver du droit de garder le silence; la ruse utilisée par l'État était inacceptable.

Bien que l'arrêt *Hebert* ait confirmé l'existence à l'art. 7 du droit de garder le silence, il restait à déterminer quelle utilisation pouvait être faite du silence du détenu. En d'autres mots, quoique le détenu ait le droit de garder le silence lorsqu'il est mis sous arrêt ou en détention, son silence peut-il être utilisé ultérieurement contre lui au procès comme preuve de sa culpabilité? Cette question a été tranchée dans *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293. Dans cet arrêt, le substitut du procureur général, s'adressant au jury, avait affirmé que le silence de l'appelant lors de son arrestation était une preuve de sa culpabilité. Le juge du procès avait négligé de donner au jury instruction de ne pas tenir compte du silence de l'accusé au moment de son arrestation, en dépit des demandes en ce sens qui lui avaient été faites tant par le ministère public que par la défense. Notre Cour a statué que cette omission constituait une erreur justifiant l'annulation. S'exprimant pour les six juges de la majorité, le juge Cory a déclaré ceci, à la p. 1316:

Il a été reconnu en outre que, comme il y a un droit de garder le silence, ce serait tendre un piège que de prévenir l'accusé qu'il n'est pas tenu de répondre aux questions du policier, pour ensuite soumettre en preuve que l'accusé s'est manifestement prévalu de son droit en gardant le silence face à une question tendant à établir sa culpabilité.

À mon avis, l'arrêt *Chambers* aide à l'analyse de l'utilisation que le juge des faits peut à bon droit faire du silence de l'accusé au procès. Le juge Cory a indiqué qu'une grave atteinte serait portée au droit de garder le silence avant le procès si ce silence pouvait être utilisé contre l'accusé. De même, dans le présent contexte, une grave atteinte serait portée au droit de garder le silence au procès, qui est garanti par l'art. 7 et l'al. 11c) de la *Charte*, si ce silence pouvait être utilisé contre l'accusé pour convaincre le juge des faits de sa culpabilité.

doubt, to permit the trier of fact to reach a guilty verdict on the basis of the failure to testify would significantly undermine the right not to testify. As Cory J. stated in *Chambers*, it would be a “snare and a delusion” to grant the accused a right to remain silent at trial yet then proceed to use the silence to find him or her guilty.

While *Chambers* itself supports the conclusion that silence of the accused cannot be placed on the evidentiary scales, the underlying justification for the right to silence also supports such a conclusion. The justification for the right to silence was affirmed by the unanimous decision of this Court in *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21, at p. 40. We stated:

Applying a purposive interpretation to s. 11(c), I am of the opinion that it was intended to protect the individual against the affront to dignity and privacy inherent in a practice which enables the prosecution to force the person charged to supply the evidence out of his or her own mouth. Although disagreement exists as to the basis of the principle against self-incrimination, in my view, this factor plays a dominant role.

In a similar vein, in the context of pre-trial silence, McLachlin J. for the majority in *Hebert* stated, at p. 181:

The common law rules related to the right to silence suggest that the scope of the right in the pre-trial detention period must be based on the fundamental concept of the suspect's right to choose whether to speak to the authorities or remain silent. . . . In keeping with the approach inaugurated by the *Charter*, our courts must adopt an approach to pre-trial interrogation which emphasizes the right of the detained person to make a meaningful choice and permits the rejection of statements which have been obtained unfairly in circumstances that violate that right of choice.

I stated in *Hebert*, at p. 195, that:

However, it cannot be denied that, apart altogether from the privilege [against self-incrimination], the right to remain silent — the right not to incriminate oneself

Si la preuve produite contre l'accusé n'établit pas autrement sa culpabilité hors de tout doute raisonnable, le fait de permettre au juge des faits de rendre un verdict de culpabilité sur le fondement du défaut de témoigner de l'accusé minerait considérablement le droit de ne pas témoigner. Comme l'a dit le juge Cory, dans *Chambers*, précité, ce serait «tendre un piège» que d'accorder à l'accusé le droit de garder le silence au procès, puis ensuite d'utiliser ce silence pour le déclarer coupable.

Si l'arrêt *Chambers* permet de conclure que le silence de l'accusé n'est pas un élément de preuve dont il faut apprécier la force probante, il en est de même de la justification sous-jacente du droit de garder le silence. Cette justification a été énoncée par notre Cour, dans l'arrêt unanime *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21, où nous avons déclaré ce qui suit, à la p. 40:

Appliquant à l'al. 11c) une interprétation fondée sur l'objet visé, je suis d'avis que cette disposition vise à protéger l'individu contre toute atteinte à sa dignité et à sa vie privée, inhérente à une pratique qui permet à la poursuite d'obliger la personne inculpée à témoigner elle-même. Bien qu'il y ait mécontentement quant au fondement du principe interdisant l'auto-incrimination, j'estime que ce facteur joue un rôle dominant.

Dans le même ordre d'idée, dans le contexte du silence avant le procès, le juge McLachlin, s'exprimant au nom de la majorité dans *Hebert*, précité, a dit ceci, à la p. 181:

Les règles de common law qui se rapportent au droit de garder le silence indiquent que la portée du droit pendant la détention avant le procès doit être fondée sur la notion fondamentale du droit du suspect de choisir de parler aux autorités ou de garder le silence. [. . .] Conformément à la méthode instaurée par la *Charte*, nos tribunaux doivent adopter à l'égard des interrogatoires qui précèdent le procès une démarche qui insiste sur le droit de la personne détenue de faire un choix utile et qui permette d'écarter les déclarations qui ont été obtenues de façon inéquitable dans des circonstances qui violent ce droit de choisir.

Dans *Hebert*, j'ai déclaré ce qui suit, à la p. 195:

Cependant, on ne peut nier que, abstraction faite complètement du privilège [de ne pas s'incriminer], le droit de garder le silence — le droit de ne pas s'incriminer —

with one's words — is an integral element of our accusatorial and adversarial system of criminal justice. [Emphasis added.]

75

The right to silence is based on society's distaste for compelling a person to incriminate him- or herself with his or her own words. Following this reasoning, in my view the use of silence to help establish guilt beyond a reasonable doubt is contrary to the rationale behind the right to silence. Just as a person's words should not be conscripted and used against him or her by the state, it is equally inimical to the dignity of the accused to use his or her silence to assist in grounding a belief in guilt beyond a reasonable doubt. To use silence in this manner is to treat it as communicative evidence of guilt. To illustrate this point, suppose an accused did commit the offence for which he was charged. If he testifies and is truthful, he will be found guilty as the result of what he said. If he does not testify and is found guilty in part because of his silence, he is found guilty because of what he did not say. No matter what the non-perjuring accused decides, communicative evidence emanating from the accused is used against him. The failure to testify tends to place the accused in the same position as if he had testified and admitted his guilt. In my view, this is tantamount to conscription of self-incriminating communicative evidence and is contrary to the underlying purpose of the right to silence. In order to respect the dignity of the accused, the silence of the accused should not be used as a piece of evidence against him or her.

The Presumption of Innocence

76

The presumption of innocence, enshrined at trial in s. 11(d) of the *Charter*, provides further support for the conclusion that silence of the accused at trial cannot be placed on the evidentiary scales against the accused. Lamer J. (as he then was) stated in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 357, that:

fait partie intégrante de notre système accusatoire et contradictoire de justice criminelle. [Je souligne.]

Le droit de garder le silence est fondé sur la répugnance qu'éprouve la société à forcer un individu à s'incriminer. Suivant ce raisonnement, je suis d'avis que le fait d'utiliser le silence de l'accusé afin d'aider à établir sa culpabilité hors de tout doute raisonnable va à l'encontre de la raison d'être du droit de garder le silence. Tout comme l'État ne doit pas arracher une déclaration à un individu ni utiliser cette déclaration contre lui, il est tout aussi incompatible avec la dignité de l'accusé d'utiliser son silence pour aider à établir la conviction de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Faire une telle utilisation du silence, c'est l'assimiler à une preuve de culpabilité participant d'une communication. Pour illustrer ce point, supposons que l'accusé a effectivement perpétré l'infraction dont il est inculpé. S'il témoigne et dit la vérité, il sera déclaré coupable à cause de ce qu'il a dit. S'il ne témoigne pas et qu'il est déclaré coupable en partie à cause de son silence, il sera déclaré coupable à cause de ce qu'il n'a pas dit. Peu importe ce que décide l'accusé qui ne se parjure pas, une preuve participant d'une communication est utilisée contre lui. Le défaut de témoigner tend à placer l'accusé dans la même situation que s'il avait témoigné et admis sa culpabilité. À mon sens, cette situation revient à lui arracher une preuve incriminante participant d'une communication et va à l'encontre de l'objectif sous-jacent du droit de garder le silence. Pour respecter la dignité de l'accusé, le silence de celui-ci ne devrait pas être utilisé comme élément de preuve contre lui.

La présomption d'innocence

La présomption d'innocence, que l'al. 11d) de la *Charte* consacre en ce qui a trait au procès, étaye elle aussi la conclusion que le silence de l'accusé au procès n'est pas un élément de preuve dont la force probante doit être appréciée. Dans *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a dit ce qui suit, à la p. 357:

Section 11(d) imposes upon the Crown the burden of proving the accused's guilt beyond a reasonable doubt as well as that of making out the case against the accused before he or she need respond, either by testifying or calling other evidence.

If silence may be used against the accused in establishing guilt, part of the burden of proof has shifted to the accused. In a situation where the accused exercises his or her right to silence at trial, the Crown need only prove the case to some point short of beyond a reasonable doubt, and the failure to testify takes it over the threshold. The presumption of innocence, however, indicates that it is not incumbent on the accused to present any evidence at all, rather it is for the Crown to prove him or her guilty. Thus, in order for the burden of proof to remain with the Crown, as required by the *Charter*, the silence of the accused should not be used against him or her in building the case for guilt. Belief in guilt beyond a reasonable doubt must be grounded on the testimony and any other tangible or demonstrative evidence admitted during the trial.

Some reference to the silence of the accused by the trier of fact may not offend the *Charter* principles discussed above: where in a trial by judge alone the trial judge is convinced of the guilt of the accused beyond a reasonable doubt, the silence of the accused may be referred to as evidence of the absence of an explanation which could raise a reasonable doubt. If the Crown has proved the case beyond a reasonable doubt, the accused need not testify, but if he doesn't, the Crown's case prevails and the accused will be convicted. It is only in this sense that the accused "need respond" once the Crown has proved its case beyond a reasonable doubt. Another permissible reference to the silence of the accused was alluded to by the Court of Appeal in this case. In its view, such a reference is permitted by a judge trying a case alone to indicate that he need not speculate about possible defences that might have been offered by the accused had he or she testified. As McEachern C.J.B.C. stated (at p. 171):

L'alinéa 11d) impose à la poursuite le fardeau de démontrer la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable ainsi que de présenter sa preuve contre l'accusé avant que celui-ci n'ait besoin de répondre, soit en témoignant soit en citant d'autres témoins.

Si le silence de l'accusé peut être utilisé contre lui pour établir sa culpabilité, le fardeau de la preuve est alors déplacé en partie sur les épaules de ce dernier. Dans une situation où l'accusé exerce son droit de garder le silence au procès, le ministère public n'a qu'à apporter une preuve quasiment hors de tout doute raisonnable, et le défaut de témoigner permet de dissiper le doute qui reste. Toutefois, la présomption d'innocence fait en sorte que l'accusé n'est pas tenu de présenter quelque preuve que ce soit, mais qu'il appartient plutôt au ministère public de prouver sa culpabilité. En conséquence, afin que, comme l'exige la *Charte*, le fardeau de la preuve continue d'incomber au ministère public, le silence de l'accusé ne devrait pas être utilisé contre lui pour établir sa culpabilité. La conviction hors de tout doute raisonnable de sa culpabilité doit reposer sur les témoignages et les éléments de preuve matériels admis durant le procès.

Il est possible que certaines mentions du silence de l'accusé ne portent pas atteinte aux principes de la *Charte* examinés précédemment: ainsi, si le juge qui siège sans jury est convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé, le silence de l'accusé peut être mentionné comme preuve de l'absence d'explication susceptible de soulever un doute raisonnable. Si le ministère public a apporté une preuve hors de tout doute raisonnable, l'accusé n'a pas à témoigner, mais s'il ne le fait pas, la preuve du ministère public sera retenue et l'accusé sera déclaré coupable. C'est seulement dans ce sens que l'accusé a «besoin de répondre», une fois que le ministère public a présenté une preuve hors de tout doute raisonnable. En l'espèce, la Cour d'appel a évoqué un autre cas où il est permis de mentionner le silence de l'accusé. Selon elle, le juge qui siège sans jury peut indiquer qu'il n'a pas à conjecturer sur les moyens de défenses possibles que l'accusé aurait pu faire valoir s'il avait témoigné. Comme l'a dit le juge en chef McEachern (à la p. 171):

In other words, the court will not speculate that the accused may have some unstated defence, such as, in this case, that someone may have stolen his driver's licence.

[TRADUCTION] Autrement dit, la cour ne conjecturera pas que l'accusé dispose d'un moyen de défense qu'il n'a pas fait valoir, par exemple, en l'espèce, que peut-être quelqu'un avait volé son permis de conduire.

78 Such treatment of the silence of the accused does not offend either the right to silence or the presumption of innocence. If silence is simply taken as assuring the trier of fact that it need not speculate about unspoken explanations, then belief in guilt beyond a reasonable doubt is not in part grounded on the silence of the accused, but rather is grounded on the evidence against him or her. The right to silence and its underlying rationale are respected, in that the communication or absence of communication is not used to build the case against the accused. The silence of the accused is not used as inculpatory evidence, which would be contrary to the right to silence, but simply is not used as exculpatory evidence. Moreover, the presumption of innocence is respected, in that it is not incumbent on the accused to defend him- or herself or face the possibility of conviction on the basis of his or her silence. Thus, a trier of fact may refer to the silence of the accused simply as evidence of the absence of an explanation which it must consider in reaching a verdict. On the other hand, if there exists in evidence a rational explanation or inference that is capable of raising a reasonable doubt about guilt, silence cannot be used to reject this explanation.

Tenir ainsi compte du silence de l'accusé ne porte atteinte ni au droit de garder le silence ni à la présomption d'innocence. Si le silence est tout simplement considéré par le juge des faits comme ayant pour effet de le dispenser de conjecturer sur des explications qui n'ont pas été fournies, la conviction hors de tout doute raisonnable dans la culpabilité de l'accusé ne repose alors pas en partie sur le silence de ce dernier, mais bien sur la preuve présentée contre lui. Le droit de garder le silence et sa raison d'être sous-jacente sont respectés puisque la communication ou l'absence de communication ne sert pas à étoffer la preuve contre l'accusé. Le silence de l'accusé n'est pas utilisé comme un élément de preuve inculpatoire, ce qui irait à l'encontre du droit de garder le silence, c'est tout simplement qu'il n'est pas utilisé comme élément exculpatoire. De plus, la présomption d'innocence est respectée, en ce qu'il n'incombe pas à l'accusé de se défendre, ou, à défaut, de risquer d'être déclaré coupable à cause de son silence. Par conséquent, le juge des faits peut invoquer le silence de l'accusé simplement comme preuve de l'absence d'une explication qu'il doit prendre en compte en arrêtant son verdict. En revanche, s'il existe dans la preuve une explication ou inférence rationnelle, susceptible de faire naître un doute raisonnable sur la culpabilité, le silence ne peut pas être utilisé pour écarter cette explication.

79 The reasons of the Chief Justice and McLachlin J., when read with my reasons, indicate that there are three ways in which the silence of the accused might be considered by the trier of fact:

Il ressort des motifs du Juge en chef et de ceux du juge McLachlin, lorsqu'on les lit en corrélation avec les miens, qu'il existe trois situations où le silence de l'accusé pourrait être pris en considération par le juge des faits:

- (1) Once the Crown has proffered a case to meet, the silence of the accused can be used in determining whether an accused is guilty beyond a reasonable doubt.
- (2) Inferences of guilt may be drawn from the accused's silence "only where a case to meet has been put forth and the accused is

- (1) une fois que le ministère public a présenté une preuve complète, le silence de l'accusé peut être utilisé pour décider si celui-ci est coupable hors de tout doute raisonnable;
- (2) des conclusions de culpabilité ne peuvent être tirées du silence de l'accusé «que dans [les cas] où une preuve complète a été présentée et

enveloped in a ‘cogent network of inculpatory facts’”.

- (3) The silence of the accused means that the evidence of the Crown is uncontradicted and therefore must be evaluated on this basis without regard for any explanation of those facts that does not arise from the facts themselves.

The Chief Justice appears to adopt both positions (1) and (2) in different parts of his reasons. Clearly, the first position uses the silence of the accused and violates both the right to silence and the presumption of innocence. If the Crown’s evidence, although sufficient to pass the case to meet test, would, on evaluation, fall short of proof beyond a reasonable doubt but for the evidence of the accused, then the silence of the accused becomes evidence for the Crown which enables the Crown to discharge its burden of proof beyond a reasonable doubt.

The second position appears to invite the use of silence when the level of the Crown’s proof passes the case to meet test but falls slightly short of proof beyond a reasonable doubt. In other words, the Crown has a strong case but it needs a little extra push. The extra push will be supplied by the silence of the accused. Of course, if the Crown’s case does not need the extra push, there would be no justification for this position. Whether the evidence of the accused bridges the entire gap or only part of the gap between the standard of a case to meet and proof beyond a reasonable doubt, the silence of the accused becomes evidence for the Crown in discharge of its burden of proof. In both instances, the right to silence and the presumption of innocence are violated.

The third position which I have attempted to explain in my reasons simply recognizes the fact

où l’accusé est confronté à un [TRADUCTION] «ensemble [. . .] convaincant de faits inculpataires»;

- (3) le silence de l’accusé emporte que la preuve du ministère public n’est pas contredite et qu’elle doit donc être évaluée comme telle, sans tenir compte de quelque explication des faits mis en preuve qui ne ressort pas des faits eux-mêmes.

Le Juge en chef semble être d’accord, dans différents passages de ses motifs, avec les positions énoncées en (1) et (2). Manifestement, dans le premier cas, on utilise le silence de l’accusé et on viole à la fois le droit de garder le silence et la présomption d’innocence. Si la preuve du ministère public, quoique suffisante pour satisfaire au critère de la preuve complète, est, après évaluation, jugée insuffisante pour constituer une preuve hors de tout doute raisonnable si ce n’est de la preuve émanant de l’accusé, le silence de ce dernier devient alors un élément de preuve pour le ministère public et lui permet de s’acquitter du fardeau qui lui incombe d’apporter une preuve hors de tout doute raisonnable.

La deuxième position semble inciter à l’utilisation du silence de l’accusé dans les cas où la preuve du ministère public respecte le critère de la preuve complète, mais ne satisfait pas tout à fait la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable. En d’autres mots, le ministère public a une preuve solide mais il a besoin d’une petite poussée supplémentaire, qui sera fournie par le silence de l’accusé. Il va de soi que si la preuve du ministère public n’a pas besoin de cette poussée supplémentaire, cette deuxième position n’a pas de raison d’être. Que la preuve émanant de l’accusé comble entièrement ou en partie l’écart entre la norme de la preuve complète et celle de la preuve hors de tout doute raisonnable, elle n’en devient pas moins un élément de preuve permettant au ministère public de s’acquitter du fardeau de preuve qui lui incombe. Dans un cas comme dans l’autre, il y a violation du droit de garder le silence et de la présomption d’innocence.

La troisième position, que j’ai tenté d’expliquer dans mes motifs, reconnaît simplement le fait que

80

81

82

that the evidence of the Crown stands alone. It must be evaluated on this basis. Contradictions that have not been offered cannot be supplied. No inference of guilt is drawn from the silence of the accused. Rather, the silence of the accused fails to provide any basis for concluding otherwise, once the uncontradicted evidence points to guilt beyond a reasonable doubt.

83 It is not entirely clear which position McLachlin J. adopts. Her reasons appear to conclude that the judge or jury may take into account that the Crown's evidence is unchallenged and decide the case on this basis. This appears to accord with position (3) and not with positions (1) or (2). This would not support either the reasons or the result reached by the Chief Justice.

The Case Law

84 The principles to which I have referred which derive from ss. 7 and 11(d) of the *Charter* find ample support in recent case law of this Court. While earlier cases on the appropriate use of silence by the trier of fact are admittedly ambiguous, recent decisions are clear: silence may not be used by the trier of fact as a piece of inculpatory evidence. In *R. v. François*, [1994] 2 S.C.R. 827, the accused appealed partly on the ground that the jury had improperly drawn an inference of guilt from the accused's failure to testify. McLachlin J., for the majority, stated at p. 835:

This ground of appeal cannot succeed because it would require speculation as to what the jury did. We cannot know what inferences the jury drew in this case

In any event, subject to the caveat that failure to testify cannot be used to shore up a Crown case which otherwise does not establish guilt beyond a reasonable doubt, a jury is permitted to draw an adverse inference

la preuve du ministère public est la seule qui a été présentée. Elle doit être évaluée comme telle. Des démentis qui n'ont pas été présentés ne peuvent y être ajoutés. Aucune conclusion de culpabilité n'est tirée du silence de l'accusé. Au contraire, le silence de l'accusé n'apporte aucune raison de conclure autrement, une fois que la preuve non contredite tend à indiquer la culpabilité hors de tout doute raisonnable.

On ne peut dire avec certitude laquelle de ces positions adopte le juge McLachlin. Ses motifs semblent indiquer qu'elle conclut que le juge ou le jury peuvent tenir compte du fait que la preuve du ministère public n'est pas contestée et trancher l'affaire sur ce fondement. Cette conclusion semble compatible avec la position (3) mais non avec les positions (1) et (2). Elle n'étayerait pas non plus les motifs du Juge en chef ni le résultat auquel il arrive.

La jurisprudence

Les principes dont j'ai fait état et qui tirent leur origine de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte* trouvent amplement appui dans la jurisprudence récente de notre Cour. Même si certains arrêts antérieurs concernant l'utilisation qui peut être faite du silence de l'accusé par le juge des faits sont, on le reconnaît, ambigus, de récentes décisions sont claires à cet égard: le silence de l'accusé ne peut être utilisé par le juge des faits comme élément de preuve inculpatoire. Dans *R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827, l'accusé avait fondé en partie son pourvoi sur le motif que le jury avait tiré une conclusion inadmissible du fait qu'il n'avait pas témoigné. Le juge McLachlin a déclaré ce qui suit, au nom de la majorité, à la p. 835:

Ce moyen d'appel ne saurait être retenu parce qu'il faudrait conjecturer sur ce que les jurés ont fait. Nous ne pouvons pas savoir quelles conclusions les jurés ont tirées en l'espèce. . .

De toute façon, sous réserve de l'avertissement que l'omission de témoigner ne peut pas servir à consolider une preuve du ministère public qui, par ailleurs, n'établit pas la culpabilité de l'accusé hors de tout doute

from the failure of an accused person to testify
[Emphasis added.]

Major J., dissenting but concurring on this point, stated at pp. 847-48:

These cases make it clear that, where the accused does not testify, it is open to the jury to draw the inference that he or she could not have raised a reasonable doubt in the face of convincing Crown evidence. However, it is not permissible for a jury which is not otherwise convinced that the Crown has proven guilt beyond a reasonable doubt to infer from the fact that the accused has not testified that he must be guilty. In other words, where the Crown has proven its case beyond a reasonable doubt, the absence of the accused's testimony may indicate that he or she is unable to raise a reasonable doubt as a basis for acquittal, but this lack of testimony cannot otherwise be used to strengthen the Crown's case where the Crown has fallen short of proving guilt. [Emphasis added.]

In my view, these comments clearly indicate that it is not permissible to use the failure to testify as a piece of evidence contributing to a finding of guilt beyond a reasonable doubt where such a finding would not exist without considering the failure to testify. McLachlin J. stated that the failure to testify could not be used to "shore up a Crown case which otherwise does not establish guilt beyond a reasonable doubt". Major J. stated that "this lack of testimony cannot otherwise be used to strengthen the Crown's case where the Crown has fallen short of proving guilt". In my view, these statements indicate that silence cannot be used to take an unproven case to a proven case.

R. v. Lepage, [1995] 1 S.C.R. 654, revisited the question of the permissible inferences from the failure to testify. In that case, I stated at pp. 670-71:

Although I have concluded above that Pardu J. did not draw any adverse inference from the respondent's failure to offer an explanation for the presence of his fingerprints, I note that once the Crown had proved a

raisonnable, un jury peut tirer une conclusion défavorable de l'omission de témoigner d'un accusé. . . [Je souligne.]

Le juge Major, dissident, mais dont l'opinion concordait sur ce point, a dit ceci, aux pp. 847 et 848:

Il ressort clairement de ces arrêts que, lorsque l'accusé ne témoigne pas, il est loisible aux jurés de conclure qu'il n'aurait pas pu soulever un doute raisonnable devant la preuve convaincante du ministère public. Cependant, il n'est pas permis aux jurés qui ne sont pas convaincus, par ailleurs, que le ministère public a prouvé la culpabilité hors de tout doute raisonnable de conclure de l'omission de témoigner de l'accusé qu'il doit être coupable. Autrement dit, lorsque le ministère public a présenté une preuve hors de tout doute raisonnable, l'absence de témoignage de l'accusé peut indiquer qu'il est incapable de soulever un doute raisonnable pour justifier son acquittement, mais ce défaut de témoigner ne saurait, par ailleurs, servir à renforcer la preuve du ministère public quand celui-ci n'a pas réussi à prouver la culpabilité de l'accusé. [Je souligne.]

À mon avis, ces observations indiquent clairement qu'il n'est pas permis d'utiliser le défaut de témoigner comme preuve contribuant à une conclusion de culpabilité hors de tout doute raisonnable, si cette conclusion était impossible sans la prise en compte du défaut de témoigner. Le juge McLachlin a dit que le défaut de témoigner ne peut pas servir à «consolider une preuve du ministère public qui, par ailleurs, n'établit pas la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable». Le juge Major a déclaré que «ce défaut de témoigner ne saurait, par ailleurs, servir à renforcer la preuve du ministère public quand celui-ci n'a pas réussi à prouver la culpabilité de l'accusé». À mon avis, ces observations indiquent que le silence ne peut pas servir à transformer une preuve insuffisante en preuve suffisante.

Dans *R. c. Lepage*, [1995] 1 R.C.S. 654, notre Cour a réexaminé la question de savoir quelles conclusions peuvent être tirées du défaut de témoigner. Dans cette affaire, j'ai dit ceci, aux pp. 670 et 671:

Même si j'ai conclu précédemment que le juge Pardu n'a pas tiré une conclusion défavorable de l'omission de l'intimé d'expliquer la présence de ses empreintes digitales, je précise que, du moment que le ministère public

prima facie case, the trial judge would be entitled to draw such an inference in any event. The following passage from *R. v. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340 (C.A.), at pp. 347-48, is on point:

No adverse inference can be drawn if there is no case to answer. A weak prosecution's case cannot be strengthened by the failure of the accused to testify. But there seems to come a time, where, in the words of Irving J.A. in *R. v. Jenkins* (1908), 14 C.C.C. 221 at p. 230, 14 B.C.R. 61 (C.A.), "circumstantial evidence having enveloped a man in a strong and cogent network of inculpatory facts, that man is bound to make some explanation or stand condemned". That point, it seems to me, can only be the point where the prosecution's evidence, standing alone, is such that it would support a conclusion of guilt beyond a reasonable doubt. Viewed that way, it would be better said that the absence of defence evidence, including the failure of the accused to testify, justifies the conclusion that no foundation for a reasonable doubt could be found on the evidence. It is not so much that the failure to testify justifies an inference of guilt; it is rather that it fails to provide any basis to conclude otherwise

In this case, since the totality of the evidence enabled the trial judge to infer guilt beyond a reasonable doubt, the absence of any explanation from the respondent merely failed to provide any basis to conclude otherwise. [Emphasis added by Sopinka J. in *Lepage*.]

87 Again, in my view it is clear from the passage cited that while it is permissible to conclude from the failure to testify that there is no unspoken, innocent explanation about which the trier of fact must speculate, it is not permissible to use silence to strengthen a case that otherwise falls short of proving guilt beyond a reasonable doubt. If the totality of the evidence leads to guilt beyond a reasonable doubt, the accused's silence simply fails "to provide any basis to conclude otherwise".

88 There may, however, be confusion over the use of the words "adverse inference" in the above cases. Professor R. J. Delisle, in an annotation to *R. v. François* (1994), 31 C.R. (4th) 203, asked

avait fait une preuve *prima facie*, le juge du procès pouvait, de toute façon, tirer pareille conclusion. Voici un passage pertinent de l'arrêt *R. c. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340 (C.A.), tiré des pp. 347 et 348:

[TRADUCTION] Aucune conclusion défavorable ne peut être tirée s'il n'y a aucune preuve à réfuter. L'omission de l'accusé de témoigner ne peut permettre de remédier à la faiblesse de la preuve de la poursuite. Or, il arrive un moment, semble-t-il, pour reprendre les termes du juge Irving dans *R. c. Jenkins* (1908), 14 C.C.C. 221, à la p. 230, 14 B.C.R. 61 (C.A.), où «une preuve circonstancielle, constituée d'un ensemble solide et convaincant de faits inculpatoyes, oblige un homme à fournir quelque explication sous peine d'être reconnu coupable». Il en est ainsi, selon moi, seulement lorsque la preuve de la poursuite, à elle seule, est de nature à appuyer une conclusion de culpabilité hors de tout doute raisonnable. Sous cet angle, il serait préférable de dire que l'absence de preuve à décharge, y compris l'omission de l'accusé de témoigner, justifie la conclusion qu'aucun motif de doute raisonnable ne pouvait ressortir de la preuve. Ce n'est pas tant que l'omission de témoigner justifie une conclusion de culpabilité; c'est plutôt qu'elle prive le tribunal de motifs de tirer une autre conclusion . . .

Dans la présente affaire, comme la totalité de la preuve permettait au juge du procès de conclure à la culpabilité hors de tout doute raisonnable, l'absence d'explication de la part de l'intimé a simplement privé le tribunal de motifs de tirer une autre conclusion. [Souligné par le juge Sopinka dans *Lepage*.]

Encore une fois, il ressort clairement à mon avis du passage précité que, même s'il est permis de conclure du défaut de témoigner qu'il n'existe aucune explication inexprimée, tendant à innocenter l'accusé et sur laquelle le juge des faits doit conjecturer, il est interdit d'utiliser le silence pour renforcer une preuve qui autrement n'établit pas hors de tout doute raisonnable la culpabilité de l'accusé. Si la totalité de la preuve permet de conclure à la culpabilité hors de tout doute raisonnable, le silence de l'accusé prive simplement le tribunal de «motifs de tirer une autre conclusion».

Il est possible, toutefois, qu'il existe une certaine confusion quant à l'utilisation de l'expression «conclusion défavorable» dans les arrêts susmentionnés. Dans une note concernant l'arrêt *R. c.*

that if an adverse inference is permitted, what inference is relevant if it can only be drawn after guilt beyond a reasonable doubt has been proved? He stated at p. 204:

The essence of a criminal trial is whether the Crown has established its case beyond a reasonable doubt. If a jury cannot use the failure to testify to assist in its determination of whether they are satisfied beyond a reasonable doubt, then pray tell what the permissible adverse inference does? For what else can the jury use it?

As set out above, silence is not inculpatory evidence, but nor is it exculpatory evidence. Thus, as in *Lepage*, if the trier of fact reaches a belief in guilt beyond a reasonable doubt, silence may be treated by the trier of fact as confirmatory of guilt. Silence may indicate, for example, that there is no evidence to support speculative explanations of the Crown's evidence offered by defence counsel, or it may indicate that the accused has not put forward any evidence that would require that the Crown negate an affirmative defence. In this limited sense, silence may be used by the trier of fact. If, however, there is a rational explanation which is consistent with innocence and which may raise a reasonable doubt, the silence of the accused cannot be used to remove that doubt.

Thus, there are permissible uses of silence by the trier of fact. However, Delisle is correct in stating that, since these permissible uses only arise after the trier of fact has reached a belief in guilt beyond a reasonable doubt, the uses may be superfluous. I would therefore conclude that courts should generally avoid using the potentially confusing term "inference" in discussing the silence of the accused. "Inference" could be taken to indicate that the trier of fact used silence to help establish the case for guilt beyond a reasonable doubt, which is not a permissible use of silence. Indeed, because of the potential for confusion, discussion of the silence of the accused should generally be

François (1994), 31 C.R. (4th) 203, le professeur R. J. Delisle pose cette question: s'il est permis de tirer une conclusion défavorable, quelle conclusion est pertinente si elle ne peut être tirée qu'une fois la culpabilité établie hors de tout doute raisonnable? À la p. 204, il a affirmé ce qui suit:

[TRADUCTION] L'essence du procès pénal est la présentation par le ministère public d'une preuve hors de tout doute raisonnable. Si le jury ne peut pas utiliser le défaut de témoigner pour décider s'il est convaincu hors de tout doute raisonnable, alors qu'on me dise à quoi sert la conclusion défavorable permise? À quelle autre fin le jury peut-il l'utiliser?

Comme il a été exposé précédemment, le silence n'est pas un élément de preuve inculpatoire, mais il n'est pas non plus exculpatoire. En conséquence, comme dans *Lepage*, si le juge des faits est convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé, il peut considérer que le silence de celui-ci confirme sa culpabilité. Le silence peut indiquer, par exemple, qu'aucun élément de preuve n'étaye les explications conjecturales données par l'avocat de la défense au sujet de la preuve du ministère public, ou encore que l'accusé n'a présenté aucun élément de preuve forçant le ministère public à réfuter une défense affirmative. Dans ce sens restreint, le silence peut être utilisé par le juge des faits. Cependant, s'il y a une explication rationnelle, compatible avec l'innocence et susceptible de faire naître un doute raisonnable, le silence de l'accusé ne peut pas être utilisé pour dissiper ce doute.

En conséquence, le juge des faits est autorisé à faire certaines utilisations du silence. Toutefois, Delisle a raison d'affirmer que, puisque cela n'est permis au juge des faits qu'après qu'il a acquis la conviction de la culpabilité hors de tout doute raisonnable, ces utilisations pourraient être superflues. Je conclurais donc que les tribunaux devraient généralement éviter d'employer le terme «conclusion», qui est susceptible de créer de la confusion, lorsqu'ils parlent du silence de l'accusé. Ce mot pourrait tendre à indiquer que le juge des faits a utilisé le silence de l'accusé pour décider que la culpabilité a été établie hors de tout doute raisonnable, ce qui n'est pas une utilisation

avoided. However, where silence is mentioned by the trial judge as confirmatory of guilt given the totality of the evidence, but not as a “make-weight”, there is no reversible error. *Lepage* provides an example of such a situation.

91

I turn now to consideration of *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, a case which was pointed to by the appellant as challenging the conclusion that silence may not be placed on the evidentiary scales. In *P. (M.B.)*, the Court discussed the principles surrounding the power of the Crown to reopen its case after the accused had begun presenting the case for the defence. In a passage which is properly characterized as *obiter dicta*, given that the case was not about the use of the failure to testify, Lamer C.J. stated at p. 579:

All of these protections, which emanate from the broad principle against self-incrimination, recognize that it is up to the state, with its greater resources, to investigate and prove its own case, and that the individual should not be conscripted into helping the state fulfil this task. Once, however, the Crown discharges its obligation to present a *prima facie* case, such that it cannot be non-suited by a motion for a directed verdict of acquittal, the accused can legitimately be expected to respond, whether by testifying him or herself or calling other evidence, and failure to do so may serve as the basis for drawing adverse inferences. . . . In other words, once there is a “case to meet” which, if believed, would result in conviction, the accused can no longer remain a passive participant in the prosecutorial process and becomes — in a broad sense — compellable. That is, the accused must answer the case against him or her, or face the possibility of conviction. [Emphasis in original.]

92

With respect to the relevance of *P. (M.B.)* to the present analysis, I would note first of all that this passage was concerned with a case where the Crown had reopened its case after the defence had started its presentation. Given Lamer C.J.’s decision that such a reopening was reversible error, it is apparent that he included these *obiter dicta* as a

permise du silence. En effet, en raison du risque de confusion, il convient généralement d’éviter de parler du silence de l’accusé. Toutefois, si le juge des faits mentionne le silence comme étant un élément qui confirme la culpabilité, eu égard à l’ensemble de la preuve, mais non comme «complément de preuve», aucune erreur justifiant l’annulation n’a alors été commise. L’arrêt *Lepage*, est un exemple d’une telle situation.

Je vais maintenant examiner l’arrêt *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, qui, selon l’appelante, bat en brèche la conclusion que le silence n’est pas un élément de preuve dont il faut apprécier la force probante. Dans *P. (M.B.)*, notre Cour a étudié les principes régissant le pouvoir du ministère public de rouvrir sa preuve après que la défense a commencé à y répondre. Dans un passage qu’il convient de qualifier de remarques incidentes, étant donné que l’affaire ne concernait pas l’utilisation du défaut de témoigner, le juge en chef Lamer a dit ce qui suit, à la p. 579:

Toutes ces protections qui découlent du principe général interdisant l’auto-incrimination reconnaissent qu’il incombe à l’État, qui dispose de plus de ressources, d’enquêter et de prouver ses allégations, et que le particulier ne devrait pas être contraint d’aider l’État à remplir cette tâche. Toutefois, quand le ministère public s’acquitte de son obligation de présenter une preuve *prima facie* non susceptible d’être écartée par une requête en obtention d’un verdict imposé d’acquiescement, on peut légitimement s’attendre à ce que l’accusé réagisse en témoignant lui-même ou en citant d’autres témoins, et le défaut de le faire peut justifier des conclusions contraires [. . .] En d’autres termes, lorsqu’on a présenté une «preuve complète» qui, si on y ajoute foi, entraînerait une déclaration de culpabilité, l’accusé ne peut plus demeurer passif dans le processus accusatoire et devient — dans un sens large — contraignable, c’est-à-dire que l’accusé doit répondre à la preuve présentée contre lui ou courir le risque d’être déclaré coupable. [Souligné dans l’original.]

Quant à la pertinence de l’arrêt *P. (M.B.)* par rapport à la présente analyse, je ferai d’abord remarquer que ce passage traitait d’une affaire dans laquelle le ministère public avait rouvert sa preuve après que la défense eût commencé à y répondre. Vu la décision du juge en chef Lamer qu’une telle réouverture constituait une erreur

means of illustrating the potential harm to the accused as the result of the Crown reopening its case; the accused may have chosen a strategy, for example, the accused may have chosen not to testify, based on the strength of the Crown's initial presentation. While Lamer C.J. mentions the legal permissibility of drawing inferences from silence, the passage in general seems more concerned with the shifting of a strategic burden. That is, the accused is in a "broad sense", by which I infer he means "strategic sense", compellable once the Crown has proved a case to meet; if the accused does not present a defence, he risks conviction. This observation is not inconsistent with the impermissibility of drawing an adverse inference from silence before a case has been proved. If a case against the accused has been adduced that is capable of supporting an inference of guilt, it may be a wise strategy for the accused to testify in order to refute the case to meet; this does not involve a shift in the legal burden of proof to the accused, but rather involves a shift of a strategic burden. On balance, in my view, the passage in *P. (M.B.)* set out above is not inconsistent with the conclusion that silence may not be placed on the evidentiary scales, but rather the passage is concerned with the strategic impact of the establishment of a case to meet by the Crown on the decision of the accused to remain silent at trial. The situation is similar to the circumstances to which I referred earlier in which the Crown has proved its case beyond a reasonable doubt. In both cases, there is what may be referred to as a strategic burden. In the former case, however, in which the Crown has adduced evidence capable of supporting an inference of guilt, failure to testify exposes the accused to a risk of conviction. In the latter case, in which the Crown has proved the case beyond a reasonable doubt, the strategic burden is more compelling because failure to testify will result in conviction. Reference to silence in either

justifiant l'annulation, il est manifeste qu'il a inclus ces remarques incidentes pour démontrer le type de préjudice que l'accusé risquait de subir par suite de cette réouverture; il est possible que l'accusé ait choisi une stratégie, par exemple celle de ne pas témoigner, en tenant compte de la force de la preuve initiale du ministère public. Quoique le juge en chef Lamer signale qu'il est permis, en droit, de tirer des conclusions du silence de l'accusé, le passage semble de façon générale porter davantage sur le déplacement du fardeau sur le plan stratégique. C'est-à-dire que l'accusé devient, dans un «sens large», expression par laquelle il veut dire, selon moi, «d'un point de vue stratégique», contraignable une fois que le ministère public a présenté une preuve complète; si l'accusé ne présente pas de défense, il court le risque d'être déclaré coupable. Cette remarque n'est pas inconciliable avec l'interdiction de tirer une conclusion défavorable du silence de l'accusé avant la présentation d'une preuve complète. S'il a été produit des éléments de preuve capables d'étayer une conclusion de culpabilité, il pourrait être sage pour l'accusé de témoigner afin de réfuter la preuve; cela ne constitue pas un déplacement du fardeau de la preuve sur les épaules de l'accusé, mais plutôt un déplacement du fardeau stratégique. Tout compte fait, à mon avis, le passage précité de l'arrêt *P. (M.B.)* n'est pas inconciliable avec la conclusion que le silence n'est pas un élément de preuve dont il faut apprécier la force probante, mais il concerne plutôt l'impact stratégique de la présentation d'une preuve complète par le ministère public sur la décision de l'accusé de garder le silence au procès. La situation est analogue à celle que j'ai mentionnée précédemment, où le ministère public a fait une preuve hors de tout doute raisonnable. Dans les deux cas, il s'agit de ce qu'on peut appeler le fardeau stratégique. Dans le premier cas, toutefois, celui où le ministère public présente une preuve capable d'étayer une conclusion de culpabilité, le défaut de témoigner expose l'accusé au risque d'être déclaré coupable. Dans le second, où le ministère public présente une preuve hors de tout doute raisonnable, le fardeau stratégique a un caractère plus impérieux, car le défaut de témoigner entraînera la déclaration de culpabilité. Faire mention du silence dans l'un et l'autre cas équivaut

case is simply a comment on the failure to respond to the strategic burden.

93

While the discussion thus far set out the three most recent Supreme Court cases on the subject of the permissible use of silence by the trier of fact, in my view it is also appropriate to address a recent decision of the Ontario Court of Appeal, *R. v. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340. The significance of this case for the present discussion derives from the fact that Arbour J.A.'s reasons at times appear to be consistent with the analysis here — indeed in *Lepage* I cited a passage from this case for support for the conclusion that silence cannot be used as a “make-weight” — while at other times her reasons appear to challenge the present analysis. While they are occasionally ambiguous, in my view, as illustrated by my citation of the case in *Lepage*, on balance the reasons in *Johnson* support the analysis here. However, as an illustration of the ambiguity in the reasons, I note the following passage at pp. 348-49:

On the other hand, in the face of proven facts calling out for an explanation, the failure of the accused to testify has evidentiary significance when the accused is in a unique position to provide such an explanation. Failure to testify is not evidence of guilt. It cannot be used to relieve the Crown of its burden of proving guilt beyond a reasonable doubt.

The latter sentences are difficult to reconcile with the former sentence; if silence may have “evidentiary significance”, why may it not be used to prove guilt? However, given the vague meaning of “evidentiary significance” and the plain meaning of the latter sentences, on balance, in my view, the latter sentences are better representatives of the reasoning in *Johnson*. That is, *Johnson* indicated that silence could not be used to help establish the guilt of the accused. Thus, *Johnson* does not contradict the above reasoning. I note that Prowse J.A. of the British Columbia Court of Appeal came to a similar conclusion about *Johnson* in *R. v. Schwartz*, [1996] B.C.J. No. 3145, and both McLachlin J. and Major J. cited *Johnson* as support for their conclusions in *François*, which con-

simplement à commenter le défaut de s’acquitter du fardeau stratégique.

Bien que, jusqu’ici, l’analyse ait porté sur les trois arrêts les plus récents de la Cour suprême sur la question de l’utilisation permise du silence par le juge des faits, il convient aussi, à mon sens, d’examiner la décision récente de la Cour d’appel de l’Ontario *R. c. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340. L’importance de cet arrêt pour les besoins de la présente analyse découle du fait que les motifs du juge Arbour semblent par endroits conciliables avec la présente analyse — de fait, dans *Lepage*, j’ai cité un passage de cet arrêt au soutien de la conclusion que le silence ne peut pas être utilisé comme «complément de preuve» — tandis qu’à d’autres endroits, les motifs du juge Arbour semblent aller en sens inverse. Quoiqu’ils soient à l’occasion ambigus, je suis d’avis, comme en témoigne l’extrait que j’ai cité dans *Lepage*, que, tout compte fait, les motifs exposés dans *Johnson* appuient la présente analyse. Toutefois, pour illustrer l’ambiguïté des motifs, je cite le passage suivant, tiré des pp. 348 et 349:

[TRADUCTION] En revanche, si les faits prouvés appellent une explication, le défaut de témoigner de l’accusé est important sur le plan de la preuve, si ce dernier est le mieux placé pour fournir cette explication. L’omission de témoigner ne prouve pas la culpabilité. Elle ne peut pas être invoquée pour dispenser le ministère public de la charge qu’il a d’établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable.

Les deux dernières phrases sont difficiles à concilier avec la première. Si le silence peut être «important sur le plan de la preuve», pourquoi ne peut-il pas servir à établir la culpabilité? Toutefois, étant donné le sens vague de l’expression «important sur le plan de la preuve» et le sens clair des deux dernières phrases, je suis d’avis que, tout bien pesé, ces deux phrases sont davantage représentatives du raisonnement suivi dans *Johnson*. Autrement dit, cet arrêt indiquait que le silence ne peut être utilisé pour aider à établir la culpabilité de l’accusé. En conséquence, il ne contredit pas le raisonnement exposé précédemment. Je souligne que le juge Prowse de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique est arrivé à une conclusion analogue au sujet de l’arrêt *Johnson* dans *R. c.*

clusions are also consistent with the present analysis.

The Character of the Trier of Fact

Thus far in the analysis I have not distinguished cases where the trier of fact is a jury from cases where the trier of fact is a judge. In my view, there is no difference in the principles governing either situation; the trier of fact, whether judge or jury, cannot treat the silence of the accused as a "make-weight". There are several reasons for this conclusion. First, the *Charter* principles upon which the protection of the silence of the accused rests are equally valid whether informing the approach to be taken by a judge or the approach to be taken by a jury. Whether judge or jury, the trier of fact is not permitted to place the accused's silence on the evidentiary scales because of the right to silence and the presumption of innocence. Second, the case law does not distinguish between the two different situations. For example, *François* considered the permissible use of silence in the context of a jury trial, while *Lepage* concerned the permissible use of silence in the context of a trial by a judge sitting alone. In considering in principle the permissible use of silence, the cases placed no significance on the nature of the trier of fact. Finally, there is no reason in principle why the trier of fact should be governed by different principles depending on its character. Whether it be trial by jury or judge alone, the role of the trier of fact is the same.

While the principles governing the judge and the jury as trier of fact are identical, it is clear that there are differences between the two in practice. The first difference is found in s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*. Section 4(6), whose validity is not at issue in the present case, prevents a trial judge from commenting on the silence of the accused. The trial judge is therefore prevented from instructing the jury on the impermissibility of

Schwartz, [1996] B.C.J. No. 3145, et que les juges McLachlin et Major ont cité *Johnson* au soutien de leurs conclusions dans *François*, lesquelles sont également conciliables avec la présente analyse.

L'identité du juge des faits

Jusqu'ici, dans la présente analyse, je n'ai pas fait de distinction entre les arrêts où le juge des faits est un jury et ceux où il s'agit d'un juge. À mon avis, les mêmes principes régissent les deux situations. Le juge des faits, juge ou jury, ne peut pas considérer le silence de l'accusé comme un «complément de preuve». Plusieurs motifs justifient cette conclusion. Premièrement, les principes établis par la *Charte* et sur lesquels repose la protection du silence de l'accusé sont tout aussi valables, qu'ils s'appliquent à la méthode suivie par un juge ou à celle suivie par un jury. Qu'il s'agisse d'un juge ou d'un jury, compte tenu du droit de garder le silence et de la présomption d'innocence, le juge des faits n'est pas autorisé à considérer le silence de l'accusé comme un élément de preuve dont il faut apprécier la force probante. Deuxièmement, la jurisprudence ne fait pas de distinction entre les deux situations. Par exemple, l'arrêt *François* portait sur l'utilisation qui peut être faite du silence dans le contexte du procès par jury, tandis que l'arrêt *Lepage* concernait l'utilisation permise du silence dans le contexte du procès devant un juge sans jury. Dans l'examen des principes régissant l'utilisation admissible du silence, ces arrêts n'ont attaché aucune importance à l'identité du juge des faits. Finalement, il n'existe en principe aucune raison justifiant l'application de principes distincts selon l'identité du juge des faits. Qu'il s'agisse d'un procès devant un jury ou devant un juge seul, le rôle du juge des faits est le même.

Bien que les principes régissant les fonctions du juge et du jury en tant que juge des faits soient identiques, il existe évidemment des différences entre les deux situations dans la pratique. La première différence est énoncée au par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Le paragraphe 4(6), dont la validité n'est pas en cause dans le présent pourvoi, interdit au juge du procès de faire des commentaires sur le défaut de témoigner de l'accusé.

using silence to take the case against the accused to one that proves guilt beyond a reasonable doubt. The second practical difference is that while judges give reasons which permit appellate review of the specific basis for a finding of guilt, juries do not give reasons and courts are prohibited from speculating about the reasoning process of a jury in reaching a verdict: see *François*, *supra*. These two factors have a significant effect on the potential inferences from the failure to testify in a jury trial: in a jury trial, it is impossible to prevent a jury from drawing whatever inference they please from the failure to testify. They cannot be cautioned against such an inference *ex ante* because of s. 4(6), and they cannot be reversed *ex post* for drawing such an inference because speculation as to the jury's reasoning is forbidden.

Le juge du procès ne peut donc pas donner au jury de directives concernant l'interdiction de s'appuyer sur le silence de l'accusé pour considérer que la preuve établit sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. La deuxième différence pratique est le fait que, alors que les juges exposent des motifs qui permettent la révision, en appel, des raisons précises sur lesquelles repose la déclaration de culpabilité, le jury ne motive pas son verdict, et qu'il est interdit aux tribunaux de conjecturer sur le raisonnement suivi par le jury pour arriver à ce verdict: voir *François*, précité. Ces deux facteurs ont un effet important sur les conclusions qu'il est possible de tirer du défaut de témoigner dans un procès devant jury: dans un tel procès, il est impossible d'empêcher les jurés de tirer la conclusion qu'ils veulent du défaut de témoigner. Il est interdit, à cause du par. 4(6), de les mettre en garde *ex ante* contre de telles conclusions, et leur verdict ne peut être infirmé après coup parce qu'ils ont tiré une telle conclusion, étant donné qu'il n'est pas permis de conjecturer sur le raisonnement du jury.

96

While there are practical considerations which prevent appellate review of the use of the silence of the accused by a jury, it remains an error of law for the jury to become convinced of guilt beyond a reasonable doubt as the result of the silence of the accused at trial. The principle against such use of the failure to testify applies equally to a jury as it does to a judge. I agree now as I did then with the approach of Major J. (dissenting, but not on this point) in *François* at p. 848:

Bien que certaines considérations pratiques empêchent l'examen, en appel, de l'utilisation faite du silence de l'accusé par le jury, il reste que si le jury est convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé en raison du silence de celui-ci au procès, cela constitue une erreur de droit. Le principe qui interdit cette utilisation du défaut de témoigner s'applique autant au jury qu'au juge. Je souscris encore aujourd'hui, comme à l'époque, au point de vue exprimé par le juge Major (qui était dissident, mais non sur ce point) dans *François*, à la p. 848:

... the appellant claims that the jury was not otherwise convinced beyond a reasonable doubt solely on the basis of the complainant's testimony, and that they used the lack of accused's testimony to strengthen the Crown's case to a point where they felt safe in convicting.

L'appelant prétend [...] que le seul témoignage de la plaignante n'a pas, par ailleurs, convaincu hors de tout doute raisonnable les jurés et que ces derniers se sont servis du défaut de témoigner de l'accusé pour renforcer la preuve du ministère public au point où ils ont jugé prudent de prononcer la déclaration de culpabilité.

If this was in fact what happened, then it would be an error. However, it is impossible to know what took place either in the jury room or in the minds of the individual jurors. What the appellant is asking us to do is to speculate that the jury reached their verdict improperly. A jury's verdict cannot be interfered with on the basis of speculation. [Emphasis added.]

Si c'est effectivement ce qui s'est produit, ce serait une erreur. Toutefois, il est impossible de savoir ce qui s'est passé dans la salle des jurés ou dans l'esprit de chacun d'eux. Ce que l'appelant nous demande, c'est de supposer que les jurés ont abouti à leur verdict de façon erronée. On ne saurait modifier le verdict d'un jury en se fondant sur des conjectures. [Je souligne.]

Because of s. 4(6) and the absence of reasons, there is no practical way of preventing the jury from drawing an improper inference from silence. The fact that the jury is permitted to do so does not elevate the use of silence to a principle of law which should be extended to all triers of fact.

On a related point, I would add that nothing in s. 4(6) or in the analysis thus far prevents the trial judge from telling the jury that the evidence on a particular issue is uncontradicted. In such a circumstance, the judge is not instructing the jury to consider the failure of the accused to testify *per se*, but rather is simply instructing the jury to take note of the fact that no evidence had been led to contradict a particular point. Rather than inviting the jury to place the failure of the accused on the evidentiary scales, the judge is instructing the jury that it need not speculate about possible contradictory evidence which has not been led in evidence. Section 4(6) prevents the trial judge from going farther and instructing the jury to consider the failure of the accused in particular to lead contradictory evidence. Moreover, because of the right to silence and the presumption of innocence, the trial judge *qua* trier of fact may not place any particular significance on the failure of the accused to lead contradictory evidence. However, it is permissible as a means of weighing the evidence to note that evidence on a particular point is uncontradicted; the trier of fact need not speculate about contradictory evidence not put before it.

As stated above, the validity of s. 4(6) is not in issue in the present case. My colleague Lamer C.J., however, states that my reasoning in the present case indirectly challenges the constitutionality of s. 4(6). I prefer not to decide the matter without the benefit of argument, but I disagree that my views in the present case cannot be reconciled with s. 4(6). Notwithstanding the right to silence and the presumption of innocence, and therefore the impermissibility of using silence as inculpatory

Vu le par. 4(6) et l'absence de motifs, il n'y a aucun moyen pratique d'empêcher le jury de tirer une conclusion inadmissible du silence. Le fait qu'il soit possible au jury d'agir ainsi n'érige pas l'utilisation du silence en principe de droit dont l'application devrait s'étendre à tous les juges des faits.

Sur un point connexe, j'ajouterai que ni le par. 4(6) ni l'analyse faite jusqu'ici n'ont pour effet d'empêcher le juge du procès de dire aux jurés que la preuve concernant une question particulière n'a pas été contredite. En pareille circonstance, le juge ne donne pas instruction au jury de tenir compte du défaut de témoigner de l'accusé en tant que tel, mais il leur dit plutôt simplement de prendre note du fait qu'il n'a été présenté aucun élément de preuve contredisant un point particulier. Le juge n'invite pas les jurés à considérer le silence de l'accusé comme un élément de preuve dont il faut apprécier la force probante, mais il leur indique plutôt qu'ils n'ont pas à conjecturer sur quelque élément de preuve contradictoire possible qui n'a pas été présenté. Le paragraphe 4(6) empêche le juge du procès d'aller plus loin et de dire au jury de tenir compte en particulier du défaut de l'accusé de présenter une preuve contradictoire. De plus, en raison du droit de garder le silence et de la présomption d'innocence, le juge du procès ne peut pas, en tant que juge des faits, accorder d'importance particulière au fait que l'accusé n'a pas présenté de preuve contradictoire. Toutefois, il est permis de signaler, comme moyen d'apprécier la preuve, que la preuve sur un point particulier n'a pas été contredite; le juge des faits n'a pas à conjecturer sur des éléments de preuve contradictoires qui ne lui ont pas été présentés.

Comme il a été dit précédemment, la validité du par. 4(6) n'est pas en litige dans le présent pourvoi. Toutefois, mon collègue le juge en chef Lamer affirme que le raisonnement que je fais en l'espèce soulève indirectement la constitutionnalité du par. 4(6). Je préfère ne pas trancher la question en l'absence d'argumentation à cet égard, mais je ne suis pas d'accord avec l'affirmation voulant que les vues que j'exprime dans le présent cas ne peuvent être conciliées avec le par. 4(6). En dépit du

evidence, s. 4(6) may be justifiable. I will do no more than cite some possible reasons for its constitutionality, as stated by Cory J.A. (as he then was) in *R. v. Boss* (1988), 46 C.C.C. (3d) 523 (Ont. C.A.), at pp. 538-39 in concluding that s. 4(6) indeed is consistent with the *Charter*:

[I]t could be said that s. 4(5) [now s. 4(6)] of the *Canada Evidence Act* constitutes a reasoned and considered legislative attempt to protect in a measured way the rights of the accused. By its provisions neither the judge nor the prosecutor can make any comment pertaining to the failure of the accused to testify if the accused has made such a decision. However, counsel for the accused is entitled to make an appropriate comment on the issue. For example, it might be explained to the jury that the case against the accused must be made out by the Crown which must bear the burden of proving all the essential elements of the offence beyond any reasonable doubt. Counsel can stress that there is no duty upon the accused to testify and that, rather, the obligation rests upon the Crown throughout the case to satisfy them beyond all reasonable doubt that the accused has indeed committed the crime with which he or she is charged.

As these comments are not inconsistent with my views in the present case, contrary to the remarks of Lamer C.J., it is not necessarily the case that my reasoning implies that s. 4(6) is unconstitutional.

Appellate Review Cases

99

In support of its contention that silence may be used to build the case against the accused, the appellant pointed to various appellate review cases involving s. 686 of the *Criminal Code*. Section 686(1)(b)(iii) is a curative provision; notwithstanding errors of law at the trial, if the court of appeal is satisfied that no miscarriage of justice occurred when the conviction was entered, the conviction will be upheld. In applying this curative provision, this Court has established that it is permissible for an appellate court to account for the silence of the accused. In *Avon v. The Queen*, [1971] S.C.R. 650, at p. 657, Fauteux C.J. adopted the following

droit de garder le silence et de la présomption d'innocence, et donc de l'interdiction d'utiliser le silence comme élément de preuve inculpatoire, le par. 4(6) peut être justifié. Je me contenterai de citer certaines raisons susceptibles d'établir la constitutionnalité du par. 4(6), qu'a énoncées le juge Cory (maintenant juge de notre Cour) dans *R. c. Boss* (1988), 46 C.C.C. (3d) 523 (C.A. Ont.), aux pp. 538 et 539, en concluant que cette disposition est effectivement compatible avec la *Charte*:

[TRADUCTION] [I] est possible d'affirmer que le par. 4(5) [maintenant 4(6)] de la *Loi sur la preuve au Canada* est une mesure législative raisonnée et réfléchie visant à protéger, de manière mesurée, les droits de l'accusé. De par l'effet de ses dispositions, ni le juge ni le poursuivant ne peuvent commenter le défaut de témoigner de l'accusé qui a pris une telle décision. Toutefois, l'avocat de l'accusé a le droit de faire des commentaires appropriés à cet égard. Par exemple, il pourrait expliquer au jury que ce qu'on reproche à l'accusé doit être établi par le ministère public, qui a le fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable tous les éléments de l'infraction. L'avocat peut souligner aux jurés le fait que l'accusé n'est pas tenu de témoigner, et qu'il incombe plutôt au ministère public, tout au long du procès, de les convaincre hors de tout doute raisonnable que l'accusé a effectivement commis le crime qu'on lui reproche.

Comme ces commentaires ne sont pas inconciliables avec les vues que j'exprime dans le présent pourvoi, contrairement aux remarques du juge en chef Lamer, il ne s'ensuit pas nécessairement que mon raisonnement implique l'inconstitutionnalité du par. 4(6).

La jurisprudence en matière d'examen en appel

Au soutien de son argument que le silence peut être utilisé pour établir la culpabilité de l'accusé, l'appelante a fait état de divers arrêts en matière d'examen en appel fondés sur l'art. 686 du *Code criminel*. Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) est une disposition réparatrice; malgré les erreurs de droit commises au procès, si la cour d'appel est convaincue qu'aucune erreur judiciaire grave ne s'est produite quand la déclaration de culpabilité a été inscrite, celle-ci sera confirmée. Dans l'application de cette disposition réparatrice, notre Cour a établi qu'il est permis aux cours d'appel de tenir compte du silence de l'accusé. Dans *Avon c. La Reine*,

passage from *R. v. Pavlukoff* (1953), 106 C.C.C. 249 (B.C.C.A.):

... the fact that the accused did not testify in the face of inculpatory facts was a matter which the Court of Appeal could place on the scale in applying s. 1014(2).

Recently, this Court confirmed the relevance of the failure to testify to the decision to apply the curative provision in *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393. In that case, McLachlin J. stated at p. 418 for the majority that:

It is well-established that in considering whether a conviction may be upheld under s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, the court may take into account the accused's failure to explain evidence which connects him with the crime: *Avon v. The Queen*, [1971] S.C.R. 650, at p. 657.

See also *Ambrose c. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 717; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763.

Similarly, it has also been established that it is appropriate for an appellate court to account for the accused's failure to testify in assessing the reasonableness of the verdict under s. 686(1)(a)(i). In *Steinberg v. The King* (1931), 56 C.C.C. 9 (Ont. S.C. App. Div.) (affirmed on largely procedural grounds by this Court, [1931] S.C.R. 421), Middleton J.A. stated at p. 36:

The accused gave no evidence; and, while this cannot be commented upon to the jury, it is a factor which must be considered by the Appellate Court. His failure to testify does not prove his guilt, but when the Court is by the statute required to dismiss an appeal unless it is satisfied that there was a miscarriage of justice, the failure of the accused to explain in any way facts which place a very heavy onus upon him cannot be ignored.

No comment may be made upon [the failure to testify] to the jury, but the law does not forbid jurors to use their intelligence and to consider the absence of denial or explanation.

[1971] R.C.S. 650, à la p. 657, le juge en chef Fauteux a adopté le passage suivant de *R. c. Pavlukoff* (1953), 106 C.C.C. 249 (C.A.C.-B.):

[TRADUCTION] ... que l'accusé n'ait pas témoigné quand des faits l'inculpaient, c'est une question que la Cour d'appel pouvait faire entrer en ligne de compte lorsqu'il s'est agi d'appliquer l'art. 1014(2).

Récemment, dans *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393, notre Cour a confirmé la pertinence du défaut de témoigner en ce qui concerne la décision d'appliquer ou non la disposition réparatrice. Au nom de la majorité, le juge McLachlin a dit ceci, à la p. 418:

Il est bien reconnu que, pour déterminer s'il y a lieu de confirmer une déclaration de culpabilité en vertu du sous-al. 613(1)(b)(iii) du Code criminel, la cour peut prendre en considération l'omission de l'accusé d'expliquer les éléments de preuve qui le relie au crime: *Avon c. La Reine*, [1971] R.C.S. 650, à la p. 657.

Voir aussi *Ambrose c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 717; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763.

De même, il a également été établi qu'une cour d'appel peut à bon droit tenir compte du défaut de témoigner de l'accusé lorsqu'elle apprécie le caractère raisonnable du verdict en vertu du sous-al. 686(1)(a)(i). Dans l'arrêt *Steinberg c. The King* (1931), 56 C.C.C. 9 (C.S. Ont., Div. app.) (confirmé par notre Cour, en grande partie pour des motifs d'ordre procédural, [1931] R.C.S. 421), le juge Middleton a dit ce qui suit, à la p. 36:

[TRADUCTION] L'accusé n'a pas témoigné; et, bien que cela ne puisse pas faire le sujet de commentaires au jury, c'est un facteur que la cour d'appel doit examiner. Son défaut de témoigner ne prouve pas qu'il est coupable, mais quand la cour est obligée par la loi de rejeter l'appel, sauf si elle est convaincue qu'il y a eu erreur judiciaire, elle ne peut pas faire abstraction du défaut de l'accusé d'expliquer d'une façon ou d'une autre les faits qui font peser sur lui un fardeau très lourd.

On ne doit pas faire au jury de commentaires sur [le défaut de témoigner], mais la loi n'interdit pas aux jurés de faire preuve d'intelligence et de tenir compte de l'absence de démenti ou d'explication.

102

In considering the reasonableness of a verdict in *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275, Pigeon J. for the majority stated at pp. 280-81 that:

At the end of his reasons, Branca J.A. added:

.... The accused did not testify. He was under no duty to do so and was entitled to rely upon the presumption of innocence and the fact that the Crown had to prove his guilt beyond a reasonable doubt. *The fact that he did not testify* did not relieve the Crown of the duty of proving his guilt beyond a reasonable doubt, but where as here there was evidence of a direct nature which inculpated him and which the jury accepted as truthful *then this Court may well consider his failure to testify as a factor in disposing of this appeal.*

Assuming that the correctness of that statement is a question of law that may be considered on this appeal, I can find no reason for disagreeing with it. Section 4.5 [now s. 4(6)] of the *Canada Evidence Act* provides that the failure of a person charged "shall not be made the subject of comment by the judge, or by counsel for the prosecution", it does not prevent the jury from taking the fact into account without being told. No one can reasonably think that a jury will fail, in reaching a verdict, to take into account the failure of the accused to testify, specially in a case like this. This being so, it is a fact properly to be considered by the Court of Appeal when dealing with the question: "Is this a reasonable verdict?"

103

The appellant submitted that since it is permissible for appellate courts to consider silence in assessing the verdict, it must be permissible for the trier of fact to consider silence in reaching a verdict. In my view, the appellate review cases do not contradict the conclusion that silence may not be placed on the evidentiary scales, either by the trier of fact or by appellate courts. Rather, the cases hold that appellate courts, like triers of fact, may refer to the silence of the accused as indicative of the absence of an exculpatory explanation; silence is not inculpatory, but nor is it exculpatory. Nowhere do the appellate review cases outlined above explicitly state that silence may be used as a "make-weight" by the trier of fact, but there is

Examinant, dans *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275, le caractère raisonnable d'un verdict, le juge Pigeon, qui s'exprimait au nom de la majorité, a déclaré ce qui suit, aux pp. 280 et 281:

À la fin de ses motifs, le Juge d'appel Branca a ajouté:

[TRADUCTION] L'accusé n'a pas témoigné. Il n'était absolument pas tenu de le faire et il avait le droit de s'appuyer sur la présomption d'innocence et le fait que la poursuite devait prouver sa culpabilité au-delà d'un doute raisonnable. *Le fait qu'il n'ait pas témoigné* n'a pas déchargé la poursuite du devoir de prouver sa culpabilité au-delà d'un doute raisonnable, mais quand, comme dans le cas présent, une preuve directe inculpe l'accusé, preuve que le jury a acceptée comme vraie, *alors cette Cour peut très bien considérer son abstention de rendre témoignage comme un facteur qui entre en ligne de compte pour décider du sort de l'appel.*

En présumant que l'exactitude de cet énoncé soit une question de droit qui peut être considérée dans le présent pourvoi, je ne trouve aucune raison de le contester. L'article 4.5 [maintenant le par. 4(6)] de la *Loi sur la preuve au Canada* porte que l'abstention d'une personne accusée «ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou l'avocat de la poursuite», il n'empêche pas le jury de tenir compte du fait sans qu'on le lui demande. Nul ne peut raisonnablement penser qu'un jury manquera, en rendant un verdict, de tenir compte de l'abstention de l'accusé de témoigner, spécialement dans un cas comme celui-ci. Cela étant, il s'agit d'un fait que la Cour d'appel considère à bon droit lorsqu'elle répond à la question: «Est-ce là un verdict raisonnable?»

L'appelante a soutenu que, puisqu'il est permis aux cours d'appel de tenir compte du silence lorsqu'elles apprécient le verdict, il doit être permis au juge des faits d'en tenir compte lorsqu'il le rend. À mon avis, la jurisprudence en matière d'examen en appel ne contredit pas la conclusion que le silence ne peut être considéré comme un élément de preuve dont il faut apprécier la force probante, que ce soit par le juge des faits ou par les cours d'appel. La jurisprudence établit plutôt que les cours d'appel, à l'instar du juge des faits, peuvent se référer au silence de l'accusé comme une indication de l'absence d'explication disculpatoire; le silence n'est pas inculpatoire, mais il n'est pas non plus disculpatoire. Nulle part dans la jurisprudence

wording that suggests that silence may be used simply in the limited sense of not providing an innocent explanation. In *Steinberg*, for example, the court stated that the accused's "failure to testify does not prove his guilt", but rather the absence of an innocent explanation may be a factor in assessing the reasonableness of the verdict in the face of strong inculpatory evidence. As noted above, in *Corbett*, the majority of this Court cited with approval the following statement of the Court of Appeal:

The accused did not testify. He was under no duty to do so and was entitled to rely upon the presumption of innocence and the fact that the Crown had to prove his guilt beyond a reasonable doubt. *The fact that he did not testify* did not relieve the Crown of the duty of proving his guilt beyond a reasonable doubt, but where as here there was evidence of a direct nature which inculpated him and which the jury accepted as truthful then this Court may well consider his failure to testify as a factor in disposing of this appeal. [Underlining added.]

This passage, in my view, is entirely consistent with the analysis above. If the jury accepted as truthful the inculpatory evidence, the conviction was based not on the failure to testify but on the Crown's case, and the absence of an innocent explanation of the inculpatory evidence is a factor for the Court of Appeal to consider in assessing the reasonableness of this conclusion. The failure to testify was not used by the jury to find guilt beyond a reasonable doubt, but in the face of evidence which convinced the jury of guilt beyond a reasonable doubt subject only to the existence of an innocent explanation, the absence of an innocent explanation may be considered by the jury,

en matière d'examen en appel exposée précédemment il n'est dit explicitement que le silence peut être utilisé comme «complément de preuve» par le juge des faits, mais certains passages tendent à indiquer qu'il peut l'être simplement dans la mesure où il reflète l'absence d'explications tendant à établir l'innocence de l'accusé. Dans *Steinberg*, par exemple, la cour a dit que le [TRADUCTION] «défaut de témoigner [de l'accusé] ne prouve pas qu'il est coupable», mais l'absence d'explications tendant à établir son innocence peut être un facteur dans l'appréciation du caractère raisonnable du verdict quand la preuve inculpatrice est forte. Comme il a été souligné précédemment, dans *Corbett*, notre Cour à la majorité a cité et approuvé les observations suivantes de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] L'accusé n'a pas témoigné. Il n'était absolument pas tenu de le faire et il avait le droit de s'appuyer sur la présomption d'innocence et le fait que la poursuite devait prouver sa culpabilité au-delà d'un doute raisonnable. *Le fait qu'il n'ait pas témoigné* n'a pas déchargé la poursuite du devoir de prouver sa culpabilité au-delà d'un doute raisonnable, mais quand, comme dans le cas présent, une preuve directe inculpe l'accusé, preuve que le jury a acceptée comme vraie, alors cette Cour peut très bien considérer son abstention de rendre témoignage comme un facteur qui entre en ligne de compte pour décider du sort de l'appel. [Je souligne.]

À mon avis, ce passage est tout à fait conciliable avec l'analyse qui précède. Si le jury a accepté comme vraie la preuve inculpatrice, la déclaration de culpabilité est fondée non pas sur le défaut de témoigner mais sur la preuve du ministère public, et l'absence d'explications tendant à établir l'innocence de l'accusé et réfutant cette preuve inculpatrice est un facteur dont la Cour d'appel doit tenir compte en appréciant le caractère raisonnable de cette conclusion. Le défaut de témoigner n'a pas été utilisé par le jury pour conclure à la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Cependant, à la lumière d'une preuve convainquant le jury de la culpabilité hors de tout doute raisonnable, sous réserve seulement de l'existence d'une explication tendant à établir l'innocence de l'accusé, l'absence d'une telle explication peut être prise en considération par le jury pour inscrire un verdict de culpabi-

and by an appellate court reviewing the jury's decision, in entering or upholding a conviction.

104 In *Leaney*, McLachlin J. simply stated that the "court may take into account the accused's failure to explain evidence which connects him with the crime" (p. 418). Again, in my view, this passage is not inconsistent with the above analysis. The appellate court, and the trier of fact, may consider the silence of the accused as failing to provide an innocent explanation for the existence of otherwise convincing inculpatory evidence.

105 In summary, in my view, the cases indicate that the trier of fact and the appellate court reviewing the decision of the trier of fact cannot use the failure to testify as a piece of evidence in itself suggestive of guilt. I note in support of this reading of the case law that McLachlin J. in the majority in *François* at p. 835 cited, amongst other cases, *Corbett* as supporting the conclusion that "failure to testify cannot be used to shore up a Crown case which otherwise does not establish guilt beyond a reasonable doubt".

106 In any event, the principles generally governing appellate review are not necessarily identical to those governing the trial. At trial, the accused is presumed innocent under s. 11(d) of the *Charter*, but this section does not establish a presumption of innocence in other proceedings such as appeals. In *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, La Forest J. stated at p. 353:

[T]he phrase "Any person charged with an offence" in the opening words of the section [s. 11 of the *Charter*] must be given a constant meaning that harmonizes with the various paragraphs of the section. It seems clear to me that for the purposes of s. 11 it would be quite inappropriate to conclude that a convicted person is charged with an offence when confronted with a Part XXI application. How can it be said that the right to the presumption of innocence until proven guilty (s. 11(d)) and the right to bail (s. 11(e)), for example, could have any application in the context of the unique post-conviction

lité, ainsi que par la cour d'appel examinant la décision de celui-ci pour confirmer ce verdict.

Dans *Leaney*, le juge McLachlin a dit simplement que la «cour peut prendre en considération l'omission de l'accusé d'expliquer les éléments de preuve qui le relie au crime» (p. 418). Encore une fois, à mon avis, ce passage n'est pas incompatible avec l'analyse faite précédemment. La cour d'appel et le juge des faits peuvent considérer le silence de l'accusé comme une omission de donner une explication tendant à l'innocenter et à expliquer l'existence d'éléments de preuve inculpatrices par ailleurs convaincants.

En résumé, je suis d'avis qu'il ressort de la jurisprudence que le juge des faits et la cour d'appel qui examine la décision de ce dernier ne peuvent pas utiliser le défaut de témoigner en tant qu'élément de preuve indicatif en soi de la culpabilité. Pour étayer cette interprétation de la jurisprudence, je ferai remarquer que, dans *François*, à la p. 835, le juge McLachlin, s'exprimant pour la majorité, a notamment cité l'arrêt *Corbett* au soutien de la conclusion, que «l'omission de témoigner ne peut pas servir à consolider une preuve du ministère public qui, par ailleurs, n'établit pas la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable».

Quoi qu'il en soit, les principes qui régissent de façon générale l'examen en appel ne sont pas nécessairement identiques à ceux qui régissent le procès. Au procès, l'accusé est présumé innocent aux termes de l'al. 11d) de la *Charte*, mais cet article n'établit pas la présomption d'innocence dans d'autres procédures comme les appels. Dans *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, le juge La Forest a dit ceci, à la p. 353:

[O]n doit prêter à l'expression «Tout inculpé», au début de l'article, un sens fixe qui soit en harmonie avec les différents alinéas de cet article. Il me paraît évident qu'aux fins de l'art. 11 il ne s'agirait pas du tout de conclure qu'une personne reconnue coupable d'une infraction se voit inculper d'une autre infraction lorsqu'elle fait l'objet d'une demande fondée sur la partie XXI. Comment peut-on prétendre que le droit d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable (al. 11d)) et le droit d'être mis en liberté sous caution (al. 11e)), par exemple, pourraient jouer dans le contexte de la pro-

proceeding mandated by Part XXI? [Emphasis in original.]

In part on the basis of this passage, the majority concluded in *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880, at p. 908 that “as a general rule ‘[a]ny person charged’ under s. 11 does not include an accused person who is party to an appeal”. As Lamer C.J. had earlier stated in *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, at p. 683, “[s]ection 11(d) of the *Charter* sets out the presumption of innocence in the context of its operation at the trial of an accused person”.

Thus, the presumption of innocence in s. 11(d) does not operate at the appeal level. However, the presumption of innocence is also found in s. 7 of the *Charter* and extends to other stages of the criminal process: see *Pearson*, *supra*, and *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711. For example, Lamer C.J. concluded in *Pearson* that while *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, which held that the existence of aggravating factors must be proved by the Crown beyond a reasonable doubt at a sentencing hearing, was not a *Charter* case, the principle of the presumption of innocence found in s. 7 would almost certainly confirm the correctness of that decision. While Lamer C.J. for the majority in *Pearson* set out that the presumption of innocence in s. 7 pervades the criminal process, he added at p. 684:

As the majority of this Court (*per* La Forest J.) noted in *R. v. Lyons*, [*supra*], at p. 361:

It is also clear that the requirements of fundamental justice are not immutable; rather, they vary according to the context in which they are invoked. Thus, certain procedural protections might be constitutionally mandated in one context but not in another.

This is true with respect to the presumption of innocence as a substantive principle of fundamental justice within s. 7 of the *Charter*. While the presumption is pervasive in the criminal process, its particular requirements will vary according to the context in which it comes to be applied. [Emphasis added.]

cédure spéciale prévue à la partie XXI pour des cas où il y a déjà eu déclaration de culpabilité? [Souligné dans l'original.]

S'appuyant en partie sur ce passage, notre Cour à la majorité a conclu dans *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880, à la p. 908, «qu'en règle générale l'expression «[t]out inculpé» au sens de l'art. 11 ne vise pas un accusé qui est partie à un appel». Comme le juge en chef Lamer l'avait dit auparavant, dans *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665, à la p. 683, «[l]'alinéa 11d) de la *Charte* énonce la présomption d'innocence dans le contexte de son application au procès de l'inculpé».

Ainsi, la présomption d'innocence garantie à l'al.11d) ne s'applique pas en appel. Toutefois, la présomption d'innocence est également protégée à l'art. 7 de la *Charte* et s'applique aux autres étapes du processus pénal: voir *Pearson*, précité, et *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711. Dans *Pearson*, par exemple, le juge en chef Lamer a conclu que, même si la *Charte* n'avait pas été invoquée dans l'arrêt *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, où il a été décidé que le ministère public doit, au moment de la détermination de la peine, faire la preuve hors de tout doute raisonnable des circonstances aggravantes, le principe de la présomption d'innocence protégé à l'art. 7 confirmerait presque certainement le bien-fondé de cette décision. Quoique le juge en chef Lamer ait affirmé dans *Pearson*, au nom de la majorité, que la présomption d'innocence garantie à l'art. 7 est omniprésente dans le processus pénal, il a ajouté ceci, à la p. 684:

Comme notre Cour, à la majorité (le juge La Forest), l'a fait observer dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [précité], à la p. 361:

Il est également clair que les exigences de la justice fondamentale ne sont pas immuables; elles varient selon le contexte dans lequel on les invoque. Ainsi, certaines garanties en matière de procédure pourraient être requises par la Constitution dans une situation donnée et ne pas l'être dans une autre.

Cela est vrai en ce qui a trait à la présomption d'innocence en tant que principe de fond de la justice fondamentale dans le cadre de l'art. 7 de la *Charte*. Certes, la présomption est omniprésente dans le processus pénal, mais ses exigences particulières varient selon le contexte dans lequel elle est appliquée. [Je souligne.]

108

In my view, the presumption of innocence does not operate with the same vigour in the context of an appeal of a conviction as it does at trial. After the guilty verdict has been entered, it is no longer incumbent on the Crown to establish guilt — that guilt having already been proved beyond a reasonable doubt — rather it is incumbent on the appellant to demonstrate an error at trial. In such a context, the presumption of innocence is not applied in the same manner as it is at trial. In support of this conclusion, I note that provincial appellate courts have consistently held that in hearing applications for interim judicial release pending the hearing of an appeal of a conviction, the presumption of innocence does not operate in favour of such release. In *R. v. Branco* (1993), 25 C.R. (4th) 370, Finch J.A. of the British Columbia Court of Appeal stated for the court at p. 375 that:

[T]he presumption of innocence in favour of the accused before and during trial is extinguished upon conviction by proof beyond reasonable doubt of the accused's guilt. The conviction indicates that the Crown has successfully rebutted the presumption of innocence. While any verdict may be overturned on appeal, a conviction nevertheless replaced the presumption of innocence with the presumption of guilt. There is no reason to regard the appellant's guilt as being held in a state of suspension during the appeal process.

See also *R. v. Maloney* (1994), 136 N.S.R. (2d) 23 (C.A.); *R. v. Pabani* (1991), 10 C.R. (4th) 381 (Ont. C.A.); *R. v. Patel* (1991), 42 Q.A.C. 77; *R. v. Albert* (1987), 77 N.B.R. (2d) 269 (C.A.); *R. v. Demyen* (1975), 26 C.C.C. (2d) 324 (Sask. C.A.).

109

I conclude that the presumption of innocence under s. 7 in the context of an appeal of a conviction, if it applies at all, does not operate with the same force as it does in the setting of a trial. Moreover, the right to silence does not have the same meaning on appeal. At the appellate stage, a conviction has previously been entered. Regardless of the use of silence by the appellate court in exercising its discretion to confirm the conviction or order a new trial, the conviction will not be reached on the basis of the silence of the accused,

Je suis d'avis que, dans le cadre de l'appel d'une déclaration de culpabilité, la présomption d'innocence ne s'applique pas avec la même force qu'au procès. Après l'inscription du verdict de culpabilité, le ministère public n'a plus à établir la culpabilité — celle-ci ayant déjà été prouvée hors de tout doute raisonnable —, mais il incombe plutôt à l'appelant de montrer qu'une erreur a été commise au procès. Dans un tel contexte, la présomption d'innocence n'est pas appliquée de la même manière qu'au procès. À l'appui de cette conclusion, je souligne que les cours d'appel provinciales ont statué de façon constante que, dans le cadre de l'audition de demandes de mise en liberté provisoire pendant l'appel de la déclaration de culpabilité, la présomption d'innocence ne joue pas en faveur de la mise en liberté. Dans *R. c. Branco* (1993), 25 C.R. (4th) 370, le juge Finch de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a dit ceci, au nom de la cour, à la p. 375:

[TRADUCTION] [L]a présomption d'innocence dont bénéficie l'accusé avant et durant le procès cesse d'exister lorsqu'il est déclaré coupable hors de tout doute raisonnable. Cette déclaration de culpabilité indique que le ministère public a réussi à réfuter la présomption d'innocence. Quoique tout verdict puisse être infirmé en appel, la déclaration de culpabilité a fait en sorte qu'une présomption de culpabilité a remplacé la présomption d'innocence. Il n'y a aucune raison de considérer la culpabilité de l'accusé comme suspendue durant le processus d'appel.

Voir aussi *R. c. Maloney* (1994), 136 N.S.R. (2d) 23 (C.A.); *R. c. Pabani* (1991), 10 C.R. (4th) 381 (C.A. Ont.); *R. c. Patel* (1991), 42 Q.A.C. 77; *R. c. Albert* (1987), 77 R.N.-B. (2^e) 269 (C.A.); *R. c. Demyen* (1975), 26 C.C.C. (2d) 324 (C.A. Sask.).

Je conclus que la présomption d'innocence garantie à l'art. 7 dans le contexte de l'appel d'une déclaration de culpabilité, si tant est qu'elle s'applique, n'a pas la même force que dans le cadre d'un procès. De plus, le droit de garder le silence n'a pas le même sens en appel. À cette étape, une déclaration de culpabilité a déjà été inscrite. Indépendamment de l'utilisation par la cour d'appel du silence de l'accusé dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire pour confirmer la déclaration de culpabilité ou ordonner un nouveau procès, le

rather the presumption of guilt established by the guilty verdict will not be dislodged. Thus, even if the appellate review cases go farther than suggesting that silence may be accounted for by the court of appeal only in the limited sense of confirming the absence of innocent explanations, the principles applying to appellate review are not necessarily those that apply to a trial. At trial, which is the context with which the present appeal is concerned, not appellate review, the presumption of innocence and the right to silence are of paramount importance. Moreover, recent case law, particularly *François* and *Lepage*, is clear that, at trial, silence cannot be used as a piece of inculpatory evidence. Consequently, even if cases have held that courts of appeal may refer to silence as a factor in assessing the reasonableness of the verdict or in deciding whether to apply the curative provision, this does not alter the conclusion that at trial silence cannot be used as a piece of inculpatory evidence. I leave for another day any final conclusion as to whether the appellate review cases were correct insofar as they implied that silence may be treated as a make-weight by an appellate court.

Alibi Cases

The appellant submitted that *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277, held that silence could be treated as a “make-weight”. In *Vézeau*, this Court considered the significance of the failure to testify in the context of a defence of alibi. In that case, the defence was alibi, but the accused did not testify. In giving his instructions to the jury, the judge said that they could not draw any conclusion unfavourable to the accused from the fact that he had not testified. The majority of this Court held that, aside from the prohibition of comment on the failure of the accused to testify set out in the *Canada Evidence Act*, it was an error of law for

verdict de culpabilité n’est pas confirmé sur la foi du silence, c’est plutôt la présomption de culpabilité établie par le verdict qui n’est pas écartée. Par conséquent, même si la jurisprudence en matière d’examen en appel ne se limite pas à indiquer que le silence ne peut être pris en compte par la cour d’appel que dans la mesure où il confirme l’absence d’explications tendant à établir l’innocence de l’accusé, les principes applicables à l’examen en appel ne sont pas nécessairement ceux qui s’appliquent au procès. Au procès, c’est-à-dire le contexte visé par le présent pourvoi, et non l’examen en appel, la présomption d’innocence et le droit de garder le silence ont une importance primordiale. Qui plus est, des arrêts récents, particulièrement *François* et *Lepage*, indiquent clairement que, au procès, le silence ne peut être utilisé comme élément de preuve inculpatoire. En conséquence, même s’il a été jugé, dans des arrêts récents, que les cours d’appel peuvent considérer le silence comme un facteur à prendre en compte dans l’appréciation du caractère raisonnable du verdict ou dans leur décision d’appliquer la disposition réparatrice, cela ne change rien à la conclusion selon laquelle, au procès, le silence ne peut pas être utilisé en tant qu’élément de preuve inculpatoire. La réponse définitive à la question de savoir si les arrêts en matière d’examen en appel étaient bien fondés, dans la mesure où ils suggéraient que le silence de l’accusé peut être considéré comme complément de preuve par une cour d’appel, sera donnée à une autre occasion.

La jurisprudence en matière d’alibi

L’appelante a soutenu que, dans *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277, notre Cour avait décidé que le silence de l’accusé pouvait être considéré comme un «complément de preuve». Dans cet arrêt, notre Cour a examiné l’importance du défaut de témoigner dans le contexte d’une défense d’alibi. Dans cette affaire, l’accusé avait présenté une défense d’alibi, mais il n’avait pas témoigné. Dans ses directives aux jurés, le juge leur avait dit qu’ils ne pouvaient pas tirer de conclusion défavorable du fait que l’accusé n’avait pas témoigné. Notre Cour à la majorité a statué que, indépendamment de l’interdiction de faire des commentaires

the trial judge to instruct the jury that they could not consider the absence of testimony by the accused in assessing the alibi. Martland J. stated on behalf of the majority at p. 292 that:

It was part of the appellant's defence to the charge that he could not have committed the offence because he was in Montreal when the murder occurred. Proof of this alibi was tendered by a witness who claimed to have been with the appellant in Montreal. The direction of the trial judge precluded the jury, when considering this defence, from taking into consideration the fact that the appellant had failed to support his alibi by his own testimony. The failure of an accused person, who relies upon an alibi, to testify and thus to submit himself to cross-examination is a matter of importance in considering the validity of that defence. The jury, in this case, was instructed that they could not take that fact into account in reaching their verdict.

111 In my view, *Vézeau* set out a narrow exception to the impermissibility of using silence to build the case against the accused at trial. It has clearly been recognized in other contexts that alibi defences create exceptions to the right to silence. For example, while the accused generally has a right to silence during the investigative stage of a criminal proceeding, if an alibi defence is not disclosed in a sufficiently particularized form at a sufficiently early time to permit the police to investigate it prior to trial, the trier of fact may draw an adverse inference from the accused's pre-trial silence: see *R. v. Cleghorn*, [1995] 3 S.C.R. 175. Such a rule is one of expediency: see *Russell v. The King* (1936), 67 C.C.C. 28 (B.C.C.A.). It is based upon the relative ease with which an alibi defence can be fabricated. As Major J. stated in dissent, but for the Court on this point, in *Cleghorn* at pp. 188-89:

The principal reason for drawing an adverse inference against alibi evidence in the absence of adequate notice to the Crown is because such evidence can readily be fabricated. This potential problem with alibi evidence is discussed by R. N. Gooderson in his text *Alibi* (1977), at pp. 29-30:

au sujet du défaut de témoigner de l'accusé énoncée dans la *Loi sur la preuve au Canada*, le juge du procès avait commis une erreur de droit en disant au jury de ne pas tenir compte de l'absence de témoignage par l'accusé dans l'appréciation de la valeur de la défense d'alibi. Le juge Martland a dit ceci, au nom de la majorité, à la p. 292:

Dans sa défense, l'appelant soutenait notamment qu'il ne pouvait avoir commis l'infraction en question parce qu'il était à Montréal au moment du meurtre. Cet alibi a été corroboré par un témoin qui prétend avoir été en compagnie de l'appelant à Montréal. La directive du juge du procès se trouvait à interdire au jury, lorsque celui-ci examinait la valeur de cette défense, de tenir compte du fait que l'appelant n'était pas venu témoigner lui-même à l'appui de son alibi. Le fait qu'un accusé, qui invoque un alibi, s'abstienne de témoigner et de se soumettre ainsi à un contre-interrogatoire est une question importante pour déterminer la valeur de ce moyen de défense. En l'espèce, on a dit au jury qu'il ne pouvait tenir compte de ce fait dans ses délibérations.

À mon avis, l'arrêt *Vézeau* établit une exception limitée à l'interdiction d'utiliser le silence de l'accusé en preuve contre lui au procès. Il a clairement été reconnu, dans d'autres contextes, que la défense d'alibi crée des exceptions au droit de garder le silence. Par exemple, bien que l'accusé ait généralement le droit de garder le silence durant l'étape de l'enquête criminelle, si une défense d'alibi n'est pas avancée d'une manière suffisamment précise et suffisamment tôt pour que la police puisse la vérifier avant le procès, le juge des faits peut tirer une conclusion défavorable du silence de l'accusé à ce moment: voir *R. c. Cleghorn*, [1995] 3 R.C.S. 175. Il s'agit d'une règle d'ordre pratique: voir *Russell c. The King* (1936), 67 C.C.C. 28 (C.A.C.-B.). Elle est fondée sur la facilité relative avec laquelle une défense d'alibi peut être fabriquée. Comme l'a affirmé le juge Major, dissident, mais exprimant l'opinion de la Cour sur ce point, dans *Cleghorn*, aux pp. 188 et 189:

La principale raison pour laquelle on tire une conclusion défavorable contre la preuve de l'alibi en l'absence d'avis suffisant au ministère public est que cette preuve peut facilement être fabriquée. Ce risque potentiel pour ce qui est de la preuve relative à l'alibi est analysé par R. N. Gooderson dans son ouvrage intitulé *Alibi* (1977), aux pp. 29 et 30:

It must be conceded that there is good reason to look at alibi evidence with care. It is a defence entirely divorced from the main factual issue surrounding the *corpus delicti*, as it rests upon extraneous facts, not arising from the *res gestae*. The essential facts of the alleged crime may well be to a large extent incontrovertible, leaving but limited room for manoeuvre whether the defendant be innocent or guilty. Alibi evidence, by its very nature, takes the focus right away from the area of the main facts, and gives the defence a fresh and untrammelled start. It is easy to prepare perjured evidence to support it in advance.

The potential for the fabrication of alibi evidence requires that a negative inference may be drawn against such evidence where the alibi defence is not disclosed in sufficient time to permit investigation. Nevertheless, it must be remembered that the requirement that an alibi defence be disclosed to the Crown prior to trial is an exception to the accused's right of silence: see *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, at p. 578, *per* Lamer C.J., *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at p. 516, *per* Iacobucci J.

In my view, there are two reasons supporting the alibi exception to the right to silence pre-trial which apply also to the right to silence at trial: the ease with which alibi evidence may be fabricated; and the diversion of the alibi inquiry from the central inquiry at trial. As Gooderson stated, alibi evidence is easily fabricated through the use of perjuring witnesses. I am therefore sympathetic to the view expressed in *Vézeau* that in the limited case of alibi, the failure of the accused at trial to testify and expose him- or herself to cross-examination on the alibi defence may be used to draw an adverse inference about the credibility of the defence. A second reason to permit such a limited exception to the right to silence at trial is that the alibi defence is not directly related to the guilt of the accused; as Gooderson put it, "[a]libi evidence, by its very nature, takes the focus right away from the area of the main facts". Rejecting the alibi defence does not build the case for the Crown in the sense of proving the existence of the required elements of the offence in question, but rather negatives an affirmative defence actively put forward by the accused. Using silence to inform the trier of fact's assessment of the credibility of the accused's

[TRADUCTION] Il faut reconnaître qu'il y a une bonne raison de traiter la preuve de l'alibi avec prudence. C'est une défense totalement distincte de la question factuelle principale qui entoure le *corpus delicti* puisqu'elle repose sur des faits extérieurs qui ne procèdent pas de la *res gestae*. Les faits essentiels du crime présumé peuvent fort bien, dans une large mesure, être incontestables, ne laissant qu'une faible marge de manoeuvre quant à savoir si le défendeur est innocent ou coupable. La preuve d'un alibi, de par sa nature même, déplace complètement le débat des faits principaux pour offrir à la défense un nouveau départ sans entraves. Il est facile de fabriquer à l'avance un faux témoignage pour l'étayer.

En raison du risque que la preuve de l'alibi soit fabriquée, il faut pouvoir tirer une conclusion défavorable à cet égard lorsque la défense d'alibi n'est pas communiquée suffisamment tôt pour en permettre la vérification. Il faut néanmoins se rappeler que l'exigence de communiquer la défense d'alibi au ministère public avant le procès est une exception au droit de l'accusé de garder le silence: *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, à la p. 578, le juge en chef Lamer, *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, à la p. 516, le juge Iacobucci.

À mon avis, il y a deux raisons qui justifient, dans le cas de l'alibi, l'exception au droit de garder le silence avant le procès, et qui s'appliquent également à ce droit au procès: la facilité avec laquelle la preuve d'un alibi peut être fabriquée; le fait que la vérification de l'alibi déplace le débat de la question centrale du procès. Pour reprendre les observations de Gooderson, il est facile de fabriquer une preuve d'alibi par de faux témoignages. Je suis donc bien disposé à l'idée exprimée dans *Vézeau* que, dans le cas limité de l'alibi, le défaut de l'accusé de témoigner au procès et de se soumettre à un contre-interrogatoire au sujet de sa défense d'alibi peut être utilisé pour tirer une conclusion défavorable concernant la crédibilité de cette défense. La seconde raison qui justifie une exception limitée au droit de garder le silence au procès est que la défense d'alibi n'a pas de lien direct avec la culpabilité de l'accusé; comme le dit Gooderson, [TRADUCTION] «[l]a preuve d'un alibi, de par sa nature même, déplace complètement le débat des faits principaux». Le fait de repousser la défense d'alibi ne renforce pas la preuve du ministère public, en ce sens que cela prouverait l'existence des éléments constitutifs de l'infraction, mais

affirmative defence of alibi simply goes to the alibi defence itself.

113 For these reasons, in my view *Vézeau* can be analyzed on the basis of a limited exception to the right to silence at trial. While in general the failure to testify cannot be used to assess credibility of witnesses (see *Schwartz, supra*), in the case where the defence of alibi is advanced, the trier of fact may draw an adverse inference from the failure of the accused to testify and subject him- or herself to cross-examination. While it must be conceded that this exception does undermine to a limited extent the presumption of innocence and the right to silence, it has a long and uniform history pre-dating the *Charter* and must be taken to have been incorporated into the principles of fundamental justice in s. 7.

Application of the Principles to the Present Appeal

114 The latter discussions above of the principles governing appellate review and those governing alibi defences arose in response to the appellant's citation of the cases in its submissions. In my view, however, the principles governing appellate review and alibi are not relevant to the disposition of the present appeal. The principle which is applicable to the present case is simply that the failure to testify cannot be placed on the evidentiary scales by the trier of fact. If the trial judge erred in this respect, in my view such an error would imply that the Court of Appeal was correct to order a new trial. I note that the appellant did not raise the possibility of applying the curative provision in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

115 The trial judge was somewhat unclear in setting out his reasons for conviction. He first noted the evidence of the licence and apparently accepted both that the person on the licence was the

il réfute plutôt un moyen de défense précis plaidé par l'accusé. L'utilisation du silence par le juge des faits dans son appréciation de la crédibilité de la défense d'alibi de l'accusé ne concerne que la défense d'alibi elle-même.

Pour ces motifs, je suis d'avis qu'il est permis d'affirmer que l'arrêt *Vézeau* n'établit qu'une exception limitée au droit de garder le silence au procès. Même si, en général, le défaut de témoigner ne peut être utilisé pour apprécier la crédibilité des témoins (voir *Schwartz*, précité), dans les cas où une défense d'alibi est avancée, le juge des faits peut tirer une conclusion défavorable du défaut de l'accusé de témoigner et de se soumettre à un contre-interrogatoire. Quoiqu'il faille reconnaître que cette exception porte effectivement atteinte, dans une mesure restreinte, à la présomption d'innocence et au droit de garder le silence, elle est reconnue depuis longtemps et ce de façon constante, reconnaissance qui remonte à bien longtemps avant l'adoption de la *Charte*, et elle doit être tenue pour intégrée aux principes de justice fondamentale garantis à l'art. 7.

L'application des principes au présent pourvoi

L'examen qui vient d'être fait des principes qui régissent l'examen en appel et de ceux qui régissent la défense d'alibi visait à répondre aux prétentions de l'appelante fondée sur la jurisprudence dont elle a fait état dans ses observations. À mon avis, toutefois, ces principes ne sont pas pertinents pour trancher le présent pourvoi. Le principe qui s'applique en l'espèce est simplement que le juge des faits ne peut pas considérer le défaut de témoigner comme un élément de preuve dont il doit apprécier la force probante. Si le juge des faits a commis une erreur à cet égard, cette erreur implique, à mon sens, que la Cour d'appel a eu raison d'ordonner un nouveau procès. Je souligne que l'appelante n'a pas invoqué la possibilité d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

Le juge du procès n'a pas énoncé clairement les motifs pour lesquels il a déclaré l'accusé coupable. Il a d'abord fait état de la preuve relative au permis et il a apparemment accepté, d'une part, que la

accused, and that it was the accused who handed it to the apartment manager. The trial judge stated that:

I say that the issue is, can I be satisfied beyond a reasonable doubt on that evidence that the man that the manager dealt with based on his looking at the photograph and the driver's licence and having the photograph before me, is the same person. My answer is yes, I can be.

I go further than that.

The trial judge then reviewed the implications of the failure to testify. He noted the evidence of the licence and stated that:

[The accused's] failure to make any comment, his failure to testify at his trial with that overwhelming evidence, in my opinion, falls within this very recent case law where the failure to testify may be considered by the trier of fact, by the Court, particularly, where a judge is sitting alone, less so with a jury and may, in effect, result in almost an adverse inference but certainly may add to the weight of the Crown's case on the issue of identification in this case. [Emphasis added.]

He continued:

I am satisfied on the issue of identification beyond a reasonable doubt for those reasons. . . .

On balance, it appears to me that the trial judge used the failure to testify as evidence going to identification which permitted him to reach a belief in guilt beyond a reasonable doubt. Indeed, he stated explicitly that the failure to testify "certainly may add to the weight of the Crown's case" and concluded by finding guilt on the basis of "those reasons", which appeared to include the discussion of the failure to testify. In light of these statements, when the trial judge stated that he "can be" satisfied on the identity issue prior to discussing the failure to testify, in my view he indicated that the evidence before him was consistent with proof of identity, and the failure to testify took belief in identity beyond a reasonable doubt. In

personne photographiée sur le permis était l'accusé et, d'autre part, que c'était ce dernier qui avait remis le permis au gérant de l'immeuble. Le juge du procès a déclaré ceci:

[TRADUCTION] Je dis que la question est la suivante: puis-je être convaincu hors de tout doute raisonnable, sur la foi de cette preuve, que l'individu auquel le gérant a eu affaire, selon la photographie et le permis de conduire qu'il a examinés, et celle que je vois sur la photographie, sont la même personne? Je réponds: Oui, je peux l'être.

J'irais plus loin encore.

Le juge du procès a analysé ensuite les conséquences du défaut de témoigner. Il a fait état de la preuve fondée sur le permis et a dit ceci:

[TRADUCTION] [Le] défaut [de l'accusé] de faire quelque observation, son défaut de témoigner à son procès devant cette preuve accablante, à mon avis, est visé par la jurisprudence très récente selon laquelle le défaut de témoigner peut être pris en compte par le juge des faits, par le tribunal, en particulier par un juge sans jury, moins toutefois quand il siège avec un jury, et peut, de fait, entraîner pratiquement une conclusion défavorable, et il peut certainement renforcer la preuve du ministère public sur la question de l'identification. [Je souligne.]

Il a ajouté ceci:

[TRADUCTION] Pour ce qui est de la question de l'identification, je suis convaincu hors de tout doute raisonnable pour ces motifs. . . .

En définitive, il me semble que le juge du procès a considéré le défaut de témoigner comme un élément de preuve touchant l'identification qui lui a permis d'établir sa conviction que l'accusé était coupable hors de tout doute raisonnable. En effet, il a dit explicitement que le défaut de témoigner [TRADUCTION] «peut certainement renforcer la preuve du ministère public», et il a terminé en concluant à la culpabilité «pour ces motifs», lesquels semblaient inclure l'examen du défaut de témoigner. À la lumière des déclarations du juge du procès, lorsque celui-ci a affirmé, avant d'examiner le défaut de témoigner, [TRADUCTION] «je peux [. . .] être» convaincu de l'identité, il a alors indiqué, à mon avis, que la preuve qui lui avait été présentée constituait une preuve d'identité et que le défaut de témoigner dissipait tout doute raisonnable à cet

any event, I agree with McEachern C.J.B.C. when he stated (at p. 169):

I am not persuaded that the trial judge did not rely upon the failure of the accused to give evidence and it would be unsafe to consider the case on any other basis.

As the British Columbia Court of Appeal stated in *R. v. Bogart* (1993), 33 B.C.A.C. 225, in similar circumstances, it would be dangerous to uphold the present conviction in light of the uncertainty surrounding the reasons of the trial judge.

117 Thus, in my view, the trial judge should be taken to have partially relied upon the accused's failure to testify in reaching his belief in guilt beyond a reasonable doubt. Given my conclusion that such reasoning constituted an error of law, I would dismiss the appeal and confirm the judgment of the Court of Appeal ordering a new trial.

The following are the reasons delivered by

118 MCLACHLIN J. (dissenting) — I agree with the Chief Justice that this appeal should be allowed. I add only this.

119 The difference between the positions adopted by Lamer C.J. and Sopinka J. turns on a different conception of the case to meet. It is resolved in favour of the view taken by the Chief Justice, to my mind, by the fact that the Crown establishes a case to meet only when it adduces evidence which, if believed, would establish proof beyond a reasonable doubt. In short, "the Crown must prove its case before there can be any expectation that [the accused] will respond": E. Ratushny, "The Role of the Accused in the Criminal Process", in W. S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1982), 335, at p. 359, cited in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 357. At the end of the trial, a second question arises: whether the trier of fact should believe the Crown's evidence. At this second stage, in deciding what evidence to believe, the judge or jury may consider the failure of the

égard. Quoi qu'il en soit, je suis d'accord avec les propos suivants du juge en chef McEachern (à la p. 169):

[TRADUCTION] Je ne suis pas convaincu que le juge du procès ne s'est pas appuyé sur le défaut de témoigner de l'accusé et il serait imprudent d'examiner l'affaire sous quelque autre angle.

Comme l'a dit la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *R. c. Bogart* (1993), 33 B.C.A.C. 225, dans des circonstances analogues, il serait dangereux de confirmer la présente déclaration de culpabilité vu l'incertitude qui existe quant aux motifs du juge du procès.

En conséquence, je suis d'avis que le juge du procès s'est appuyé en partie sur le défaut de témoigner de l'accusé pour arriver à la conviction que ce dernier était coupable hors de tout doute raisonnable. Vu ma conclusion qu'un tel raisonnement constituait une erreur de droit, je rejetterais le pourvoi et je confirmerais l'arrêt de la Cour d'appel ordonnant un nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — Je suis d'accord avec le Juge en chef que le pourvoi devrait être accueilli. J'ajouterais simplement ceci.

La différence entre la position du juge en chef Lamer et celle du juge Sopinka repose sur une conception différente de la notion de preuve complète. À mon avis, l'opinion du Juge en chef est préférable du fait que le ministère public n'établit une preuve complète que lorsqu'il présente des éléments qui, si on y ajoute foi, constituent une preuve hors de tout doute raisonnable. En somme, «la Couronne [est] obligée de prouver l'accusation avant qu'on s'attende à une réaction de [l]a part [de l'accusé]»: E. Ratushny, «Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle», dans G.-A. Beaudoin et W. S. Tarnopolsky, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (1982), 417, à la p. 448, cité dans *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, à la p. 357. À la fin du procès, une seconde question se pose: le juge des faits devrait-il ajouter foi à la preuve du ministère public? À cette seconde étape, pour décider à quelle preuve il

accused to adduce evidence contradicting the Crown's evidence. This is unavoidable: it is impossible to evaluate evidence without considering whether it has been contradicted or stands alone. Thus, as stated in the High Court of Australia in *Weissensteiner v. The Queen* (1993), 178 C.L.R. 217, at p. 229, *per* Mason C.J., and Deane and Dawson JJ., the failure of the accused to give evidence can "bear upon the probative value of the evidence which has been given and which the jury is required to consider".

In summary, the matter must be viewed in two stages. The first question is whether the Crown has adduced evidence which, if believed, would support a conviction, i.e. prove guilt beyond a reasonable doubt. This is the case to meet. The second question is whether the trier of fact should believe the Crown's evidence. At this second stage, and only at this second stage, the judge or jury may consider the absence of evidence contradicting the Crown's case to meet, including the accused's failure to testify. Any conviction will be based on the Crown's unchallenged evidence. To say that an inference has been drawn from the accused's failure to testify is only to say that the Crown's evidence stands unchallenged. This does not violate the accused's right to silence or presumption of innocence.

Appeal dismissed, LAMER C.J. and LA FOREST, GONTHIER and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: William F. Ehrcke, Vancouver.

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

doit ajouter foi, le juge ou le jury peut tenir compte du fait que l'accusé n'a pas présenté de preuve contredisant celle du ministère public. C'est inévitable: il est impossible d'apprécier la preuve sans se demander si elle a été contredite ou non. Ainsi, comme l'a dit la Haute Cour d'Australie dans *Weissensteiner c. The Queen* (1993), 178 C.L.R. 217, à la p. 229, le juge en chef Mason et les juges Deane et Dawson, le défaut de l'accusé de témoigner peut seulement [TRADUCTION] «être pris en considération pour apprécier la valeur probante de la preuve qui a été produite et que le jury est tenu d'examiner».

En résumé, l'affaire doit être considérée en deux étapes. La première question est de savoir si le ministère public a présenté une preuve qui, si on y ajoute foi, appuierait une déclaration de culpabilité, c.-à-d. prouverait la culpabilité hors de toute raisonnable. C'est la preuve complète. La deuxième question est de savoir si le juge des faits devrait ajouter foi à la preuve du ministère public. À cette seconde étape, et seulement à cette seconde étape, le juge ou le jury peut tenir compte de l'absence de preuve contredisant la preuve complète du ministère public, y compris du défaut de l'accusé de témoigner. Toute déclaration de culpabilité sera fondée sur la preuve non contestée du ministère public. Affirmer qu'une conclusion a été tirée du défaut de l'accusé de témoigner revient seulement à dire que la preuve du ministère public n'a pas été contestée. Cela ne viole ni le droit de l'accusé de garder le silence, ni la présomption d'innocence.

Pourvoi rejeté, le juge en chef LAMER et les juges LA FOREST, GONTHIER et MCLACHLIN sont dissidents.

Procureur de l'appelante: William F. Ehrcke, Vancouver.

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

Terry McDonnell *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. McDONNELL

File No.: 24814.

1996: December 6; 1997: April 24.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Sentencing — Appeals — Sexual assault — Accused pleading guilty to two counts of sexual assault — Trial judge sentencing accused to 12 months' incarceration for first offence and to six months for second offence, to be served concurrently — Court of Appeal finding assaults to be major sexual assaults and raising sentence for first offence to four years' incarceration and sentence for second offence to one year, to be served consecutively — Whether Court of Appeal erred in overturning sentences imposed by trial judge.

Criminal law — Sentencing — Appeals — Applicable standard of review of sentencing decisions.

Criminal law — Sentencing — Sexual assault — Starting-point approach.

The accused pleaded guilty to two counts of sexual assault, contrary to s. 271 of the *Criminal Code*. The first offence occurred in 1986 when the accused was 29. The complainant, a 16-year-old girl, had been placed in the accused's home by Social Services. She was asleep on the living room couch when the accused came home intoxicated. He undid her pants. The complainant turned over on her stomach and tried to press herself into the couch, pretending to be sleeping. He took off her jeans, started to kiss her buttock area and partially penetrated her vagina with his penis. She had her legs pressed together and he was trying to get them apart. Finally, he said "You're too difficult" and rolled onto the floor where he fell asleep. The second offence occurred in 1993 when the accused was 36. The complainant was a

Terry McDonnell *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. McDONNELL

N° du greffe: 24814.

1996: 6 décembre; 1997: 24 avril.

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

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

Droit criminel — Détermination de la peine — Appels — Agression sexuelle — Accusé plaidant coupable relativement à deux chefs d'agression sexuelle — Juge du procès infligeant à l'accusé une peine de 12 mois d'incarcération pour la première infraction et une peine concurrente de six mois pour la deuxième infraction — Cour d'appel jugeant que les agressions commises constituent des agressions sexuelles graves et haussant la peine pour la première infraction à quatre ans d'incarcération et la peine pour la deuxième infraction à un an, à purger consécutivement — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en écartant les peines infligées par le juge du procès?

Droit criminel — Détermination de la peine — Appels — Norme de contrôle applicable aux décisions en matière de peine.

Droit criminel — Détermination de la peine — Agression sexuelle — Méthode du point de départ.

L'accusé a plaidé coupable relativement à deux chefs d'agression sexuelle au sens de l'art. 271 du *Code criminel*. La première infraction a été commise en 1986, au moment où l'accusé était âgé de 29 ans. La plaignante, alors âgée de 16 ans, avait été placée chez l'accusé par les services sociaux. Elle dormait sur le canapé du salon lorsque l'accusé est entré chez lui en état d'ébriété. Il a défait le pantalon de la plaignante. Celle-ci s'est retournée sur le ventre et a essayé de s'enfoncer dans le canapé, feignant de dormir. Il lui a enlevé son jeans, a commencé à l'embrasser sur les fesses et lui a introduit partiellement le pénis dans le vagin. Elle serrait les jambes, qu'il essayait d'écartier. Finalement, il a dit «Tu es trop difficile» et il a roulé sur le plancher, où il s'est endormi. La deuxième infraction a été commise en

14-year-old babysitter for the accused's family. She had fallen asleep on her stomach on a hide-a-bed. She woke up in the middle of the night; her underwear was pulled down and the accused was on top of her, rubbing her back with one hand and her buttocks with the other. He also touched her pelvis and vaginal areas. She screamed and fled the house. The sentencing judge found that neither of the two assaults was a major sexual assault, as defined in past cases by the Court of Appeal of the province, with a starting-point sentence of three years, and imposed a sentence of 12 months in custody for the first offence and six months for the second, to be served concurrently. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal. The court found that the sexual assaults were major ones and sentenced the accused to four years in custody for the first offence and, considering the global effect of the sentences, to one year for the second, to be served consecutively.

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

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The Court of Appeal's decision is inconsistent with the deference that is owed to sentencing judges by appellate courts. In the absence of an error of principle, failure to consider a relevant factor, or overemphasis of the appropriate factors, a sentence should only be overturned if it is demonstrably unfit. Here, the Court of Appeal failed to point to a relevant factor not considered by the sentencing judge that would give rise to appellate review of the sentence. With respect to the first offence, the sentencing judge clearly considered penetration and psychological trauma as factors in reaching a sentence and did not treat the other personal problems the first complainant had been having around the time of the assault as a mitigating factor. After taking into account all relevant mitigating and aggravating circumstances, the sentencing judge arrived at what she considered was an appropriate sentence. With respect to the second offence, the same conclusion applies: the sentencing judge did not fail to consider relevant factors.

The mischaracterization of an offence according to judicially created categories is not an error in principle,

1993, au moment où l'accusé était âgé de 36 ans. La plaignante était âgée de 14 ans et gardait les enfants de l'accusé. Elle était étendue sur le ventre et s'était endormie sur un divan-lit. Quand elle s'est réveillée au milieu de la nuit, son sous-vêtement était descendu et l'accusé était sur elle, et lui frottait le dos d'une main et les fesses de l'autre main. Il lui a également fait des attouchements au bassin et au vagin. Elle a crié et s'est enfuie de la maison. Le juge qui a infligé la peine a conclu que ni l'une ni l'autre des agressions n'était une agression sexuelle grave — assortie d'une peine de trois ans comme point de départ — au sens que la cour d'appel de la province a donné à cette expression dans des affaires antérieures, et il a infligé une peine de 12 mois de détention pour la première infraction et une peine concurrente de six mois pour la deuxième infraction. La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public. Elle a conclu qu'il s'agissait d'agressions sexuelles graves et a condamné l'accusé à une peine de quatre ans de détention pour la première infraction et, vu l'effet global des peines, à une peine consécutive d'une année pour la deuxième infraction.

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

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: La décision de la Cour d'appel ne cadre pas avec la retenue dont les cours d'appel doivent faire preuve envers les juges qui infligent une peine. Sauf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance trop grande sur les facteurs appropriés, une peine ne devrait être écartée que si elle n'est manifestement pas indiquée. En l'espèce, la Cour d'appel n'a pas attiré l'attention sur un facteur pertinent que le juge qui a infligé la peine n'a pas pris en considération et qui donnerait lieu au contrôle en appel de la peine. Quant à la première infraction, le juge qui a infligé la peine a nettement considéré que la pénétration et le traumatisme psychologique entraient en ligne de compte au moment de fixer une peine, et n'a pas considéré comme un facteur atténuant les autres problèmes personnels que la première plaignante avait à l'époque de l'agression. Après avoir tenu compte de toutes les circonstances atténuantes et aggravantes pertinentes, le juge qui a infligé la peine est arrivée à ce qui, à son avis, constituait une peine adéquate. La même conclusion s'applique quant à la deuxième infraction: le juge qui a infligé la peine n'a pas omis de prendre en considération des facteurs pertinents.

La mauvaise qualification d'une infraction selon des catégories créées par les tribunaux ne constitue pas une

and is an inappropriate ground to set aside the lower court's sentence. First, deference should be shown to a lower court's sentencing decision. Second, there is no legal basis for the judicial creation of a category of offence within a statutory offence for the purposes of sentencing. It is not for judges to create criminal offences, but rather for the legislature to enact them. By creating a species of sexual assault known as a "major sexual assault", and by basing sentencing decisions on such a categorization, the Alberta Court of Appeal has effectively created an offence, at least for the purposes of sentencing. Given Parliament's intention to treat sexual assaults causing bodily harm — which includes psychological harm — under s. 272(c) of the *Criminal Code*, it is inappropriate to create a "major sexual assault", which is based at least in part on the existence of harm to the victim pursuant to s. 271. If the prosecution is to be based on the harm to the victim, the accused should be charged under s. 272(c). It is not for the courts to establish a subset of offence within s. 271 that is based on harm. Moreover, to the extent that the Court of Appeal held that the Crown need not prove psychological harm in some instances, but rather such harm may be presumed, it was in error. If the Crown wishes to rely upon the existence of psychological harm, it should charge under s. 272(c), and prove the offence. If harm is accepted as an aggravating factor under s. 271 and psychological harm may be presumed, the burden of proving harm as an aggravating factor is improperly lifted from the Crown and a burden of disproving harm shifts to the accused. In this case, the Court of Appeal's discussion of the presumption of harm was both erroneous and unnecessary; harm existed and was considered in setting the sentence.

The first sentence's departure from the Court of Appeal's view of the appropriate starting point of three years does not in itself imply that the sentence was demonstrably unfit. Nor was there any reason given by the Crown or the Court of Appeal to conclude that a six-month sentence for the second offence was demonstrably unfit. An appellate court may set out starting-point sentences as guides to lower courts and this starting

erreur de principe, et n'est pas une raison convenable d'annuler la peine infligée par le tribunal d'instance inférieure. Premièrement, il y a lieu de faire preuve de retenue à l'égard de la décision qu'un tribunal d'instance inférieure a rendue en matière de peine. Deuxièmement, rien ne justifie, en droit, la création par les tribunaux, aux fins de déterminer la peine, d'une catégorie d'infractions dans le cadre d'une infraction prévue par la loi. Il appartient non pas aux juges de créer des infractions criminelles, mais plutôt au législateur d'édicter de telles infractions. En créant un type d'agression sexuelle connue sous le nom d'«agression sexuelle grave» et en fondant des décisions en matière de peine sur une telle catégorisation, la Cour d'appel de l'Alberta a effectivement créé une infraction, du moins aux fins de la détermination de la peine. Étant donné l'intention du législateur de traiter, à l'al. 272c) du *Code criminel*, des agressions sexuelles infligeant des lésions corporelles — qui comprennent le préjudice psychologique —, il est inadéquat de créer une «agression sexuelle grave» qui soit fondée, du moins en partie, sur l'existence d'un préjudice causé à la victime, conformément à l'art. 271. Si la poursuite doit être fondée sur le préjudice causé à la victime, l'accusé devrait être inculpé en vertu de l'al. 272c). Il n'appartient pas aux tribunaux d'établir une sous-catégorie d'infractions à l'art. 271 qui est fondé sur l'existence d'un préjudice. En outre, dans la mesure où la Cour d'appel a conclu que le ministère public n'a pas à prouver l'existence d'un préjudice psychologique dans certains cas, mais plutôt que l'existence d'un tel préjudice peut être présumée, elle a commis une erreur. Si le ministère public veut invoquer l'existence d'un préjudice psychologique, il devrait porter des accusations fondées sur l'al. 272c) et prouver l'existence de l'infraction. Si on reconnaît que le préjudice est un facteur aggravant en vertu de l'art. 271 et, si l'existence d'un préjudice psychologique peut être présumée, le ministère public se trouve déchargé à tort du fardeau de prouver l'existence d'un préjudice en tant que facteur aggravant, et l'accusé a alors le fardeau de réfuter le préjudice. En l'espèce, l'analyse de la présomption de préjudice à laquelle s'est livrée la Cour d'appel était à la fois erronée et inutile; il existait un préjudice et il en a été tenu compte au moment de fixer la peine.

Le fait que la première peine déroge à ce que la Cour d'appel perçoit comme un point de départ approprié de trois ans n'implique pas en soi que la peine n'était manifestement pas indiquée. Le ministère public et la Cour d'appel n'ont pas non plus donné de raison de conclure qu'une peine de six mois pour la deuxième infraction n'était manifestement pas indiquée. Une cour d'appel peut établir des peines comme point de départ pour

point may well be a factor to consider in determining whether a sentence is demonstrably unfit. If there is a wide disparity between the starting point for the offence and the sentence imposed, then, assuming that the Court of Appeal has set a reasonable starting point, the starting point certainly suggests, but is not determinative of, unfitness. Unless there otherwise is a proper reason to interfere with the sentence, a sentence cannot be altered on appeal, notwithstanding deviation from a starting point.

The decision to order concurrent or consecutive sentences should be treated with the same deference owed by appellate courts to sentencing judges concerning the length of sentences ordered. The Court of Appeal failed to raise a legitimate reason to alter the order of concurrent sentences made by the sentencing judge; the court simply disagreed with the result of the sentencing judge's exercise of discretion, which is an insufficient reason for interfering.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. (dissenting): A just sentence is one which reflects the seriousness of the crime and fits the individual circumstances of the accused. Appellate courts in a number of provinces have responded to the need to accommodate these dual goals and resolve the tension which may arise between them by introducing the concept of "starting-point" sentences. The starting-point approach to sentencing involves two steps. The first step consists of determining the appropriate range of sentence for an offence of this type in a typical case. At this stage, the inquiry is objective. The appropriate range is based on the general characteristics of the typical offence and on the assumption that the accused is a person of good character with no criminal record. Using that range as a starting point, the second step involves adjusting the sentence upward or downward on the basis of aggravating or mitigating factors. The judge must consider factors personal to the accused and the victim, and the actual consequences of the offence. In short, the sentence must be individualized to the particular crime and the particular accused before the court. This approach thus represents an attempt to marry in one sentencing principle the values of uniformity and individualization. With the starting-point approach, in all cases the final sentence will be the least that is appropriate in the circumstances.

guider les tribunaux d'instance inférieure, et le point de départ peut bien être un facteur à prendre en considération pour déterminer si une peine n'est manifestement pas indiquée. S'il y a une grande disparité entre le point de départ fixé pour l'infraction et la peine infligée, en supposant alors que la Cour d'appel a établi un point de départ raisonnable, ce point de départ laisse sûrement entendre, sans être déterminant à ce sujet, que la peine n'est manifestement pas indiquée. À moins qu'il n'y ait par ailleurs un motif de modifier la peine, une peine ne saurait être modifiée en appel, malgré l'existence d'une dérogation à un point de départ.

La décision d'infliger des peines concurrentes ou des peines consécutives devrait être traitée avec la même retenue que celle dont les cours d'appel doivent faire preuve envers les juges qui ont infligé des peines en ce qui concerne la durée de ces peines. La Cour d'appel n'a pas exposé de raison légitime de modifier l'ordonnance du juge du procès, fixant des peines concurrentes; la cour a simplement exprimé son désaccord avec le résultat de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge qui a infligé les peines, ce qui est insuffisant pour intervenir.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin (dissidents): La peine juste est celle qui reflète la gravité du crime et s'accorde avec la situation personnelle de l'accusé. Les cours d'appel d'un certain nombre de provinces ont réagi à la nécessité de concilier ces deux objectifs et d'éliminer la tension qui peut exister entre les deux, en introduisant la notion de peines constituant un «point de départ». La méthode du point de départ en matière de détermination de la peine comporte deux étapes. La première étape consiste à déterminer l'échelle de peines convenable pour une infraction de ce genre dans un cas type. À ce stade, l'analyse est objective. L'échelle convenable est fondée sur les caractéristiques générales de l'infraction type et sur l'hypothèse que l'accusé est une personne de bonne moralité qui ne possède aucun casier judiciaire. À l'aide de cette échelle comme point de départ, la deuxième étape consiste notamment à ajuster la peine à la hausse ou à la baisse selon l'existence de facteurs aggravants ou de facteurs atténuants. Le juge doit examiner les facteurs propres à l'accusé et à la victime, ainsi que les conséquences réelles de l'infraction. Bref, la peine doit être individualisée en fonction du crime reproché et de l'accusé qui comparait devant le tribunal. Cette méthode représente une tentative de fondre les valeurs d'uniformité et d'individualisation en un seul principe de détermination de la peine. Avec cette méthode du point de départ, la peine finale sera, dans tous les cas, la moins sévère qui convient dans les circonstances.

The starting-point approach, properly understood and applied, does not violate s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This approach does not relieve the Crown of its burden of establishing the appropriateness of severe punishments. Once the Crown has established that the accused is guilty of the offence charged, it must then establish that the offence, in all the circumstances, falls within a particular range. This fixes the starting point. In order to obtain a harsher sentence, the Crown must also establish aggravating circumstances. On the other hand, if mitigating factors are revealed, the sentence will be reduced from the starting point. Further, the starting-point approach in sexual assault cases does not create a vague law which fails to delineate the area of risk as required by s. 7 of the *Charter*. The principle against vagueness applies to the question of what conduct is criminalized and not to sentencing ranges. The principle is satisfied if the law specifies the conduct prohibited and indicates a range of punishment. Even if the principle against vagueness did apply to sentencing ranges, the starting point here at issue would satisfy it. If anything, the starting-point approach increases the knowledge of the risk faced by a prospective or convicted accused. The possibility that judges may differ on whether to consider a particular assault major does not attract the vagueness principle. Vagueness does not arise simply because the law is open to varying interpretations by the courts.

The *Criminal Code* creates a single offence of sexual assault which embraces a wide range of conduct. The subdivision by the Alberta Court of Appeal of this vast offence into minor or major sexual assault for the purpose of sentencing, with a starting point of three years for major sexual assaults, does not amount to judicial legislation of a new offence. The starting-point approach is merely a variation on the traditional concept of ranges of sentence for particular types of criminal acts. To recognize a certain type of act as being serious or major, and hence, in the typical case, attracting a sentence in a particular range, is not to create a new crime.

The starting-point approach, properly conceived, does not involve a presumption of harm in sexual assault cases. When determining the starting point, the judge must consider whether the violation of the victim's integrity was "such that a reasonable person would

La méthode du point de départ, bien interprétée et appliquée, ne viole pas l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette méthode ne dégage pas le ministère public du fardeau qui lui incombe d'établir qu'il convient d'infliger des châtimens sévères. Une fois que le ministère public a établi que l'accusé est coupable de l'infraction reprochée, il doit ensuite établir que, compte tenu de toutes les circonstances, l'infraction se situe dans une échelle particulière. Cela fixe le point de départ. Pour obtenir une peine plus sévère, le ministère public doit également établir l'existence de circonstances aggravantes. Par ailleurs, s'il y a des facteurs atténuants, la peine infligée sera inférieure au point de départ. De plus, la méthode du point de départ dans les affaires d'agression sexuelle ne crée pas de règle imprécise qui ne délimite pas le risque couru, comme l'exige l'art. 7 de la *Charte*. Le principe interdisant l'imprécision s'applique à la question de savoir quelle conduite est criminalisée et non pas aux échelles de peines. Ce principe est respecté si la loi spécifie la conduite prohibée et indique une échelle de peines. Même si le principe interdisant l'imprécision s'appliquait aux échelles de peines, le point de départ en cause dans la présente affaire le respecterait. La méthode du point de départ accroît plutôt la connaissance du risque auquel s'expose un accusé éventuel ou déclaré coupable. La possibilité que des juges divergent d'opinions sur la question de savoir si une agression doit être considérée comme grave ne fait pas entrer en jeu le principe interdisant l'imprécision. L'imprécision ne résulte pas du simple fait que la loi peut être interprétée de diverses façons par les tribunaux.

Le *Code criminel* crée une seule infraction d'agression sexuelle qui vise une vaste gamme de comportements. La division, par la Cour d'appel de l'Alberta, de cette grande infraction en agression sexuelle sans gravité et en agression sexuelle grave, aux fins de la détermination de la peine, avec un point de départ de trois ans pour les agressions sexuelles graves, n'équivaut pas à une règle de droit prétorien créant une nouvelle infraction. La méthode du point de départ constitue simplement une variante de la notion traditionnelle de l'échelle de peines applicable à certains types d'actes criminels. Reconnaître qu'un type d'acte est grave et est donc assorti, dans le cas type, d'une peine située dans une échelle particulière, ne revient pas à créer un nouveau crime.

Bien conçue, la méthode du point de départ ne comporte aucune présomption de préjudice en matière d'agression sexuelle. Pour déterminer le point de départ, le juge doit se demander si la violation de l'intégrité de la victime était «telle qu'une personne raisonnable

know beforehand that the victim likely would suffer lasting emotional or psychological injury, whether or not physical injury occurs". The inquiry at that stage is concerned not with the actual facts of the case but with the sort of harm this type of assault would be likely to cause. Actual harm becomes an issue only at the stage of the individualization of the sentence where the judge must determine whether in fact the crime caused lasting emotional or psychological harm to the victim. At both stages, there is no presumption of harm. Because the starting-point approach does not presume actual harm to the victim, it does not violate the rule that the Crown bears the burden of proving exacerbating circumstances, nor does it conflict with the logic underlying s. 272 of the *Criminal Code*, which requires proof of actual harm in the particular case.

Courts of appeal may intervene where the sentence discloses error of principle or is demonstrably unfit. The starting-point approach does not provide a new judge-made legal principle, enabling courts of appeal to interfere with the proper exercise of the sentencing judge's decision. The starting point is not a principle of law, but rather a tool to determine the proper range of sentence for a certain type of offence. Failure to allude to the appropriate starting point or range is not an error of principle. When a court of appeal interferes on the ground that the judge ignored the correct starting point, it is simply saying that the sentence is demonstrably unfit because it falls outside the acceptable range of sentence for that sort of offence.

Here, the sentence imposed at trial was "demonstrably unfit". A review of many cases from Alberta reveals that a sentence of less than two years in circumstances similar to the case at bar constitutes a marked departure from the norm. The unfit nature of the sentence resulted from the sentencing judge's failure to place appropriate weight on the appropriate factors, thus depreciating the seriousness of the offence. Most significantly, she placed great emphasis on the physical acts but did not ask herself whether this was the sort of offence which would likely result in lasting psychological or emotional harm — the hallmark of a major sexual assault. The Court of Appeal correctly identified the first offence as a major sexual assault. While it involved no violence or threats, the result of such an assault on a typical victim would likely have been lasting emotional and psycho-

saurait à l'avance que la victime risquerait de subir un préjudice émotionnel ou psychologique permanent, peu importe que des lésions corporelles soient causées ou non». L'analyse à ce stade porte non pas sur les faits réels de l'affaire mais sur le genre de préjudice que ce type d'agression risquerait de causer. La question de l'existence d'un préjudice réel ne se pose qu'à l'étape de l'individualisation de la peine où le juge doit se demander si le crime a effectivement causé à la victime un préjudice émotionnel ou psychologique permanent. Il n'y a, à ces deux stades, aucune présomption de préjudice. Parce qu'elle ne présume pas que la victime a subi un préjudice réel, la méthode du point de départ ne viole pas la règle selon laquelle il incombe au ministère public de prouver l'existence de circonstances aggravantes, et elle n'entre pas en conflit avec la logique qui sous-tend l'art. 272 du *Code criminel*, qui exige la preuve de l'existence d'un préjudice réel dans l'affaire en cause.

Les cours d'appel peuvent intervenir lorsque la peine révèle l'existence d'une erreur de principe ou n'est manifestement pas indiquée. La méthode du point de départ ne crée pas un nouveau principe de droit prétorien, qui habilite les cours d'appel à s'immiscer dans l'exercice adéquat du pouvoir discrétionnaire du juge qui inflige la peine. Le point de départ est non pas un principe de droit, mais plutôt un moyen de déterminer l'échelle de peines appropriée pour un certain type d'infraction. L'omission de faire allusion au point de départ ou à l'échelle appropriés ne constitue pas une erreur de principe. Lorsqu'une cour d'appel intervient pour le motif que le juge n'a pas tenu compte du bon point de départ, elle ne fait que dire que la peine n'est manifestement pas indiquée parce qu'elle se situe en dehors de l'échelle de peines acceptable pour ce genre d'infraction.

En l'espèce, la peine infligée lors du procès «n'était manifestement pas indiquée». L'examen d'un bon nombre d'arrêtés de l'Alberta révèle qu'une peine de moins de deux ans dans des circonstances semblables à celles dont il est question en l'espèce s'écarte de façon marquée de la norme. Le caractère non indiqué de la peine résultait de l'omission du juge qui l'a infligée d'accorder suffisamment de poids aux facteurs appropriés, ce qui a eu pour effet de déprécier la gravité de l'infraction. Qui plus est, elle a beaucoup insisté sur les actes physiques, mais elle ne s'est pas demandé si c'était le genre d'infraction qui risquerait de causer un préjudice psychologique ou émotionnel permanent qui caractérise une agression sexuelle grave. La Cour d'appel a décrit correctement la première infraction comme étant une agression sexuelle grave. Même si elle était dépourvue de

logical harm. The case exhibited few mitigating factors but a number of aggravating ones, including abuse of trust and lasting emotional and psychological harm. By adding a year to the starting-point sentence, the Court of Appeal imposed a sentence which reflected the seriousness of the offence as well as the particular circumstances of the accused. The second offence, viewed in isolation, also qualifies as a major sexual assault. The Court of Appeal correctly concluded that concurrent sentences were not appropriate in this case, which involved two separate offences on two different victims, separated by a period of seven years. Nevertheless, the global effect of the sentences must be considered and the Court of Appeal correctly imposed a sentence of one year for the second offence, to be served consecutively.

Cases Cited

By Sopinka J.

Applied: *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; **distinguished:** *R. v. S.G.O.R.* (1991), 113 A.R. 36; *R. v. S. (W.B.)*; *R. v. P. (M.)* (1992), 73 C.C.C. (3d) 530; *R. v. Spence* (1992), 78 C.C.C. (3d) 451; *R. v. Nicholson* (1993), 145 A.R. 262; *R. v. Lapatak* (1995), 169 A.R. 385; **referred to:** *R. v. Sandercock* (1985), 22 C.C.C. (3d) 79; *R. v. A.B.C.* (1991), 120 A.R. 106; *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517; *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. R.P.T.* (1983), 7 C.C.C. (3d) 109.

By McLachlin J. (dissenting)

R. v. Hessam (1983), 43 A.R. 247; *R. v. Sandercock* (1985), 22 C.C.C. (3d) 79; *R. v. Natanson* (1927), 49 C.C.C. 89; *R. v. Connor and Hall* (1957), 118 C.C.C. 237; *R. v. Baldhead*, [1966] 4 C.C.C. 183; *R. v. Jourdain and Kudyba* (1958), 121 C.C.C. 82; *R. v. Zong* (1986), 173 A.P.R. 432; *R. v. Muswagon* (1993), 88 Man. R. (2d) 319; *R. v. Post* (1996), 72 B.C.A.C. 312; *R. v. Jackson* (1993), 87 C.C.C. (3d) 56; *R. v. Glassford* (1988), 27 O.A.C. 194; *R. v. Cunningham* (1996), 104 C.C.C. (3d) 542; *R. v. Edwards*; *R. v. Brandy*, *The Times*, July 1, 1996; *R. v. Jabaltjari* (1989), 46 A. Crim. R. 47; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Muiise* (1994), 94 C.C.C. (3d) 119; *R. v. S.G.O.R.* (1991), 113 A.R. 36; *R. v. Sand* (1991), 120 A.R. 397; *R. v. S.*

violence et de menaces, une telle agression sur une victime type lui aurait vraisemblablement causé un préjudice émotionnel et psychologique permanent. L'affaire comportait peu de facteurs atténuants mais un certain nombre de facteurs aggravants, dont un abus de confiance et un préjudice émotionnel et psychologique permanent. En ajoutant un an à la peine qui constituait le point de départ, la Cour d'appel a infligé une peine qui reflétait la gravité de l'infraction ainsi que la situation particulière de l'accusé. Considérée séparément, la deuxième infraction peut elle aussi être qualifiée d'agression sexuelle grave. La Cour d'appel a eu raison de conclure qu'il ne convenait pas d'infliger des peines concurrentes dans la présente affaire où il est question de deux infractions distinctes commises, à sept ans d'intervalle, sur deux victimes différentes. Néanmoins, il faut tenir compte de l'incidence globale des peines, et la Cour d'appel a eu raison d'imposer une peine consécutive d'un an pour la deuxième infraction.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts appliqués: *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; **distinction d'avec les arrêts:** *R. c. S.G.O.R.* (1991), 113 A.R. 36; *R. c. S. (W.B.)*; *R. c. P. (M.)* (1992), 73 C.C.C. (3d) 530; *R. c. Spence* (1992), 78 C.C.C. (3d) 451; *R. c. Nicholson* (1993), 145 A.R. 262; *R. c. Lapatak* (1995), 169 A.R. 385; **arrêts mentionnés:** *R. c. Sandercock* (1985), 22 C.C.C. (3d) 79; *R. c. A.B.C.* (1991), 120 A.R. 106; *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517; *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. R.P.T.* (1983), 7 C.C.C. (3d) 109.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

R. c. Hessam (1983), 43 A.R. 247; *R. c. Sandercock* (1985), 22 C.C.C. (3d) 79; *R. c. Natanson* (1927), 49 C.C.C. 89; *R. c. Connor and Hall* (1957), 118 C.C.C. 237; *R. c. Baldhead*, [1966] 4 C.C.C. 183; *R. c. Jourdain and Kudyba* (1958), 121 C.C.C. 82; *R. c. Zong* (1986), 173 A.P.R. 432; *R. c. Muswagon* (1993), 88 Man. R. (2d) 319; *R. c. Post* (1996), 72 B.C.A.C. 312; *R. c. Jackson* (1993), 87 C.C.C. (3d) 56; *R. c. Glassford* (1988), 27 O.A.C. 194; *R. c. Cunningham* (1996), 104 C.C.C. (3d) 542; *R. c. Edwards*; *R. c. Brandy*, *The Times*, 1^{er} juillet 1996; *R. c. Jabaltjari* (1989), 46 A. Crim. R. 47; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Muiise* (1994), 94 C.C.C. (3d) 119; *R. c. S.G.O.R.* (1991), 113 A.R. 36; *R. c. Sand*

(*W.B.*); *R. v. P. (M.)* (1992), 73 C.C.C. (3d) 530; *R. v. R.S.B.* (1992), 135 A.R. 23; *R. v. Spence*; *R. v. F. (D.L.)* (1992), 78 C.C.C. (3d) 451; *R. v. R.E.C.*, [1993] A.J. No. 303 (QL); *R. v. D.M.B.* (1993), 141 A.R. 307; *R. v. Nicholson* (1993), 145 A.R. 262; *R. v. Dionne*, [1993] A.J. No. 939 (QL); *R. v. D.K.* (1994), 155 A.R. 269; *R. v. Watson* (1994), 157 A.R. 80; *R. v. Wagar* (1995), 174 A.R. 317; *R. v. Lapatak* (1995), 169 A.R. 385; *R. v. Lakotos* (1996), 187 A.R. 45; *R. v. A.B.C.* (1991), 120 A.R. 106.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof, S.C. 1995, c. 22, s. 6.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 271 [am. c. 19 (3rd Supp.), s. 10], 272, 724(3)(e) [repl. 1995, c. 22, s. 6].

Authors Cited

Canada. Sentencing Commission. *Sentencing Reform: A Canadian Approach*. Ottawa: The Commission, 1987.
 Cross, Rupert, Sir. *The English Sentencing System*, 2nd ed. London: Butterworths, 1975.
 Linden, Allen M. "A Fresh Approach to Sentencing in Canada". In Hélène Dumont, ed., *Sentencing*. Cowansville, Que.: Canadian Institute for the Administration of Justice, 1987, 53.
 Marshall, Patricia. "Sexual Assault, The Charter and Sentencing Reform" (1988), 63 C.R. (3d) 216.
 Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1994.
 Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991.
 Young, Alan. *The Role of an Appellate Court in Developing Sentencing Guidelines*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1988.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1995), 169 A.R. 170, 97 W.A.C. 170, allowing the Crown's appeal against sentence. Appeal allowed, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

Marvin R. Bloos, for the appellant.

(1991), 120 A.R. 397; *R. c. S. (W.B.)*; *R. c. P. (M.)* (1992), 73 C.C.C. (3d) 530; *R. c. R.S.B.* (1992), 135 A.R. 23; *R. c. Spence*; *R. c. F. (D.L.)* (1992), 78 C.C.C. (3d) 451; *R. c. R.E.C.*, [1993] A.J. No. 303 (QL); *R. c. D.M.B.* (1993), 141 A.R. 307; *R. c. Nicholson* (1993), 145 A.R. 262; *R. c. Dionne*, [1993] A.J. No. 939 (QL); *R. c. D.K.* (1994), 155 A.R. 269; *R. c. Watson* (1994), 157 A.R. 80; *R. c. Wagar* (1995), 174 A.R. 317; *R. c. Lapatak* (1995), 169 A.R. 385; *R. c. Lakotos* (1996), 187 A.R. 45; *R. c. A.B.C.* (1991), 120 A.R. 106.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 271 [mod. ch. 19 (3^e suppl.), art. 10], 272, 724(3)e) [repl. 1995, ch. 22, art. 6].
Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence, L.C. 1995, ch. 22, art. 6.

Doctrine citée

Canada. Commission sur la détermination de la peine. *Réformer la sentence: une approche canadienne*. Ottawa: La Commission, 1987.
 Cross, Rupert, Sir. *The English Sentencing System*, 2nd ed. London: Butterworths, 1975.
 Linden, Allen M. «Une nouvelle perspective en matière de détermination de la peine». Dans Hélène Dumont, dir., *La détermination de la peine*. Cowansville, Qué.: Institut canadien d'administration de la justice, 1987, 53.
 Marshall, Patricia. «Sexual Assault, The Charter and Sentencing Reform» (1988), 63 C.R. (3d) 216.
 Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1994.
 Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991.
 Young, Alan. *Élaboration de lignes directrices en matière de la détermination de la peine: le rôle d'une cour d'appel*. Ottawa: Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1988.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1995), 169 A.R. 170, 97 W.A.C. 170, qui a accueilli l'appel du ministère public contre une peine. Pourvoi accueilli, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents.

Marvin R. Bloos, pour l'appelant.

Paul L. Moreau, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

Paul L. Moreau, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major rendu par

1 SOPINKA J. — This appeal concerns the decision of the Court of Appeal to overturn the sentences imposed by the sentencing judge for two counts of sexual assault *simpliciter* to which the appellant had pleaded guilty. The Court of Appeal, concluding that the first assault complained of was a “major sexual assault” as that court had defined it in past cases, set aside the global sentence of one year, and instead imposed a global sentence of five years.

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi concerne la décision de la Cour d'appel d'écarter les peines infligées par le juge du procès quant à deux chefs d'agression sexuelle simple relativement auxquels l'appelant avait plaidé coupable. La Cour d'appel a annulé la peine globale d'un an et l'a remplacée par une peine globale de cinq ans, après avoir conclu que la première agression reprochée était une [TRADUCTION] «agression sexuelle grave» au sens qu'elle avait donné à cette expression dans des affaires antérieures.

2 In my view, the decision of the Court of Appeal was inconsistent with the deference that is owed to sentencing judges by appellate courts. A disagreement over the categorization of the assault as the appellate court has defined the category is an inappropriate ground to set aside the lower court's sentence. In the present case, the sentencing judge did not commit an error in principle, did not ignore relevant factors and did not impose a demonstrably unfit sentence. Accordingly, I would allow the appeal and reinstate the sentence imposed initially by the sentencing judge.

À mon avis, la décision de la Cour d'appel ne cadre pas avec la retenue dont les cours d'appel doivent faire preuve envers les juges qui infligent une peine. Un désaccord sur la classification de l'agression, définie par la cour d'appel, n'est pas une raison convenable d'annuler la peine infligée par le tribunal d'instance inférieure. En l'espèce, le juge qui a infligé la peine n'a commis aucune erreur de principe, n'a pas passé sous silence des facteurs pertinents et n'a pas infligé une peine qui n'était manifestement pas indiquée. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la peine infligée initialement par le juge du procès.

I. Facts

I. Les faits

3 Following a preliminary inquiry, the appellant pleaded guilty to two counts of sexual assault, contrary to s. 271 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The first offence occurred in 1986 when the appellant was 29 years of age. The complainant was then a 16-year-old ward of the Alberta government and had been placed in the appellant's home by Social Services. Approximately two weeks after her arrival in the appellant's home, the complainant was asleep on the living room couch, lying on her back. The appellant came home intoxicated. He undid the complainant's pants, at which point the complainant turned over on her stomach and tried to press herself into the couch. She testified

À la suite d'une enquête préliminaire, l'appelant a plaidé coupable relativement à deux chefs d'agression sexuelle au sens de l'art. 271 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. La première infraction a été commise en 1986, au moment où l'appelant était âgé de 29 ans. La plaignante, alors âgée de 16 ans, était pupille du gouvernement de l'Alberta et avait été placée chez l'appelant par les services sociaux. Environ deux semaines après son arrivée chez l'appelant, la plaignante était étendue sur le dos et dormait sur le canapé du salon. L'appelant est entré chez lui en état d'ébriété. Il a défait le pantalon de la plaignante qui s'est alors retournée sur le ventre et a essayé de s'enfoncer dans le

that she did so in the hope that perhaps he would go away if he thought she were sleeping. He did not. Instead, he took off her jeans and started to kiss her buttock area. She was trying to pretend that she was sleeping. Then he penetrated her vagina with his penis. She described the degree of penetration as being "a little bit" since she had her legs pressed together and he was trying to get them apart. Finally, he said "You're too difficult" and rolled onto the floor. He tried to put the complainant's jeans back on. The complainant waited until she was sure that the appellant was asleep on the floor and then she went downstairs to her room. At no time did the complainant consent to the appellant's actions.

The second offence occurred in 1993 when the appellant was 36 years of age. The complainant was a 14-year-old babysitter for the appellant's family. She had fallen asleep on her stomach on a hide-a-bed while babysitting. She testified that when she had gone to bed, she had been wearing a T-shirt, underwear and had a sleeping bag wrapped around her. When she awoke at 3:30 a.m., her underwear was pulled down and the sleeping bag was around her feet. The appellant was on top of her, rubbing her back under her T-shirt with one hand and rubbing her buttocks with the other. He then reached under her stomach touching her pelvis and vaginal areas. The appellant was trying to turn her over onto her stomach. He did not touch her breasts. She screamed and fled from the residence.

The appellant pleaded guilty to the two offences. The sentencing judge found that neither of the two sexual assaults was a major one. She imposed a sentence of 12 months in custody followed by two years' probation. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal, finding that the sexual assaults were major ones and sentenced the appellant to five years' imprisonment: (1995), 169 A.R. 170, 97 W.A.C. 170. The appellant appeals the Court of Appeal's decision.

canapé. Elle a témoigné avoir agi ainsi dans l'espoir qu'il pourrait peut-être s'en aller s'il la croyait endormie. Il n'est pas parti. Au lieu de cela, il lui a enlevé son jeans et a commencé à l'embrasser sur les fesses. Elle tentait de feindre de dormir. Il lui a alors introduit le pénis dans le vagin. Elle a précisé qu'il l'avait pénétrée [TRADUCTION] «un peu», car elle serrait les jambes, qu'il essayait d'écartier. Finalement, il a dit [TRADUCTION] «Tu es trop difficile» et il a roulé sur le plancher. Il a tenté de lui remettre son jeans. Celle-ci a attendu d'être certaine que l'appelant dormait sur le plancher avant de descendre à sa chambre. À aucun moment, la plaignante n'a consenti aux gestes de l'appelant.

La deuxième infraction a été commise en 1993, au moment où l'appelant était âgé de 36 ans. La plaignante était âgée de 14 ans et gardait les enfants de l'appelant. Elle était étendue sur le ventre et s'était endormie sur un divan-lit pendant qu'elle gardait les enfants. Elle a témoigné que, lorsqu'elle était allée se coucher, elle portait un tee-shirt, un sous-vêtement et s'était enroulée dans un sac de couchage. Quand elle s'est réveillée à 3 h 30, son sous-vêtement était descendu et le sac de couchage était enroulé autour de ses pieds. L'appelant était sur elle, lui frottait le dos sous son tee-shirt d'une main et lui frottait les fesses de l'autre main. Il a ensuite porté la main à son bas-ventre et lui a fait des attouchements au bassin et au vagin. L'appelant essayait de la retourner sur le ventre. Il ne lui a pas touché les seins. Elle a crié et s'est enfuie de la résidence.

L'appelant a plaidé coupable relativement aux deux infractions. Le juge qui a infligé la peine a conclu que ni l'une ni l'autre des agressions sexuelles n'était grave. Elle a infligé une peine de 12 mois de détention, suivie d'une période de probation de deux ans. La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public et a conclu qu'il s'agissait d'agressions sexuelles graves et a condamné l'appelant à une peine d'emprisonnement de cinq ans: (1995), 169 A.R. 170, 97 W.A.C. 170. L'appelant se pourvoit contre la décision de la Cour d'appel.

4

5

II. Relevant Statutory Provisions

6 *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46

271. (1) Every one who commits a sexual assault is guilty of

- (a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding ten years; or
- (b) an offence punishable on summary conviction.

272. Every one who, in committing a sexual assault,

. . .

(c) causes bodily harm to the complainant . . .

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.

III. Prior Judgments

A. *Provincial Court of Alberta*

7 Given the importance of the specific findings of the sentencing judge to the issues in the present appeal, I set out here the reasons of Burch Prov. Ct. J. pertaining to sentence in their entirety:

I have reviewed the facts as provided to me by the Crown today and confirmed by Mr. Tatarchuk and as heard by me at the preliminary inquiry with respect to the charges laid by [the first complainant]. I find that neither the assault on [the first complainant] nor on [the second complainant] were major sexual assaults as described in *Regina v. Sandercock*, or even as later refined since that case.

The assault in 1986 against [the first complainant] occurred on a 16-year-old girl who was placed in Mr. McDonnell's home by Social Services to help her resolve problems in her own home. She liked and trusted the McDonnells and had nowhere else to go.

The assault, while reprehensible, was an isolated one, and it was a situation of far more than fondling as the accused attempted penetration. However, in that case, there was no involvement of violence nor of threats. It did not involve oral sex nor anal intercourse, and there was only partial penetration. The event was spontaneous

II. Les dispositions législatives pertinentes

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

271. (1) Quiconque commet une agression sexuelle est coupable:

- a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans;
- b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

272. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans quiconque, en commettant une agression sexuelle, selon le cas:

. . .

c) inflige des lésions corporelles au plaignant . . .

III. Les jugements antérieurs

A. *Cour provinciale de l'Alberta*

Étant donné l'importance des conclusions particulières que le juge qui a infligé la peine a tirées relativement aux questions en litige dans le présent pourvoi, j'expose ici intégralement les motifs du juge Burch qui se rapportent à la peine:

[TRADUCTION] J'ai examiné les faits qui m'ont été présentés aujourd'hui par le ministère public et confirmés par M^e Tatarchuk, et que j'ai entendus à l'enquête préliminaire relativement aux accusations portées par [la première plaignante]. J'estime que ni l'agression de [la première plaignante] ni celle de [la deuxième plaignante] ne constituaient des agressions sexuelles graves au sens de l'arrêt *Regina c. Sandercock*, ou même précisées par la suite.

L'agression de [la première plaignante], en 1986, a été commise sur une jeune fille de 16 ans que les services sociaux avaient placée chez M. McDonnell afin de l'aider à résoudre les problèmes qu'elle connaissait chez elle. Elle aimait les McDonnell et avait confiance en eux et n'avait aucun autre endroit où aller.

L'agression, quoique répréhensible, était un acte isolé, et il s'agissait beaucoup plus que des caresses, car l'accusé a tenté de pénétrer la victime. Toutefois, dans ce cas-là, il n'y a eu ni violence ni menaces. Il n'y a eu ni sexe oral ni sodomie, et il y a seulement eu pénétration partielle. L'épisode a été spontané en raison de

due to Mr. McDonnell's drunkenness on the night in question. It was a traumatic experience for the victim, but she was already 16 years old and was having other problems which may have contributed to her subsequent state of mind.

She cared for the defendant and she cared for his wife, and thus she didn't report the incident, unfortunately so, or Mr. McDonnell might have subsequently quit drinking, thus avoiding the later repetition of the offence in circumstances of a similar nature.

In sentencing Mr. McDonnell regarding this first charge, I am cognizant of the decision in *R. v. R.P.T.* [(1983), 7 C.C.C. (3d) 109 (Alta. C.A.)], but this is not a case where simple rehabilitation will suffice. Mr. McDonnell needs to commit to never drinking again, thus satisfying the concern that he may never re-offend if he does so only when drinking, but there must be some element of denunciation and general deterrence in this matter as well.

Thus, as stated in *Regina v. R.P.T.* at page 114, the only solution, however imperfect, is to graft a rehabilitative sentence to a denunciatory sentence.

In sentencing Terry McDonnell, I take into account his strong family support, the strong community support, his remorse and his desire to quit drinking, but also the trauma suffered by the victim at a time when she was already troubled, and the fact that F.A.C.S. doesn't see counselling as being of any use to prevent re-offending, for Mr. McDonnell might simply re-offend if drunk again.

Lastly, I recognize that the time elapsed since the offence has relevance in relation to the relative effect of this on both the accused and the victim.

I believe that a fit sentence is 12 months in custody followed by two years probation.

Regarding the charges of assault against [the second complainant], the victim in this case has been traumatized, but the acts of the accused were very much in the 'less grave' category. Mr. McDonnell is a man of otherwise good character and is a strong member of his community. He has always maintained employment and supported his family. An additional lengthy consecutive custodial sentence to the custodial sentence imposed on the first charge would only seek to destroy the accused

l'état d'ébriété de M. McDonnell le soir en question. Ce fut une expérience traumatisante pour la victime, mais elle avait déjà 16 ans et avait d'autres problèmes qui ont pu contribuer à son état d'esprit subséquent.

Elle aimait bien le défendeur et son épouse et elle n'a donc pas signalé l'épisode, ce qui était malheureux car M. McDonnell aurait pu cesser de boire par la suite et éviter la répétition de l'infraction dans des circonstances similaires.

En déterminant la peine de M. McDonnell relativement à cette première accusation, je suis consciente de l'arrêt *R. c. R.P.T.* [(1983), 7 C.C.C. (3d) 109 (C.A. Alb.)], mais ce n'est pas un cas où une simple réhabilitation suffira. Monsieur McDonnell doit s'engager à ne plus jamais boire, et dissiper ainsi toute crainte de récidive de sa part s'il agit ainsi seulement lorsqu'il boit, mais il doit aussi y avoir un élément d'exemplarité et de dissuasion générale dans ce cas.

Donc, comme on l'affirme dans *Regina c. R.P.T.*, à la page 114, la seule solution, bien qu'imparfaite, consiste à greffer une peine visant la réhabilitation à une peine exemplaire.

Pour déterminer la peine de Terry McDonnell, je tiens compte de l'appui solide dont il jouit de la part de sa famille, de ses remords et de sa volonté de cesser de boire, mais également du traumatisme subi par la victime à une époque où elle était déjà troublée et du fait que le F.A.C.S. ne considère pas le counselling comme étant de quelque utilité pour empêcher la récidive, car M. McDonnell pourrait tout simplement récidiver s'il se retrouvait en état d'ébriété.

Enfin, je reconnais que le laps de temps écoulé depuis la perpétration de l'infraction est pertinent en ce qui concerne son effet relatif sur l'accusé et la victime.

J'estime qu'il convient d'infliger une peine de 12 mois de détention, suivie d'une période de probation de deux ans.

Quant aux accusations d'agression de [la deuxième plaignante], la victime a été traumatisée dans ce cas, mais les actes de l'accusé entraînent fort aisément dans la catégorie des «moins graves». Monsieur McDonnell est un homme de bonne moralité par ailleurs et est un membre actif de sa collectivité. Il a toujours travaillé et subvenu aux besoins de sa famille. Une longue peine supplémentaire de détention consécutive à la peine de détention infligée relativement à la première accusation

and his family and is not necessary to deter others from committing such an offence.

I will thus sentence him to six months in gaol concurrent to the first sentence, plus probation for the same period of time.

B. *Court of Appeal for Alberta* (The Court)

8 The Court of Appeal held that the sentencing judge erred in concluding that the first assault was not a major sexual assault. *R. v. Sandercock* (1985), 22 C.C.C. (3d) 79 (Alta. C.A.), held (at p. 84) that the key to a major sexual assault is the “evident blameworthiness of the offender”, as reflected in the extent to which the offender’s actions demonstrated “contemptuous disregard for the feelings and personal integrity of the victim”. In the present case, the court held that the appellant breached the trust reposed in him as a foster parent and did so in a manner which involved a serious violation of the complainant’s sexual and personal integrity and demonstrated a complete lack of concern for the feelings of the young girl. There was partial penile penetration of the vagina.

9 With respect to the defence argument that the Crown had failed to prove the psychological harm aspect of a major sexual assault, the court stated (at p. 173):

The first point we wish to make is that we cannot envision a situation where nonconsensual intercourse — vaginal, anal or oral — would not fall into the major sexual assault category. These acts, by their very nature, constitute the ultimate violation of a woman’s sexual integrity. And where one is dealing with assaults falling into the major category because of their very nature — and here we include rape, attempted rape, fellatio, cunnilingus, and buggery — the violence, force and intensity of the act are a given: *R. v. McCraw* . . . In addition, in each case, there also exists a very real likelihood of psychological harm. Therefore, what must be understood is that it is not necessary that the Crown prove the existence of this kind of harm as a condition precedent to the courts classifying a sexual assault as a major one. Psychological harm is presumed in the absence of

ne viserait qu’à détruire l’accusé et sa famille et n’est pas nécessaire pour dissuader autrui de commettre une telle infraction.

Je vais donc le condamner à une peine de six mois d’emprisonnement à purger concurremment avec la première peine, en plus d’une période de probation de même durée.

B. *Cour d’appel de l’Alberta* (la cour)

La Cour d’appel a statué que le juge qui a infligé la peine a commis une erreur en concluant que la première agression ne constituait pas une agression sexuelle grave. Dans *R. c. Sandercock* (1985), 22 C.C.C. (3d) 79 (C.A. Alb.), on a jugé, à la p. 84, que l’élément essentiel d’une agression sexuelle grave est la [TRADUCTION] «culpabilité évidente du contrevenant», que traduit la mesure dans laquelle ses actes révélaient un [TRADUCTION] «mépris des sentiments et de l’intégrité personnelle de la victime». En l’espèce, la cour a statué que l’appelant a abusé de la confiance dont il jouissait en tant que parent de famille d’accueil, et ce, d’une manière qui comportait une atteinte grave à l’intégrité sexuelle et personnelle de la plaignante et qui révélait une insouciance totale à l’égard des sentiments de la jeune fille. Il y a eu pénétration partielle du pénis dans le vagin.

En ce qui concerne l’argument de la défense selon lequel le ministère public n’a pas prouvé l’existence du préjudice psychologique qui résulte d’une agression sexuelle grave, la cour affirme (à la p. 173):

[TRADUCTION] Nous voulons d’abord souligner que nous ne pouvons pas envisager une situation où des rapports sexuels non consentus — vaginaux, anaux ou oraux — ne tomberaient pas dans la catégorie des agressions sexuelles graves. Ces actes, de par leur nature même, constituent l’atteinte la plus grave à l’intégrité sexuelle d’une femme. Et lorsqu’il est question d’agressions qui tombent dans la catégorie des agressions graves en raison de leur nature même — et nous entendons notamment ici le viol, la tentative de viol, la fellation, le cunnilingus et la sodomie — la violence, la force et l’intensité de l’acte sont des éléments acquis: *R. c. McCraw* [. . .] De plus, dans chaque cas, il existe également un risque très réel de préjudice psychologique. Par conséquent, ce qu’il faut comprendre, c’est qu’il n’est pas nécessaire que le ministère public prouve l’existence

evidence to the contrary. That is what this court said in *Sandercock*.

The court elaborated (at pp. 174-75):

To put the matter another way, the offender is being sentenced on the basis of a major sexual assault, not because any specific psychological consequences have flowed from the attack but rather because of the nature of the attack and the fact that it poses the very real likelihood of long-term emotional or psychological harm. The fact that no such harm may materialize, a fact one could not possibly know until the victim's life had been lived in its entirety, is not a mitigating factor. However, that said, this does not mean that the consequences of the sexual assault are irrelevant. The degree of seriousness of the actions may be measured against the likely long-term consequences of the prohibited act. In other words, where the psychological harm has been severe, that may well be an aggravating factor. Of course, where harm beyond that which would be normally presumed is claimed in a case, the Crown must lead evidence to substantiate it.

For these reasons, therefore, to bring into question what is presumed to be the psychological harm flowing from a major sexual assault, it is not enough that the defence simply denies that it exists. Bringing the presumed harm into question in this context means pointing to cogent evidence to the contrary. No such evidence existed in this case. [Emphasis in original.]

The court rejected the argument that the first victim did not suffer trauma because she already had other problems as both incorrect at law and perverse; her problems made her even more vulnerable. In any event, the victim testified at trial that the assault caused her psychological harm and the victim impact statement, which was before the sentencing judge by consent, also indicated such harm.

The court also held that the second sexual assault was serious, not minor. Given the nature of the attack, psychological harm is rightly presumed.

de ce genre de préjudice pour que la cour puisse qualifier de grave une agression sexuelle. L'existence d'un préjudice psychologique est présumée en l'absence de preuve contraire. C'est ce que notre cour a dit dans l'arrêt *Sandercock*.

La cour ajoute (aux pp. 174 et 175):

[TRADUCTION] Autrement dit, le contrevenant se voit infliger une peine fondée sur l'existence d'une agression sexuelle grave, non pas parce que des conséquences psychologiques particulières ont résulté de l'attaque, mais plutôt à cause de sa nature et du fait qu'elle engendre un risque très réel de préjudice émotionnel ou psychologique à long terme. Le fait qu'aucun préjudice de ce genre ne puisse se concrétiser, fait qu'on ne pourrait peut-être pas connaître tant que la vie de la victime ne se sera pas déroulée au complet, n'est pas un facteur atténuant. Cependant, ceci dit, cela ne signifie pas que les conséquences d'une agression sexuelle ne sont pas pertinentes. La gravité des actes accomplis peut être évaluée en fonction des conséquences probables à long terme de l'acte prohibé. Autrement dit, lorsque le préjudice psychologique est grave, cela peut bien constituer un facteur aggravant. Naturellement, lorsqu'on évoque un préjudice dépassant ce qui serait normalement présumé dans une affaire donnée, le ministère public doit présenter des éléments de preuve à l'appui.

C'est pourquoi, pour mettre en question ce qui est présumé être le préjudice psychologique résultant d'une agression grave, il ne suffit donc pas que la défense en nie simplement l'existence. Mettre en question l'existence présumée d'un préjudice dans ce contexte signifie attirer l'attention sur une forte preuve contraire. Une telle preuve n'existait pas en l'espèce. [Souligné dans l'original.]

La cour a rejeté comme étant à la fois malencontreux et inexact en droit l'argument selon lequel la première victime n'a subi aucun traumatisme parce qu'elle avait déjà d'autres problèmes; ses problèmes la rendaient encore plus vulnérable. De toute façon, la victime a témoigné au procès que l'agression lui avait causé un préjudice psychologique, et l'énoncé des répercussions sur la victime, qui a été soumis au juge avec le consentement de toutes les parties, indiquait aussi l'existence d'un tel préjudice.

La cour a également statué que la deuxième agression était grave, et non pas mineure. Étant donné la nature de l'attaque, l'existence d'un

The sentencing judge found that the victim was traumatized, although the judge acknowledged that the assault was in the "less grave" category.

préjudice psychologique est présumée à bon droit. Tout en reconnaissant que l'agression tombait dans la catégorie des «moins graves», le juge qui a infligé la peine a conclu que la victime était traumatisée.

12 The court held that the gap in time between the two incidents was not a mitigating factor, nor was this a case where concurrent sentences were appropriate.

La cour a statué que le laps de temps écoulé entre les deux épisodes n'était pas un facteur atténuant et qu'il ne convenait pas, en l'espèce, d'infliger des peines concurrentes.

13 The court held that it was satisfied that a fit and proper sentence was four years for the first sexual assault and, considering the global effect of the sentences, one year consecutive for the second assault. The court recommended consideration for early parole.

La cour a jugé qu'elle était convaincue qu'il convenait d'infliger une peine de quatre ans en ce qui concernait la première agression sexuelle et, vu l'effet global des peines, une peine consécutive d'une année relativement à la deuxième agression. La cour a recommandé d'examiner la possibilité d'accorder une libération conditionnelle anticipée.

IV. Analysis

IV. Analyse

A. *Deference to Sentencing Decisions*

A. *La retenue à l'égard des décisions en matière de peine*

14 This appeal concerns the sentencing of the appellant who had pleaded guilty to two counts of sexual assault *simpliciter*. The sentencing judge held that an appropriate sentence for the offence that occurred in 1986 was 12 months in custody with two years' probation, while the second offence brought a sentence of six months in jail, concurrent with the one-year sentence, plus probation for the same period. The Court of Appeal raised the custodial sentences for each offence to four years and one year respectively, the second sentence to be served consecutively. To assess the validity of the Court of Appeal's judgment, it is first necessary to establish the standard of appellate review of sentencing decisions.

Le présent pourvoi concerne la détermination de la peine de l'appelant qui avait plaidé coupable relativement à deux chefs d'agression sexuelle simple. Le juge qui a infligé la peine a conclu qu'il convenait d'imposer une peine de 12 mois de détention, suivie d'une période de probation de deux ans relativement à l'infraction survenue en 1986, tandis que la deuxième infraction a entraîné une peine de six mois d'emprisonnement, concurrente à la peine d'un an, en plus d'une période de probation de même durée. La Cour d'appel a augmenté à quatre ans et à un an, respectivement, les peines de détention relatives à chaque infraction, la deuxième peine devant être purgée consécutivement. Pour évaluer la validité de l'arrêt de la Cour d'appel, il faut d'abord établir la norme de contrôle en appel des décisions en matière de peine.

15 Two recent cases, *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, and *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, set out the applicable standard of review of sentencing decisions. Iacobucci J., writing for the Court, stated in *Shropshire* at paras. 45-50:

Deux arrêts récents, *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, et *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, énoncent la norme de contrôle applicable aux décisions en matière de peine. Le juge Iacobucci affirme, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Shropshire*, aux par. 45 à 50:

Section 687(1) reads as follows:

[Le paragraphe] 687(1) [. . .] est ainsi conçu:

687. (1) Where an appeal is taken against sentence, the court of appeal shall, unless the sentence is one fixed by law, consider the fitness of the sentence appealed against, and may on such evidence, if any, as it thinks fit to require or to receive,

(a) vary the sentence within the limits prescribed by law for the offence of which the accused was convicted; or

(b) dismiss the appeal.

The question, then, is whether a consideration of the “fitness” of a sentence incorporates the very interventionist appellate review propounded by Lambert J.A. With respect, I find that it does not. An appellate court should not be given free reign to modify a sentencing order simply because it feels that a different order ought to have been made. The formulation of a sentencing order is a profoundly subjective process; the trial judge has the advantage of having seen and heard all of the witnesses whereas the appellate court can only base itself upon a written record. A variation in the sentence should only be made if the court of appeal is convinced it is not fit. That is to say, that it has found the sentence to be clearly unreasonable.

I would adopt the approach taken by the Nova Scotia Court of Appeal in the cases of *R. v. Pepin* (1990), 98 N.S.R. (2d) 238, and *R. v. Muise* (1994), 94 C.C.C. (3d) 119. In *Pepin*, at p. 251, it was held that:

... in considering whether a sentence should be altered, the test is not whether we would have imposed a different sentence; we must determine if the sentencing judge applied wrong principles or (if) the sentence is clearly or manifestly excessive.

Further, in *Muise* it was held at pp. 123-24 that:

In considering the fitness of a sentence imposed by a trial judge, this court has consistently held that it will not interfere unless the sentence imposed is clearly excessive or inadequate

The law on sentence appeals is not complex. If a sentence imposed is not clearly excessive or inadequate it is a fit sentence assuming the trial judge

687. (1) S’il est interjeté appel d’une sentence, la cour d’appel considère, à moins que la sentence n’en soit une que détermine la loi, la justesse de la sentence dont appel est interjeté et peut, d’après la preuve, le cas échéant, qu’elle croit utile d’exiger ou de recevoir:

a) soit modifier la sentence dans les limites prescrites par la loi pour l’infraction dont l’accusé a été déclaré coupable;

b) soit rejeter l’appel.

Il s’agit donc de savoir si l’examen de la «justesse» d’une peine comporte le contrôle très interventionniste de la cour d’appel, que préconise le juge Lambert. En toute déférence, je conclus que non. Une cour d’appel ne devrait pas avoir toute latitude pour modifier une ordonnance relative à la détermination de la peine simplement parce qu’elle estime qu’une ordonnance différente aurait dû être rendue. La formulation d’une ordonnance relative à la détermination de la peine est un processus profondément subjectif; le juge du procès a l’avantage d’avoir vu et entendu tous les témoins, tandis que la cour d’appel ne peut se fonder que sur un compte rendu écrit. Il n’y a lieu de modifier la peine que si la cour d’appel est convaincue qu’elle n’est pas indiquée, c’est-à-dire si elle conclut que la peine est nettement déraisonnable.

Je ferais mien le point de vue adopté par la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse dans les arrêts *R. c. Pepin* (1990), 98 N.S.R. (2d) 238, et *R. c. Muise* (1994), 94 C.C.C. (3d) 119. Dans l’arrêt *Pepin*, à la p. 251, la cour conclut:

[TRADUCTION] . . . pour décider s’il y a lieu de modifier une peine, il ne s’agit pas de savoir si nous aurions infligé une peine différente; nous devons décider si le juge qui a prononcé la peine a appliqué des principes erronés ou [. . .] (si) [. . .] la peine est nettement ou manifestement excessive.

En outre, dans l’arrêt *Muise*, la cour tire la conclusion suivante, aux pp. 123 et 124:

[TRADUCTION] Chaque fois que notre cour a été appelée à examiner la justesse d’une peine infligée par un juge du procès, elle a constamment décidé de ne pas intervenir, sauf si la peine était nettement excessive ou inadéquate

La règle de droit applicable aux appels interjetés contre une peine n’est pas complexe. Si la peine infligée n’est pas clairement excessive ou inadéquate, elle

applied the correct principles and considered all relevant facts . . . My view is premised on the reality that sentencing is not an exact science; it is anything but. It is the exercise of judgment taking into consideration relevant legal principles, the circumstances of the offence and the offender. The most that can be expected of a sentencing judge is to arrive at a sentence that is within an acceptable range. In my opinion, that is the true basis upon which Courts of Appeal review sentences when the only issue is whether the sentence is inadequate or excessive.

est indiquée à supposer que le juge du procès ait appliqué les bons principes et tenu compte de tous les faits pertinents. [. . .] Mon point de vue repose sur le fait que la détermination de la peine n'est pas une science exacte, tout au contraire. C'est un exercice de jugement qui tient compte des principes juridiques pertinents, des circonstances de l'infraction et du contrevenant. Tout au plus peut-on s'attendre à ce que le juge qui prononce la peine en arrivera à une peine qui respectera des limites acceptables. À mon sens, c'est la vraie raison pour laquelle des cours d'appel examinent des peines quand il s'agit seulement de savoir si la peine est inadéquate ou excessive.

Unreasonableness in the sentencing process involves the sentencing order falling outside the "acceptable range" of orders; this clearly does not arise in the present appeal. An error of law involves a situation such as that found in *R. v. Chaisson*, [1995] 2 S.C.R. 1118, in which a sentencing judge, while calculating the total time period of incarceration for the purposes of a "half-time" parole ineligibility order under s. 741.2 of the *Code*, erroneously included two offences in the calculations notwithstanding the fact that these specific offences were not listed in the schedule of offences to which the s. 741.2 orders apply. [Emphasis in original.]

Pour être considérée comme déraisonnable, l'ordonnance relative à la détermination de la peine doit tomber en dehors des «limites acceptables», ce qui n'est clairement pas le cas en l'espèce. Une erreur de droit suppose une situation comme celle en cause dans l'affaire *R. c. Chaisson*, [1995] 2 R.C.S. 1118, où le juge qui a prononcé la peine a, en rendant, en vertu de l'art. 741.2 du *Code*, une ordonnance enjoignant de purger la moitié de la peine avant de pouvoir bénéficier de la libération conditionnelle, inclus par erreur dans le calcul de la durée totale de l'incarcération deux infractions qui n'étaient pas énumérées dans la liste des infractions auxquelles s'appliquent les ordonnances fondées sur l'art. 741.2. [Souligné dans l'original.]

16

The deferential approach set out in *Shropshire* was confirmed and refined in *M. (C.A.)*. In that case, Lamer C.J., on behalf of the Court, stated at paras. 90-92:

La méthode fondée sur la retenue, énoncée dans l'arrêt *Shropshire*, a été confirmée et précisée dans l'arrêt *M. (C.A.)*, où le juge en chef Lamer affirme, au nom de la Cour, aux par. 90 à 92:

Put simply, absent an error in principle, failure to consider a relevant factor, or an overemphasis of the appropriate factors, a court of appeal should only intervene to vary a sentence imposed at trial if the sentence is demonstrably unfit. Parliament explicitly vested sentencing judges with a discretion to determine the appropriate degree and kind of punishment under the *Criminal Code*. As s. 717(1) reads:

Plus simplement, sauf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance trop grande sur les facteurs appropriés, une cour d'appel ne devrait intervenir pour modifier la peine infligée au procès que si elle n'est manifestement pas indiquée. Le législateur fédéral a conféré expressément aux juges chargés de prononcer les peines le pouvoir discrétionnaire de déterminer le genre de peine qui doit être infligée en vertu du *Code criminel* et l'importance de celle-ci. Comme le prévoit le par. 717(1):

717. (1) Where an enactment prescribes different degrees or kinds of punishment in respect of an offence, the punishment to be imposed is, subject to the limitations prescribed in the enactment, in the discretion of the court that convicts the person who commits the offence.

717. (1) Lorsqu'une disposition prescrit différents degrés ou genres de peine à l'égard d'une infraction, la punition à imposer est, sous réserve des restrictions contenues dans la disposition, à la discretion du tribunal qui condamne l'auteur de l'infraction.

This deferential standard of review has profound functional justifications. As Iacobucci J. explained in *Shropshire*, at para. 46, where the sentencing judge has had the benefit of presiding over the trial of the offender, he or she will have had the comparative advantage of having seen and heard the witnesses to the crime. But in the absence of a full trial, where the offender has pleaded guilty to an offence and the sentencing judge has only enjoyed the benefit of oral and written sentencing submissions (as was the case in both *Shropshire* and this instance), the argument in favour of deference remains compelling. A sentencing judge still enjoys a position of advantage over an appellate judge in being able to directly assess the sentencing submissions of both the Crown and the offender. A sentencing judge also possesses the unique qualifications of experience and judgment from having served on the front lines of our criminal justice system. Perhaps most importantly, the sentencing judge will normally preside near or within the community which has suffered the consequences of the offender's crime. As such, the sentencing judge will have a strong sense of the particular blend of sentencing goals that will be "just and appropriate" for the protection of that community. The determination of a just and appropriate sentence is a delicate art which attempts to balance carefully the societal goals of sentencing against the moral blameworthiness of the offender and the circumstances of the offence, while at all times taking into account the needs and current conditions of and in the community. The discretion of a sentencing judge should thus not be interfered with lightly.

Appellate courts, of course, serve an important function in reviewing and minimizing the disparity of sentences imposed by sentencing judges for similar offenders and similar offences committed throughout Canada But in exercising this role, courts of appeal must still exercise a margin of deference before intervening in the specialized discretion that Parliament has explicitly vested in sentencing judges. It has been repeatedly stressed that there is no such thing as a uniform sentence for a particular crime Sentencing is an inherently individualized process, and the search for a single appropriate sentence for a similar offender and a similar crime will frequently be a fruitless exercise of academic abstraction. As well, sentences for a particular offence should be expected to vary to some degree across various communities and regions in this country,

Cette norme de contrôle, qui appelle à la retenue, a de profondes justifications fonctionnelles. Comme l'a expliqué le juge Iacobucci, au par. 46 de l'arrêt *Shropshire*, lorsque le juge qui inflige la peine a eu l'avantage de présider le procès du délinquant, il a alors profité de l'avantage comparatif d'avoir vu et entendu les témoins du crime. Toutefois, lorsqu'il n'y a pas procès complet, dans les cas où le contrevenant a plaidé coupable à une infraction et où le juge chargé de la détermination de la peine n'a bénéficié que d'observations orales et écrites sur cette question (comme ce fut le cas dans l'arrêt *Shropshire* et en l'espèce), les arguments appelant à la retenue restent convaincants. Le juge qui inflige la peine jouit d'un autre avantage par rapport au juge d'appel en ce qu'il peut apprécier directement les observations présentées par le ministère public et le contrevenant relativement à la détermination de la peine. Du fait qu'il sert en première ligne de notre système de justice pénale, il possède également une qualification unique sur le plan de l'expérience et de l'appréciation. Fait peut-être le plus important, le juge qui impose la peine exerce normalement sa charge dans la communauté qui a subi les conséquences du crime du délinquant ou à proximité de celle-ci. De ce fait, il sera à même de bien évaluer la combinaison particulière d'objectifs de détermination de la peine qui sera «juste et appropriée» pour assurer la protection de cette communauté. La détermination d'une peine juste et appropriée est un art délicat, où l'on tente de doser soigneusement les divers objectifs sociétaux de la détermination de la peine, eu égard à la culpabilité morale du délinquant et aux circonstances de l'infraction, tout en ne perdant jamais de vue les besoins de la communauté et les conditions qui y règnent. Il ne faut pas intervenir à la légère dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge chargé de la détermination de la peine.

Il va de soi que les cours d'appel jouent un rôle important en contrôlant et en réduisant au minimum la disparité entre les peines infligées à des contrevenants similaires, pour des infractions similaires commises dans les diverses régions du Canada. [. . .] Toutefois, dans l'exercice de ce rôle, les cours d'appel doivent néanmoins faire montre d'une certaine retenue avant d'intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire spécialisé que le législateur fédéral a expressément accordé aux juges chargés de déterminer les peines. On a à maintes reprises souligné qu'il n'existe pas de peine uniforme pour un crime donné. [. . .] La détermination de la peine est un processus intrinsèquement individualisé, et la recherche d'une peine appropriée applicable à tous les délinquants similaires, pour des crimes similaires, sera souvent un exercice stérile et théorique. De

as the “just and appropriate” mix of accepted sentencing goals will depend on the needs and current conditions of and in the particular community where the crime occurred. For these reasons, consistent with the general standard of review we articulated in *Shropshire*, I believe that a court of appeal should only intervene to minimize the disparity of sentences where the sentence imposed by the trial judge is in substantial and marked departure from the sentences customarily imposed for similar offenders committing similar crimes. [Emphasis in original.]

même, il faut s’attendre que les peines infligées pour une infraction donnée varient jusqu’à un certain point dans les différentes communautés et régions du pays, car la combinaison «juste et appropriée» des divers objectifs reconnus de la détermination de la peine dépendra des besoins de la communauté où le crime est survenu et des conditions qui y règnent. Pour ces motifs, conformément à la norme générale de contrôle que nous avons formulée dans *Shropshire*, je crois qu’une cour d’appel ne devrait intervenir afin de réduire au minimum la disparité entre les peines que dans les cas où la peine infligée par le juge du procès s’écarte de façon marquée et substantielle des peines qui sont habituellement infligées à des délinquants similaires ayant commis des crimes similaires. [Souligné dans l’original.]

17

I have included extensive references to these cases because in my view they are highly significant to the case at bar. *M. (C.A.)* set out that, in the absence of an error of principle, failure to consider a relevant factor, or overemphasis of the appropriate factors, a sentence should only be overturned if the sentence is demonstrably unfit. The respondent submitted that the sentencing judge in the present case failed to consider relevant factors and that the sentence was demonstrably unfit. Moreover, both the respondent and the Court of Appeal appear to have treated the failure of the sentencing judge to characterize the offence as a major sexual assault as an error in principle. I will discuss these contentions in turn.

J’ai cité longuement ces arrêts parce que, à mon avis, ils sont très importants pour la présente affaire. L’arrêt *M. (C.A.)* établit que, sauf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance trop grande sur les facteurs appropriés, une peine ne devrait être écartée que si elle n’est manifestement pas indiquée. L’intimée a soutenu que le juge qui a infligé la peine en l’espèce n’a pas pris en considération des facteurs pertinents et que la peine n’était manifestement pas indiquée. En outre, tant l’intimée que la Cour d’appel paraissent avoir considéré que l’omission du juge qui a infligé la peine de qualifier l’infraction d’agression sexuelle grave constituait une erreur de principe. J’examinerai ces prétentions à tour de rôle.

B. *Relevant Factors and Demonstrable Unfitness*

B. *Les facteurs pertinents et le caractère manifestement non indiqué*

18

Sandercock, supra, established in Alberta the notion of a “major sexual assault”, which carried with it a presumptive sentence (“starting point”) of three years. *Sandercock* stated at p. 84 that the key to a major sexual assault is the “evident blameworthiness of the offender” as reflected in the extent to which the offender’s actions demonstrated a “contemptuous disregard for the feelings and personal integrity of the victim”. The Court of Appeal held in the present case that the sentencing judge erred in failing to find that the first offence amounted to a major sexual assault.

L’arrêt *Sandercock*, précité, a établi en Alberta la notion d’«agression sexuelle grave», assortie d’une peine de base («point de départ») de trois ans. Dans l’arrêt *Sandercock*, à la p. 84, on a affirmé que l’élément essentiel d’une agression sexuelle grave est la [TRADUCTION] «culpabilité évidente du contrevenant», que traduit la mesure dans laquelle ses actes révélaient un [TRADUCTION] «mépris des sentiments et de l’intégrité personnelle de la victime». La Cour d’appel a statué en l’espèce que le juge qui a infligé la peine a commis une erreur en ne concluant pas que la première infraction constituait une agression sexuelle grave.

In concluding that the sentencing judge had mischaracterized the nature of the assault which was the subject of the first offence, the Court of Appeal relied on several factors. First, the court stated (at p. 173):

One salient fact cannot be overlooked. This was not, despite the defence suggestion, a case of “fondling”. It was a case of penile penetration of the vagina. The fact that McDonnell only succeeded in partially penetrating the complainant’s vagina with his penis because of the complainant’s efforts to resist him does not make this any less a major sexual assault. Partial penetration will suffice. Accordingly, this assault falls squarely within what is described in *Sandercock* as one of the archetypical cases of major sexual assault.

Second, the court did not accept the submission of the defence, which the court stated (at p. 173) the “trial judge appears to have implicitly accepted”, that the first offence could not constitute major sexual assault because of the absence of psychological harm. The court held that non-consensual intercourse leads to a very high likelihood of trauma, which likelihood is one of the indicia of a major sexual assault according to *Sandercock*. In any event, the court concluded based on *viva voce* evidence and the victim impact statement that the complainant in the first case did suffer psychological harm. On the basis of these factors, the court concluded that the first offence was a major sexual assault and that the sentence ordered by the sentencing judge was insufficient.

In my view, the Court of Appeal fails to point to a relevant factor not considered by the sentencing judge that would give rise to appellate review of the sentence. The first factor emphasized by the Court of Appeal, partial penetration, was explicitly cited by the sentencing judge. She stated:

The assault, while reprehensible, was an isolated one, and it was a situation of far more than fondling as the accused attempted penetration. However, in that case, there was no involvement of violence nor of threats. It

En concluant que le juge qui a infligé la peine a mal qualifié la nature de l’agression constituant la première infraction, la Cour d’appel s’est appuyée sur plusieurs facteurs. Premièrement, elle a déclaré (à la p. 173):

[TRADUCTION] On ne saurait fermer les yeux sur un fait saillant. Il ne s’agissait pas, malgré ce que la défense a laissé entendre, d’un cas de «caresses». Il s’agissait de pénétration du pénis dans le vagin. Le fait que McDonnell n’ait réussi qu’à introduire partiellement son pénis dans le vagin de la plaignante parce que celle-ci lui résistait ne constitue pas moins une agression sexuelle grave. Une pénétration partielle suffit. Par conséquent, cette agression correspond parfaitement à ce qui est décrit dans l’arrêt *Sandercock* comme un cas typique d’agression sexuelle grave.

Deuxièmement, la cour n’a pas retenu l’argument de la défense que, d’après la cour (à la p. 173), le [TRADUCTION] «juge du procès paraît avoir retenu implicitement», selon lequel la première infraction ne pouvait pas constituer une agression sexuelle grave en raison de l’absence de préjudice psychologique. La cour a statué que les rapports sexuels sans consentement comportent un risque très élevé de traumatisme, lequel risque est un indice d’agression sexuelle grave d’après l’arrêt *Sandercock*. De toute façon, la cour a conclu, à partir de témoignages de vive voix et de l’énoncé des répercussions sur la victime, que la plaignante dans la première affaire avait effectivement subi un préjudice psychologique. Compte tenu de ces facteurs, la cour a décidé que la première infraction était une agression sexuelle grave et que la peine infligée par le juge du procès n’était pas suffisante.

À mon avis, la Cour d’appel n’attire pas l’attention sur un facteur pertinent que le juge qui a infligé la peine n’a pas pris en considération et qui donnerait lieu au contrôle en appel de la peine. Le premier facteur souligné par la Cour d’appel, la pénétration partielle, a été mentionné expressément par le juge qui a infligé la peine. Cette dernière a dit:

[TRADUCTION] L’agression, quoique répréhensible, était un acte isolé, et il s’agissait beaucoup plus que des caresses, car l’accusé a tenté de pénétrer la victime. Toutefois, dans ce cas-là, il n’y a eu ni violence ni menaces.

did not involve oral sex nor anal intercourse, and there was only partial penetration. [Emphasis added.]

Clearly, the sentencing judge did consider penetration as a factor in reaching a sentence. Thus, consideration of this factor fails to give grounds to alter the sentence.

21 The second factor alluded to by the Court of Appeal, psychological trauma, was also considered by the sentencing judge. The judge stated:

It was a traumatic experience for the victim, but she was already 16 years old and was having other problems which may have contributed to her subsequent state of mind.

The judge later stated:

In sentencing Terry McDonnell, I take into account his strong family support, the strong community support, his remorse and his desire to quit drinking, but also the trauma suffered by the victim at a time when she was already troubled, and the fact that F.A.C.S. doesn't see counselling as being of any use to prevent re-offending, for Mr. McDonnell might simply re-offend if drunk again.

It is clear, in my view, that the sentencing judge did not fail to consider the trauma to the complainant in the first assault.

22 Finally, the Court of Appeal stated (at p. 175) that it was "perverse" for the sentencing judge to treat the other personal problems the first complainant had been having around the time of the assault as a mitigating factor. I disagree with this characterization of the sentencing judge's views in the matter. It appears to me that in the first statement above the sentencing judge noted the problems the complainant had been having as a partial explanation of her personal problems after the assault; that is, not all her problems after the assault were attributable to the assault. The second statement by the sentencing judge indicates that while there were mitigating factors, the complainant's personal problems actually made the assault more serious. The Court of Appeal did not inter-

Il n'y a eu ni sexe oral ni sodomie, et il y a seulement eu pénétration partielle. [Je souligne.]

Manifestement, le juge qui a infligé la peine a effectivement considéré que la pénétration entrait en ligne de compte au moment de fixer une peine. Donc, la prise en considération de ce facteur ne justifie aucunement de modifier la peine.

Le deuxième facteur auquel la Cour d'appel a fait allusion, soit le traumatisme psychologique, a aussi été pris en considération par le juge qui a infligé la peine. Le juge a affirmé:

[TRADUCTION] Ce fut une expérience traumatisante pour la victime, mais elle avait déjà 16 ans et avait d'autres problèmes qui ont pu contribuer à son état d'esprit subséquent.

Le juge a ajouté:

[TRADUCTION] Pour déterminer la peine de Terry McDonnell, je tiens compte de l'appui solide dont il jouit de la part de sa famille, de ses remords et de sa volonté de cesser de boire, mais également du traumatisme subi par la victime à une époque où elle était déjà troublée et du fait que le F.A.C.S. ne considère pas le counselling comme étant de quelque utilité pour empêcher la récidive, car M. McDonnell pourrait tout simplement récidiver s'il se retrouvait en état d'ébriété.

Il est clair, à mon avis, que le juge qui a infligé la peine n'a pas omis de prendre en considération le traumatisme causé à la plaignante lors de la première agression.

Enfin, la Cour d'appel a dit (à la p. 175) qu'il était [TRADUCTION] «malencontreux» que le juge qui a infligé la peine ait considéré comme un facteur atténuant les autres problèmes personnels que la première plaignante avait à l'époque de l'agression. Je ne suis pas d'accord avec cette qualification de l'opinion que le juge qui a infligé la peine avait sur la question. Dans la première déclaration susmentionnée, le juge qui a infligé la peine me paraît avoir noté les problèmes que la plaignante avait pour expliquer en partie les problèmes personnels qu'elle avait eus après l'agression; c'est-à-dire que ses problèmes personnels après l'agression n'étaient pas tous attribuables à l'agression. La deuxième déclaration du juge qui a infligé la peine indique que, malgré l'existence de facteurs

pret the judge correctly, in my view, in reaching its conclusion that the sentencing judge had misused the evidence of the problems that the first complainant had been having.

The respondent's submission that the judge failed to consider relevant factors in my view cannot succeed with respect to the first offence. The respondent also submits that the sentence imposed was demonstrably unfit. The sentence originally imposed for the first offence was one year, whereas the Court of Appeal imposed a four-year sentence. The "starting point" as set out in *Sandercock* for a major sexual assault was three years. These differences in themselves provide me no basis to conclude that the judge's sentence originally passed was demonstrably unfit.

Sandercock does not purport to create a rigid tariff. At pp. 82-83 the Alberta Court of Appeal stated:

... the [sentencing] guidance offered should not be too rigid. A fixed guideline, or tariff (or, indeed, even an "approved range"), fails to take into account the immense variety of circumstances which can be found in different cases involving a conviction for the same offence. Even putting aside the offender's circumstances, those who advocate some form of fixed sentences fail to appreciate that the definitions of the crimes in the *Criminal Code* contain only certain key elements required for guilt The manifest object of the *Criminal Code* is that the sentencing process will adjust for the other important factors, whether aggravating or mitigating. This is why the sentencing judge is given a wide scope of terms of possible sentences. [Emphasis added.]

Indeed, for reasons which follow, I conclude that it would be inappropriate to do so. Faithful to this instruction, the sentencing judge took into account all relevant mitigating and aggravating circumstances and arrived at what she considered was an appropriate sentence. Accordingly, the sentence's departure from the Court of Appeal's view of the

atténuants, les problèmes personnels de la plaignante ont vraiment eu pour effet d'aggraver l'agression. À mon avis, la Cour d'appel n'a pas interprété correctement les propos du juge qui a infligé la peine, lorsqu'elle a conclu que le juge avait mal utilisé la preuve des problèmes de la première plaignante.

L'argument de l'intimée voulant que le juge n'ait pas pris en considération des facteurs pertinents ne saurait, à mon avis, être retenu en ce qui concerne la première infraction. L'intimée soutient également que la peine infligée n'était manifestement pas indiquée. La peine infligée initialement pour la première infraction était d'un an, alors que la Cour d'appel a infligé une peine de quatre ans. Le «point de départ» établi dans l'arrêt *Sandercock* pour une agression sexuelle grave était de trois ans. Ces différences en soi ne me permettent pas de conclure que la peine infligée initialement par le juge n'était manifestement pas indiquée.

L'arrêt *Sandercock* ne vise pas à établir un tableau rigide des peines. La Cour d'appel de l'Alberta affirme, aux pp. 82 et 83:

[TRADUCTION] . . . les directives fournies [en matière de détermination de la peine] ne devraient pas être trop strictes. Des directives fixes ou un tableau (ou, en fait, même une «échelle approuvée») ne tiennent pas compte de la grande diversité des circonstances que l'on peut trouver dans différents cas où il y a déclaration de culpabilité de la même infraction. Même en faisant abstraction de la situation du contrevenant, ceux qui préconisent une forme de peines fixes ne se rendent pas compte que les définitions des crimes figurant dans le *Code criminel* n'énoncent que certains éléments essentiels requis pour qu'il y ait culpabilité. [. . .] L'objectif manifeste du *Code criminel* est de faire en sorte que le processus de détermination de la peine s'adapte aux autres facteurs importants, qu'ils soient aggravants ou atténuants. C'est la raison pour laquelle le juge qui inflige la peine dispose d'un vaste éventail de peines possibles. [Je souligne.]

En fait, je conclus, pour les raisons qui suivent, qu'il ne conviendrait pas de le faire. Fidèle à ces directives, le juge qui a infligé la peine a tenu compte de toutes les circonstances atténuantes et aggravantes pertinentes et est arrivée à ce qui, à son avis, constituait une peine adéquate. Par conséquent, le fait que la peine déroge à ce que la Cour

23

24

appropriate starting point does not in itself imply that the sentence was demonstrably unfit.

25

Moreover, I note that in a case not dissimilar to the present case, the Alberta Court of Appeal imposed a custodial sentence of one year. In *R. v. A.B.C.* (1991), 120 A.R. 106, the accused had sexually assaulted his sedated 16-year-old daughter, fondling her breasts and vagina and possibly penetrating her vagina with his penis. The Court of Appeal vacated the two-year suspended sentence and imposed a custodial sentence of one year. The respondent submitted in oral argument, and my colleague McLachlin J. appears to have accepted this submission, that *A.B.C.* was decided on the basis of procedural delays and other particular facts and should not affect the present analysis. On the contrary, to the extent that the particular facts in *A.B.C.* determined the sentence in that case, it may also be equally argued that the particular facts of the present case determined the one-year sentence meted out by the sentencing judge for a sexual assault similar in nature to that in *A.B.C.* It is difficult to conclude that a sentence of one year in the present case, given the similarities to *A.B.C.*, was demonstrably unfit. While this sentence is at the bottom of the scale, this does not make it demonstrably unfit. I note that in both *Shropshire* and *M. (C.A.)*, two recent, unanimous decisions, this Court refused on the basis of deference to reduce sentences that were clearly at the high end of the spectrum.

26

In summary, with respect to the first assault, the trial judge did not fail to consider relevant factors, nor was the sentence demonstrably unfit.

27

With respect to the second offence, the same conclusion applies: the judge did not ignore the factors raised by the Court of Appeal, nor is there any indication that the sentence was demonstrably unfit. The sentencing judge did, as the Court of

d'appel perçoit comme le point de départ approprié n'implique pas en soi que la peine n'était manifestement pas indiquée.

De plus, je remarque que, dans un cas semblable à la présente affaire, la Cour d'appel de l'Alberta a infligé une peine de détention d'un an. Dans l'affaire *R. c. A.B.C.* (1991), 120 A.R. 106, l'accusé avait agressé sexuellement sa fille de 16 ans alors qu'elle était sous l'effet d'un sédatif, en lui caressant les seins et le vagin, et vraisemblablement en lui introduisant le pénis dans le vagin. La Cour d'appel a annulé la condamnation à une peine de deux ans avec sursis et a infligé une peine de détention d'un an. L'intimée a soutenu dans sa plaidoirie, et ma collègue le juge McLachlin paraît avoir retenu cet argument, que l'arrêt *A.B.C.* était fondé sur des retards en matière de procédure et sur d'autres faits particuliers, et qu'il ne devrait pas influencer sur la présente analyse. Au contraire, dans la mesure où les faits particuliers de l'arrêt *A.B.C.* ont été déterminants quant à la peine infligée dans cette affaire, on peut également faire valoir que les faits particuliers de la présente affaire ont été déterminants quant à la peine d'un an infligée par le juge du procès pour une agression sexuelle semblable à celle dont il était question dans l'arrêt *A.B.C.* Vu les similitudes avec l'arrêt *A.B.C.*, il est difficile de conclure qu'une peine d'un an n'était manifestement pas indiquée en l'espèce. Bien que cette peine se trouve au bas de l'échelle, cela ne la rend pas manifestement non indiquée. Je constate que, dans deux arrêts unanimes récents, à savoir *Shropshire* et *M. (C.A.)*, notre Cour a refusé, pour des motifs de retenue judiciaire, de réduire des peines qui se trouvaient clairement à l'extrémité supérieure du spectre.

En résumé, en ce qui concerne la première agression, le juge du procès n'a pas omis de prendre en considération des facteurs pertinents et la peine n'était pas non plus manifestement non indiquée.

Quant à la deuxième infraction, la même conclusion s'applique: le juge n'a pas passé sous silence les facteurs soulevés par la Cour d'appel et rien n'indique non plus que la peine n'était manifestement pas indiquée. Comme la Cour d'appel l'a

Appeal acknowledged (at p. 176), consider the trauma to the complainant, stating:

Regarding the charges of assault against [the second complainant], the victim in this case has been traumatized, but the acts of the accused were very much in the 'less grave' category. Mr. McDonnell is a man of otherwise good character and is a strong member of his community. He has always maintained employment and supported his family. An additional lengthy consecutive custodial sentence to the custodial sentence imposed on the first charge would only seek to destroy the accused and his family and is not necessary to deter others from committing such an offence.

I will thus sentence him to six months in gaol concurrent to the first sentence, plus probation for the same period of time.

Neither the Court of Appeal nor the respondent points out a factor ignored by the sentencing judge in reaching her conclusion of a sentence of six months for the second offence. Nor is there any reason given by either the respondent or the Court of Appeal to conclude that a six-month sentence was demonstrably unfit. The Court of Appeal simply disagreed with the sentence ordered and substituted its own opinion for that of the sentencing judge.

My colleague McLachlin J. disagrees with this analysis and states that the sentences imposed by the sentencing judge were outside the acceptable range. While the above analysis generally addresses her reasoning, I add here that I disagree with her conclusion that a variety of past cases reveals that the sentence in the present case was demonstrably unfit. McLachlin J. provides at para. 110 a lengthy list of cases which she contends support the conclusion that a sentence under two years in the present case was inappropriate. While I will not review each case upon which she relies, I will note that, in my view, many of the cases provided are inappropriate cases to consider in the present context. For example, in *R. v. S.G.O.R.* (1991), 113 A.R. 36 (C.A.), aside from other sexual offences involved in the case, the accused raped his daughter over 20 times from when she was four years old

reconnu (à la p. 176), le juge qui a infligé la peine a pris en considération le traumatisme causé à la plaignante, affirmant:

[TRADUCTION] Quant aux accusations d'agression de [la deuxième plaignante], la victime a été traumatisée dans ce cas, mais les actes de l'accusé entraient fort aisément dans la catégorie des «moins graves». Monsieur McDonnell est un homme de bonne moralité par ailleurs et est un membre actif de sa collectivité. Il a toujours travaillé et subvenu aux besoins de sa famille. Une longue peine supplémentaire de détention consécutive à la peine de détention infligée relativement à la première accusation ne viserait qu'à détruire l'accusé et sa famille et n'est pas nécessaire pour dissuader autrui de commettre une telle infraction.

Je vais donc le condamner à une peine de six mois d'emprisonnement à purger concurrentement avec la première peine, en plus d'une période de probation de même durée.

La Cour d'appel et l'intimée n'ont signalé aucun facteur dont le juge qui a infligé la peine n'a pas tenu compte en fixant une peine de six mois relativement à la deuxième infraction. L'intimée et la Cour d'appel n'ont exposé aucune raison de conclure qu'une peine de six mois n'était manifestement pas indiquée. La Cour d'appel a simplement mentionné son désaccord avec la peine infligée et a substitué son opinion à celle du juge qui l'avait infligée.

Ma collègue le juge McLachlin n'est pas d'accord avec cette analyse et affirme que les peines infligées par le juge du procès se situaient en dehors de l'échelle acceptable. Bien que l'analyse qui précède aborde de façon générale le raisonnement qu'elle a suivi, j'ajoute ici que je ne suis pas d'accord avec sa conclusion que, compte tenu de toute une gamme d'arrêts antérieurs, la peine infligée en l'espèce n'était manifestement pas indiquée. Le juge McLachlin fournit, au par. 110, une longue liste d'arrêts qui, à son avis, permettent de conclure qu'une peine inférieure à deux ans était insuffisante en l'espèce. Sans examiner chaque arrêt qu'elle invoque, je ferai remarquer que, d'après moi, il est inopportun, dans le présent contexte, de prendre en considération un bon nombre des arrêts mentionnés. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. S.G.O.R.* (1991), 113 A.R. 36 (C.A.), outre

until she was 12. In *R. v. S. (W.B.); R. v. P. (M.)* (1992), 73 C.C.C. (3d) 530 (Alta. C.A.), the accused S. engaged repeatedly in anal intercourse with his six-year-old stepdaughter and his stepson, who was initially in grade three, over a period of two years. The accused P. committed both anal and vaginal rape of a seven-year-old child, physically beating her head and body. *R. v. Spence* (1992), 78 C.C.C. (3d) 451 (Alta. C.A.), involved an accused raping his 15-year-old cousin and physically beating and threatening her. *R. v. Nicholson* (1993), 145 A.R. 262 (C.A.), involved 20 to 30 acts of intercourse starting when the complainant was 12 years old; associated with this abuse, the accused, amongst other things, discharged a rifle in the direction of the complainant as she attempted to escape his residence. Other cases cited by McLachlin J. involved children much younger than the complainants in the present case, such as *R. v. Lapatak* (1995), 169 A.R. 385 (C.A.), which involved a three-year-old victim.

d'autres infractions d'ordre sexuel qu'on y reprochait, l'accusé avait violé sa fille à plus de 20 reprises entre l'âge de quatre ans et l'âge de 12 ans. Dans l'arrêt *R. c. S. (W.B.); R. c. P. (M.)* (1992), 73 C.C.C. (3d) 530 (C.A. Alb.), l'accusé S. avait eu, à maintes reprises, pendant une période de deux ans, des relations sexuelles anales avec sa belle-fille de six ans et son beau-fils qui, à l'origine, était en troisième année. L'accusé P. avait violé par voies anale et vaginale une enfant de sept ans, tout en lui assénant des coups à la tête et au corps. L'arrêt *R. c. Spence* (1992), 78 C.C.C. (3d) 451 (C.A. Alb.), concernait un accusé qui avait violé sa cousine de 15 ans et l'avait battue, en plus de lui proférer des menaces. Dans l'arrêt *R. c. Nicholson* (1993), 145 A.R. 262 (C.A.), il était question de 20 à 30 relations sexuelles dont la plaignante avait été victime pour la première fois lorsqu'elle était âgée de 12 ans; dans le cadre de ces abus, l'accusé avait notamment fait feu en direction de la plaignante au moment où elle tentait de s'enfuir de sa résidence. D'autres arrêts cités par le juge McLachlin concernaient des enfants beaucoup plus jeunes que les plaignantes en l'espèce, tel l'arrêt *R. c. Lapatak* (1995), 169 A.R. 385 (C.A.), où la victime était âgée de trois ans.

29 In my view, many of the cases cited by McLachlin J. involved offences considerably more serious than the present case. While any sexual offence is serious, particularly on young people, the violence of the offences, the repetition of the offences, and the extreme youth of the victims in the cases cited above clearly distinguish them from the present case. Indeed, contrary to supporting McLachlin J.'s position, in my view the variable circumstances in the cases she cites highlight the importance of individualized sentencing. In any event, in my respectful view, the sentences in the cases she cites do not lead to the conclusion that the sentences in the present case were demonstrably unfit. The sentences in the present case, while low, were not demonstrably unfit.

C. *Error in Principle*

30 While I have concluded that the sentencing judge did not ignore factors and that the sentences

À mon avis, dans bien des arrêts mentionnés par le juge McLachlin, il était question d'infractions beaucoup plus graves qu'en l'espèce. Bien que toute infraction d'ordre sexuel soit grave, surtout lorsque ce sont des jeunes personnes qui en sont victimes, la violence et la répétition des infractions ainsi que le très bas âge des victimes dans les cas précités les distinguent clairement de la présente affaire. En fait, j'estime que, au lieu d'étayer le point de vue du juge McLachlin, les circonstances variables des arrêts qu'elle cite font ressortir l'importance d'une détermination individualisée de la peine. De toute façon, j'estime, en toute déférence, que les peines infligées dans les affaires qu'elle cite n'amènent pas à conclure que celles infligées en l'espèce n'étaient manifestement pas indiquées. Les peines en l'espèce, quoique légères, n'étaient pas manifestement non indiquées.

C. *L'erreur de principe*

Bien que j'aie conclu que le juge qui a infligé la peine n'a passé sous silence aucun facteur et que

were not demonstrably unfit, according to *M. (C.A.)* and *Shropshire*, appellate review of a sentence is also appropriate if the sentencing judge committed an error in principle. Both the Court of Appeal and the respondent appear to treat the alleged departure from *Sandercock* as an error in principle. For example, the Court of Appeal found and the respondent submitted that the first assault was a “major sexual assault” in contradiction to the finding of the sentencing judge. The Court of Appeal stated (at pp. 172-73):

We have concluded that the trial judge erred in finding that this was not a major sexual assault. This court made it clear in *R. v. Sandercock* . . . , that the key to a major sexual assault is the “evident blameworthiness of the offender” as reflected in the extent to which the offender’s actions demonstrated a “contemptuous disregard for the feelings and personal integrity of the victim”. Here, McDonnell’s actions in the first case clearly fall within the category of a major sexual assault.

The court then treated the error as one which justified alteration of the sentence, which implicitly treated the failure to find the major sexual assault as an error in principle. The Court of Appeal concluded that the sentencing judge wrongly declined to find a major sexual assault in part on the basis of what the court viewed as a misapprehension of the requirements for a major sexual assault. The court stated that the sentencing judge appeared to accept the argument of the defence that there was no significant psychological harm in the first case, and therefore there was no major sexual assault. The court stated (at p. 173) that while actual psychological harm may generally be presumed from non-consensual intercourse, it is not the actual harm, but the high likelihood of harm from the nature of the assault that gives rise to a major sexual assault.

I disagree with the Court of Appeal that the sentencing judge accepted the argument of the

les peines n’étaient pas non plus manifestement non indiquées, au sens des arrêts *M. (C.A.)* et *Shropshire*, le contrôle en appel d’une peine est également approprié si le juge qui l’a infligée a commis une erreur de principe. La Cour d’appel et l’intimée paraissent considérer la prétendue dérogation à l’arrêt *Sandercock* comme une erreur de principe. Par exemple, la Cour d’appel a statué et l’intimée a soutenu que la première agression était une «agression sexuelle grave», contrairement à la conclusion du juge qui a infligé la peine. La Cour d’appel a affirmé (aux pp. 172 et 173):

[TRADUCTION] Nous avons statué que le juge du procès a commis une erreur en concluant qu’il ne s’agissait pas d’une agression sexuelle grave. Dans *R. c. Sandercock* [. . .], notre cour a précisé que l’élément essentiel d’une agression sexuelle grave est la «culpabilité évidente du contrevenant», que traduit la mesure dans laquelle ses actes révélaient un «mépris des sentiments et de l’intégrité personnelle de la victime». En l’espèce, les actes accomplis par McDonnell dans le premier cas tombent clairement dans la catégorie des agressions sexuelles graves.

La cour a alors considéré qu’il s’agissait d’une erreur qui justifiait une modification de la peine, erreur qui avait consisté à considérer implicitement comme une erreur de principe l’omission de conclure à l’existence d’une agression sexuelle grave. La Cour d’appel a statué que le juge qui a infligé la peine a eu tort de refuser de conclure à l’existence d’une agression sexuelle grave en partie en raison de ce que la cour considérait comme une méprise quant aux conditions requises pour qu’il y ait agression sexuelle grave. La cour a affirmé que le juge qui a infligé la peine a paru retenir l’argument de la défense selon lequel aucun préjudice psychologique important n’avait été causé dans le premier cas et que, par conséquent, il n’y avait pas eu d’agression sexuelle grave. La cour a dit, à la p. 173, que, bien qu’on puisse généralement présumer que des rapports sexuels non consensuels causent un préjudice psychologique réel, ce n’est pas le préjudice réel, mais le risque élevé d’un préjudice découlant de la nature de l’agression qui fait qu’il y a agression sexuelle grave.

Je ne suis pas d’accord avec la Cour d’appel pour dire que le juge qui a infligé la peine a retenu

defence that there was no psychological harm. As noted above, the sentencing judge specifically found psychological harm to the complainants in both cases. In my view, even if the sentencing judge required proof of such harm before finding a major sexual assault, the sentencing judge appeared to find such harm so any "error" in this regard did not affect the outcome.

l'argument de la défense voulant qu'aucun préjudice psychologique n'ait été causé. Comme nous l'avons vu, le juge qui a infligé la peine a conclu précisément que les plaignantes avaient subi un préjudice psychologique dans les deux cas. À mon avis, même si elle a exigé la preuve de l'existence d'un tel préjudice avant de conclure à l'existence d'une agression sexuelle grave, le juge qui a infligé la peine a paru conclure à l'existence d'un tel préjudice de sorte qu'aucune «erreur» à cet égard n'a influé sur l'issue de l'affaire.

32

In any event, in my view it can never be an error in principle in itself to fail to place a particular offence within a judicially created category of assault for the purposes of sentencing. There are two main reasons for this conclusion. First, *Shropshire* and *M. (C.A.)*, two recent and unanimous decisions of this Court, clearly indicate that deference should be shown to a lower court's sentencing decision. If an appellate court could simply create reviewable principles by creating categories of offences, deference is diminished in a manner that is inconsistent with *Shropshire* and *M. (C.A.)*. In order to circumvent deference and to enable appellate review of a particular sentence, a court may simply create a category of offence and a "starting point" for that offence, and treat as an error in principle any deviation in sentencing from the category so created. Indeed, that is what the Court of Appeal in Alberta has done in the present case. If the categories are defined narrowly, and deviations from the categorization are generally reversed, the discretion that should be left in the hands of the trial and sentencing judges is shifted considerably to the appellate courts.

De toute façon, j'estime que l'omission de situer une infraction particulière dans une catégorie d'agressions créée par les tribunaux, aux fins de la détermination de la peine, ne constitue jamais une erreur de principe en soi. Il y a deux raisons principales de tirer cette conclusion. Premièrement, deux arrêts unanimes récents de notre Cour, à savoir *Shropshire* et *M. (C.A.)*, indiquent clairement qu'il y a lieu de faire preuve de retenue à l'égard de la décision qu'un tribunal d'instance inférieure a rendue en matière de peine. Si une cour d'appel pouvait simplement établir des principes susceptibles de révision en créant des catégories d'infractions, la retenue judiciaire serait diminuée d'une manière non conforme aux arrêts *Shropshire* et *M. (C.A.)*. Pour contourner la retenue et permettre le contrôle en appel d'une peine particulière, un tribunal peut simplement créer une catégorie d'infractions et un «point de départ» pour ces infractions, et considérer comme une erreur de principe toute dérogation à la catégorie ainsi créée, commise en déterminant la peine. En réalité, c'est ce que la Cour d'appel de l'Alberta a fait en l'espèce. Si les catégories sont définies de façon stricte et que les dérogations à cette catégorisation sont généralement infirmées, le pouvoir discrétionnaire qui devrait être laissé aux juges du procès et aux juges qui infligent les peines est donc largement transféré aux cours d'appel.

33

Second, there is no legal basis for the judicial creation of a category of offence within a statutory offence for the purposes of sentencing. As has been true since *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517, it is not for judges to create criminal offences, but rather for the legislature to enact such offences.

Deuxièmement, rien ne justifie, en droit, la création par les tribunaux, aux fins de déterminer la peine, d'une catégorie d'infractions dans le cadre d'une infraction prévue par la loi. Comme c'est le cas depuis l'arrêt *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517, il appartient non pas aux juges de créer des

By creating a species of sexual assault known as a “major sexual assault”, and by basing sentencing decisions on such a categorization, the Alberta Court of Appeal has effectively created an offence, at least for the purposes of sentencing, contrary to the spirit if not the letter of *Frey*.

The danger of courts encroaching into the realm of Parliament by creating offences is illustrated by the present case. The Court of Appeal appeared to base its conclusion that the first assault was a “major sexual assault” on the likelihood of psychological harm and indeed on the existence of actual harm. The court thus concluded that the sentence should be based on the existence of such harm. There is, however, a specific offence that deals with sexual assault causing bodily harm within the *Criminal Code*, namely s. 272(c). I note that *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72, established that psychological harm from a sexual assault may be considered bodily harm. Given Parliament’s intention to treat sexual assaults causing bodily harm under s. 272(c), it is particularly inappropriate to create a “major sexual assault”, which is based at least in part on the existence of harm to the complainant pursuant to s. 271. While the Court of Appeal at times appeared to rely simply on the likelihood of harm in the present case, in *Sandercock* itself, actual harm was contemplated. *Sandercock* stated at p. 85, “[t]he other aspect which creates a major sexual assault is the effect on the victim.” In my view, if the prosecution is to be based on the harm to the victim, the accused should be charged under the appropriate section, s. 272(c). It is not for the courts to establish a subset of offence within s. 271 that is based on harm.

There is a further problem with the treatment of harm by the Court of Appeal in the present case in

infractions criminelles, mais plutôt au législateur d’édicter de telles infractions. En créant un type d’agression sexuelle connue sous le nom d’«agression sexuelle grave» et en fondant des décisions en matière de peine sur une telle catégorisation, la Cour d’appel de l’Alberta a effectivement créé une infraction, du moins aux fins de la détermination de la peine, contrairement à l’esprit et, voire même, à la lettre de l’arrêt *Frey*.

La présente affaire montre le risque que les tribunaux empiètent sur le domaine du législateur par la création d’infractions. La Cour d’appel a paru fonder sa conclusion que la première agression constituait une «agression sexuelle grave» sur le risque de préjudice psychologique et, en fait, sur l’existence d’un préjudice réel. La cour a donc conclu que la peine devait être fondée sur l’existence d’un tel préjudice. Il y a toutefois, dans le *Code criminel*, une infraction spécifique qui traite de l’agression sexuelle infligeant des lésions corporelles, et il s’agit de l’al. 272c). Je constate que l’arrêt *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72, a établi que le préjudice psychologique résultant d’une agression sexuelle peut être considéré comme étant des lésions corporelles. Étant donné l’intention du législateur de traiter, à l’al. 272c), des agressions sexuelles infligeant des lésions corporelles, il est tout particulièrement inadéquat de créer une «agression sexuelle grave» qui soit fondée, du moins en partie, sur l’existence d’un préjudice causé à la plaignante, conformément à l’art. 271. Bien que la Cour d’appel ait parfois semblé se fonder simplement sur le risque qu’un préjudice soit causé en l’espèce, dans l’arrêt *Sandercock* lui-même, on a envisagé l’existence d’un préjudice réel. On peut lire, à la p. 85 de l’arrêt *Sandercock*: [TRADUCTION] «L’autre aspect qui est à l’origine d’une agression sexuelle grave est l’effet sur la victime.» À mon avis, si la poursuite doit être fondée sur le préjudice causé à la victime, l’accusé devrait être inculpé en vertu de l’article approprié, à savoir l’al. 272c). Il n’appartient pas aux tribunaux d’établir une sous-catégorie d’infractions à l’art. 271 qui est fondée sur l’existence d’un préjudice.

La façon dont la Cour d’appel a considéré le préjudice en l’espèce pose un autre problème en ce

that it appeared at times to establish a presumption of psychological harm from a sexual assault. Admittedly, at other times the Court discussed the likelihood of psychological harm from an offence as illustrating the seriousness of the offence, rather than actual harm itself. To illustrate this ambiguity, consider the following passage (at p. 173):

The first point we wish to make is that we cannot envision a situation where nonconsensual intercourse — vaginal, anal or oral — would not fall into the major sexual assault category In addition, in each case, there also exists a very real likelihood of psychological harm. Therefore, what must be understood is that it is not necessary that the Crown prove the existence of this kind of harm as a condition precedent to the courts classifying a sexual assault as a major one. Psychological harm is presumed in the absence of evidence to the contrary. [Emphasis added.]

The court later stated (at p. 174):

To put the matter another way, the offender is being sentenced on the basis of a major sexual assault, not because any specific psychological consequences have flowed from the attack but rather because of the nature of the attack and the fact that it poses the very real likelihood of long-term emotional or psychological harm. The fact that no such harm may materialize, a fact one could not possibly know until the victim's life had been lived in its entirety, is not a mitigating factor. However, that said, this does not mean that the consequences of the sexual assault are irrelevant. The degree of seriousness of the actions may be measured against the likely long-term consequences of the prohibited act. In other words, where the psychological harm has been severe, that may well be an aggravating factor. Of course, where harm beyond that which would be normally presumed is claimed in a case, the Crown must lead evidence to substantiate it. [Emphasis in original.]

sens qu'elle a parfois semblé établir l'existence d'une présomption de préjudice psychologique à partir d'une agression sexuelle. Certes, la cour a, à d'autres occasions, analysé le risque de préjudice psychologique découlant d'une infraction comme montrant la gravité de l'infraction plutôt que l'existence du préjudice réel lui-même. Pour illustrer cette ambiguïté, examinons le passage suivant (à la p. 173):

[TRADUCTION] Nous voulons d'abord souligner que nous ne pouvons pas envisager une situation où des rapports sexuels non consentus — vaginaux, anaux ou oraux — ne tomberaient pas dans la catégorie des agressions sexuelles graves. [. . .] De plus, dans chaque cas, il existe également un risque très réel de préjudice psychologique. Par conséquent, ce qu'il faut comprendre, c'est qu'il n'est pas nécessaire que le ministère public prouve l'existence de ce genre de préjudice pour que la cour puisse qualifier de grave une agression sexuelle. L'existence d'un préjudice psychologique est présumée en l'absence de preuve contraire. [Je souligne.]

La cour ajoute, à la p. 174:

[TRADUCTION] Autrement dit, le contrevenant se voit infliger une peine fondée sur l'existence d'une agression sexuelle grave, non pas parce que des conséquences psychologiques particulières ont résulté de l'attaque, mais plutôt à cause de sa nature et du fait qu'elle engendre un risque très réel de préjudice émotionnel ou psychologique à long terme. Le fait qu'aucun préjudice de ce genre ne puisse se concrétiser, fait qu'on ne pourrait peut-être pas connaître tant que la vie de la victime ne se sera pas déroulée au complet, n'est pas un facteur atténuant. Cependant, ceci dit, cela ne signifie pas que les conséquences d'une agression sexuelle ne sont pas pertinentes. La gravité des actes accomplis peut être évaluée en fonction des conséquences probables à long terme de l'acte prohibé. Autrement dit, lorsque le préjudice psychologique est grave, cela peut bien constituer un facteur aggravant. Naturellement, lorsqu'on évoque un préjudice dépassant ce qui serait normalement présumé dans une affaire donnée, le ministère public doit présenter des éléments de preuve à l'appui. [Souligné dans l'original.]

Ces passages ne sont pas très clairs. À un moment donné, la cour semble présumer qu'un préjudice psychologique résulterait d'une agression sexuelle, tandis que, à un autre moment, la cour semble non pas présumer l'existence d'un tel préjudice, mais seulement souligner, à juste titre

These passages are somewhat unclear. At one point it appears that the court presumes that psychological harm would result from a sexual assault, while at another point it appears that the court is not presuming psychological harm, but rather is simply noting, correctly in my view, the

likelihood of psychological harm resulting from the actions of the accused. *McCraw, supra*, established that a threat to commit sexual assault amounted to a threat to commit assault causing bodily harm because of the high likelihood of psychological harm resulting from a sexual assault, a likelihood recognized by the Court of Appeal in the present case. Such a likelihood does not, however, establish a legal presumption of harm in cases involving an actual assault, as opposed to a threat. If harm is an element of the offence, the Crown must prove its existence beyond a reasonable doubt.

To the extent that the Court of Appeal held that the Crown need not prove psychological harm in some instances, but rather such harm may be presumed, it was in error. As stated above, if the Crown wishes to rely upon the existence of psychological harm, in my view the Crown should charge under the section set out in the *Code* that contemplates harm, s. 272(c), and prove the offence. If an element of the offence, bodily (psychological) harm, is presumed, the Crown is improperly relieved of part of the burden of proof, which is contrary to the presumption of innocence. Accepting that harm may be an aggravating factor under s. 271, *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, held that each aggravating factor in a sentencing hearing must be proved beyond a reasonable doubt. Such an approach is confirmed by Parliament in the new s. 724(3)(e) of the *Criminal Code* (as amended by S.C. 1995, c. 22, s. 6). If psychological harm may be presumed, the burden of proving harm as an aggravating factor is improperly lifted from the Crown and shifted to the accused to disprove harm.

In the present case, a presumption of harm is unnecessary. The sentencing judge found as a fact

selon moi, le risque qu'un préjudice psychologique résulte des actes de l'accusé. L'arrêt *McCraw*, précité, a établi qu'une menace de commettre une agression sexuelle équivalait à une menace de commettre une agression infligeant des lésions corporelles, à cause du risque élevé qu'un préjudice psychologique résulte d'une agression sexuelle, un risque dont la Cour d'appel a reconnu l'existence en l'espèce. Un tel risque n'établit pas cependant l'existence d'une présomption légale de préjudice dans des affaires où il est question d'agression réelle, plutôt que de menaces. Si le préjudice est un élément de l'infraction, le ministère public doit en prouver l'existence hors de tout doute raisonnable.

Dans la mesure où la Cour d'appel a conclu que le ministère public n'a pas à prouver l'existence d'un préjudice psychologique dans certains cas, mais plutôt que l'existence d'un tel préjudice peut être présumée, elle a commis une erreur. Comme nous l'avons vu, si le ministère public veut invoquer l'existence d'un préjudice psychologique, il devrait, à mon avis, porter des accusations fondées sur l'article du *Code* qui envisage le préjudice, soit l'al. 272c), et prouver l'existence de l'infraction. Si l'existence d'un élément de l'infraction, les lésions (psychologiques) corporelles, est présumée, le ministère public est déchargé à tort d'une partie du fardeau de la preuve, ce qui est contraire à la présomption d'innocence. Reconnaisant que le préjudice peut être un facteur aggravant en vertu de l'art. 271, notre Cour a conclu, dans l'arrêt *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, que, dans une audience relative à la détermination de la peine, l'existence de chaque facteur aggravant doit être prouvée hors de tout doute raisonnable. Un tel point de vue a été confirmé par le législateur dans le nouvel al. 724(3)e) du *Code criminel* (modifié par L.C. 1995, ch. 22, art. 6). Si l'existence d'un préjudice psychologique peut être présumée, le ministère public se trouve déchargé à tort du fardeau de prouver l'existence d'un préjudice en tant que facteur aggravant, et l'accusé a alors le fardeau de réfuter le préjudice.

En l'espèce, une présomption de préjudice est inutile. Le juge qui a infligé la peine est arrivée à

37

38

that each complainant in the present case was traumatized. The sentence was reached after considering the harm that resulted from the offences. Thus, the Court of Appeal's discussion of the presumption of harm was, in my view, both erroneous and unnecessary; harm existed and was considered in setting the sentence.

la conclusion de fait que chaque plaignante en l'espèce avait été traumatisée. La peine a été fixée après examen du préjudice qui résultait des infractions. Ainsi, l'analyse de la présomption de préjudice à laquelle s'est livrée la Cour d'appel était, à mon avis, à la fois erronée et inutile; il existait un préjudice et il en a été tenu compte au moment de fixer la peine.

39

The Court of Appeal appeared to make two other suggestions of errors in principle by the trial judge. I note that the respondent did not specifically raise these alleged errors in written argument before this Court, but raised them specifically only in oral argument. One error alleged by the Court of Appeal was that the trial judge improperly relied on *R. v. R.P.T.* (1983), 7 C.C.C. (3d) 109 (Alta. C.A.). The court stated that, notwithstanding that the principles it set out were revisited in *R. v. S. (W.B.)*; *R. v. P. (M.)*, *supra*, *R.P.T.* was factually inapplicable because in the present case there was no family that might be restored. In my view, the court erred in finding that the trial judge relied on *R.P.T.* with respect to the restoration of the family. *R.P.T.* held at p. 114 that even where there is a family to restore, if the sexual assault by a person *in loco parentis* on a family member were serious, "[t]he only solution, however imperfect . . . must be to graft a rehabilitative sentence to a denunciatory sentence". If the assault were less serious and if there were a family to restore, a lesser sentence may be imposed; indeed, if the circumstances were "less significant" (p. 115), a suspended sentence may be appropriate.

La Cour d'appel a paru suggérer que le juge du procès avait commis deux autres erreurs de principe. Je remarque que l'intimée n'a pas soulevé expressément l'existence de ces prétendues erreurs dans l'argumentation écrite qu'elle a soumise à notre Cour, mais qu'elle ne l'a soulevée expressément que dans sa plaidoirie. L'une des erreurs alléguées par la Cour d'appel était que le juge du procès s'était fondée à tort sur l'arrêt *R. c. R.P.T.* (1983), 7 C.C.C. (3d) 109 (C.A. Alb.). La cour a affirmé que, bien que les principes qu'elle avait énoncés aient été réexaminés dans l'arrêt *R. c. S. (W.B.)*; *R. c. P. (M.)*, précité, l'arrêt *R.P.T.* était en fait inapplicable parce qu'en l'espèce il n'y avait pas de famille susceptible d'être rétablie. À mon avis, la cour a commis une erreur en concluant que le juge du procès s'est appuyée sur l'arrêt *R.P.T.* en ce qui concernait le rétablissement de la famille. Il est statué, à la p. 114 de l'arrêt *R.P.T.*, que, même lorsqu'il y a une famille à rétablir, si l'agression sexuelle commise sur un membre de la famille par une personne tenant lieu de parent était grave, [TRADUCTION] «[I]a seule solution, bien qu'imparfaite [. . .] consiste[rait] à greffer une peine visant la réhabilitation à une peine exemplaire». Si l'agression était moins grave et s'il y avait une famille à rétablir, on pourrait infliger une peine moindre; en effet, si les circonstances étaient [TRADUCTION] «moins importantes» (p. 115), une peine avec sursis pourrait convenir.

40

In the present case, the sentencing judge stated that while she was cognizant of *R.P.T.*, "this is not a case where simple rehabilitation will suffice". She stated that a rehabilitative sentence must be grafted to a denunciatory sentence. She thus apparently relied on the aspect of *R.P.T.* which held that despite the existence of a family, both a denunciatory and a rehabilitative sentence are required

En l'espèce, le juge qui a infligé la peine a affirmé que, même si elle était consciente de l'arrêt *R.P.T.*, [TRADUCTION] «ce n'[était] pas un cas où une simple réhabilitation suffira[it]». Elle a dit qu'il fallait greffer une peine visant la réhabilitation à une peine exemplaire. Elle s'est ainsi fondée apparemment sur le passage de l'arrêt *R.P.T.* où on a conclu que, malgré l'existence d'une famille, il

where the assault is serious. Contrary to the position of the Court of Appeal, she did not rely on the aspect of *R.P.T.* which stated that restoration of the family should be a mitigating consideration in cases where the assault is less serious. Given that the sentencing judge did not follow *R.P.T.* to rely on family restoration to mitigate the sentence, the Court of Appeal failed to point out an error in principle by the sentencing judge with respect to *R.P.T.*

Another error suggested by the Court of Appeal was that the sentencing judge improperly relied upon the passage of time “between the first and second offence (and sentencing)” (p. 177). The sentencing judge did not in any way rely upon the passage of time between the first offence and the second offence. Neither did the sentencing judge rely upon the passage of time between the first offence and sentencing *per se*, but rather the judge stated that “the time elapsed since the offence has relevance in relation to the relative effect of this on both the accused and the victim”. I presume that the sentencing judge was referring to effect of the actions on the accused since the offence, which included, for example, remorse and a desire to quit drinking, and to the effect of the actions on the victim since the offence, which included the psychological harm that the victim had displayed since the offence. These factors may be relevant considerations and the sentencing judge did not err in principle in referring to them.

I note that my colleague McLachlin J. states that she agrees that failing to characterize the offence into a particular, judicially created category of assault is not an error in principle which would justify appellate review. However, I am concerned that while she states she does not view it as such an error, she effectively treats it, if not as an error

faut recourir à la fois à une peine exemplaire et à une peine visant la réhabilitation lorsque l’agression est grave. Contrairement au point de vue adopté par la Cour d’appel, elle ne s’est pas fondée sur le passage de l’arrêt *R.P.T.* où il est déclaré que le rétablissement de la famille devrait constituer un facteur atténuant dans les cas où l’agression est moins grave. Étant donné que le juge qui a infligé la peine n’a pas suivi l’arrêt *R.P.T.* pour invoquer le rétablissement de la famille afin d’atténuer la peine, la Cour d’appel n’a pas signalé que le juge avait commis une erreur de principe en ce qui concernait l’arrêt *R.P.T.*

Une autre erreur relevée par la Cour d’appel était que le juge qui a infligé la peine avait invoqué à tort le laps de temps écoulé [TRADUCTION] «entre les première et deuxième infractions (et la détermination de la peine)» (p. 177). Le juge qui a infligé la peine n’a nullement invoqué le laps de temps écoulé entre les première et deuxième infractions. Elle n’a pas non plus invoqué le laps de temps écoulé entre la première infraction et la détermination de la peine elle-même, mais a plutôt affirmé que [TRADUCTION] «le laps de temps écoulé depuis la perpétration de l’infraction est pertinent en ce qui concerne son effet relatif sur l’accusé et la victime». Je suppose que le juge qui a infligé la peine parlait de l’effet des actes sur l’accusé depuis la perpétration de l’infraction, ce qui comprenait, notamment, les remords et la volonté de cesser de boire, et de l’effet des actes sur la victime depuis la perpétration de l’infraction, à savoir notamment le préjudice psychologique que la victime avait manifesté depuis la perpétration de l’infraction. Ces facteurs peuvent être pertinents et le juge qui a infligé la peine n’a commis aucune erreur de principe en les mentionnant.

Je constate que ma collègue le juge McLachlin dit convenir que l’omission de ranger l’infraction dans une catégorie particulière d’agression, créée par les tribunaux, ne constitue pas une erreur de principe qui justifierait un contrôle en appel. Toutefois, je crains que, bien qu’elle dise qu’elle ne considère pas cette omission comme une telle erreur, elle la traite effectivement, sinon comme une erreur de principe, du moins comme une erreur

in principle, then otherwise as an error giving rise to appellate review. She states at para. 109:

As indicated earlier, the “starting point” is not a principle of law, but rather a tool to determine the proper range of sentence for a certain type of offence. Failure to allude to the appropriate starting point or range is not an error of principle as that term is used in *M. (C.A.)*, *supra*. If the trial judge fails to refer to the appropriate starting point or range but in the end imposes a sentence within the acceptable range of sentence for the offence as adjusted for the particular circumstances of the offender, a court of appeal should not interfere. On the other hand, if the sentence falls outside the appropriate range, the court of appeal must interfere: *Shropshire*, *supra*.

This statement, combined with her emphasis on starting points in her analysis of demonstrable unfitness in the present case, suggests to me that McLachlin J. in effect treats the failure to characterize an assault properly as an error permitting appellate intervention on sentencing. That is, the failure to characterize the assault properly is not an error in principle, but if the sentence reached as a result of that error is not very similar or identical to the sentence that would have been reached had the mischaracterization not occurred, appellate courts may intervene. In my view, this effectively states that while appellate courts must permit sentencing judges to err in characterizing the offence, appellate courts may intervene, notwithstanding deference, if the trial judge’s mischaracterization affected significantly the sentence ordered. Given that different views of the nature of the assault would almost inevitably lead to different sentences, in my view, mischaracterization is treated by McLachlin J. as an error which will often lead to appellate intervention. In my view, as stated, mischaracterization of the offence according to judicially created categories is not an error in principle, nor should it be treated as one. In my respectful opinion, McLachlin J. takes an overly

donnant lieu à un contrôle en appel. Elle affirme, au par. 109:

Tel qu’indiqué précédemment, le «point de départ» est non pas un principe de droit, mais plutôt un moyen de déterminer l’échelle de peines appropriée pour un certain type d’infraction. L’omission de faire allusion au point de départ ou à l’échelle appropriés ne constitue pas une erreur de principe au sens où cette expression est utilisée dans l’arrêt *M. (C.A.)*, précité. Si le juge du procès ne mentionne pas le point de départ ou l’échelle appropriés, pour, à la fin, infliger une peine située dans l’échelle de peines acceptable pour l’infraction en cause et adaptée à la situation particulière du contrevenant, une cour d’appel ne devrait pas intervenir. Par ailleurs, si la peine se situe en dehors de l’échelle appropriée, la cour d’appel doit intervenir: *Shropshire*, précité.

Cet énoncé, conjugué à l’accent que le juge McLachlin met sur les points de départ dans l’analyse du caractère manifestement non indiqué qu’elle fait en l’espèce, me porte à croire qu’elle traite en réalité l’omission de qualifier une agression correctement comme une erreur permettant l’intervention de la cour d’appel relativement à la détermination de la peine. Autrement dit, l’omission de qualifier l’agression correctement ne constitue pas une erreur de principe, mais les cours d’appel peuvent intervenir si la peine infligée à la suite de cette erreur n’est pas identique ou très semblable à la peine qui aurait été infligée si la mauvaise qualification n’avait pas eu lieu. À mon avis, cela signifie effectivement que, bien qu’elles doivent permettre aux juges qui infligent les peines de se tromper en qualifiant l’infraction en cause, les cours d’appel peuvent intervenir, malgré la retenue dont elles doivent par ailleurs faire preuve, si la mauvaise qualification du juge du procès a influé sensiblement sur la peine imposée. Étant donné que des opinions différentes quant à la nature de l’agression mèneraient presque inévitablement à des peines différentes, j’estime que le juge McLachlin considère la mauvaise qualification comme une erreur qui mène souvent à une intervention des cours d’appel. À mon avis, comme nous l’avons vu, la mauvaise qualification de l’infraction selon des catégories créées par les tribunaux ne constitue pas une erreur de principe et

permissive approach to appellate intervention that is inconsistent with both *Shropshire* and *M. (C.A.)*.

I add that I do not disagree with McLachlin J. that appellate courts may set out starting-point sentences as guides to lower courts. Moreover, the starting point may well be a factor to consider in determining whether a sentence is demonstrably unfit. If there is a wide disparity between the starting point for the offence and the sentence imposed, then, assuming that the Court of Appeal has set a reasonable starting point, the starting point certainly suggests, but is not determinative of, unfitness. In my view, however, the approach taken by McLachlin J. in the present case places too great an emphasis on the effect of deviation from the starting point. Unless there otherwise is a reason under *Shropshire* or *M. (C.A.)* to interfere with the sentence, a sentence cannot be altered on appeal, notwithstanding deviation from a starting point. Deviation from a starting point may be a factor in considering demonstrable unfitness, but does not have the significance McLachlin J. gives it.

D. Concurrent or Consecutive Sentences

The Court of Appeal not only substituted its view of the appropriate sentence for each offence in the present case, but also held that the sentences should be served consecutively, not concurrently as had been ordered by the sentencing judge. The Court of Appeal stated (at p. 177):

Nor was this a case where concurrent sentences were appropriate These two offences were totally unrelated. There were two different victims and the offences were separated by a period of seven years.

The sentencing judge considered whether to order consecutive and concurrent sentences and

ne devrait pas non plus être traitée comme telle. En toute déférence, le juge McLachlin adopte une interprétation trop permissive de l'intervention des cours d'appel, qui est incompatible avec les arrêts *Shropshire* et *M. (C.A.)*.

J'ajoute que je ne suis pas en désaccord avec le juge McLachlin lorsqu'elle affirme que les cours d'appel peuvent établir des peines comme point de départ pour guider les tribunaux d'instance inférieure. De plus, le point de départ peut bien être un facteur à prendre en considération pour déterminer si une peine n'est manifestement pas indiquée. S'il y a une grande disparité entre le point de départ fixé pour l'infraction et la peine infligée, en supposant alors que la Cour d'appel a établi un point de départ raisonnable, ce point de départ laisse sûrement entendre, sans être déterminant à ce sujet, que la peine n'est manifestement pas indiquée. Selon moi, le point de vue adopté par le juge McLachlin en l'espèce met trop l'accent sur l'effet d'une dérogation au point de départ fixé. À moins qu'il n'y ait par ailleurs un motif de modifier la peine, au sens de l'arrêt *Shropshire* ou de l'arrêt *M. (C.A.)*, une peine ne saurait être modifiée en appel, malgré l'existence d'une dérogation à un point de départ. La dérogation à un point de départ peut entrer en ligne de compte en examinant si une peine est manifestement non indiquée, mais elle n'a pas l'importance que lui prête le juge McLachlin.

D. Les peines concurrentes ou consécutives

La Cour d'appel a non seulement substitué son opinion en ce qui concernait la peine convenable pour chaque infraction en l'espèce, mais elle a également conclu que les peines devraient être purgées consécutivement et non pas concurremment comme l'avait ordonné le juge qui les avait infligées. La Cour d'appel dit (à la p. 177):

[TRADUCTION] Ce n'était pas non plus un cas où il convenait d'infliger des peines concurrentes [. . .] Ces deux infractions n'avaient aucun rapport entre elles. Il y avait deux victimes différentes, et un délai de sept ans s'était écoulé entre les deux infractions.

Le juge qui a infligé la peine s'est demandé s'il fallait infliger des peines consécutives ou des

43

44

45

concluded that concurrent sentences were appropriate, stating:

An additional lengthy consecutive custodial sentence to the custodial sentence imposed on the first charge would only seek to destroy the accused and his family and is not necessary to deter others from committing such an offence.

46

In my opinion, the decision to order concurrent or consecutive sentences should be treated with the same deference owed by appellate courts to sentencing judges concerning the length of sentences ordered. The rationale for deference with respect to the length of sentence, clearly stated in both *Shropshire* and *M. (C.A.)*, applies equally to the decision to order concurrent or consecutive sentences. In both setting duration and the type of sentence, the sentencing judge exercises his or her discretion based on his or her first-hand knowledge of the case; it is not for an appellate court to intervene absent an error in principle, unless the sentencing judge ignored factors or imposed a sentence which, considered in its entirety, is demonstrably unfit. The Court of Appeal in the present case failed to raise a legitimate reason to alter the order of concurrent sentences made by the sentencing judge; the court simply disagreed with the result of the sentencing judge's exercise of discretion, which is insufficient to interfere.

V. Conclusion and Disposition

47

The appellant raised a variety of issues in this appeal aside from those discussed in these reasons. Given my analysis herein, it is unnecessary to consider these other grounds. In my view, the appeal should be allowed and the sentences ordered by the sentencing judge restored.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

peines concurrentes et elle a conclu qu'il convenait d'infliger des peines concurrentes, affirmant:

[TRADUCTION] Une longue peine supplémentaire de détention consécutive à la peine de détention infligée relativement à la première accusation ne viserait qu'à détruire l'accusé et sa famille et n'est pas nécessaire pour dissuader autrui de commettre une telle infraction.

À mon avis, la décision d'infliger des peines concurrentes ou des peines consécutives devrait être traitée avec la même retenue que celle dont les cours d'appel doivent faire preuve envers les juges qui ont infligé des peines en ce qui concerne la durée de ces peines. La raison d'être de la retenue à l'égard de la durée de la peine, qui a été clairement exposée dans les deux arrêts *Shropshire* et *M. (C.A.)*, s'applique également à la décision d'infliger des peines concurrentes ou des peines consécutives. Lorsqu'il fixe la durée et le genre de peine, le juge du procès exerce son pouvoir discrétionnaire en fonction de sa connaissance directe de l'affaire; une cour d'appel n'a pas à intervenir en l'absence d'une erreur de principe, à moins que le juge qui a infligé la peine n'ait pas tenu compte de certains facteurs ou qu'il n'ait infligé une peine qui, dans l'ensemble, n'est manifestement pas indiquée. La Cour d'appel, en l'espèce, n'a pas exposé de raison légitime de modifier l'ordonnance du juge du procès, fixant des peines concurrentes; la cour a simplement exprimé son désaccord avec le résultat de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge qui a infligé les peines, ce qui est insuffisant pour intervenir.

V. Conclusion et dispositif

L'appelant a soulevé diverses questions en l'espèce, outre celles qui ont été examinées dans les présents motifs. Étant donné l'analyse que je viens d'effectuer, il n'est pas nécessaire d'étudier ces autres moyens d'appel. À mon avis, il y a lieu d'accueillir le pourvoi et de rétablir les peines infligées par le juge du procès.

Version française des motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendus par

MCLACHLIN J. (dissenting) — A just sentence is one which reflects the seriousness of the crime and fits the individual circumstances of the offender. Appellate courts in a number of provinces have responded to the need to accommodate these dual goals and resolve the tension which may arise between them by introducing the concept of “starting-point” sentences. This appeal raises the question of whether the “starting-point” approach to sentencing offends the guarantees of fundamental procedural justice enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

It is my view that starting-point sentencing, properly understood and applied, does not violate the *Charter*. Rather, it represents a fair and practical way at arriving at a just sentence that respects both the individual circumstances of the offender and the seriousness of the offence. In my view, the Court of Appeal did not err in applying this approach. I would thus dismiss the appeal.

I. The Facts

The appellant pleaded guilty to two charges of sexual assault. The first assault, in 1986, was on a girl living in the appellant’s home as a foster child. The appellant was 29, the girl 16. The incident occurred about two weeks after the girl came to live with the family. The appellant arrived home intoxicated and found the victim asleep on her back on the living room couch. He undid her jeans. She rolled onto her stomach and tried to press herself into the couch in hope that he would go away. He did not. Instead, he removed her jeans and began to kiss her buttock area. He penetrated her vagina with his penis. She had her legs pressed together and he was trying to get them apart. Nevertheless, he penetrated “a little bit”. Finally, the appellant said, “You’re too difficult”, and rolled onto the floor. The girl waited until she was sure he was asleep and went downstairs to her room. At no time did she consent to his acts.

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — La peine juste est celle qui reflète la gravité du crime et s’accorde avec la situation personnelle du contrevenant. Les cours d’appel d’un certain nombre de provinces ont réagi à la nécessité de concilier ces deux objectifs et d’éliminer la tension qui peut exister entre les deux, en introduisant la notion de peines constituant un «point de départ». Il s’agit, en l’espèce, de déterminer si la méthode du «point de départ» en matière de détermination de la peine va à l’encontre des garanties de justice fondamentale en matière de procédure, qui sont consacrées dans la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Je considère que, bien interprétée et appliquée, la méthode du point de départ en matière de détermination de la peine ne viole pas la *Charte*. Elle représente plutôt une façon pratique et équitable de fixer une peine juste qui reflète à la fois la situation personnelle du contrevenant et la gravité de l’infraction. J’estime que la Cour d’appel n’a pas commis d’erreur en appliquant cette méthode. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi.

I. Les faits

L’appelant a plaidé coupable relativement à deux accusations d’agression sexuelle. La première agression a été commise, en 1986, sur une jeune fille placée en famille d’accueil chez l’appelant. L’appelant et la jeune fille étaient âgés de 29 ans et de 16 ans, respectivement. L’épisode est survenu environ deux semaines après l’arrivée de la jeune fille dans la famille. L’appelant est entré chez lui en état d’ébriété et a aperçu la victime qui dormait, étendue sur le dos, sur le canapé du salon. Il a défait le jeans de la jeune fille. Elle s’est retournée sur le ventre et a essayé de s’enfoncer dans le canapé dans l’espoir qu’il s’en aille. Il n’est pas parti. Au lieu de cela, il lui a enlevé son jeans et a commencé à l’embrasser sur les fesses. Il lui a introduit le pénis dans le vagin. Elle serrait les jambes, qu’il a essayé d’écarter. Néanmoins, il l’a pénétrée [TRADUCTION] «un peu». À la fin, l’appelant a dit [TRADUCTION] «Tu es trop difficile» et il a roulé sur le plancher. La jeune fille a attendu d’être certaine que l’appelant dormait sur le plancher avant de descendre à sa chambre. À aucun moment, elle n’a consenti aux gestes de l’appelant.

48

49

50

51 The second assault occurred in 1993 when the appellant was 36 years of age. The victim was a 14-year-old babysitter for the appellant's family. While babysitting, she had fallen asleep on her stomach on a hide-a-bed. She was wearing a T-shirt and underwear and was wrapped with a sleeping bag. She woke at 3:30 a.m. to find her underwear pulled down and the sleeping bag around her feet. The appellant was on top of her rubbing her back under her T-shirt with one hand and her buttocks with the other. He reached under her stomach and touched her pelvis and vaginal areas. He tried to turn her over onto her stomach. She screamed and fled the house.

52 The evidence showed that both victims suffered psychological harm as a result of the assaults. The first victim testified on the preliminary inquiry that the act "hurt me mentally". The victim impact statement in the sentencing material attested to the fact that the sexual assault harmed her. As for the second victim, the trial judge found that she was, to use her words, "traumatized" by the assault.

II. The Rulings

53 The trial judge did not consider either sexual assault to fall within the category of a major sexual assault calling for a "starting point" of three years' imprisonment. As the trial judge did not clearly differentiate between considerations going to whether the sexual assault was major and considerations individualizing the sentence, it is difficult to determine what she took into account in deciding that neither assault constituted a major sexual assault. However, in stating that the first assault was not major, she mentioned the fact that it was an isolated one, that the penetration was only partial, that no violence had been used, that there had been no oral sex or anal intercourse, that the event was "spontaneous due to [the appellant's] drunkenness", and that while it was a traumatic experience for the victim, she was having other problems

La deuxième agression est survenue en 1993, au moment où l'appelant était âgé de 36 ans. La victime était âgée de 14 ans et gardait les enfants de l'appelant. Elle était étendue sur le ventre et s'était endormie sur un divan-lit pendant qu'elle gardait les enfants. Elle portait un tee-shirt, un sous-vêtement et s'était enroulée dans un sac de couchage. Quand elle s'est réveillée à 3 h 30, son sous-vêtement était descendu et le sac de couchage était enroulé autour de ses pieds. L'appelant était sur elle, lui frottait le dos sous son tee-shirt d'une main et lui frottait les fesses de l'autre main. Il a ensuite porté la main à son bas-ventre et lui a fait des attouchements au bassin et au vagin. Il a essayé de la retourner sur le ventre. Elle a crié et s'est enfuie de la résidence.

Il est ressorti de la preuve que les deux victimes ont subi un préjudice psychologique à la suite des agressions. La première victime a témoigné à l'enquête préliminaire que l'acte en question [TRADUCTION] «[lui] a causé un mal psychologique». L'énoncé des répercussions sur la victime, contenu dans la documentation relative à la détermination de la peine, attestait que l'agression sexuelle lui avait causé un préjudice. Quant à la deuxième victime, le juge du procès a conclu qu'elle a été, selon ses propres termes, [TRADUCTION] «traumatisée» par l'agression.

II. Les décisions

Le juge du procès ne s'est pas demandé si l'une ou l'autre agression sexuelle tombait dans la catégorie des agressions sexuelles graves, qui commande un «point de départ» de trois ans d'emprisonnement. Comme le juge du procès n'a pas fait clairement la différence entre les facteurs qui servaient à déterminer si l'agression sexuelle était grave et ceux qui individualisaient la peine, il est difficile de déterminer ce qu'elle a pris en considération pour décider que ni l'une ni l'autre des agressions ne constituait une agression sexuelle grave. Cependant, en déclarant que la première agression n'était pas grave, elle a mentionné le fait qu'il s'agissait d'un acte isolé, qu'il n'y avait eu que pénétration partielle, qu'aucune violence n'avait été utilisée, qu'il n'y avait eu ni sexe oral ni sodomie, qu'il s'agissait d'un épisode

which may have contributed to her state of mind. Of the second assault, she stated merely that while the victim had been “traumatized”, the “acts of the accused were very much in the ‘less grave’ category”. She went on to discuss the appellant’s good character and the destructive effect of a sentence of long incarceration on him and his family.

Having concluded that neither assault was major, the trial judge acknowledged the need for a sentence reflecting denunciation and the goal of general deterrence. She stated that the sentence must consider more than simple rehabilitation. On the other hand, she noted the appellant’s desire to stop drinking, his strong family and community support, the fact that the first victim’s trauma was suffered when she was already troubled and the fact that counselling would be of no use to prevent re-offending. These factors and the effect long-term incarceration would have on the accused and his family led her to impose a sentence of 12 months’ incarceration for the first offence and six months for the second, to be served concurrently.

The Alberta Court of Appeal concluded the trial judge had erred in not considering the assaults major and replaced the 12-month-plus probation sentence with a sentence of four years for the first assault, followed by an additional year for the second assault, for a total of five years’ imprisonment: (1995), 169 A.R. 170, 97 W.A.C. 170. In the Court of Appeal’s view, the first assault was an “archetypical” example of a major sexual assault, making a “starting point” of three years applicable. The appellant had breached the trust reposed in him as a foster parent. He had done so in a manner which involved a serious violation of the victim’s sexual and personal integrity and demonstrated a complete lack of concern for the feelings of the young girl. The assault involved penile penetration. In the case of such an assault, harm can be presumed or

[TRADUCTION] «spontané en raison de l’état d’ébriété de [l’appelant]» et que, bien que ce fût une expérience traumatisante pour la victime, elle avait d’autres problèmes qui ont pu contribuer à l’état d’esprit dans lequel elle se trouvait. Quant à la deuxième agression, elle a dit simplement que, bien que la victime ait été «traumatisée», [TRADUCTION] «les actes de l’accusé entraînent fort aisément dans la catégorie des «moins graves»». Elle a ensuite examiné la bonne moralité de l’appelant et l’effet destructeur qu’une longue peine d’incarcération aurait sur lui et sa famille.

Après avoir conclu que ni l’une ni l’autre des agressions n’était grave, le juge du procès a reconnu qu’il fallait infliger une peine reflétant l’exemplarité et l’objectif de dissuasion générale. Elle a déclaré que la peine doit viser plus que la simple réhabilitation. Par ailleurs, elle a souligné la volonté de l’appelant de cesser de boire, l’appui solide dont il jouissait de la part de sa famille et de la collectivité, le fait que le traumatisme de la première victime a été subi à une époque où elle était déjà troublée, et le fait que le counselling ne serait d’aucune utilité pour empêcher la récidive. Ces facteurs et l’effet qu’une longue peine d’incarcération aurait sur l’accusé et sa famille l’ont amenée à infliger une peine d’incarcération de 12 mois pour la première infraction et de six mois pour la deuxième, à purger concurremment.

La Cour d’appel de l’Alberta a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en ne considérant pas que les agressions étaient graves et a remplacé la peine de 12 mois assortie d’une période de probation par une peine de quatre ans pour la première agression, suivie d’une année supplémentaire pour la deuxième agression, ce qui représentait en tout cinq années d’emprisonnement: (1995), 169 A.R. 170, 97 W.A.C. 170. Selon la Cour d’appel, la première agression était un cas «typique» d’agression sexuelle grave et rendait applicable un «point de départ» de trois ans. L’appelant avait abusé de la confiance dont il jouissait en tant que parent de famille d’accueil. Il l’avait fait d’une manière qui comportait une atteinte grave à l’intégrité sexuelle et personnelle de la victime et qui révélait une insouciance totale à l’égard

inferred, even in the absence of evidence. But even if that were not so, here there was evidence of trauma. Severe trauma is not required to bring the case within the category of a "major sexual assault", although it might serve as an aggravating factor. The passage of time, while relevant, did not assist the appellant. It was not lengthy and, far from living a blameless life in the interval, the appellant had re-offended. Since the offences were unrelated, concurrent sentences were not appropriate. The Court imposed a sentence of four years for the first offence, followed by a sentence of one year for the second, taking into account the global effect of the sentences and the lesser severity of the second assault.

III. The Issue

56

Did the Court of Appeal err in overturning the trial judge's one-year sentence and replacing it with a cumulative sentence of five years for the two offences? The appellant, in support of his submission that it did, argues that the starting-point approach used by the court violates his rights, that the Court of Appeal in effect created a new offence known as a major sexual assault, that the Court of Appeal erred in presuming psychological harm, and finally, that the Court of Appeal improperly interfered with the trial judge's discretion and impermissibly substituted its own view of the matter.

IV. Analysis

A. *The Starting-Point Approach to Sentencing*

(1) What Is the Starting-Point Approach to Sentencing?

57

My difficulty with the position of the appellant and the reasons of Sopinka J. stems mainly from a different understanding of the nature and effect of the "starting-point" approach to sentencing. It is

des sentiments de la jeune fille. L'agression comportait une pénétration. Dans le cas d'une telle agression, on peut présumer ou déduire l'existence d'un préjudice, même en l'absence de preuve. Mais même s'il n'en était pas ainsi, il y avait preuve de l'existence d'un traumatisme en l'espèce. Il n'est pas nécessaire d'avoir un traumatisme grave pour qu'il y ait «agression sexuelle grave», bien que cela puisse constituer un facteur aggravant. Le temps écoulé, bien que pertinent, n'a pas été utile à l'appelant. Le laps de temps écoulé n'était pas long et, loin de mener une vie irréprochable dans l'intervalle, l'appelant avait récidivé. Comme les infractions n'avaient aucun rapport entre elles, il ne convenait pas d'infliger des peines concurrentes. La cour a infligé une peine de quatre ans pour la première infraction, suivie d'une peine d'un an pour la deuxième, en tenant compte de l'effet global des peines et de la gravité moindre de la deuxième agression.

III. La question en litige

La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en écartant la peine d'un an infligée par le juge du procès et en la remplaçant par une peine cumulative de cinq ans pour les deux infractions? L'appelant fait valoir, à l'appui de sa thèse, que la méthode du point de départ utilisée par la cour viole ses droits, que la Cour d'appel a, en fait, créé une nouvelle infraction connue sous le nom d'agression sexuelle grave, que la Cour d'appel a commis une erreur en présumant l'existence d'un préjudice psychologique et, enfin, que la Cour d'appel a empiété à tort sur le pouvoir discrétionnaire du juge du procès et a substitué de façon inacceptable sa propre opinion sur la question.

IV. Analyse

A. *La méthode du point de départ en matière de détermination de la peine*

(1) Qu'est-ce que la méthode du point de départ en matière de détermination de la peine?

La difficulté que me posent le point de vue de l'appelant et les motifs du juge Sopinka émane surtout d'une compréhension différente de la nature et de l'effet de la méthode du «point de départ» en

therefore necessary to set out my conception of that approach at the outset.

The starting-point approach to sentencing involves two steps. First, the judge determines the range of sentence for a typical case. Using that range as a starting point, a trial judge then adjusts the sentence upward or downward on the basis of factors relating to the particular offence and offender: *R. v. Hessam* (1983), 43 A.R. 247 (C.A.), *R. v. Sandercock* (1985), 22 C.C.C. (3d) 79 (Alta. C.A.). This approach is distinguished from the tariff approach to sentencing which takes no account of the individual circumstances of the offender: C. C. Ruby, *Sentencing* (4th ed. 1994), at p. 479. The tariff approach looks only at the nature of the offence. In contrast, the starting-point approach mandates consideration of specific aggravating and mitigating factors directly relevant to the individual accused. In this way, the starting-point approach combines general considerations relating to the crime committed with personalized considerations relating to the particular offender and the unique circumstances of the assault.

The first step on the starting-point approach consists of determining the appropriate range of sentence for an offence of this type in a typical case, assuming an offender of good character with no criminal record. In the case of sexual assault, the judge looks at the manner in which the assault was committed (e.g., by violence or threats or trickery), the nature of the sexual activity, and, most importantly, whether or not this sort of offence is likely to cause lasting emotional or psychological injury. The “key . . . to a major sexual assault is the evident blameworthiness of the offender”, the “contemptuous disregard for the feelings and personal integrity of the victim”: *Sandercock, supra*, at p. 84. The inquiry at this stage, to repeat, is generalized and objective. The task of the judge at this stage is to determine the blameworthiness of an offender who commits the type of offence at issue in a typical case. Because the

matière de détermination de la peine. Il est donc nécessaire d'exposer, dès le début, ma conception de cette méthode.

La méthode du point de départ en matière de détermination de la peine comporte deux étapes. Premièrement, le juge détermine l'échelle de peines applicable à un cas type. À l'aide de cette échelle comme point de départ, le juge du procès ajuste alors la peine à la hausse ou à la baisse selon des facteurs qui se rapportent à l'infraction et au contrevenant en cause: *R. c. Hessam* (1983), 43 A.R. 247 (C.A.), *R. c. Sandercock* (1985), 22 C.C.C. (3d) 79 (C.A. Alb.). Cette méthode se distingue de la méthode du tableau en matière de détermination de la peine, qui ne tient pas compte de la situation personnelle du contrevenant: C. C. Ruby, *Sentencing* (4^e éd. 1994), à la p. 479. La méthode du tableau tient compte seulement de la nature de l'infraction. Par contre, la méthode du point de départ exige que l'on prenne en considération des facteurs aggravants et des facteurs atténuants qui concernent directement l'accusé lui-même. De cette façon, la méthode du point de départ conjugue des facteurs généraux ayant trait au crime commis à des facteurs personnalisés ayant trait au contrevenant en cause et aux circonstances particulières de l'agression.

La première étape de la méthode du point de départ consiste à déterminer l'échelle de peines convenable pour une infraction de ce genre dans un cas type, en supposant que le contrevenant est une personne de bonne moralité qui ne possède pas de casier judiciaire. En cas d'agression sexuelle, le juge examine la façon dont l'agression a été commise (par exemple avec violence, ou sous l'effet de menaces ou d'une supercherie), la nature de l'activité sexuelle et, ce qui est fort important, si ce type d'infraction risque de causer un préjudice émotionnel ou psychologique permanent. [TRADUCTION] «[L']élément essentiel [...] d'une agression sexuelle grave est la culpabilité évidente du contrevenant», le [TRADUCTION] «mépris des sentiments et de l'intégrité personnelle de la victime»: *Sandercock, précité*, à la p. 84. L'analyse à ce stade, je le répète, est générale et objective. La tâche du juge consiste alors à déterminer la culpabilité d'un

inquiry at this point is general, it proceeds on certain assumptions. The issue, on harm, is not whether actual trauma occurred, but whether this sort of criminal act would be likely to cause lasting emotional or psychological trauma. As to the offender, it is assumed that the offender is of good character and has no criminal record. See *Sandercock*, *supra*.

60 The exercise of choosing a starting point in this way resembles the long-standing practice of setting a range of sentence as a tool to arrive at a just and appropriate sentence that reflects both the crime and the individual circumstances of the offence and the offender. As Ruby, *supra*, at p. 482, notes, “[i]t certainly is not a new method of sentencing”. The starting point may be viewed as the mid-point in the traditional range of sentences for a particular sort of crime.

61 The choice of a starting point is only — as the phrase makes clear — a starting point. Based as it is on assumptions as to the harm likely to flow from a typical case of the type of criminal act and the good character of the accused, it could not in fairness or principle serve as a final indication of the appropriate sentence in a particular case. As noted in *Sandercock*, *supra*, every case has its own unique characteristics, and every offender his or her own unique history. The goals of sentencing — deterrence, retribution and rehabilitation — play out differently depending on the peculiar concatenation of circumstances presented in each case. In short, the sentence must be individualized to the particular crime and the particular offender before the court. Having determined a starting point, the judge must go on to consider these factors and their effect on the appropriate sentence. The factors peculiar to the particular case and offender before the court may mitigate, resulting in a lower sentence than the typical case reflected by the starting point. Or they may exacerbate, resulting in

contrevenant qui commet le genre d’infraction en cause dans un cas type. Comme l’analyse est générale à ce moment-là, elle repose sur certaines hypothèses. La question qui se pose en ce qui concerne le préjudice est non pas de savoir si un traumatisme réel a été causé, mais si ce genre d’acte criminel risquerait de causer un traumatisme émotionnel ou psychologique permanent. Quant au contrevenant, on présume qu’il est de bonne moralité et qu’il n’a aucun casier judiciaire. Voir *Sandercock*, précité.

Le choix d’un point de départ de cette façon ressemble à la pratique de longue date qui consiste à établir une échelle de peines afin d’arriver à une peine juste et convenable qui reflète à la fois le crime et les circonstances particulières qui l’ont entouré, et la situation personnelle du contrevenant. Comme le fait remarquer Ruby, *op. cit.*, à la p. 482, [TRADUCTION] «[c]e n’est sûrement pas une nouvelle méthode de détermination de la peine». Le point de départ peut être considéré comme étant situé au milieu de l’échelle traditionnelle de peines applicable à un genre particulier de crime.

Le choix d’un point de départ est seulement — comme l’expression l’indique clairement — un point de départ. Étant donné qu’il repose sur des hypothèses quant au préjudice qui risque de résulter d’un cas type d’acte criminel et de la bonne moralité de l’accusé, il ne pourrait pas en toute équité ou en principe servir d’indice final de la peine convenable dans un cas particulier. Comme on l’a fait remarquer dans l’arrêt *Sandercock*, précité, chaque cas a ses propres caractéristiques et chaque contrevenant a ses propres antécédents. Les objectifs de la détermination de la peine — dissuasion, châtiment et réhabilitation — jouent un rôle différent selon l’enchaînement particulier des circonstances présentes dans chaque cas. Bref, la peine doit être individualisée en fonction du crime reproché et du contrevenant qui comparaît devant le tribunal. Après avoir établi un point de départ, le juge doit examiner ces facteurs et leur effet sur la peine convenable. Les facteurs propres au cas particulier et au contrevenant qui comparaît devant le tribunal peuvent avoir un effet atténuant, entraînant

a higher sentence than would prevail in the typical case.

(2) Why Was the Starting-Point Approach Developed?

The starting-point approach was developed as a way of incorporating into the sentencing process the dual perspectives of the seriousness of the offence and the need to consider the individual circumstances of the offender. It represents a restatement of the long-standing practice of sentencing judges of beginning by considering the range of sentence that has been posed for similar criminal acts followed by consideration of factors peculiar to the case and offender before them.

Despite the common practice of first determining a range and then individualizing the sentence, the jurisprudence dealing with the proper approach to sentencing is not as clear as might be desired. Professor A. Young, *The Role of an Appellate Court in Developing Sentencing Guidelines* (1988), a report written for the Canadian Sentencing Commission, offers a useful history of sentencing theory in Canada and the failure of the courts to adequately meet the challenge of devising a principled and consistent approach to sentencing.

Appellate review of sentences was initiated only in 1921, explaining the absence of long-standing principles to guide trial judges. Prior to 1921, trial judges gave the sentence they saw fit and that was the end of the matter. Nor, in the years after 1921, were the courts instrumental "in designing relevant sentencing principles to assist lower-courts . . . Only in recent years have the appellate courts begun to express dissatisfaction with the impressionistic nature of sentencing decisions" (Young, *supra*, at p. 6). The maxim "Let the punishment fit the crime" might rule on Gilbert and Sullivan's

ainsi une peine moindre que le cas type reflété par le point de départ. Ou encore ils peuvent avoir un effet aggravant, entraînant ainsi une peine plus sévère que celle qui serait infligée dans le cas type.

(2) Pourquoi a-t-on conçu la méthode du point de départ?

La méthode du point de départ a été conçue afin d'incorporer dans le processus de détermination de la peine le double aspect de la gravité de l'infraction et de la nécessité de tenir compte de la situation personnelle du contrevenant. Elle représente une reformulation de la pratique de longue date des juges chargés de prononcer les peines, qui consiste à tenir compte d'abord de l'échelle de peines qui a été établie pour des actes criminels analogues, et ensuite des facteurs propres à l'affaire dont ils sont saisis et au contrevenant qui comparait devant eux.

Malgré la pratique courante qui consiste d'abord à établir une échelle et ensuite à individualiser la peine, la jurisprudence portant sur la bonne façon d'aborder la détermination de la peine n'est pas aussi claire qu'on pourrait le souhaiter. Dans son rapport préparé pour la Commission canadienne sur la détermination de la peine et intitulé *Élaboration de lignes directrices en matière de la détermination de la peine: le rôle d'une cour d'appel* (1988), le professeur A. Young fait un historique utile de la théorie de la détermination de la peine au Canada et du défaut des tribunaux de relever convenablement le défi de concevoir une méthode de détermination de la peine qui soit cohérente et fondée sur des principes.

Le contrôle en appel des peines a commencé seulement en 1921, ce qui explique l'absence de principes de longue date dont les juges du procès pourraient s'inspirer. Avant 1921, les juges du procès imposaient la peine qu'ils estimaient convenable, et l'affaire s'arrêtait là. Au cours des années qui ont suivi 1921, les tribunaux n'ont pas contribué non plus «à l'élaboration de principes de détermination de la peine destinés à aider les tribunaux inférieurs [. . .] Ce n'est qu'au cours des dernières années que les cours d'appel ont commencé à exprimer leur mécontentement à l'égard de la

62

63

64

stage, but in the courts the theme was “that the punishment should fit the offender” (Young, at p. 8). Precedents and theory played little part in the sentencing process. “In a sentencing model based upon the primacy of the individual there is little need for precedents that can extend beyond the characteristics of the offender in any given case” (Young, at p. 8). The Saskatchewan Court of Appeal (*R. v. Natanson* (1927), 49 C.C.C. 89) put the conventional wisdom this way (at p. 90):

It would be impossible, and if possible it would be undesirable to lay down any general rule as to the punishment to be inflicted for any particular class of offence. Every case must be dealt with on its own facts and circumstance[s].

Similarly, in *R. v. Connor and Hall* (1957), 118 C.C.C. 237, the Ontario Court of Appeal opined (at p. 238):

It serves little useful purpose and affords little assistance to the Court to know what sentences have been imposed in other countries or jurisdictions or by other Courts.

65 The traditional notion that sentencing is primarily a matter of impression for the sentencing judge and only secondarily a matter of principle began to be questioned by the courts in the mid-60s. Behind the challenge lay increasing recognition that some measure of uniformity was essential in a sentencing process that not only was just, but was perceived to be just. In *R. v. Baldhead*, [1966] 4 C.C.C. 183 (Sask. C.A.), it was held that a sentence could be reviewed if it represented “a marked departure from the sentences customarily imposed in the same jurisdiction for the same or similar crimes” (p. 187).

66 *Baldhead* did no more than confer judicial respectability on an emerging general consensus that the law should award similar sentences for similar crimes, subject to adjustment for factors peculiar to each case. Sentences may properly vary

nature subjective des décisions relatives à la peine» (Young, *op. cit.*, à la p. 7). La maxime voulant que le châtement soit adapté au crime pouvait s’appliquer dans un contexte théâtral, mais devant les tribunaux, il fallait que «la peine [soit] adaptée au contrevenant» (Young, à la p. 8). Les précédents et la théorie n’ont pas joué un grand rôle dans le processus de détermination de la peine. «Dans un modèle de détermination des peines axé sur la personne, il n’est pas vraiment nécessaire de s’appuyer sur des précédents qui ne se limitent pas aux seules caractéristiques du contrevenant» (Young, à la p. 8). La Cour d’appel de la Saskatchewan expose ainsi l’opinion stéréotypée, dans *R. c. Natanson* (1927), 49 C.C.C. 89, à la p. 90:

[TRADUCTION] Il ne serait pas possible et, si ce l’était, il ne serait pas souhaitable, d’établir une règle générale quant au châtement à infliger pour une catégorie particulière d’infractions. Il faut traiter chaque cas selon ses propres faits et circonstances.

De même, dans l’arrêt *R. c. Connor and Hall* (1957), 118 C.C.C. 237, la Cour d’appel de l’Ontario exprime l’avis suivant, à la p. 238:

[TRADUCTION] Il ne sert à peu près à rien à la cour de savoir quelles peines ont été infligées dans d’autres pays ou ressorts ou par d’autres tribunaux.

L’idée traditionnelle que la détermination de la peine est surtout une question d’impression pour le juge qui l’inflige et seulement accessoirement une question de principe a commencé à être mise en doute par les tribunaux au milieu des années 60. Derrière le défi, il y a la reconnaissance croissante du fait qu’une certaine uniformité s’imposait dans un processus de détermination de la peine qui non seulement était juste mais encore était perçu comme tel. Dans l’arrêt *R. c. Baldhead*, [1966] 4 C.C.C. 183 (C.A. Sask.), il a été jugé qu’une peine était susceptible de contrôle si elle représentait une [TRADUCTION] «dérogation marquée aux peines infligées habituellement dans le même ressort pour le même crime ou un crime semblable» (p. 187).

L’arrêt *Baldhead* n’a fait que conférer une respectabilité judiciaire à un consensus général émergent selon lequel la loi devrait prévoir des peines similaires pour des crimes similaires, sous réserve d’adaptation en fonction des facteurs propres à

somewhat from case to case to reflect factors peculiar to the particular act and offender on trial. But it affronts common-sense notions of justice if people who have committed the same criminal act receive wildly disparate sentences. It is neither fair nor just that one person languish in prison years after another, who committed a similar act, is released to liberty. *Baldhead* expressed the growing view that a measure of uniformity, tempered but not obliterated by considerations particular to each case, must stand as a fundamental goal of sentencing law.

Many courts since *Baldhead* have embraced the objective of uniformity as a factor to be considered in sentencing. However, the relationship between the goal of sentencing uniformity and the goal of reflecting in a sentence the circumstances of the particular case and offender remained largely ill-defined up until the jurisprudence advocating a starting-point approach. Alongside decisions advocating the need for a measure of uniformity, stand other decisions evincing reluctance to commit it to principle. As Young, *supra*, puts it: "The courts have not wholly embraced the notion of uniformity for fear that broad, general principles will fail to take into account the unique characteristics of every offender" (pp. 9-10). By contrast, the starting-point approach represents an attempt to marry in one sentencing principle the values of uniformity and individualization.

It was no accident that the starting-point approach was eventually applied in the context of the crime of sexual assault. The wide spectrum of conduct embraced by the crime of "sexual assault" and the disparate views different judges may take with respect to the gravity of particular types of sexual assaults give rise to wide variations in sentences for offences that seem quite similar. See P. Marshall, "Sexual Assault, The Charter and

chaque cas. Les peines peuvent bien varier quelque peu d'un cas à l'autre afin de refléter des facteurs propres à l'acte et au contrevenant qui font l'objet du procès. Mais il ira à l'encontre des notions de justice fondées sur le bon sens que des gens qui ont commis le même acte criminel reçoivent des peines complètement différentes. Il n'est ni juste et ni équitable qu'une personne languisse en prison pendant des années alors qu'une autre, qui a commis un acte similaire, a été remise en liberté. L'arrêt *Baldhead* exprimait l'opinion de plus en plus répandue qu'une certaine uniformité, modérée mais non réduite à néant par des considérations propres à chaque cas, doit constituer un objectif fondamental du droit relatif à la détermination de la peine.

Depuis l'arrêt *Baldhead*, bien des tribunaux ont adopté l'objectif d'uniformité comme facteur à prendre en considération en déterminant la peine. Toutefois, le lien entre l'objectif d'uniformité en matière de détermination de la peine et celui d'infliger une peine qui reflète les circonstances d'un cas particulier et la situation d'un contrevenant restait, dans une large mesure, mal défini avant la jurisprudence préconisant une méthode du point de départ. À côté des décisions qui préconisent le besoin d'une certaine uniformité, il y a d'autres décisions qui traduisent une hésitation à l'ériger en principe. Comme le dit Young, *op. cit.*: «Les tribunaux ne se sont pas entièrement ralliés à la notion de l'uniformité par crainte que l'existence de principes généraux ne permette pas de tenir compte de la situation propre à chaque contrevenant» (p. 10). Par contre, la méthode du point de départ représente une tentative de fondre les valeurs d'uniformité et d'individualisation en un seul principe de détermination de la peine.

Ce n'est pas par hasard que la méthode du point de départ a fini par être appliquée dans le contexte du crime d'agression sexuelle. La vaste gamme d'actes visés par le crime d'«agression sexuelle» et les opinions disparates que différents juges peuvent adopter au sujet de la gravité de types particuliers d'agressions sexuelles entraînent des fluctuations importantes dans les peines infligées pour des infractions qui semblent tout à fait similaires.

Sentencing Reform” (1988), 63 C.R. (3d) 216. Depending on where a particular judge placed a particular type of sexual assault on the spectrum of severity and the seriousness with which he or she regarded that assault, a sentence might be high or low or anywhere in between. The disparities between sentences threatened to go beyond the legitimate area of divergence represented by the individual circumstances of a particular offender and offence, to a more generalized divergence based on judicial views of the seriousness of the offence. This called for judicial action. As the Manitoba Court of Appeal put it in *R. v. Jourdain and Kudyba* (1958), 121 C.C.C. 82, at p. 87:

It is the duty not only of this Court but of all the Courts of the Province and the Crown to do whatever is possible to bring about uniformity and equalization of sentences for crimes of the same or similar gravity.

The response of courts, charged as they were with maintaining reasonable uniformity of sentences, was to introduce the concept of the “starting point”.

(3) In What Jurisdictions Has the Starting-Point Approach Been Adopted?

69

The Courts of Appeal for Alberta, Nova Scotia (*R. v. Zong* (1986), 173 A.P.R. 432), Manitoba (*R. v. Muswagon* (1993), 88 Man. R. (2d) 319), British Columbia (*R. v. Post* (1996), 72 B.C.A.C. 312) and Saskatchewan (*R. v. Jackson* (1993), 87 C.C.C. (3d) 56) have applied the starting-point approach to sentencing to deal with marked disparities in sentences for certain crimes. The Ontario Court of Appeal in *R. v. Glassford* (1988), 27 O.A.C. 194 explicitly rejected the starting-point approach to sentencing articulated in *Sandercock, supra*. However, that same court has recently adopted the approach in narcotics cases. See *R. v. Cunningham* (1996), 104 C.C.C. (3d) 542.

Voir P. Marshall, «Sexual Assault, The Charter and Sentencing Reform» (1988), 63 C.R. (3d) 216. Selon l'endroit où un juge a situé un type particulier d'agression sexuelle dans l'échelle de la gravité, et le sérieux avec lequel il a considéré cette agression, une peine pourrait être sévère ou légère, ou n'importe où entre les deux. Les écarts entre les peines menaçaient d'aller au-delà du domaine légitime de divergence représenté par la situation personnelle d'un contrevenant et les circonstances d'une infraction, jusqu'à une divergence plus généralisée fondée sur des perceptions judiciaires de la gravité de l'infraction. Cela exigeait que les tribunaux agissent. Comme la Cour d'appel du Manitoba l'a dit dans l'arrêt *R. c. Jourdain and Kudyba* (1958), 121 C.C.C. 82, à la p. 87:

[TRADUCTION] Il est du devoir non seulement de notre cour mais encore de tous les tribunaux de la province et du ministère public de faire tout leur possible pour réaliser l'uniformité et l'égalisation des peines pour des crimes d'une gravité identique ou similaire.

Les tribunaux, qui étaient chargés de maintenir une uniformité raisonnable en matière de peines, ont réagi en établissant la notion du «point de départ».

(3) Dans quels ressorts a-t-on adopté la méthode du point de départ?

La Cour d'appel de l'Alberta, celle de la Nouvelle-Écosse (*R. c. Zong* (1986), 173 A.P.R. 432), celle du Manitoba (*R. c. Muswagon* (1993), 88 Man. R. (2d) 319), celle de la Colombie-Britannique (*R. c. Post* (1996), 72 B.C.A.C. 312) et celle de la Saskatchewan (*R. c. Jackson* (1993), 87 C.C.C. (3d) 56) ont appliqué la méthode du point de départ en matière de détermination de la peine afin d'éliminer les disparités marquées des peines infligées pour certains crimes. Dans l'arrêt *R. c. Glassford* (1988), 27 O.A.C. 194, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté expressément la méthode du point de départ en matière de détermination de la peine, qui a été formulée dans l'arrêt *Sandercock*, précité. Cependant, cette même cour a adopté récemment cette méthode dans des affaires de stupéfiants. Voir *R. c. Cunningham* (1996), 104 C.C.C. (3d) 542.

In addition to the Canadian examples, the English Court of Appeal also appears to have adopted this approach. In *R. v. Edwards; R. v. Brandy*, the English Court of Appeal, Criminal Division, suggested that “[a]n appropriate level of sentencing for serious dwelling house burglary where the house was unoccupied was three years on a conviction, with variations either way to reflect the particular circumstances of the case” (*The Times*, July 1, 1996). In fact, it appears that the starting-point concept is not of recent origin in England. Cross, *The English Sentencing System* (2nd ed. 1975), states at p. 148:

The statement of 1900 is contained in a Memorandum produced by Lord Alveston (the then Lord Chief Justice) in an effort to get agreement among the Queen’s Bench Judges about the normal punishment of offences. It was sent to the Home Office and no further action appears to have been taken on it; but it is now printed as Appendix 5 of *Enforcing the Law* by Professor Jackson of Cambridge. The Memorandum states that it is not possible to do more than recommend “a range of punishments within certain limits” and throughout it speaks of periods such as three to five years penal servitude as the “correct range”. When dealing with rape, for instance, the Memorandum mentions five to seven years penal servitude as giving:

“a reasonable range of punishment to be increased if there are accompanying circumstances of aggravation, such, for example, as rape by a gang or by a parent or master, or with brutal violence, and to be reduced if there are extenuating circumstances.”

The Australian courts appear to follow a similar approach. In *R. v. Jabaltjari* (1989), 46 A. Crim. R. 47, the Court of Criminal Appeal (Northern Territory) did not interfere with the trial judge’s approach described as follows: “Having fixed on the objective sentence his Honour then made appropriate adjustments downward to give effect to the mitigating circumstances personal to the respondent” (p. 64). Although the approach is referred to by the Court as the “tariff” approach, it seems to be identical to the starting-point approach.

70
Outre les exemples canadiens, la Cour d’appel d’Angleterre paraît également avoir adopté cette méthode. Dans l’arrêt *R. c. Edwards; R. c. Brandy*, la Section criminelle de la Cour d’appel d’Angleterre a laissé entendre [TRADUCTION] «[qu’i]l convenait d’infliger, à une personne déclarée coupable de vol grave par effraction dans une maison d’habitation inhabitée, une peine de trois ans susceptible de varier à la hausse ou à la baisse selon les circonstances de l’affaire» (*The Times*, 1^{er} juillet 1996). En fait, la notion du point de départ ne semble pas dater d’hier en Angleterre. Dans *The English Sentencing System* (2^e éd. 1975), Cross dit, à la p. 148:

[TRADUCTION] La déclaration de 1900 figure dans un mémoire présenté par lord Alveston (le lord juge en chef de l’époque) dans l’espoir que les juges du Banc de la Reine s’entendent au sujet de la sanction normale des infractions. Il a été transmis au Home Office et on ne semble pas y avoir donné suite; mais il est maintenant publié en tant qu’annexe 5 de l’ouvrage du professeur Jackson de Cambridge, intitulé *Enforcing the Law*. Il est dit dans le mémoire qu’il n’est pas possible de faire plus que de recommander «une échelle limitée de peines», et tout au long on y parle de périodes de trois à cinq ans de travaux forcés comme constituant l’«échelle convenable». En ce qui concerne le viol, par exemple, le mémoire mentionne que des périodes de cinq à sept ans de travaux forcés constituent:

«une échelle raisonnable de peines qui doivent être augmentées s’il y a des circonstances aggravantes, comme, par exemple, dans le cas d’un viol commis par une bande de gens ou par un parent ou un maître, ou avec brutalité, et qui doivent être réduites s’il y a des circonstances atténuantes.»

71
Les tribunaux australiens paraissent appliquer une méthode similaire. Dans l’arrêt *R. c. Jabaltjari* (1989), 46 A. Crim. R. 47, la Court of Criminal Appeal (Territoire du Nord) n’a pas modifié la méthode du juge du procès, décrite ainsi: [TRADUCTION] «Après avoir déterminé la peine objective, son Honneur a effectué les ajustements à la baisse qui convenaient afin de tenir compte de la situation personnelle atténuante de l’intimé» (p. 64). Bien qu’elle soit désignée par la cour comme la méthode du «tableau», cette méthode semble identique à la méthode du point de départ.

(4) Academic Opinion

72 Academic comment appears to favour the starting-point approach. Ruby, *supra*, at pp. 477-78, writes:

Uniformity, to the extent that it is desirable, means uniformity in approach. Acceptance of this principle will minimize the number of cases where wide disparity in sentence exists.

This necessarily implies that "where there is a marked departure from the sentences customarily imposed in the same jurisdiction . . . the appellate Court . . . should be able to rationalize the reason for departure."

73 Having noted the need for a measure of uniformity in sentencing, Ruby expressly endorses the move to starting points for sentencing (at pp. 481-82):

[The approach] may have autocratic aspects, one suspects, but the approach may be helpful. It certainly is not a new method of sentencing, and it is quite likely to produce a proper sentence. We are seeing no more than a court deciding to take seriously the accepted notion that what is required is a uniform approach to sentencing.

74 Others who have studied sentencing likewise conclude that it is desirable that the courts, and if necessary Parliament, develop principles to promote greater uniformity in sentencing. The 1987 Report of the Canadian Sentencing Commission, *Sentencing Reform: A Canadian Approach*, went beyond guidelines imposed by courts of appeal to recommend legislated sentencing guidelines. Such guidelines, the Commission was at pains to point out, must be "distinguished from a form of mandatory prescription". Judges can and should depart from even legislated guidelines in appropriate cases. See Chapter 11, at pp. 271-72. The Com-

(4) L'opinion des auteurs de doctrine

Les auteurs de doctrine semblent préférer la méthode du point de départ. Ruby, *op. cit.*, écrit, aux pp. 477 et 478:

[TRADUCTION] L'uniformité, dans la mesure où elle est souhaitable, s'entend de l'uniformité de la méthode suivie. L'acceptation de ce principe réduira au minimum le nombre d'affaires où il existera une grande disparité dans les peines infligées.

Cela implique nécessairement que «lorsqu'il y a dérogation marquée aux peines infligées habituellement dans le même ressort [. . .] la cour d'appel [. . .] devrait pouvoir trouver une explication logique à cette dérogation».

Après avoir souligné le besoin d'une certaine uniformité dans la détermination de la peine, Ruby approuve expressément le recours à des points de départ pour déterminer les peines (aux pp. 481 et 482):

[TRADUCTION] [La méthode] peut comporter des aspects autocratiques, on s'en doute, mais elle peut être utile. Ce n'est sûrement pas une nouvelle méthode de détermination de la peine, et il est fort probable qu'elle produira une peine appropriée. Il s'agit seulement d'un tribunal qui décide de prendre au sérieux l'idée reconnue que ce qu'il faut, c'est une façon uniforme d'aborder la détermination de la peine.

D'autres auteurs qui ont étudié la question de la détermination de la peine concluent eux aussi qu'il est souhaitable que les tribunaux et, si nécessaire, le législateur fédéral, établissent des principes qui favoriseront l'établissement d'une plus grande uniformité en matière de détermination de la peine. Le rapport de 1987 de la Commission canadienne sur la détermination de la peine, *Réformer la sentence: une approche canadienne*, est allé au-delà des lignes directrices imposées par les cours d'appel pour recommander l'établissement par le législateur de lignes directrices en matière de détermination de la peine. La Commission n'a pas ménagé ses efforts pour souligner qu'il faut «établir une distinction entre [cette] notion de ligne directrice et celle de prescription obligatoire». Les juges peuvent et devraient, lorsque cela est indiqué, déroger même à des lignes directrices établies par le législateur. Voir le chapitre 11, aux pp. 297 et 298. La

mission's recommendation for guidelines has been welcomed: see Marshall, *supra*, at p. 222.

Young, *supra*, likewise advocates the development of doctrine to ensure a greater measure of uniformity and consistency in sentencing. Referring to judicial attempts to do so, he writes (at p. 98):

Efforts have been made to introduce these various measures; however, their introduction has been impeded by a lack of commitment to the importance of the enterprise. The discussion presented in this paper clearly shows that the appellate courts have been irresolute in their efforts. Perhaps the appellate courts have been discouraged by the recognition that their modest efforts have been largely disregarded by the lower courts. For whatever reason, we are left with a process that cannot answer with any certainty why it is that one offender receives a non-custodial term and another similarly-situated offender is subject to a term of imprisonment.

Young goes on (at pp. 98-99):

There is general agreement that the criminal justice system has failed to remedy manifest inequities in the sentencing process . . . [A] solution is not beyond the institutional competence of the judiciary; they possess the requisite expertise and familiarity with the issues to enable them to develop coherent and consistent guidelines.

A. M. Linden, in "A Fresh Approach to Sentencing in Canada", in H. Dumont, ed., *Sentencing* (1987), 53, writes at p. 56:

The most serious problem with our current system is the disparity in treatment it actively promotes. Substantially similar crimes may give rise to widely, and wildly [*sic*], differing sentences. This disparity, or lack of equality, commands particular attention with the coming into force of the equality rights provisions of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Linden then goes on to advocate in favour of a guidelines approach to sentencing that involves setting benchmarks which can vary depending on aggravating or mitigating factors.

recommandation de la Commission visant l'établissement de lignes directrices a été bien accueillie: voir Marshall, *loc. cit.*, à la p. 222.

Young, *op. cit.*, préconise lui aussi l'établissement d'une règle visant à assurer plus d'uniformité et de cohérence dans la détermination de la peine. Au sujet des efforts déployés à cette fin par les tribunaux, il écrit (à la p. 106):

Les cours d'appel se sont efforcées de mettre ces diverses mesures en application; toutefois, cette tâche a été entravée par le peu d'importance que l'on attache à cette entreprise. Le présent document laisse clairement voir que les cours d'appel sont restées irrésolues dans leurs efforts. Peut-être ont-elles été découragées du fait que les tribunaux inférieurs n'ont pas tenu compte des efforts qu'elles ont déployés? Quelle qu'en soit la raison, la situation actuelle ne permet pas de déterminer avec certitude pourquoi un contrevenant se voit infliger une peine autre que l'emprisonnement dans un cas donné, alors qu'un autre, dont le cas est analogue, se voit obligé de purger une telle peine.

Young ajoute (à la p. 106):

On s'entend généralement pour dire que le système pénal n'a pas réussi à remédier aux inéquités (*sic*) manifestes du processus de détermination de la peine. [. . .] [L]es tribunaux ont la compétence voulue pour trouver une solution; ils possèdent les connaissances techniques et sont suffisamment au courant des problèmes pour élaborer des lignes directrices cohérentes et uniformes.

Dans l'étude «Une nouvelle perspective en matière de détermination de la peine», publiée dans H. Dumont, dir., *La détermination de la peine* (1987), 53, A. M. Linden écrit, à la p. 56:

[TRADUCTION] Le problème le plus grave que pose notre système actuel est la disparité de traitement qu'il encourage activement. Des crimes essentiellement similaires peuvent donner lieu à des peines extrêmement divergentes. Cette disparité, ou absence d'égalité, commande une attention particulière avec l'entrée en vigueur des dispositions relatives aux droits à l'égalité de la Charte canadienne des droits et libertés.

Linden préconise ensuite une méthode de détermination de la peine, fondée sur des lignes directrices, qui comporte l'établissement de points de repère susceptibles de varier en fonction de l'existence de facteurs aggravants ou atténuants.

77 The development of the starting-point approach at issue on this appeal may be seen as an attempt to resolve the tension between individual sentencing and the need for greater uniformity and consistency in sentencing in one area of the criminal law, the offence of sexual assault.

(5) The Arguments Against a Starting-Point Approach

78 The starting-point approach appears to meet both the requirements of uniformity and consistency in sentencing and individualized justice. It presents itself as a positive step toward a more rational approach to sentencing which the public and commentators alike have called for. Nevertheless, the appellant argues that this Court should reject it, a view accepted by Sopinka J. I turn then to the arguments against the starting-point approach.

(a) *The Argument that the Starting-Point Approach Fetters Judicial Discretion to Impose Individualized Sentences*

79 It is argued that the starting-point approach to sentencing fetters the sentencing judge's discretion and is thus contrary to the fundamental principle of justice that sentences must be individualized to the circumstances of the offender. In my view, the starting-point approach facilitates, rather than hinders, the proper exercise of judicial discretion and the individualization of sentences. The starting point is only the beginning of the sentencing exercise. Having fixed the starting point, the judge is obliged to consider aggravating or mitigating factors. As stated in *Sandercock, supra*, the approach "does not arbitrarily confine the discretion of the sentencing court. Rather, it offers a rational structure for its exercise, and a structure which is just because it guards against both disparity and inflexibility" (p. 82).

L'établissement de la méthode du point de départ en cause dans le présent pourvoi peut être considéré comme une tentative d'éliminer la tension entre la détermination d'une peine individualisée et le besoin d'une plus grande uniformité et cohérence en matière de détermination de la peine dans le domaine du droit criminel que représente l'infraction d'agression sexuelle.

(5) Les arguments contre la méthode du point de départ

La méthode du point de départ paraît satisfaire aux exigences d'uniformité et de cohérence en matière de détermination de la peine, et de justice individualisée. Elle se présente comme une étape positive vers une méthode de détermination de la peine plus rationnelle réclamée par le public et les commentateurs. Néanmoins, l'appelant soutient que notre Cour devrait la rejeter, et le juge Sopinka est du même avis. Je passe maintenant aux arguments contre la méthode du point de départ.

a) *L'argument voulant que la méthode du point de départ entrave le pouvoir discrétionnaire des tribunaux d'infliger des peines individualisées*

On soutient que la méthode du point de départ en matière de détermination de la peine entrave le pouvoir discrétionnaire du juge qui inflige la peine et contrevient ainsi au principe fondamental de justice selon lequel les peines doivent être individualisées en fonction de la situation du contrevenant. À mon avis, la méthode du point de départ facilite, plutôt que de gêner, l'exercice adéquat du pouvoir discrétionnaire du juge et l'individualisation des peines. Le point de départ n'est que le commencement du processus de détermination de la peine. Après avoir fixé le point de départ, le juge doit tenir compte des facteurs aggravants ou atténuants. Comme on l'affirme dans l'arrêt *Sandercock*, précité, cette méthode [TRADUCTION] «ne limite pas arbitrairement le pouvoir discrétionnaire du tribunal chargé d'infliger la peine. Elle établit plutôt une structure rationnelle pour son exercice, et une structure qui est juste parce qu'elle protège à la fois contre la disparité et la rigidité» (p. 82).

A properly chosen starting point does not fetter discretion, but confines it to legitimate considerations. The fact that judges must give reasons for departing upward or downward from the starting point helps to ensure that all relevant personal considerations are canvassed. Judicial discretion remains, but it is less susceptible to exercise on irrelevant or ill-thought-out factors. In short, the starting-point approach does not prevent the judge from considering all relevant personal factors. Rather, it provides a structure which helps to ensure that they are considered and given their proper weight.

(b) *Section 7 of the Charter and the Burden of Proof*

Section 7 guarantees that a person may not be deprived of liberty except in accordance with the principles of fundamental justice. One of these principles is said to be the obligation on the Crown to establish a basis for severe punishments. It is argued that the selection of a starting point relieves the Crown of this obligation and forces the accused to prove that he or she is entitled to a lesser punishment.

The starting-point approach, properly applied, does not relieve the Crown of its burden of establishing the appropriateness of severe punishments. Before the sentencing process begins, the Crown must have established that the accused is guilty of the offence charged. The Crown must then go on, if it has not already done so, to establish circumstances of the offence bringing it within the category of offence meriting a particular starting point. This is another way of saying that the Crown must establish that the offence in all the circumstances falls within a particular range. This fixes the starting point. In order to obtain a harsher sentence, the Crown must establish aggravating circumstances. On the other hand, if mitigating factors are revealed, the sentence will be reduced from the starting point.

Un point de départ choisi adéquatement n'entrave pas le pouvoir discrétionnaire, mais le limite à des considérations légitimes. Le fait que les juges doivent motiver la dérogation, à la hausse ou à la baisse, à ce point de départ permet d'assurer que toutes les considérations personnelles pertinentes seront examinées à fond. Le pouvoir discrétionnaire du juge demeure, mais il est moins susceptible d'être exercé en fonction de facteurs non pertinents ou mal considérés. Bref, la méthode du point de départ n'empêche pas le juge de prendre en considération tous les facteurs personnels pertinents. Au contraire, elle établit une structure qui permet d'assurer qu'ils seront pris en considération et bien évalués.

b) *L'article 7 de la Charte et le fardeau de la preuve*

L'article 7 garantit qu'il ne peut être porté atteinte à la liberté d'une personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. L'un de ces principes, dit-on, est l'obligation du ministère public de justifier les châtimements sévères. On fait valoir que le choix d'un point de départ dégage le ministère public de cette obligation et force l'accusé à prouver qu'il a droit à un châtimement moindre.

Bien appliquée, la méthode du point de départ ne dégage pas le ministère public du fardeau qui lui incombe d'établir qu'il convient d'infliger des châtimements sévères. Avant que le processus de détermination de la peine commence, le ministère public doit avoir établi que l'accusé est coupable de l'infraction reprochée. Le ministère public doit ensuite établir, s'il ne l'a pas déjà fait, l'existence des circonstances de l'infraction qui la font tomber dans la catégorie des infractions méritant un point de départ donné. C'est une autre façon de dire que le ministère public doit établir que, compte tenu de toutes les circonstances, l'infraction se situe dans une échelle particulière. Cela fixe le point de départ. Pour obtenir une peine plus sévère, le ministère public doit établir l'existence de circonstances aggravantes. Par ailleurs, s'il y a des facteurs atténuants, la peine infligée sera inférieure au point de départ.

80

81

82

(c) *The Principle that the Punishment Should Be the Least in the Circumstance*

83

The answer to this argument is that the starting point, appropriately selected, is the least punishment for the circumstances which usually attend a particular type of offence, on the assumption that the accused is a person of good character with no criminal record. If the accused's character is even better than might be supposed or if there are other factors supporting a lesser sentence, the accused will receive a lesser sentence. On the other hand, if the Crown proves that the accused's character is worse than might be supposed, that he has a significant criminal record, or that other exacerbating facts exist, it may be increased. In all cases, the final sentence will be the least that is appropriate in the circumstances.

(d) *The Argument that a Starting Point for Major Sexual Assault Constitutes Impermissible Judicial Legislation*

84

The *Criminal Code* creates no offence of major sexual assault. It creates a single offence of sexual assault which embraces conduct ranging from a grazing touch or quick kiss to the most serious forms of violent rape. In order to give guidance to sentencing judges, the Alberta Court of Appeal divided the vast global offence of sexual assault into two types, minor and major. Major sexual assault, defined in terms of an affront serious enough to make lasting emotional or psychological injury likely, attracts a starting point of three years. The appellant argues that this amounts to judicial legislation of a new offence — major sexual assault — with a penalty of three years imprisonment. This, he asserts, lies beyond the power of the courts. Only Parliament can legislate new offences.

85

This argument ignores the fact that crimes defined by the *Criminal Code* invariably cover a range of acts of varying degrees of seriousness in

c) *Le principe voulant que le châtement soit le moins sévère dans les circonstances*

La réponse à cet argument est que le point de départ, bien choisi, représente le châtement le moins sévère eu égard aux circonstances dans lesquelles un type particulier d'infraction est habituellement commis, en supposant que l'accusé est une personne de bonne moralité qui n'a pas de casier judiciaire. Si la moralité de l'accusé est même meilleure qu'on pourrait le supposer ou s'il y a d'autres facteurs justifiant une peine moindre, il se verra infliger une peine moindre. Par contre, si le ministère public prouve que la moralité de l'accusé est pire qu'on pourrait le supposer, qu'il possède un lourd casier judiciaire ou qu'il existe d'autres faits aggravants, la peine peut être accrue. Dans tous les cas, la peine finale sera la moins sévère qui convient dans les circonstances.

d) *L'argument voulant qu'un point de départ constitue une règle de droit prétorien inacceptable dans le cas d'une agression sexuelle grave*

Le *Code criminel* ne crée aucune infraction d'agression sexuelle grave. Il crée une seule infraction d'agression sexuelle qui vise tout acte allant de l'effleurement ou du baiser rapide jusqu'aux formes les plus graves de viol avec violence. Afin de guider les juges qui infligent les peines, la Cour d'appel de l'Alberta a divisé la grande infraction générale d'agression sexuelle en deux catégories, à savoir l'agression sexuelle sans gravité et l'agression sexuelle grave. Dans le cas de l'agression sexuelle grave, définie comme étant une atteinte assez grave pour qu'il y ait risque de préjudice émotionnel ou psychologique permanent, le point de départ est de trois ans. L'appelant soutient que cela équivaut à une règle de droit prétorien qui crée une nouvelle infraction — l'agression sexuelle grave — assortie d'une peine de trois ans d'emprisonnement. Cela, affirme-t-il, excède le pouvoir des tribunaux. Seul le législateur fédéral peut créer de nouvelles infractions.

Cet argument ne tient pas compte du fait que les crimes définis par le *Code criminel* visent immanquablement une gamme d'actes dont la gravité

terms of the harm they are likely to cause to the victim, attracting a range of sentences of varying degrees of severity. Consider, for example, the offence of theft. Theft may be so small as to be trivial — for example, the taking of a quarter from the landlady's change purse. Or it may be serious — for example, stealing millions of dollars from innocent investors. The courts properly fashion different sentences according to the different degrees of seriousness of the theft. They do not thereby create new offences. To meet just this problem, the *Criminal Code* typically provides a wide range in which the sentence for a particular offence may fall. It has done so in the case of sexual assault. The *Criminal Code* offence anticipates and provides for the fact that courts will find some violations more serious than others and impose higher or lower sentences accordingly. The starting-point approach, as indicated earlier, is merely a variation on the traditional concept of ranges of sentence for particular types of criminal acts. To recognize a certain type of act as being serious or major, and hence, in the typical case, attracting a sentence in a particular range, is not to create a new crime. It is only to recognize what no one would deny — that a given category of crime as defined by the *Criminal Code* is capable of embracing a wide variety of conduct, some more heinous and hence deserving of harsher punishment than others.

Nevertheless, it is argued, the Court of Appeal possesses no power to lay down a "minimum" sentence of three years for a certain type of conduct. The answer to this objection is that the Court of Appeal has not laid down a minimum sentence. It has set a starting point, nothing more. The sentencing judge may move the sentence down from the starting point if the circumstances support a lesser sentence, just as he or she may move it up. The starting point says no more than this: in a typical case, with an offender of good character and no criminal record, this would be an appropriate sentence. To say this is not to tread on the exclu-

varie selon le préjudice qu'ils risquent de causer à la victime, et qui sont assortis d'une gamme de peines plus ou moins sévères. Prenons l'exemple de l'infraction de vol. Le vol peut être dérisoire au point d'être banal — par exemple, prendre une pièce de vingt-cinq cents dans la bourse de la propriétaire de l'immeuble où on habite. Ou encore il peut être grave — par exemple, voler des millions de dollars à des investisseurs innocents. Les tribunaux infligent à bon droit différentes peines selon la gravité du vol commis. Ils ne créent pas, de ce fait, de nouvelles infractions. Pour régler précisément ce problème, le *Code criminel* établit habituellement une vaste échelle dans laquelle peut se situer la peine applicable à une infraction donnée. C'est ce qu'il a fait dans le cas de l'agression sexuelle. L'infraction figurant au *Code criminel* envisage et prévoit le fait que les tribunaux concluront que certaines violations sont plus graves que d'autres et imposeront en conséquence des peines plus ou moins sévères. La méthode du point de départ, comme nous l'avons déjà vu, constitue simplement une variante de la notion traditionnelle de l'échelle de peines applicable à certains types d'actes criminels. Reconnaître qu'un type d'acte est grave et est donc assorti, dans le cas type, d'une peine située dans une échelle particulière, ne revient pas à créer un nouveau crime. C'est seulement reconnaître ce que personne ne nierait — qu'une catégorie donnée de crimes, définie par le *Code criminel*, peut viser toute une gamme de comportements, dont certains sont plus odieux et méritent donc une sanction plus sévère que d'autres.

Néanmoins, soutient-on, la Cour d'appel n'a pas le pouvoir de fixer une peine «minimale» de trois ans pour un certain type de comportement. La réponse à cette objection est que la Cour d'appel n'a pas fixé de peine minimale. Elle a établi un point de départ, rien de plus. Le juge qui inflige la peine peut infliger une peine inférieure au point de départ si les circonstances le justifient, tout comme il peut en infliger une plus sévère. Le point de départ n'indique rien de plus que ceci: dans un cas type, où le contrevenant est de bonne moralité et n'a pas de casier judiciaire, ce serait une peine convenable. Affirmer cela ne revient pas à empié-

sive legislative domain of Parliament. It is rather to carry out the sentencing mandate that Parliament, in enacting crimes covering a broad variety of conduct accompanied by a broad sentencing range, has imposed on the courts.

(e) *The Vagueness Argument*

87 The appellant argues that over time, the types of conduct included within the term “major sexual assault” has expanded so that what is a major sexual assault is unclear. This means that a person accused of or contemplating sexual assault cannot get clear legal advice on what sort of charge he or she faces. The starting point therefore creates a vague law which fails to delineate the area of risk as required by s. 7 of the *Charter*.

88 The *Charter* catches vagueness at two points. First, a criminal offence may be so vaguely defined that it contravenes s. 7. Second, a legislative or state limit on a right or freedom may be unjustified because it is overbroad. See Professor D. Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (1991), at p. 79. The first concern is at issue here.

89 Lamer J. (as he then was) described the basis for the principle as follows in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1152:

The principl[e] . . . [is] based on the ancient Latin maxim *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* — that there can be no crime or punishment unless it is in accordance with law that is certain, unambiguous and not retroactive. The rationale underlying this principle is clear. It is essential in a free and democratic society that citizens are able, as far as is possible, to foresee the consequences of their conduct in order that persons be given fair notice of what to avoid, and that the discretion of those entrusted with law enforcement is limited by clear and explicit legislative standards . . .

ter sur le domaine législatif exclusif du Parlement. Cela revient plutôt à exécuter le mandat de détermination de la peine que le Parlement a confié aux tribunaux, en édictant des crimes visant une grande diversité de comportements assortis de toute une gamme de peines.

e) *L'argument de l'imprécision*

L'appelant soutient qu'avec le temps les types de comportement que visait l'expression «agression sexuelle grave» ont augmenté au point que l'on ne sait pas clairement ce qu'est une agression sexuelle grave. Cela signifie que la personne qui est accusée d'agression sexuelle ou qui envisage de commettre une telle agression ne peut pas obtenir de conseils juridiques clairs au sujet du genre d'accusation auquel elle s'expose. Le point de départ crée donc une règle imprécise qui ne délimite pas le risque couru, comme l'exige l'art. 7 de la *Charte*.

L'imprécision est visée par la *Charte* à deux endroits. Premièrement, une infraction criminelle peut être définie de manière imprécise au point de contrevenir à l'art. 7. Deuxièmement, une limite imposée à un droit ou à une liberté par le législateur ou par l'État peut être injustifiée du fait qu'elle est trop large. Voir le professeur D. Stuart dans *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (1991), à la p. 79. La première préoccupation est ici en cause.

Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) décrit ainsi le fondement du principe dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1152:

L[e] principl[e] [. . .] [est] fond[é] sur l'ancienne maxime latine *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* — il n'y a de crime ou de peine qu'en conformité avec une loi qui est certaine, sans ambiguïté et non rétroactive. La raison d'être de ce principe est claire. Il est essentiel dans une société libre et démocratique que les citoyens soient le mieux possible en mesure de prévoir les conséquences de leur conduite afin d'être raisonnablement prévenus des conduites à éviter et pour que le pouvoir discrétionnaire des responsables de l'application de la loi soit limité par des normes législatives claires et explicites . . .

In my view, this principle does not assist the appellant. First, the principle applies to the question of what conduct is criminalized. It neither has nor should be applied to sentencing ranges. The protection against vague criminal legislation entitles a person to know what the prohibited conduct is and the type of sentence it may attract. We have been referred to no authority extending the principle to require certainty within a given sentencing range. To condone such an extension would be unwise, in my view. The *Criminal Code* contains hundreds of offences with wide penalty ranges. To hold that the law must describe with certainty the precise sentence which particular conduct may attract would be to render all these laws subject to attack on the ground that they are too vague. In place of the existing regime of broadly defined offences with broad ranges of sentences, Parliament would be compelled to legislate thousands of precise crimes attaching precise penalties. While judicial discretion to sentence would be reduced, it may be debated whether the public would in the end be better informed.

In my view, the principle against vagueness is satisfied if the law specifies the conduct prohibited and indicates a range of punishment. The potential offender may not know precisely what sentence will be imposed for a contemplated criminal act, but he or she knows the risk engaged. If the offender commits the criminal act and accepts that risk, the offender cannot complain. In the context of sexual assault, if the offender chooses to commit a sexual assault which a reasonable person could foresee would be likely to cause lasting emotional or psychological harm, he or she properly bears the risk of a major sentence.

Secondly, even if the principle against vagueness did apply to sentencing ranges, the starting point here at issue would satisfy it. If anything, the starting-point approach increases the knowledge of the risk faced by a prospective or convicted

À mon avis, ce principe n'est d'aucune utilité à l'appellant. Premièrement, il s'applique à la question de savoir quelle conduite est criminalisée. Il ne s'est pas appliqué ni ne devrait s'appliquer aux échelles de peines. La protection contre le droit criminel imprécis donne à une personne le droit de savoir quelle est la conduite prohibée et quel type de peine elle peut entraîner. On ne nous a cité aucune doctrine ni aucune jurisprudence qui étende l'application du principe de manière à prescrire la certitude dans une échelle de peines donnée. Il ne serait pas sage de tolérer une telle extension, selon moi. Le *Code criminel* contient des centaines d'infractions assorties d'une vaste gamme de peines. Conclure que la loi doit décrire avec certitude la peine précise qu'une conduite particulière peut entraîner reviendrait à exposer toutes ces lois à la contestation pour le motif qu'elles sont trop imprécises. Au lieu du régime actuel d'infractions définies de manière générale et assorties de toute une gamme de peines, le législateur fédéral serait obligé d'édicter des milliers de crimes précis assortis de peines précises. Même s'il y avait réduction du pouvoir discrétionnaire des juges en matière de détermination de la peine, on peut se demander si le public serait mieux informé en fin de compte.

À mon sens, le principe interdisant l'imprécision est respecté si la loi spécifie la conduite prohibée et indique une échelle de peines. Il se peut que le contrevenant éventuel ne sache pas précisément quelle peine sera infligée relativement à un acte criminel envisagé, mais il est au courant du risque auquel il s'expose. Le contrevenant qui accomplit l'acte criminel et accepte ce risque ne peut pas se plaindre. Dans le contexte d'une agression sexuelle, si le contrevenant choisit de commettre une agression sexuelle au sujet de laquelle une personne raisonnable pourrait prévoir qu'elle risque de causer un préjudice émotionnel et psychologique permanent, il risque à juste titre de se voir infliger une peine sévère.

Deuxièmement, même si le principe interdisant l'imprécision s'appliquait aux échelles de peines, le point de départ en cause dans la présente affaire le respecterait. La méthode du point de départ accroît plutôt la connaissance du risque auquel

offender. The offender knows that forcing sexual conduct on another without consent is a criminal act. The offender also knows that this criminal activity attracts a range of punishment and that serious sexual violations attract serious penalties. After *Sandercock* and the starting-point approach, the offender knows that assaults associated with a reasonable expectation of lasting emotional or psychological harm are considered major and typically attract sentences ranging upward or downward from a starting point of three years, depending on the individual circumstances of the case. This knowledge extends to counsel advising the offender on the conduct of his or her case. Far from being the victim of vagueness, the offender knows more about the risk he faces than ever before.

s'expose un contrevenant éventuel ou déclaré coupable. Le contrevenant sait que le fait d'imposer une conduite sexuelle à une autre personne sans son consentement est un acte criminel. Il sait également que cette activité criminelle est assortie d'une échelle de peines et que les infractions sexuelles graves entraînent des peines sévères. À la suite de l'arrêt *Sandercock* et de l'adoption de la méthode du point de départ, le contrevenant sait que les agressions auxquelles est associée une attente raisonnable de préjudice émotionnel et psychologique permanent sont considérées comme graves et entraînent habituellement des peines supérieures ou inférieures à un point de départ de trois ans, selon les circonstances de l'affaire. Cette connaissance s'étend à l'avocat qui conseille le contrevenant sur le déroulement de son dossier. Loin d'être victime d'imprécision, le contrevenant en sait plus que jamais auparavant au sujet du risque qu'il court.

93

The possibility that judges may differ on whether to consider a particular assault major does not attract the principle against vagueness. In *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code, supra*, Lamer J. made it clear that vagueness will not arise simply because the law is open to varying interpretations by the courts. Flexibility is not synonymous with vagueness. Rather, the question is whether the law has been given sensible meanings by the courts (p. 1157). In that case, the courts were left to define terms found in *Criminal Code* provisions. The language of the provisions left criminal offences open to a wide variety of meanings. That is not the case here. The criteria for a major sexual assault set forth in *Sandercock* are clear. The most significant is the requirement that the act be of a type likely to cause lasting emotional or psychological harm. This assessment is well within the capacity of trial judges.

La possibilité que des juges divergent d'opinions sur la question de savoir si une agression doit être considérée comme grave ne fait pas entrer en jeu le principe interdisant l'imprécision. Dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel*, précité, le juge Lamer affirme clairement que l'imprécision ne résulte pas du simple fait que la loi peut être interprétée de diverses façons par les tribunaux. La souplesse n'est pas synonyme d'imprécision. Il s'agit plutôt de savoir si les tribunaux ont donné une interprétation raisonnable à la loi (p. 1157). Dans ce renvoi, on a laissé aux tribunaux le soin de définir des termes utilisés dans des dispositions du *Code criminel*. Le texte des dispositions en cause permettait d'attribuer toute une gamme de sens à des infractions criminelles. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Les critères énoncés dans l'arrêt *Sandercock*, relativement à une agression sexuelle grave, sont clairs. Le plus important est l'exigence que l'acte reproché soit d'un type susceptible de causer un préjudice émotionnel ou psychologique permanent. Cette appréciation relève parfaitement de la capacité des juges du procès.

(f) *The "Presumption" of Harm*

The appellant argues that once the *actus reus* for a major sexual assault is proved, there is a pre-

f) *La «présomption» de préjudice*

L'appelant soutient que, une fois faite la preuve de l'*actus reus* dans le cas d'une agression sexuelle

94

sumption that the assault caused lasting emotional or psychological harm to the victim. This, he alleges, would violate the general principle that the Crown must prove all aggravating factors going to sentence. He argues further that a presumption of psychological harm for “major” sexual assaults under s. 271 is inconsistent with the offence of aggravated sexual assault found in s. 272 of the *Criminal Code*, where the Crown is required to prove bodily harm.

This argument rests on a misunderstanding of what the starting-point approach involves. The starting-point approach, properly conceived, does not involve a presumption of harm. In determining the starting point, the judge must consider whether the violation of the victim’s integrity was “such that a reasonable person would know beforehand that the victim likely would suffer lasting emotional or psychological injury, whether or not physical injury occurs”: *Sandercock, supra*, at p. 84 (emphasis added). This involves neither a presumption of harm nor proof of harm that the Crown would be obliged to make under s. 272 of the *Criminal Code*. If the judge concludes that the act was of a sort which would make lasting emotional or psychological harm likely, the judge may classify the assault as major. But the judge does not presume that the harm has in fact occurred in the particular case on trial. Whether or not harm actually occurred is not an issue at the first step of the process, determining the starting point. Actual harm on the facts of the case becomes an issue only at the second stage of individualization of the sentence. Again, at this stage, there is no presumption of harm. The judge must determine whether in fact the crime caused lasting emotional or psychological harm to the victim. That falls to be determined on the facts. If the Crown wishes to rely on actual harm, it must prove it without the aid of any presumption.

grave, il y a présomption que l’agression a causé à la victime un préjudice psychologique ou émotionnel permanent. Cela, allègue-t-il, violerait le principe général voulant que le ministère public doive prouver l’existence de tous les facteurs aggravants qui touchent la peine. Il prétend, en outre, qu’une présomption de préjudice psychologique dans le cas d’une agression sexuelle «grave» au sens de l’art. 271 est incompatible avec l’infraction d’agression sexuelle grave figurant à l’art. 272 du *Code criminel*, où le ministère public est tenu de prouver l’existence de lésions corporelles.

Cet argument repose sur une conception erronée de ce que comporte la méthode du point de départ. Bien conçue, cette méthode ne comporte aucune présomption de préjudice. Pour déterminer le point de départ, le juge doit se demander si la violation de l’intégrité de la victime était [TRADUCTION] «telle qu’une personne raisonnable saurait à l’avance que la victime risquerait de subir un préjudice émotionnel ou psychologique permanent, peu importe que des lésions corporelles soient causées ou non»: *Sandercock*, précité, à la p. 84 (je souligne). Cela n’implique aucune présomption de préjudice ni aucune preuve de l’existence d’un préjudice que le ministère public serait tenu de faire en vertu de l’art. 272 du *Code criminel*. Si le juge conclut que l’acte était du genre à risquer de causer un préjudice émotionnel ou psychologique permanent, il peut qualifier l’agression de grave. Mais le juge ne présume pas que le préjudice a effectivement été causé dans le litige même dont il est saisi. La question de savoir si un préjudice a vraiment été causé ne se pose pas à la première étape du processus, qui consiste à déterminer le point de départ. La question de l’existence d’un préjudice réel selon les faits de l’affaire ne se pose qu’à la deuxième étape, celle de l’individualisation de la peine. Encore une fois, il n’y a, à ce stade, aucune présomption de préjudice. Le juge doit se demander si le crime a effectivement causé à la victime un préjudice émotionnel ou psychologique permanent. Cela doit être déterminé en fonction des faits. Si le ministère public souhaite invoquer l’existence d’un préjudice réel, il doit prouver l’existence d’un tel préjudice sans recourir à une présomption.

96

The Alberta Court of Appeal made this clear in *Sandercock*. This is also how I understand the comments of the Court of Appeal in the present case. The court stated (at p. 173):

... in each case, there also exists a very real likelihood of psychological harm. Therefore, what must be understood is that it is not necessary that the Crown prove the existence of this kind of harm as a condition precedent to the courts classifying a sexual assault as a major one. Psychological harm is presumed in the absence of evidence to the contrary. That is what this court said in *Sandercock*. [Emphasis added.]

The court's statement is unimpeachable until the last two sentences. As the court notes, the Crown need not prove actual psychological harm in order for the judge to conclude that the assault falls within the category of major sexual assault. The inquiry at this stage is general, concerned not with the actual facts of the case but with the sort of harm this type of assault would be likely to cause. Actual harm or its absence is of no relevance at the first stage of determining a starting point. It is in this sense that I understand the court to be saying that at this stage psychological harm is "presumed". This said, the language of presumption and in particular the additional phrase "in the absence of evidence to the contrary" are confusing and better avoided. In the end, however, the court made it clear that it was reaffirming *Sandercock* with its two-part test in which actual harm in the case on trial is never presumed.

97

I conclude that because it does not presume actual harm to the victim, the starting-point approach does not violate the rule that the Crown bears the burden of proving exacerbating circumstances, nor, contrary to the view taken by Sopinka J., does it conflict with the logic underlying s. 272 of the *Criminal Code*, which requires proof of actual harm in the particular case.

La Cour d'appel de l'Alberta a précisé cela dans l'arrêt *Sandercock*. C'est également de cette façon que j'interprète les observations de la Cour d'appel en l'espèce, lorsqu'elle déclare, à la p. 173:

[TRADUCTION] ... dans chaque cas, il existe également un risque très réel de préjudice psychologique. Par conséquent, ce qu'il faut comprendre, c'est qu'il n'est pas nécessaire que le ministère public prouve l'existence de ce genre de préjudice pour que la cour puisse qualifier de grave une agression sexuelle. L'existence d'un préjudice psychologique est présumée en l'absence de preuve contraire. C'est ce que notre cour a dit dans l'arrêt *Sandercock*. [Je souligne.]

L'énoncé de la cour est inattaquable jusqu'aux deux dernières phrases. Comme la cour le fait remarquer, le ministère public n'a pas à prouver l'existence d'un préjudice psychologique réel pour que le juge puisse conclure que l'agression tombe dans la catégorie des agressions sexuelles graves. L'analyse à ce stade est générale et porte non pas sur les faits réels de l'affaire mais sur le genre de préjudice que ce type d'agression risquerait de causer. L'existence ou l'absence de préjudice réel est sans importance à la première étape qui consiste à déterminer un point de départ. C'est ainsi que j'interprète les propos de la cour lorsqu'elle affirme qu'à ce stade l'existence d'un préjudice psychologique est «présumée». Cela dit, le libellé de la présomption et en particulier l'expression «en l'absence de preuve contraire» sont déroutants et il vaut mieux les éviter. En fin de compte, cependant, la cour a précisé qu'elle confirmait de nouveau l'arrêt *Sandercock* et son critère à deux volets où on ne présume jamais l'existence d'un préjudice réel dans un litige.

Je conclus que, parce qu'elle ne présume pas que la victime a subi un préjudice réel, la méthode du point de départ ne viole pas la règle selon laquelle il incombe au ministère public de prouver l'existence de circonstances aggravantes, et que, contrairement au point de vue adopté par le juge Sopinka, elle n'entre pas en conflit avec la logique qui sous-tend l'art. 272 du *Code criminel*, qui exige la preuve de l'existence d'un préjudice réel dans l'affaire en cause.

(g) *Problems of Application*

The foregoing considerations establish that the starting-point approach to sentencing theoretically conforms to the *Charter* and in particular, to the principles of fundamental justice. It is argued, however, that even if the approach is theoretically sound, problems of application lead to unjust results. First, it is suggested, judges sometime apply starting points mechanically without individualizing the sentence. Second, it is feared courts of appeal may fail to defer to the weight trial judges have given to personalized factors in reducing the sentence from the starting point. Finally, difficulties are said to arise in choosing the appropriate starting point for particular conduct.

The first point is simply addressed. To treat a starting point as the final point without going on to individualize the sentence is to err in law by failing to consider the actual situation of the offender and the particular facts in the case at bar. Trial judges must bear in mind that starting points, like sentencing ranges, are just what the name purports — starting points. It is essential that they go on to individualize the sentence. If they do not, the sentence may be adjusted upward or downward on appeal.

The second point — that courts of appeal may too easily interfere with a trial judge's application of the starting-point approach — is also easily addressed. Courts of appeal should not discount individualizing factors which the trial judge properly took into account in the interests of emphasizing uniformity or sending a stronger deterrent message. If they do so, they err in law by ignoring the principle of deference to the sentencing judge. It cannot be stressed too much that the offender may not be sacrificed to the perceived greater good of a standard tariff or to the goal of general deterrence. The offender is entitled to the sentence which his or her crime, conduct and circumstances mandate, no more or less. Courts of appeal also err in law if they interfere with a sentence solely on

g) *Les problèmes d'application*

Les considérations qui précèdent établissent que la méthode du point de départ en matière de détermination de la peine est théoriquement conforme à la *Charte* et, en particulier, aux principes de justice fondamentale. On soutient toutefois que, même si la méthode est saine en théorie, des problèmes d'application entraînent des résultats injustes. Premièrement, laisse-t-on entendre, les juges appliquent parfois des points de départ machinalement sans individualiser la peine. Deuxièmement, on craint que les cours d'appel ne s'en remettent pas au poids que les juges du procès ont accordé à des facteurs personnalisés pour infliger une peine inférieure au point de départ. Enfin, on dit que, le choix du point de départ approprié dans le cas d'une conduite donnée pose des difficultés.

La solution est simple en ce qui concerne le premier point. Considérer un point de départ comme le point final sans procéder à l'individualisation de la peine revient à commettre une erreur de droit consistant à ne tenir compte ni de la situation réelle du contrevenant ni des faits particuliers du litige. Les juges du procès doivent se rappeler que les points de départ, tout comme les échelles de peines, sont seulement ce que leur nom signifie — des points de départ. Il est essentiel qu'ils procèdent à l'individualisation de la peine, sinon, la peine pourra être ajustée à la hausse ou à la baisse en appel.

Le deuxième point — voulant que les cours d'appel puissent s'immiscer trop facilement dans l'application de la méthode du point de départ par un juge du procès — est lui aussi facile à régler. Les cours d'appel ne devraient pas écarter des facteurs d'individualisation dont le juge du procès a tenu compte à juste titre, en vue de mettre l'accent sur l'uniformité ou d'envoyer un message de dissuasion plus fort. S'ils le font, ils commettent une erreur de droit du fait qu'ils ne tiennent pas compte du principe de retenue envers les juges qui infligent la peine. On ne saurait pas trop insister sur le fait que le contrevenant ne peut pas être sacrifié au nom de ce qui est perçu comme l'avantage supérieur d'un tableau type, ou de l'objectif de dissuasion générale. Le contrevenant a droit à la peine

98

99

100

the ground that the trial judge has not cited the appropriate starting point.

101 Courts of appeal may intervene where the sentence discloses error of principle or is demonstrably unfit: *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500. The starting-point approach does not provide a new judge-made legal principle, enabling courts of appeal to interfere with the proper exercise of the trial judge's discretion, as Sopinka J. suggests. The starting point merely indicates the appropriate range of sentence for an offence of a certain degree of seriousness. When a court of appeal interferes on the ground that the judge ignored the correct starting point, it is simply saying that the sentence is demonstrably unfit because it falls outside the acceptable range of sentence for that sort of offence. This Court in *Shropshire*, *supra*, at paras. 48 and 50, citing *R. v. Muise* (1994), 94 C.C.C. (3d) 119 (N.S.C.A.), expressly acknowledged the need for courts of appeal to intervene where the sentence falls outside the appropriate range:

The most that can be expected of a sentencing judge is to arrive at a sentence that is within an acceptable range. In my opinion, that is the true basis upon which Courts of Appeal review sentences when the only issue is whether the sentence is inadequate or excessive.

Unreasonableness in the sentencing process involves the sentencing order falling outside the 'acceptable range' of orders . . . [Emphasis added.]

102 The third problem — that of choosing the appropriate starting point for a particular offence — requires more discussion. It lies at the heart of the difference between the trial judge and the Court of Appeal in this case. The trial judge found that the offences did not fall within the category of "major sexual assault" attracting a starting-point

que son crime, sa conduite ou sa situation commande, ni plus ni moins. Les cours d'appel commentent aussi une erreur de droit si elles modifient une peine pour le seul motif que le juge du procès n'a pas cité le bon point de départ.

Les cours d'appel peuvent intervenir lorsque la peine révèle l'existence d'une erreur de principe ou n'est manifestement pas indiquée: *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500. La méthode du point de départ ne crée pas un nouveau principe de droit prétorien, qui habilite les cours d'appel à s'immiscer dans l'exercice adéquat du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, comme le juge Sopinka le laisse entendre. Le point de départ indique simplement l'échelle de peines appropriée pour une infraction d'une certaine gravité. Lorsqu'une cour d'appel intervient pour le motif que le juge n'a pas tenu compte du bon point de départ, elle ne fait que dire que la peine n'est manifestement pas indiquée parce qu'elle se situe en dehors de l'échelle de peines acceptable pour ce genre d'infraction. Citant l'arrêt *R. c. Muise* (1994), 94 C.C.C. (3d) 119 (C.A.N.-É.), dans l'arrêt *Shropshire*, précité, aux par. 48 et 50, notre Cour a reconnu expressément la nécessité de l'intervention des cours d'appel lorsque la peine ne respecte pas les limites appropriées.

[TRADUCTION] Tout au plus peut-on s'attendre à ce que le juge qui prononce la peine en arrivera à une peine qui respectera des limites acceptables. À mon sens, c'est la vraie raison pour laquelle des cours d'appel examinent des peines quand il s'agit seulement de savoir si la peine est inadéquate ou excessive.

Pour être considérée comme déraisonnable, l'ordonnance relative à la détermination de la peine doit tomber en dehors des «limites acceptables» . . . [Je souligne.]

Le troisième problème — celui du choix du bon point de départ dans le cas d'une infraction particulière — exige un examen plus approfondi. Il se situe au cœur de la divergence entre le juge du procès et la Cour d'appel en l'espèce. Le juge du procès a conclu que les infractions ne tombaient pas dans la catégorie des «agressions sexuelles graves»

sentence in the range of three years. The Court of Appeal disagreed.

It is critical that the appropriate starting point be used. To place an offence in a higher category than warranted may result in a sentence which is too harsh. On the other hand, to place an offence in a lower category than warranted may result in a sentence which is disproportionately low having regard to the penalties imposed on other offenders for the same or similar conduct.

To avoid the problem of inappropriate starting points, courts of appeal must first provide clear descriptions of what type of offence falls within what category. This done, trial judges must properly classify the offence before them having regard to these criteria. This exercise is not new to courts. Judges have long assessed the general seriousness of particular types of offences with a view to determining the appropriate range of sentences.

But clear descriptions of what suffices to bring a particular offence within a particular category with a particular starting point are not enough. Trial judges and courts of appeal must adhere strictly to its logic. The process, to repeat, consists of two steps. First the starting point must be ascertained. The starting point is based on the general characteristics of the typical offence and on the assumption that the offender is a person of good character with no criminal record. It follows that it is wrong to introduce individualized factors relating to the offender and the victim in assessing the seriousness of the offence in order to determine the starting point. Once the starting point has been ascertained on the basis of the general characteristics of the offence, the inquiry moves to the second stage of individualization. Here the judge considers factors personal to the accused, the victim, and the actual consequences of the offence in order to determine whether the sentence should be higher or lower than the starting point.

qui entraînent comme point de départ une peine de trois ans. La Cour d'appel n'était pas d'accord.

Il est crucial d'utiliser le bon point de départ. Le fait de ranger une infraction dans une catégorie supérieure à celle qui est justifiée peut entraîner une peine trop sévère. Par contre, ranger une infraction dans une catégorie inférieure à celle qui est justifiée peut entraîner une peine démesurément légère compte tenu des sanctions imposées à d'autres contrevenants pour la même conduite ou une conduite similaire.

Pour éviter le problème des points de départ inappropriés, les cours d'appel doivent d'abord fournir une description claire du type d'infraction qui tombe dans une catégorie. Cela fait, les juges du procès doivent situer l'infraction en cause dans la bonne catégorie en fonction de ces critères. Il ne s'agit pas d'un exercice nouveau pour les tribunaux. Les juges évaluent depuis longtemps la gravité générale de types particuliers d'infractions en vue de déterminer l'échelle de peines appropriée.

Mais ce n'est pas tout de décrire clairement ce qui suffit pour faire entrer une infraction dans une certaine catégorie assortie d'un point de départ particulier. Les juges du procès et les cours d'appel doivent en respecter strictement la logique. Le processus, encore une fois, comporte deux étapes. Premièrement, il faut déterminer le point de départ. Celui-ci est fondé sur les caractéristiques générales de l'infraction type et sur l'hypothèse que le contrevenant est une personne de bonne moralité qui ne possède aucun casier judiciaire. Il s'ensuit qu'il est erroné de recourir à des facteurs individualisés concernant le contrevenant et la victime pour apprécier la gravité de l'infraction de manière à déterminer le point de départ. Une fois que le point de départ est déterminé en fonction des caractéristiques générales de l'infraction, l'analyse passe à la deuxième étape, celle de l'individualisation. Le juge examine alors les facteurs propres à l'accusé et à la victime, ainsi que les conséquences réelles de l'infraction afin de déterminer si la peine devrait être supérieure ou inférieure au point de départ.

103

104

105

106

The difficulty in the case at bar stemmed in part from the fact that the trial judge confused these two steps. When determining whether the sexual assault was “major”, she should have looked only to the nature of the offence having regard to the violence or degradation perpetrated, the nature of the act and the likely effect such an act would typically have on its victim. She should not have considered mitigating factors peculiar to the particular offender and victim in the case before her. In particular, the fact that the accused had been drinking and that the victim had pre-existing problems contributing to her trauma were not relevant factors to consider when determining whether the assault was major. Consideration of these factors led her to conclude that the assault was not major and had the effect of imposing a sentence far below the three-year period of incarceration appropriate for a major sexual assault. The result was a sentence which failed to take proper account of the need for a measure of uniformity and equity between sentences for the same or similar offences.

(6) Conclusion on the Appropriateness of the Starting-Point Approach

107

I conclude that the starting-point approach, properly understood and applied, is theoretically sound and marks an advance in the need to find a principled approach to the dual goals of individualization of sentences and the need for uniformity and consistency.

B. Application to the Facts of This Case

108

The appellant’s contention that the starting-point approach has no place in sentencing must be dismissed. The remaining question is whether the Court of Appeal properly applied that approach in the case at bar.

109

The appellant argues that the choice of a starting point is a matter solely within the discretion of the trial judge and that the Court of Appeal should not have interfered with her conclusion that the offences were not major sexual assaults. This argu-

La difficulté en l’espèce provenait en partie du fait que le juge du procès a confondu ces deux étapes. Au moment de déterminer si l’agression sexuelle était «grave», elle aurait dû examiner seulement la nature de l’infraction compte tenu de la violence ou de l’avilissement qu’elle comportait, la nature de l’acte et l’effet qu’un tel acte risquerait habituellement d’avoir sur la personne qui en est victime. Elle n’aurait pas dû prendre en considération des facteurs atténuants propres au contrevenant et à la victime en l’espèce. En particulier, le fait que l’accusé avait bu et le fait que la victime avait déjà des problèmes contribuant à son traumatisme n’étaient pas des facteurs qui devaient être pris en considération au moment de déterminer si l’agression était grave. La prise en compte de ces facteurs l’a amenée à conclure que l’agression n’était pas grave et à infliger une peine bien au-dessous de la période de trois ans d’incarcération qui convient dans le cas d’une agression sexuelle grave. Il en a résulté une peine qui ne tenait pas compte comme il se devait du besoin d’uniformité et d’équité des peines infligées pour les mêmes infractions ou des infractions similaires.

(6) Conclusion sur l’à-propos de la méthode du point de départ

Je conclus que, bien interprétée et appliquée, la méthode du point de départ est théoriquement saine et constitue un progrès en ce qui concerne la nécessité de découvrir une façon, fondée sur des principes, d’aborder le double objectif de l’individualisation des peines et du besoin d’uniformité et de cohérence.

B. L’application aux faits de la présente affaire

La prétention de l’appelant que la méthode du point de départ n’a pas sa place en matière de détermination de la peine doit être rejetée. Il reste à savoir si la Cour d’appel a appliqué correctement cette méthode en l’espèce.

L’appelant soutient que le choix d’un point de départ relève exclusivement du pouvoir discrétionnaire du juge du procès et que la Cour d’appel n’aurait pas dû modifier la conclusion du juge que les infractions commises n’étaient pas des

ment, with respect, is misconceived. As indicated earlier, the "starting point" is not a principle of law, but rather a tool to determine the proper range of sentence for a certain type of offence. Failure to allude to the appropriate starting point or range is not an error of principle as that term is used in *M. (C.A.)*, *supra*. If the trial judge fails to refer to the appropriate starting point or range but in the end imposes a sentence within the acceptable range of sentence for the offence as adjusted for the particular circumstances of the offender, a court of appeal should not interfere. On the other hand, if the sentence falls outside the appropriate range, the court of appeal must interfere: *Shropshire*, *supra*.

In my view, the trial judge's sentence was "demonstrably unfit", and "in substantial and marked departure from the sentences customarily imposed for similar offenders committing similar crimes" (*M. (C.A.)*, *supra*, at paras. 90 and 92). The assaults at issue in the case at bar shared the following characteristics: (a) they involved young victims; (b) the accused held a position of trust in relation to the victims; and (c) the first assault involved fondling and attempted rape and the second involved fondling. A review of many cases from Alberta reveals that a sentence of less than two years in circumstances similar to the case at bar constitutes a marked departure from the norm. See: *Sandercock*, *supra*; *R. v. S.G.O.R.* (1991), 113 A.R. 36 (C.A.); *R. v. Sand* (1991), 120 A.R. 397 (C.A.); *R. v. S. (W.B.)*; *R. v. P. (M.)* (1992), 73 C.C.C. (3d) 530 (C.A.); *R. v. R.S.B.* (1992), 135 A.R. 23 (C.A.); *R. v. Spence*; *R. v. F. (D.L.)* (1992), 78 C.C.C. (3d) 451 (C.A.); *R. v. R.E.C.*, [1993] A.J. No. 303 (C.A.); *R. v. D.M.B.* (1993), 141 A.R. 307 (C.A.); *R. v. Nicholson* (1993), 145 A.R. 262 (C.A.); *R. v. Dionne*, [1993] A.J. No. 939 (C.A.); *R. v. D.K.* (1994), 155 A.R. 269 (C.A.); *R. v. Watson* (1994), 157 A.R. 80 (C.A.); *R. v. Wagar* (1995), 174 A.R. 317 (C.A.); *R. v. Lapatak* (1995), 169 A.R. 385 (C.A.); and *R. v. Lakotos* (1996), 187 A.R. 45 (C.A.). The case of *R. v. A.B.C.* (1991), 120 A.R. 106 (C.A.), where a sentence was imposed of one year in jail and one-year probation,

agressions sexuelles graves. En toute déférence, cet argument est faux. Tel qu'indiqué précédemment, le «point de départ» est non pas un principe de droit, mais plutôt un moyen de déterminer l'échelle de peines appropriée pour un certain type d'infraction. L'omission de faire allusion au point de départ ou à l'échelle appropriés ne constitue pas une erreur de principe au sens où cette expression est utilisée dans l'arrêt *M. (C.A.)*, précité. Si le juge du procès ne mentionne pas le point de départ ou l'échelle appropriés, pour, à la fin, infliger une peine située dans l'échelle de peines acceptable pour l'infraction en cause et adaptée à la situation particulière du contrevenant, une cour d'appel ne devrait pas intervenir. Par ailleurs, si la peine se situe en dehors de l'échelle appropriée, la cour d'appel doit intervenir: *Shropshire*, précité.

À mon avis, la peine infligée par le juge du procès «n'[était] manifestement pas indiquée» et «s'écart[ait] de façon marquée et substantielle des peines qui sont habituellement infligées à des délinquants similaires ayant commis des crimes similaires» (*M. (C.A.)*, précité, aux par. 90 et 92). Les agressions en cause en l'espèce comportaient les caractéristiques suivantes: a) elles impliquaient de jeunes victimes, b) l'accusé était en situation de confiance vis-à-vis des victimes, et c) la première agression comportait des caresses et une tentative de viol, alors que la deuxième comportait des caresses. L'examen d'un bon nombre d'arrêts de l'Alberta révèle qu'une peine de moins de deux ans dans des circonstances semblables à celles dont il est question en l'espèce s'écarte de façon marquée de la norme. Voir: *Sandercock*, précité; *R. c. S.G.O.R.* (1991), 113 A.R. 36 (C.A.); *R. c. Sand* (1991), 120 A.R. 397 (C.A.); *R. c. S. (W.B.)*; *R. c. P. (M.)* (1992), 73 C.C.C. (3d) 530 (C.A.); *R. c. R.S.B.* (1992), 135 A.R. 23 (C.A.); *R. c. Spence*; *R. c. F. (D.L.)* (1992), 78 C.C.C. (3d) 451 (C.A.); *R. c. R.E.C.*, [1993] A.J. No. 303 (C.A.); *R. c. D.M.B.* (1993), 141 A.R. 307 (C.A.); *R. c. Nicholson* (1993), 145 A.R. 262 (C.A.); *R. c. Dionne*, [1993] A.J. No. 939 (C.A.); *R. c. D.K.* (1994), 155 A.R. 269 (C.A.); *R. c. Watson* (1994), 157 A.R. 80 (C.A.); *R. c. Wagar* (1995), 174 A.R. 317 (C.A.); *R. c. Lapatak* (1995), 169 A.R. 385 (C.A.); et *R. c. Lakotos* (1996), 187 A.R. 45 (C.A.). Quant à

while superficially similar, is distinguishable on a number of grounds, including the fact that the offender and the victim sought counselling together after the assault, expert evidence suggested no risk of re-offending, and the occurrence was a "one-time" isolated event.

l'arrêt *R. c. A.B.C.* (1991), 120 A.R. 106 (C.A.), dans lequel la cour a imposé une peine d'un an de prison, suivie d'une période de probation d'un an, bien que légèrement semblable, il peut faire l'objet d'une distinction pour un certain nombre de motifs, dont le fait que le contrevenant et la victime ont sollicité des séances de counselling ensemble après l'agression, que des témoignages d'expert ne laissaient entrevoir aucun risque de récidive et que l'agression était un acte «ponctuel» isolé.

111 The unfit nature of the sentence resulted from the trial judge's failure to place appropriate weight on the appropriate factors, particularly the impact this sort of offence may have on the victim. This in turn, depreciated the seriousness of the offence and led to a demonstrably unfit sentence. The trial judge held that there was no violence or threats, but failed to consider whether sex obtained from a sleeping minor to whom one stood in a relationship of trust was equivalent to threats. Most significantly, she did not ask herself whether this was the sort of offence which would likely result in lasting psychological or emotional harm, the hallmark of a major sexual assault. She placed great emphasis on the physical acts, for example that the penetration on the first assault was not complete, but none on the violation of the victim's integrity and sense of self-worth and control over her body and the likely effect that this sort of criminal act would have on her emotional state. This amounted to an overemphasis on some factors and underemphasis on other factors. It also led to a demonstrably unfit sentence. The Court of Appeal was therefore correct to intervene: *M. (C.A.)*, *supra*; *Shropshire*, *supra*.

Le caractère non indiqué de la peine résultait de l'omission du juge du procès d'accorder suffisamment de poids aux facteurs appropriés, plus particulièrement à l'incidence que ce genre d'infraction peut avoir sur la victime. Cela a, à son tour, déprécié la gravité de l'infraction et a mené à une peine manifestement non indiquée. Le juge du procès a conclu qu'il n'y avait eu ni violence ni menaces, mais elle ne s'est pas demandé si le sexe obtenu d'une mineure endormie avec qui on était en situation de confiance équivalait à des menaces. Qui plus est, elle ne s'est pas demandé si c'était le genre d'infraction qui risquerait de causer un préjudice psychologique ou émotionnel permanent qui caractérise une agression sexuelle grave. Elle a beaucoup insisté sur les actes physiques, par exemple sur le fait qu'il n'y avait pas eu de pénétration complète lors de la première agression, mais nullement sur l'atteinte à l'intégrité de la victime, à sa confiance en soi et au contrôle sur son corps, ni sur l'incidence probable que ce genre d'acte criminel aurait sur son état émotionnel. Cela revenait à accorder trop d'importance à certains facteurs et à ne pas accorder l'importance nécessaire à d'autres facteurs. Cela a également mené à une peine manifestement non indiquée. La Cour d'appel a donc eu raison d'intervenir: *M. (C.A.)* et *Shropshire*, précités.

112 I conclude that the Court of Appeal had grounds to set aside the sentence imposed by the trial judge. The remaining question is whether the sentence it substituted of four years' imprisonment for the first offence followed by one year for the second offence was too high. In my view, it was not.

Je conclus que la Cour d'appel était justifiée d'annuler la peine imposée par le juge du procès. Il reste à déterminer si la peine de quatre ans d'emprisonnement qu'elle a substituée dans le cas de la première infraction, suivie d'une peine d'un an pour la deuxième infraction, était trop sévère. Je suis d'avis que non.

The Court of Appeal correctly identified the first offence as a major sexual assault which normally in the case of an offender of good character and no record would attract a sentence in the range of three years. While it involved no violence or threats, it involved conduct equally abusive and calculated to cause lasting harm — the breach of trust of a young girl in the appellant's care. The assaults occurred when the young girl was helplessly sleeping, in circumstances where she could not have feared violation. The result of such an assault on a typical victim would likely have been shame, embarrassment, unresolved anger, a reduced ability to trust others and fear that even in innocent sleep, people could and would abuse her and her body. In short, lasting emotional and psychological harm was likely. Viewing the assault objectively in terms of its probable harmful consequences, it was serious and major.

The Court of Appeal went on to move the sentence for the first assault up from the three-year starting point to four years. At this stage of the analysis the court must look at particular factors which differentiate the case at bar from the typical case contemplated by the starting point. The case on appeal exhibited few mitigating factors and a number of aggravating factors. The appellant's good character and lack of criminal record is not a mitigating factor since this is assumed in the typical case posited by the starting point. The fact that he was drunk when he committed the offence and did so "spontaneously" is arguably a mitigating factor, but not one to which I would attach great weight. Sexual assaults are often unplanned and spontaneous, and drunkenness to the point that one cannot control one's sexual urges is itself morally blameworthy. The evidence confirmed that the victim had suffered actual harm, ruling out mitigation of sentence on the basis that the victim had not in fact been traumatized. In favour of mitigation might be cited the fact that the appellant and his family would likely suffer if he were incarcerated for a prolonged period. On the other side of the

113
La Cour d'appel a décrit correctement la première infraction comme étant une agression sexuelle grave qui, normalement dans le cas d'un contrevenant de bonne moralité qui ne possède aucun dossier judiciaire, entraînerait une peine d'environ trois ans. Même si elle était dépourvue de violence et de menaces, elle comportait une conduite également abusive et destinée à causer un préjudice permanent — l'abus de la confiance d'une jeune fille confiée à la garde de l'appelant. Les agressions ont été commises lorsque la jeune fille dormait sans défense, dans des circonstances où elle ne pouvait pas craindre d'être violée. Une telle agression sur une victime type aurait vraisemblablement causé de la honte, de la gêne, une colère inapaisée, une aptitude réduite à faire confiance à autrui et la crainte que, même pendant un sommeil inoffensif, des gens puissent abuser d'elle et qu'ils le fassent effectivement. En résumé, il y avait risque de préjudice émotionnel et psychologique permanent. Si on considère l'agression objectivement en fonction de ses conséquences néfastes probables, elle était grave.

114
La Cour d'appel a ensuite abandonné le point de départ de trois ans dans le cas de la première agression, pour infliger une peine de quatre ans. À cette étape de l'analyse, la cour doit tenir compte des facteurs particuliers qui distinguent l'affaire du cas type envisagé par le point de départ. L'affaire portée en appel comportait peu de facteurs atténuants et un certain nombre de facteurs aggravants. La bonne moralité de l'appelant et l'absence de casier judiciaire n'étaient pas un facteur atténuant parce que cette situation est présumée dans le cas type envisagé par le point de départ. On peut soutenir que le fait qu'il était ivre au moment de commettre l'infraction et qu'il l'a commise «spontanément» constitue un facteur atténuant, mais pas un facteur auquel j'accorderais une grande importance. Les agressions sexuelles sont souvent imprévues et spontanées, et le fait d'être ivre au point d'être incapable de contrôler ses pulsions sexuelles est moralement répréhensible en soi. La preuve a confirmé que la victime avait subi un préjudice réel, et exclu l'atténuation de la peine pour le motif que la victime n'avait pas été traumatisée. À l'appui de l'atténuation de la peine, on pourrait mentionner le

ledger lie the appellant's callous abuse of trust and his unconcern with the effect his acts would likely have on his victims. The victim was very young and entirely vulnerable. The fact that she had already been damaged should have increased the concern and respect the appellant held for her. The evidence showed that she had in fact suffered lasting emotional and psychological harm as a result of the assault. It was open to the Court of Appeal on these facts to conclude that there was little basis to move down from the typical sentence of three years and considerable basis to impose a higher sentence. In the end, the Court of Appeal imposed a sentence which reflected the seriousness of the offence as well as the particular circumstances of the offender.

fait que l'appelant et sa famille souffriraient probablement s'il était incarcéré pendant une longue période. Par contre, il y a l'impitoyable abus de confiance commis par l'appelant et son indifférence quant à l'incidence que ses actes risqueraient d'avoir sur ses victimes. La victime était très jeune et tout à fait vulnérable. Le fait qu'on avait déjà fait du tort à la victime aurait dû amener l'appelant à faire montre de plus d'inquiétude et de respect à son égard. Il est ressorti de la preuve que l'agression lui avait causé effectivement un préjudice émotionnel et psychologique permanent. De ce fait, la Cour d'appel pouvait conclure qu'il y avait peu de raisons de modifier à la baisse la peine type de trois ans, et de nombreuses raisons d'infliger une peine plus sévère. En définitive, la Cour d'appel a infligé une peine qui reflétait la gravité de l'infraction ainsi que la situation particulière du contrevenant.

115 The second offence, while arguably less serious in that there was no actual sexual intercourse, also involved violation of a young girl in circumstances of trust. She had been invited into the appellant's home as a babysitter, and was entitled to suppose that he would protect her rather than violate her while she was there. Instead he attacked her in an intimate and sexual fashion as she slept, forcing her to flee his house in the night. The likely consequence of such behaviour is that it will impair a victim's ability to form trusting relationships and live a life free of fear of violation, and leave her feeling defiled, degraded, and full of unresolved anger. This suffices to qualify the assault as major and bring it within the range of a three-year sentence, were it viewed in isolation.

Bien qu'on puisse soutenir qu'elle est moins grave du fait qu'il n'y a pas eu de véritables relations sexuelles, la deuxième infraction comportait également une atteinte à l'intégrité physique d'une jeune fille dans une situation de confiance. Elle avait été invitée chez l'appelant en tant que gardienne d'enfants et elle était en droit de supposer qu'il la protégerait plutôt que de porter atteinte à son intégrité physique pendant qu'elle serait chez lui. Au lieu de cela, il l'a agressée sexuellement pendant qu'elle dormait, la forçant à s'enfuir de la maison durant la nuit. Un tel comportement aura pour conséquence probable de réduire la capacité de la victime d'établir des liens de confiance et de vivre sa vie sans crainte de subir une atteinte à son intégrité physique, et de la faire sentir souillée, avilie et remplie de colère inapaisée. Cela est suffisant pour qualifier l'agression de grave et la situer dans les limites d'une peine de trois ans, si on la considérait séparément.

116 This brings me to the question of the relationship between the two offences and the effect that this should have on the global sentence. The trial judge ordered that they run concurrently. In my view, the Court of Appeal was correct to conclude that concurrent sentences were not appropriate in this case. The case involved two separate offences

Cela m'amène à la question du lien entre les deux infractions et de l'incidence que cela devrait avoir sur la peine globale. Le juge du procès a ordonné que les peines soient purgées concurremment. À mon avis, la Cour d'appel a eu raison de conclure qu'il ne convenait pas, en l'espèce, d'infliger des peines concurrentes. Il s'agissait de deux

on two different victims, separated by a period of seven years. Having determined that the sentence imposed by the trial judge was demonstrably unfit, it was open to the Court of Appeal to reconsider all aspects of the sentence, including the relationship between the two offences involved. Nevertheless, the global effect of the sentences must be considered. In my view, the Court of Appeal correctly imposed a sentence of one year for the second offence, to be served consecutively.

I would dismiss the appeal and confirm the sentence.

Appeal allowed, LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Beresh Depoe Cunningham, Edmonton.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Edmonton.

infractions distinctes commises, à sept ans d'intervalle, sur deux victimes différentes. Après avoir décidé que la peine infligée par le juge du procès n'était manifestement pas indiquée, la Cour d'appel pouvait réexaminer tous les aspects de la peine, dont le lien entre les deux infractions en cause. Néanmoins, il faut tenir compte de l'incidence globale des peines. À mon sens, la Cour d'appel a eu raison d'imposer une peine consécutive d'un an pour la deuxième infraction.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la peine.

Pourvoi accueilli, les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et MCLACHLIN sont dissidents.

Procureurs de l'appelant: Beresh Depoe Cunningham, Edmonton.

Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice, Edmonton.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canadian Government Publishing
PWGSC
Ottawa, Canada
K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Les Éditions du gouvernement du Canada
TPSGC
Ottawa, Canada
K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 6, 1997 Vol. 1

and Tables

Cited as [1997] 1 S.C.R. { i-xlvii
1015-1163

6^e cahier, 1997 Vol. 1

et Tables

Renvoi [1997] 1 R.C.S. { i-xlvii
1015-1163

NOTICE TO THE PROFESSION

Rule 11 of the *Rules of the Supreme Court of Canada* respecting time limits in proceedings before the Court has been amended. The amendment is registered as SOR/97-299 and published in Part II of the *Canada Gazette* dated July 9, 1997.

By this amendment, only the month of July is excluded from the computation of time limits in proceedings before the Court. Therefore, by virtue of this amendment and the recent amendment to s. 58 of the *Supreme Court Act*, **August will now be included in the computation of time limits for serving and filing notices of appeal, applications for leave and any responses to applications for leave or motions.** This list is not exhaustive, and I urge that you review the rules carefully.

As before, the exemption does not apply to the time limits for serving and filing a case or factum on an appeal.

For further information, please contact Louise Meagher, Deputy Registrar, at (613) 996-7520.

July, 1997

AVIS AUX AVOCATS

L'article 11 des *Règles de la Cour suprême du Canada* relatif aux délais a été modifié. La modification est enregistrée à DORS/97-299 et publiée dans la partie II de la *Gazette du Canada* du 9 juillet 1997.

Cette modification prévoit que seul le mois de juillet est exclu du calcul des délais pour agir en Cour suprême. Vu cette modification ainsi que la récente modification de l'art. 58 de la *Loi sur la Cour suprême*, **le mois d'août compte désormais dans le calcul des délais pour la signification et le dépôt des avis d'appel, des demandes d'autorisation et des réponses aux demandes d'autorisation ou aux requêtes.** Comme cette liste n'est pas exhaustive, veuillez examiner l'ensemble des règles avec soin.

Comme avant, l'exemption ne s'applique pas aux délais pour signifier et déposer le dossier ou le mémoire relatif à un appel.

Toutes questions concernant le présent avis doivent être adressées à Louise Meagher, registraire adjoint, au (613) 996-7520.

Juillet 1997

ANNE ROLAND
REGISTRAR REGISTRAIRE

Published pursuant to the Supreme Court Act by

ANNE ROLAND, LL.L.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director, Law Reports
ODILE CALDER

Editors
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Canadian Government Publishing Centre, Canada Communication Group, Ottawa, Canada, K1A 0S9, together with the old address.

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1997.

CONTENTS

Title Page.....	i
List of Judges	ii
Errata.....	iv
Motions	v
Table of Judgments	xiii
Table of Cases Cited.....	xxi
Statutes and Regulations Cited.....	xxxix
Authors Cited	xliii
Index	1151

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND, LL.L.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

Arrêtistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Réviseurs
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Groupe communication Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1997.

SOMMAIRE

Page titre.....	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xvii
Table de la jurisprudence.....	xxi
Lois et règlements cités	xli
Doctrine citée	xliii
Index	1157

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Brkich & Brkich Enterprises Ltd. v. American Home Assurance Co. 1149

Insurance — Replacement cost — Property destroyed by fire insured for replacement value only — Insured signing contract for reconstruction of hotel and then selling property to third party on condition that hotel would be rebuilt according to terms of contract — Policy requirement that insured effect replacement satisfied — Insured entitled to recover replacement cost under policy.

Germain v. Montreal (City) 1144

Constitutional law — Division of powers — Taxation — Surtax on non-residential buildings within provincial jurisdiction since it is a direct tax raised for provincial purposes — Constitution Act, 1867, s. 92(2).

Municipal law — Taxation — Surtax on non-residential buildings falling into category of land taxes.

Hamstra (Guardian *ad litem* of) v. British Columbia Rugby Union 1092

Civil procedure — Trial — Jury — Discharge — References made during trial to possibility of defendant's being insured — Judge discharging jury and plaintiffs electing to proceed by judge alone — Whether trial judge erred in discharging the jury because of the references to insurance — If in error, whether the plaintiffs entitled to a new trial despite their election to continue — Supreme Court Rules, B.C. Reg. 310/76, Rule 41(6).

Pointe-Claire (City) v. Quebec (Labour Court) 1015

Labour law — Identification of real employer in tripartite relationship — Relevant criteria — Temporary employee hired by city through employment agency — Inclusion of employee in union's bargaining unit — Labour Court finding that employee's real employer was city and not agency — Whether Labour Court's decision patently unreasonable.

R. v. Cook 1113

Criminal law — Duties of Crown in conducting its case — Crown not calling victim of attack as witness — Facts established through other witnesses — Whether Crown required to call certain witnesses as part of its case in chief — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 651(3).

R. v. Coreas 1147

Criminal law — Procedure — Trial judge stating conclusion before trial completed — Whether statement unfair to Crown.

SOMMAIRE (Fin)

Brkich & Brkich Enterprises Ltd. c. American Home Assurance Co. 1149

Assurance — Coût de remplacement — Propriété détruite par le feu protégée par une assurance valeur de remplacement seulement — Assuré signant un contrat de reconstruction de l'hôtel et vendant ensuite cette propriété à un tiers à la condition qu'elle soit reconstruite conformément au contrat — Respect de la condition de la police que l'assuré effectue le remplacement — Assuré ayant droit au coût de remplacement en vertu de la police.

Germain c. Montréal (Ville) 1144

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Taxation — Surtaxe sur les immeubles non résidentiels de compétence provinciale puisqu'elle constitue une taxe directe prélevée pour des fins provinciales — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(2).

Droit municipal — Taxation — Surtaxe sur les immeubles non résidentiels relevant de la catégorie des taxes foncières.

Hamstra (Tuteur à l'instance de) c. British Columbia Rugby Union 1092

Procédure civile — Procès — Jury — Libération — Allusions durant le procès à la possibilité que la défenderesse soit assurée — Juge libérant le jury et demandeurs optant pour la poursuite de leur procès devant le juge seul — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en libérant le jury à cause des allusions à une assurance? — S'il y a eu erreur, les demandeurs ont-ils droit à un nouveau procès malgré leur choix de poursuivre le procès? — Supreme Court Rules, B.C. Reg. 310/76, art. 41(6).

Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail) .. 1015

Droit du travail — Identification du véritable employeur dans une relation tripartite — Critères pertinents — Employée temporaire engagée par une ville par le biais d'une agence de placement — Inclusion de cette employée dans l'unité d'accréditation du syndicat — Tribunal du travail concluant que le véritable employeur de l'employée est la ville et non l'agence — La décision du Tribunal du travail est-elle manifestement déraisonnable?

R. c. Cook 1113

Droit criminel — Obligations du ministère public dans la conduite de sa cause — Le ministère public n'a pas cité à témoigner la victime de l'attaque — Établissement des faits grâce à d'autres témoins — Dans la présentation de sa preuve principale, le ministère public a-t-il l'obligation de citer certains témoins? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C46, art. 651(3).

R. c. Coreas 1147

Droit criminel — Procédure — Juge du procès énonçant sa conclusion avant la fin du procès — Cet énoncé est-il inéquitable pour le ministère public?



1997 Volume 1

Canada Supreme Court Reports

Published pursuant to Statute by

ANNE ROLAND
Registrar of the Court

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director, Law Reports
Odile Calder

Law Editors
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Revisors
Richard Berberi
Christian C.-Després
Marcelle Gendron

Manager, Editorial Services
Gisèle Boulay

Technical Revisors
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet
Peter O'Doherty
Claudine Guenette

Office Manager
Suzanne Giguère

Editorial Assistant
Ingrid Loyola-Nazareth

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Publié conformément à la Loi par

ANNE ROLAND
Registraire de la Cour

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice, Recueil
Odile Calder

Arrêtistes
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Réviseurs
Richard Berberi
Christian C.-Després
Marcelle Gendron

Gestionnaire, Service de l'édition
Gisèle Boulay

Réviseurs techniques
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet
Peter O'Doherty
Claudine Guenette

Chef de bureau
Suzanne Giguère

Adjointe à l'édition
Ingrid Loyola-Nazareth

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable ANTONIO LAMER, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable GÉRARD V. LA FOREST

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable JOHN SOPINKA

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable PETER DECARTERET CORY

The Honourable BEVERLEY MCLACHLIN

The Honourable FRANK IACOBUCCI

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

Le très honorable ANTONIO LAMER, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable GÉRARD V. LA FOREST

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable JOHN SOPINKA

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable PETER DECARTERET CORY

L'honorable BEVERLEY MCLACHLIN

L'honorable FRANK IACOBUCCI

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

ERRATA

- [1986] 1 S.C.R. p. 160, line *b*-1 of the French version. Delete the following phrase: “Il serait d’ailleurs manifestement absurde que la police soit obligée d’obtenir un mandat d’arrestation lorsqu’il n’y a aucun moyen de savoir contre qui des accusations seront portées.”
- [1986] 1 S.C.R. p. 161, line *h*-1 of the French version. Read “permettent au contrevenant” instead of “permet au contrevenant”.
- [1986] 1 S.C.R. p. 162, line *c*-4 of the French version. Read “puisse être trouvé” instead of “peut être trouvé”.
- [1990] 2 S.C.R. p. 1297, line *g*-1 of the English version. Read “The judgment of Dickson C.J. and Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory and McLachlin JJ. was delivered by” instead of “The judgment of Dickson C.J. and Lamer C.J. and La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. was delivered by”.
- [1990] 2 S.C.R. p. 1297, line *g*-1 of the French version. Read “Version française du jugement du juge en chef Dickson, du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Cory et McLachlin rendu par” instead of “Version française du jugement du juge en chef Dickson, du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka et McLachlin rendu par”.
- [1995] 1 S.C.R. p. 823, paragraph 59, line 12 of the French version. Read “l’absorption et de l’élimination” instead of “l’absorption ou de l’élimination”.
- [1986] 1 R.C.S. p. 160, ligne *b*-1 de la version française. Enlever la phrase suivante: «Il serait d’ailleurs manifestement absurde que la police soit obligée d’obtenir un mandat d’arrestation lorsqu’il n’y a aucun moyen de savoir contre qui des accusations seront portées.»
- [1986] 1 R.C.S. p. 161, ligne *h*-1 de la version française. Lire «permettent au contrevenant» au lieu de «permet au contrevenant».
- [1986] 1 R.C.S. p. 162, ligne *c*-4 de la version française. Lire «puisse être trouvé» au lieu de «peut être trouvé».
- [1990] 2 R.C.S. p. 1297, ligne *g*-1 de la version anglaise. Lire «The judgment of Dickson C.J. and Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory and McLachlin JJ. was delivered by» au lieu de «The judgment of Dickson C.J. and Lamer C.J. and La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. was delivered by».
- [1990] 2 R.C.S. p. 1297, ligne *g*-1 de la version française. Lire «Version française du jugement du juge en chef Dickson, du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Cory et McLachlin rendu par» au lieu de «Version française du jugement du juge en chef Dickson, du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka et McLachlin rendu par».
- [1995] 1 R.C.S. p. 823, paragraphe 59, ligne 12 de la version française. Lire «l’absorption et de l’élimination» au lieu de «l’absorption ou de l’élimination».

MOTIONS—REQUÊTES

(January 1 to March 31, 1997 – 1^{er} janvier au 31 mars 1997)

- 2439-4637 *Québec Inc. c. Procureur général du Québec* (Crim.)(Qué.), 25620, leave to appeal refused with costs, 27.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 2760-5450 *Québec Inc. c. Procureur général du Québec* (Qué.), 25634, leave to appeal refused with costs, 13.3.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 587855 *Ontario Ltd. v. Industrial-Alliance Life Insurance Co.* (Ont.), 25489, leave to appeal refused with costs, 13.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 587855 *Ontario Ltd. v. Piazza, Polowin, Brooks & Siddons* (Ont.), 25624, leave to appeal refused with costs, 13.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Alldrew Holdings Ltd. v. Nibro Holdings Ltd.* (Ont.), 25551, leave to appeal refused with costs, 6.3.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Apotex Inc. v. Eli Lilly and Co.* (F.C.A.)(Ont.), 25348, leave to appeal granted, 6.2.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Apotex Inc. v. Merck Frosst Canada Inc.* (F.C.A.)(Ont.), 25419, leave to appeal granted, 6.2.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Arrow Construction Products Ltd. v. Attorney General of Nova Scotia* (N.S.), 25370, leave to appeal refused with costs, 9.1.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Arvaluk v. The Queen* (Crim.)(N.W.T.), 25607, leave to appeal refused, 27.2.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Bains v. Bhandar* (B.C.), 25491, leave to appeal refused with costs, 6.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Barrett v. Waters* (Ont.), 25424, leave to appeal refused with costs, 30.1.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bégin c. Ville de Québec* (Qué.), 25630, leave to appeal refused with costs, 27.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Benoit c. Diab* (Qué.), 25517, notice of discontinuance filed, 6.1.97, avis de désistement produit.
- Blagrove c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 25510, leave to appeal refused, 6.2.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Body v. Town of Wolfville* (N.S.), 25487, leave to appeal refused, 30.1.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Bourdon v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25717, leave to appeal refused, 13.3.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Brandao c. Département de science politique, faculté des arts et des sciences* (Qué.), 25616, leave to appeal refused with costs, 30.1.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Brazeau c. Guay* (Qué.), 25560, leave to appeal refused with costs, 6.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- British Columbia Milk Marketing Board v. Bari Cheese Ltd.* (B.C.), 25574, notice of discontinuance filed, 18.3.97, avis de désistement produit.

- Budget Car Rentals Toronto Ltd. v. Cummings* (Ont.), 25530, leave to appeal refused with costs, 20.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Burchill v. Yukon Travel* (Yuk.), 25525, leave to appeal refused with costs, 9.1.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Campbell v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25390, leave to appeal refused, 30.1.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Canadian Newspaper Co. v. Moises* (B.C.), 25522, leave to appeal refused, 30.1.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Canadian Parks and Wilderness Society v. Superintendent of Banff National Park* (F.C.A.)(Alta.), 25583, leave to appeal refused, 20.2.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Canadian Red Cross Society v. Krever* (F.C.A.)(Ont.), 25810, leave to appeal granted, 27.3.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Centretown Guest House Ltd. v. M.R.S. Trust Co.* (Ont.), 25636, leave to appeal refused with costs, 13.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Chadbourne v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25585, leave to appeal refused, 13.2.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Chadjideris v. Toronto-Dominion Bank* (Ont.), 25502, leave to appeal refused with costs, 20.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Chassé c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 25464, leave to appeal refused, 9.1.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Chilton v. Chilton* (B.C.), 25654, leave to appeal refused with costs, 13.3.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Chu v. Hutchinson* (B.C.), 25681, leave to appeal refused, 27.3.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Chung v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25410, leave to appeal refused, 30.1.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Cloutier c. Monty* (Qué.), 25528, leave to appeal refused with costs, 6.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commonwealth Investors Syndicate Ltd. v. Canada Deposit Insurance Corporation* (B.C.), 25416, leave to appeal refused with costs, 9.1.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Confederation Financial Services (Canada) Ltd. v. Zurich Indemnity Co. of Canada* (Ont.), 25621, leave to appeal refused with costs, 13.3.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Consortium Developments (Clearwater) Ltd. v. Corporation of the City of Sarnia* (Ont.), 25604, leave to appeal granted, 13.3.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Continental Bank Leasing Corporation v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 25532, leave to appeal granted, 6.3.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Corporation municipale de Sainte-Lucie-des-Laurentides c. Congrégation de l'Aumisme — Les Pèlerins de l'Absolu* (Qué.), 25622, leave to appeal refused with costs, 27.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Créations Marcel Therrien Inc. c. Falcone* (Qué.), 25571, leave to appeal refused with costs, 6.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- D.B.L. v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25385, leave to appeal refused, 30.1.97, autorisation de pourvoi refusée.
- D. P. v. F. H.* (Qué.), 25526, leave to appeal refused with costs, 20.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Daoud c. The Queen* (Crim.)(Qué.), 25635, leave to appeal refused, 13.3.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Davis v. Hamelin* (B.C.), 25157, leave to appeal refused with costs, 6.3.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Deniso Lebel Inc. c. Compagnie Price Limitée* (Qué.), 25589, leave to appeal refused with costs, 30.1.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Deniso Lebel Inc. c. Procureur général du Québec* (Qué.), 25588, leave to appeal refused with costs, 30.1.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Deniso Lebel Inc. c. Procureur général du Québec* (Qué.), 25590, leave to appeal refused with costs, 30.1.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Derrick Concrete Cutting & Coring Ltd. v. Central Oilfield Service Ltd.* (Alta.), 25425, leave to appeal refused with costs, 6.3.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Desgrosseilliers v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25649, leave to appeal refused, 13.2.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Desjardins c. La Reine* (Crim.)(Sask.), 25669, leave to appeal refused, 27.3.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Dibattista v. Canada Mortgage and Housing Corporation* (Ont.), 25543, leave to appeal refused with costs, 27.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dixie Park Inc. v. Tak-Hing Chow* (Ont.), 25208, leave to appeal refused with costs, 16.1.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Doliente v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25417, leave to appeal refused, 27.2.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Dorfer v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25432, leave to appeal refused, 20.3.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Dowling v. City of Halifax* (N.S.), 25493, leave to appeal granted, 6.2.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Dubé c. Bélec* (Qué.), 25679, leave to appeal refused, 13.3.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Duha Printers (Western) Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(Man.), 25513, leave to appeal granted, 6.3.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Dyck v. Dyck* (Alta.), 25498, leave to appeal refused, L'Heureux-Dubé J. dissenting, 6.3.97, autorisation de pourvoi refusée, le juge L'Heureux-Dubé dissidente.
- Éditions Vice Versa Inc. c. Aubry* (Qué.), 25579, leave to appeal granted with costs, 6.2.97, autorisation de pourvoi accordée avec dépens.
- Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.* (F.C.A.)(Ont.), 25477, leave to appeal refused with costs, 30.1.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc. c. Lefebvre* (C.S.N.)(Qué.), 25542, leave to appeal refused with costs, 30.1.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ethier c. Asea Industrie Ltd.* (Qué.), 25672, leave to appeal refused with costs, 13.3.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Federated Foods Ltd. v. Toronto-Dominion Bank* (Ont.), 25591, leave to appeal refused with costs, 20.3.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fegol v. Manitoba Agricultural Credit Corporation* (Man.), 25437, leave to appeal refused, 30.1.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Ferguson v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25535, leave to appeal refused, 20.2.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Flynn v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25663, leave to appeal refused, 13.3.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Fradet c. Centre de camions St-Prime Inc.* (Qué.), 25569, leave to appeal refused with costs, 13.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gagné c. Sirois* (Qué.), 25600, leave to appeal refused with costs, 13.3.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Garantie, compagnie d'assurance de l'Amérique du Nord c. G. Beaudet et Compagnie Ltée* (Qué.), 25538, leave to appeal refused with costs, 27.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gaudreault c. Gaudreault* (Qué.), 25595, leave to appeal refused with costs, 13.3.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Germain c. Procureur général du Québec* (Qué.), 25693, leave to appeal refused, 20.3.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Gillis Quarries Ltd. v. The Queen in right of the Province of Manitoba* (Man.), 25531, leave to appeal refused with costs, 16.1.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Ginsberg v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 25520, leave to appeal refused with costs, 20.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Girard c. Moisan* (Qué.), 25597, leave to appeal refused with costs, 30.1.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Girard c. Municipalité de St-Léonard de Portneuf* (Qué.), 25688, leave to appeal refused with costs, 20.3.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gramaglia v. Sunlife Trust Co.* (Alta.), 25446, leave to appeal refused with costs, 20.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Grosse v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25453, leave to appeal refused, 27.2.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Groupe Desjardins Assurances générales c. Société canadienne des postes* (Qué.), 25466, leave to appeal refused with costs, 16.1.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Halifax Regional Municipality v. Barclays Bank of Canada* (N.S.), 25485, leave to appeal refused with costs, 6.3.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Harris Trust and Savings Bank v. Glied* (Ont.), 25720, notice of discontinuance filed, 13.3.97, avis de désistement produit.
- Health Sciences Centre v. Cross* (Man.), 25584, leave to appeal refused with costs, 27.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Heirs of Philip M. Salomon c. Curateur public du Québec* (Qué.), 25671, leave to appeal refused, 27.2.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Hernandez v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25606, leave to appeal refused, 27.2.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Holly v. White* (Alta.), 25439, leave to appeal refused with costs, 16.1.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hong v. Magerman* (Ont.), 25690, leave to appeal refused with costs, 20.3.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hong v. Magerman* (Ont.), 25691, leave to appeal refused with costs, 20.3.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hudson & Company Insolvency Trustees Inc. v. Christensen* (Alta.), 25481, leave to appeal refused with costs, 13.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Irani v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25655, leave to appeal refused, 6.3.97, autorisation de pourvoi refusée.
- J. G.-T. v. Catholic Children's Aid Society of Hamilton-Wentworth* (Ont.), 25697, leave to appeal refused with costs, 27.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- J.-L.P. c. A. N.* (Qué.), 25512, leave to appeal refused with costs, 20.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Jackson v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25666, leave to appeal refused, 20.3.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Jenkins v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25665, leave to appeal refused, 27.2.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Jeworski v. Nguyen* (Sask.), 25642, leave to appeal and leave to cross-appeal refused with costs, 20.3.97, autorisation de pourvoi et autorisation de pourvoi incident refusées avec dépens.
- Joanisse v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25430, leave to appeal refused, 30.1.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Kathleen H. v. Finley* (Ont.), 25700, notice of discontinuance filed, 21.1.97, avis de désistement produit.
- Kenny v. The Queen* (Crim.)(Nfld.), 25568, leave to appeal refused, 6.3.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Kinch v. Tignish Credit Union Ltd.* (P.E.I.), 25345, leave to appeal refused with costs, 6.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kowall v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25445, leave to appeal refused, 30.1.97, autorisation de pourvoi refusée.

- L.L. c. D.S.-J.* (Qué.), 25645, leave to appeal refused with costs, 27.3.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- LaBelle v. Howe* (Ont.), 25433/25434, leave to appeal refused, 30.1.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Labow c. Attorney General of Quebec* (Qué.), 25576, leave to appeal refused with costs, 27.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lakotos v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25548, leave to appeal refused, 6.3.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Lang v. McKenna* (Ont.), 25555, leave to appeal refused with costs, 13.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Latimer v. The Queen* (Sask.), 24818, notice of discontinuance filed, 7.3.97, avis de désistement produit.
- Ledwon v. Homelife Peter Sukkau Realty Inc.* (Ont.), 25471, leave to appeal refused with costs, 9.1.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lévesque-Gagné c. Sirois* (Qué.), 25600, leave to appeal refused with costs, 13.3.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Liston v. Striegler* (B.C.), 25563, leave to appeal refused with costs, 20.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Luthe c. Syndicat des enseignants de Saint-Laurent et Richelieu* (Qué.), 25668, leave to appeal refused with costs, 27.3.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- M.S. v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25742, leave to appeal refused, 6.3.97, autorisation de pourvoi refusée.
- M.S. v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25815, leave to appeal refused, 27.3.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Mackey v. Smith* (Sask.), 25476, leave to appeal refused with costs, 30.1.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Mattatall v. Hill* (N.B.), 25392, leave to appeal refused, 9.1.97, autorisation de pourvoi refusée.
- McLean v. Fowler* (Nfld.), 25570, leave to appeal refused with costs, 27.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- McMullen v. McMullen* (Ont.), 25623, leave to appeal refused with costs, 27.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Meeker Log and Timber Ltd. v. Ship "Sea Imp VIII" Owners* (B.C.), 25483, leave to appeal refused, 30.1.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Michaud c. 2841-1585 Québec Inc.* (Qué.), 25586, leave to appeal refused with costs, 27.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Montreal Trust Co. of Canada v. Froese* (B.C.), 25486, leave to appeal refused with costs, 9.1.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Mutuelle du Canada c. Tremblay* (Qué.), 25611, leave to appeal refused, 30.1.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Nesbitt v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 25687, leave to appeal refused with costs, 20.3.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Neuman v. The Queen* (F.C.A.)(Man.), 25565, leave to appeal granted, 13.3.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Noik v. Edelstein Construction Ltd.* (Ont.), 25605, leave to appeal refused with costs, 27.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- North York Hydro Electric Commission v. Fenton* (Ont.), 25552, leave to appeal refused with costs, 20.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nourhaghighi v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25562, leave to appeal refused, 13.3.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Novopharm Ltd. v. Eli Lilly and Co.* (F.C.A.)(Ont.), 25402, leave to appeal granted, 6.2.97, autorisation de pourvoi accordée.

- Oakes-Pepin c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada* (C.A.F.)(Qué.), 25647, leave to appeal refused with costs, 20.3.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- O'Greysik v. O'Greysik* (Man.), 25638, leave to appeal refused with costs, 27.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ontario Hydro v. Dableh* (F.C.A.)(Ont.), 25524, leave to appeal refused with costs, 27.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Papaioannou v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25641, leave to appeal refused, 27.2.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Parker v. Hamelin* (B.C.), 25174, leave to appeal refused with costs, 6.3.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Peddle v. The Queen* (Crim.)(Nfld.), 25627, notice of discontinuance filed, 17.2.97, avis de désistement produit.
- Peglar v. Vance* (B.C.), 25533, leave to appeal refused with costs, 27.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Phillips v. Rutherford* (Ont.), 25626, leave to appeal refused with costs, 13.3.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Piazza c. Procureur général du Québec* (Crim.)(Qué.), 25619, leave to appeal refused with costs, 27.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pilot Insurance Co. v. Bank of Montreal* (Ont.), 25637, leave to appeal refused with costs, 27.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pitt v. The Queen* (Crim.)(N.B.), 25578, leave to appeal refused, 27.2.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Place Brossard Inc. c. 131483 Canada Inc.* (Qué.), 25612, leave to appeal refused, 27.2.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Placements Lecomont Ltée c. Cheminées Sécurité Ltée* (Qué.), 25598, leave to appeal refused with costs, 13.3.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Placements Lecomont Ltée c. Goulet* (Qué.), 25599, leave to appeal refused with costs, 13.3.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pleau c. Commission de l'Emploi et de l'Immigration du Canada* (C.A.F.)(Crim.)(Qué.), 25553, leave to appeal refused with costs, 20.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Poulin c. Procureur général du Canada* (C.A.F.)(Qué.), 25592, leave to appeal refused with costs, 27.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. v. Continental Bank of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 25521, leave to appeal granted, 6.3.97, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Meaney* (Crim.)(Nfld.), 25675, leave to appeal refused, L'Heureux-Dubé J. dissenting, 6.3.97, autorisation de pourvoi refusée, le juge L'Heureux-Dubé dissidente.
- R. v. Scidmore* (Ont.), 25844, *notice of discontinuance filed, 7.3.97, avis de désistement produit.
- R. c. Valère* (Crim.)(Qué.), 25516, leave to appeal refused, 6.2.97, autorisation de pourvoi refusée.
- R. in right of the Province of British Columbia v. Mochinski* (B.C.), 25474, leave to appeal granted, but only on the issue of non-delegable duty, 6.3.97, autorisation de pourvoi accordée, mais uniquement en ce qui concerne la question d'obligation non susceptible de délégation.
- R. in right of the Province of Ontario v. Matthews* (Ont.), 25482, leave to appeal refused with costs, 27.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Racine c. Caisse Populaire Desjardins du Vieux-Québec* (Qué.), 25646, leave to appeal refused with costs, 13.3.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 454 v. Canada Safeway Ltd.* (Sask.), 25356, leave to appeal granted, 6.2.97, autorisation de pourvoi accordée.

- Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 544 v. Battlefords and District Co-operative Ltd.* (Sask.), 25366, leave to appeal granted, 6.2.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Reynolds v. Minister of Foreign Affairs* (F.C.A.)(Ont.), 25423, leave to appeal refused with costs, 20.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rheaume c. Gestion Bo-Ra Ltée* (Qué.), 25422, notice of discontinuance filed, 4.3.97, avis de désistement produit.
- Richer c. Commission scolaire Saint-Jérôme* (Qué.), 25673, leave to appeal refused, 13.2.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Rose v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25448, leave to appeal granted, 6.2.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Roy v. Newfoundland Medical Board* (Nfld.), 25575, leave to appeal refused with costs, 20.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- S.R.H. v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25361, leave to appeal refused, 30.1.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Savard (Alain) v. Attorney General of Canada* (Crim.)(Yuk.), 25367, leave to appeal refused, 9.1.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Savard (Daniel) c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 25440, leave to appeal refused, 9.1.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Schilling v. Certified General Accountants Association of British Columbia* (B.C.), 25484, leave to appeal refused, 30.1.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Sherritt Gordon Ltd. v. Dresser Canada Inc.* (Alta.), 25572, leave to appeal refused with costs, 30.1.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Société canadienne de métaux Reynolds Ltée c. Marin* (Qué.), 25573, leave to appeal refused with costs, 13.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Société Radio-Canada c. Procureur général du Canada* (Qué.), 25657, leave to appeal refused, 13.3.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Spidell v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 25384, leave to appeal refused, 30.1.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Spina v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25396, leave to appeal refused, 30.1.97, autorisation de pourvoi refusée.
- St. Clair Jackson v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25666, leave to appeal refused, 20.3.97, autorisation de pourvoi refusée.
- St. Mary's Indian Band v. The Minister of Indian Affairs and Northern Development* (F.C.A.)(B.C.), 25537, leave to appeal refused, 20.2.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Stenner v. British Columbia Securities Commission* (B.C.), 25680, leave to appeal refused with costs, 20.3.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Streichert v. Lautard* (B.C.), 25495, leave to appeal refused with costs, 27.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sunshine Village Corporation v. Dupuy* (F.C.A.)(Alta.), 25519, leave to appeal refused, 20.2.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Sunshine Village Corporation v. Dupuy* (F.C.A.)(Alta.), 25582, leave to appeal refused, 20.2.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Syncrude Canada Ltd. v. Petrifond Midwest Ltd.* (Alta.), 25603, leave to appeal refused with costs, 13.3.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Taylor v. Eisner* (Sask.), 25536, leave to appeal refused with costs, 20.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Thomson Newspapers Co. v. Attorney General of Canada* (Ont.), 25593, leave to appeal granted, 3.3.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Tremblay c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 25391, leave to appeal refused, 30.1.97, autorisation de pourvoi refusée.

- Trendline Industries Ltd. v. Mochinski* (B.C.), 25474, leave to appeal refused with costs to the respondent, 3.3.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens en faveur de l'intimé.
- Turmel v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25610, leave to appeal refused, 20.2.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Vancouver Society of Immigrant & Visible Minority Women v. Minister of National Revenue* (F.C.A.)(B.C.), 25359, leave to appeal granted, 6.3.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Vekved v. Redlack* (B.C.), 25684, leave to appeal refused with costs, 20.3.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Venneri v. Lincoln County Board of Education* (Ont.), 25465, leave to appeal refused with costs, 30.1.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ville de LaSalle c. Mole Construction Inc.* (Qué.), 25567, leave to appeal refused with costs, 30.1.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Villeneuve c. Procureur général du Québec* (Qué.), 25554, leave to appeal refused with costs, 6.3.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Watson v. Nova Scotia Human Rights Commission* (N.S.), 25429, leave to appeal refused with costs, 30.1.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Wen v. Canadian Airlines International Ltd.* (B.C.), 25653, leave to appeal refused with costs, 13.3.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- White v. Slawter* (N.S.), 25311, leave to appeal refused with costs, 30.1.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Whynder v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 25511, leave to appeal refused, 6.2.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Woodhouse v. Woodhouse* (Ont.), 25490, leave to appeal refused with costs, L'Heureux-Dubé J. dissenting, 6.2.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens, le juge L'Heureux-Dubé dissidente.
- Zagorac v. The Queen* (Crim)(Alta.), 25107, leave to appeal refused, 9.1.97, autorisation de pourvoi refusée.

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		PAGE
A			
American Home Assurance Co., Brkich & Brkich Enterprises Ltd. v.....	1149	Canadian National Railway Co., Burlington Northern Railroad Co. v.....	5
Attorney General see also "Canada" or the name of province		Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City).....	793
		Carosella, R. v.....	80
		Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans).....	12
		Commission see also "Canada" or the name of province	
B		Cook, R. v.	1113
Barrientos, Canada v.....	531	Coreas, R. v.....	1147
Benner v. Canada (Secretary of State).....	358	Curragh Inc., R. v.	537
Brant County Board of Education, Eaton v.....	241		
British Columbia Rugby Union, Hamstra (Guardian ad litem of) v.....	1092	D	
Brkich & Brkich Enterprises Ltd. v. American Home Assurance Co.	1149	Delaronde R. v.	213
Buric, R. v.	535	Dell Holdings Ltd., Toronto Area Transit Operating Authority v.	32
Burlington Northern Railroad Co. v. Canadian National Railway Co.	5		
C		E	
C. (D.A.), R. v.....	8	Eaton v. Brant County Board of Education.....	241
Canada v. Barrientos	531		
Canada (Attorney General), Sturgeon Lake Indian Band v.	309	F	
Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc. v.	748	Farber v. Royal Trust Co.	846
Canada (Minister of Fisheries and Oceans), Comeau's Sea Foods Ltd. v.....	12	Finn, R. v.....	10
Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development), Goodswimmer v.....	309	G	
Canada (Secretary of State), Benner v.....	358	Germain v. Montreal (City).....	1144
		Goodswimmer v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)	309

	PAGE		PAGE
H		P	
Halnuck, R. v.	533	Pointe-Claire (City) v. Quebec (Labour Court)...	1015
Hamstra (Guardian ad litem of) v. British Columbia Rugby Union.....	1092	Pointe-Claire (City) v. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57	1015
Hamstra (Guardian ad litem of) v. Rigby.....	1092		
Haroun, R. v.	593	Q	
Hill v. Nova Scotia (Attorney General).....	69		
Hinse, R. v.	3	Quebec (Labour Court), Pointe-Claire (City) v. Queen see also "R."	1015
J			
Jacquard, R. v.	314	R	
Jensen, R. v.	304		
L		R. v. Buric	535
Latimer, R. v.	217	R. v. C. (D.A.).....	8
Leipert, R. v.	281	R. v. Carosella	80
M		R. v. Cook	1113
M. (A.) v. Ryan.....	157	R. v. Coreas.....	1147
MacDonnell, R. v.	305	R. v. Curragh Inc.	537
McDonnell, R. v.	948	R. v. Delaronde	213
Melnichuk, R. v.	602	R. v. Finn.....	10
Minister see also "Canada" or the name of province		R. v. Halnuck	533
Montreal (City), Canadian Union of Public Employees, Local 301 v.	793	R. v. Haroun	593
Montreal (City), Germain v.	1144	R. v. Hinse.....	3
N		R. v. Jacquard.....	314
Naud, R. v.	312	R. v. Jensen	304
Noble, R. v.	874	R. v. Latimer	217
Nova Scotia (Attorney General), Hill, v.	69	R. v. Leipert	281
O		R. v. MacDonnell	305
Office see also "Canada" or the name of province		R. v. McDonnell.....	948
O.S.S.T.F., District 15, Toronto (City) Board of Education v.	487	R. v. Melnichuk.....	602
Osvath, R. v.	7	R. v. Naud	312
		R. v. Noble	874
		R. v. Osvath.....	7
		R. v. Russell	356
		R. v. Stillman	607
		R. v. Thompson.....	311
		R. v. Wicksted	307
		Rigby, Hamstra (Guardian ad litem of) v.	1092
		Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.	411
		Royal Trust Co., Farber v.	846
		Russell, R. v.	356
		Ryan, M. (A.) v.	157

	PAGE		PAGE
S		Thompson, R. v.	311
Southam Inc., Canada (Director of Investigation and Research) v.	748	Toronto Area Transit Operating Authority v. Dell Holdings Ltd.	32
Sparrow Electric Corp., Royal Bank of Canada v.	411	Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15.	487
Stillman, R. v.	607	U	
Sturgeon Lake Indian Band v. Canada (Attorney General)	309	Union see also under abbreviated name	
Syndicat des employées et employés profession- nels-les et de bureau, section locale 57, Pointe-Claire (City) v.	1015	W	
T		Wicksted, R. v.	307
The Queen see also "R."			

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		PAGE
A			
American Home Assurance Co., Brkich & Brkich Enterprises Ltd. c.	1149	Cie Trust Royal, Farber c.	846
B			
Bande indienne de Sturgeon Lake c. Canada (Pro- cureur général)	309	Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)	12
Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.	411	Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province	
Barrientos, Canada c.	531	Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, Burlington Northern Railroad Co. c.	5
Benner c. Canada (Secrétaire d'État)	358	Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15	487
British Columbia Rugby Union, Hamstra (Tuteur à l'instance de) c.	1092	Conseil scolaire du comté de Brant, Eaton c.	241
Brkich & Brkich Enterprises Ltd. c. American Home Assurance Co.	1149	Cook, R. c.	1113
Buric, R. c.	535	Coreas, R. c.	1147
Burlington Northern Railroad Co. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada....	5	Curragh Inc., R. c.	537
D			
Delaronde, R. c. 213			
Dell Holdings Ltd., Toronto Area Transit Opera- ting Authority c. 32			
E			
Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant 241			
F			
Farber c. Cie Trust Royal 846			
F.E.E.E.S.O., district 15, Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. 487			
Finn, R. c. 10			
G			
Germain c. Montréal (Ville) 1144			
C			
C. (D.A.), R. c.	8		
Canada c. Barrientos	531		
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.	748		
Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), Goodswimmer c.	309		
Canada (Ministre des Pêches et des Océans), Comeau's Sea Foods Ltd. c.	12		
Canada (Procureur général), Band indienne de Sturgeon Lake c.	309		
Canada (Secrétaire d'État), Benner c.	358		
Carosella, R. c.	80		

	PAGE		PAGE
Goodswimmer c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)	309	Osvath, R. c.	7
H		P	
Halnuck, R. c.	533	Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail).....	1015
Hamstra (Tuteur à l'instance de) c. British Columbia Rugby Union.....	1092	Pointe-Claire (Ville) c. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57	1015
Hamstra (Tuteur à l'instance de) c. Rigby.....	1092	Procureur général voir aussi «Canada» ou nom de la province	
Haroun, R. c.	593		
Hill c. Nouvelle-Écosse (Procureur général).....	69	Q	
Hinse, R. c.	3	Québec (Tribunal du travail), Pointe-Claire (Ville) c.	1015
J		R	
Jacquard, R. c.	314	Reine voir aussi «R.»	
Jensen, R. c.	304	R. c. Buric	535
L		R. c. C. (D.A.).....	8
La Reine voir aussi «R.»		R. c. Carosella	80
Latimer, R. c.	217	R. c. Cook.....	1113
Leipert, R. c.	281	R. c. Coreas	1147
M		R. c. Curragh Inc.....	537
M. (A.) c. Ryan	157	R. c. Delaronde.....	213
MacDonnell, R. c.	305	R. c. Finn.....	10
McDonnell, R. c.	948	R. c. Halnuck.....	533
Melnichuk, R. c.	602	R. c. Haroun	593
Ministre voir aussi «Canada» ou nom de la province		R. c. Hinse	3
Montréal (Ville), Germain c.	1144	R. c. Jacquard	314
Montréal (Ville), Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c.....	793	R. c. Jensen.....	304
N		R. c. Latimer.....	217
Naud, R. c.	312	R. c. Leipert.....	281
Noble, R. c.	874	R. c. MacDonnell	305
Nouvelle-Écosse (Procureur général), Hill c.....	69	R. c. McDonnell	948
O		R. c. Melnichuk.....	602
Office voir aussi «Canada» ou nom de la province		R. c. Naud.....	312
		R. c. Noble	874
		R. c. Osvath.....	7
		R. c. Russell	356
		R. c. Stillman.....	607
		R. c. Thompson	311
		R. c. Wicksted	307
		Régie des transports en commun de la région de Toronto, Dell Holdings Ltd. c.....	32

	PAGE		PAGE
Rigby, Hamstra (Tuteur à l'instance de) c.....	1092	Syndicat des employées et employés profession-	
Russell, R. c.	356	nels-les et de bureau, section locale 57,	
Ryan, M. (A.) c.	157	Pointe-Claire (Ville) c.....	1015
		Syndicat voir aussi sous nom abrégé	
S			
Southam Inc., Canada (Directeur des enquêtes et			
recherches) c.	748		
Sparrow Electric Corp., Banque Royale du Cana-			
da c.	411		
Stillman, R. c.....	607		
Syndicat canadien de la fonction publique, section			
locale 301 c. Montréal (Ville).....	793		
T			
		Thompson, R. c.	311
W			
		Wicksted, R. c.	307

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
A		
A. (L.L.) v. B. (A.)	[1995] 4 S.C.R. 536.....	184, 297
A. & F. Baillargeon Express (Québec) inc. c. Teamsters du Québec, chauffeurs et ouvriers de diverses industries, local 69	T.T., n° 200-28-000182-805, 10 février 1981	1043
A. M. Souter & Co. v. City of Hamilton	(1972), 2 L.C.R. 167	66
Abraham v. Coopers & Lybrand Ltd.	(1993), 13 O.R. (3d) 649.....	435
Adair v. M'Garry	[1933] S.L.T. 482	720
Adel Muhammed El Dabbah v. Attorney-General for Palestine.....	[1944] A.C. 156.....	1126
Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.	[1996] 1 S.C.R. 963.....	440, 483
Alden v. Hutcheon	[1960] Que. Q.B. 539.....	1105
All-Work, Inc.....	193 N.L.R.B. 918 (1971)	1086
Ambrose v. The Queen.....	[1977] 2 S.C.R. 717.....	882, 935
Andrews v. Law Society of British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 143.....	272, 383
Arizona v. Youngblood	488 U.S. 51 (1988).....	126
Armstrong v. Coopers & Lybrand Ltd.....	(1986), 53 O.R. (2d) 468.....	435
Asbestos Corporation Ltd. v. Cook.....	[1933] S.C.R. 86.....	858
Attorney General for Quebec v. Bégin.....	[1955] S.C.R. 593.....	707
Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel Ltd.....	[1920] A.C. 508.....	45
Avon v. The Queen	[1971] S.C.R. 650.....	882, 934
Azoulay v. The Queen	[1952] 2 S.C.R. 495.....	326, 350
B		
B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	[1995] 1 S.C.R. 315.....	279
Baker v. Burns Foods Ltd.	(1977), 74 D.L.R. (3d) 762.....	864
Bank of Montreal v. Hall.....	[1990] 1 S.C.R. 121.....	434
Banque de Montréal c. Hall.....	[1990] 1 R.C.S. 121.....	434
Banque nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce	[1984] 1 R.C.S. 269.....	830
Banque Toronto-Dominion c. M.R.N.	[1996] 1 R.C.S. 963.....	440, 483
Baron v. Canada.....	[1993] 1 S.C.R. 416.....	191
Beaudry v. Fournier	D.T.E. 94T-433	841

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)	[1989] 1 R.C.S. 1722.....	772, 1036
Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission).....	[1989] 1 S.C.R. 1722.....	772, 1036
Bersenas v. Minister of Transportation and Communications	(1984), 31 L.C.R. 97	40
Bertucci v. Banque Toronto-Dominion	(1994), 65 Q.A.C. 17	868
Bessell v. Wilson.....	(1853), 1 El. & Bl. 489, 118 E.R. 518.....	636
Bisaillon v. Keable.....	[1983] 2 S.C.R. 60.....	290
Blanchard v. Control Data Canada Ltd.....	[1984] 2 S.C.R. 476.....	505, 1036
Board of Education for City of London and O.S.S.T.F., District 4	Unreported/Inédit (Teplitsky) October 7, 1986.....	513
Board of Industrial Relations v. Avco Financial Services Realty Ltd.	[1979] 2 S.C.R. 699.....	435
Borowski c. Canada (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 342.....	397
Borowski v. Canada (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 342.....	397
Boucher v. The Queen	[1955] S.C.R. 16	1124
Bowhey v. Theakston.....	[1951] S.C.R. 679	1100

C

CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.	[1989] 2 S.C.R. 983.....	1059
C.I.B.C. v. Klymchuk	(1990), 74 Alta. L.R. (2d) 232.....	463
C.I.L. Inc. v. Plante.....	[1983] T.T. 121.....	841
C.W.C. v. Canada/(Attorney General)	[1989] 1 F.C. 643	28
Cahoon v. Conseil de la Corporation des Ingénieurs.....	[1972] R.P. 209.....	840
Caisse d'économie Hydro v. des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57	[1988] T.T. 429.....	1042
California v. Trombetta.....	467 U.S. 479 (1984).....	126
Cameron v. Excelsior Life Insurance Co.....	(1978), 27 N.S.R. (2d) 218	1105
Cameron v. National Parole Board	[1993] B.C.J. No. 1630 (QL).....	840
Canada (Attorney General) v. Mossop.....	[1993] 1 S.C.R. 554.....	522
Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada	[1991] 1 S.C.R. 614.....	1036
Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada	[1993] 1 S.C.R. 941.....	504, 777, 1036
Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Taylor	[1987] 3 F.C. 593	581
Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Taylor	[1987] 3 C.F. 593	581
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Air Canada	(1989), 27 C.P.R. (3d) 476.....	789
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.	[1997] 1 R.C.S. 748.....	1058
Canada (Director of Investigation & Research) v. Air Canada.....	(1989), 27 C.P.R. (3d) 476.....	789
Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.	[1997] 1 S.C.R. 748.....	1058
Canada Metal Co. v. Canadian Broadcasting Corp. (No. 2)	(1974), 4 O.R. (2d) 585.....	581
Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada	[1991] 1 R.C.S. 614.....	1036
Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada	[1993] 1 R.C.S. 941.....	504, 777, 1036
Canada (Procureur général) c. Mossop	[1993] 1 R.C.S. 554.....	522
Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)	[1995] 1 S.C.R. 157.....	506

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co. ...	[1992] 1 S.C.R. 1021.....	19
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.....	[1979] 2 S.C.R. 227.....	507, 776, 811, 1036
Carey v. Ontario.....	[1986] 2 S.C.R. 637.....	103
Carltona, Ltd. v. Commissioners of Works	[1943] 2 All E.R. 560.....	22
Cass. soc.	February 4, 1988, Bull. civ. V, No. 96, p. 65.....	860
Cass. soc.	February 25, 1988, Bull. civ. V, No. 140, p. 93.....	860
Cass. soc.	January 21, 1988, Bull. civ. V, No. 58, p. 39.....	860
Cass. soc.	November 15, 1988, Bull. civ. V, No. 594, p. 382.....	860
Cayen v. Woodward's Stores Ltd.	(1993), 45 C.C.E.L. 264.....	864
Centre communautaire juridique de l'Estrie v. Sherbrooke (City)	[1996] 3 S.C.R. 84.....	1036
Centre d'accueil M ^{gr} Coderre v. Union des employés de service, local 298 (F.T.Q.)	[1985] T.T. 291.....	1032, 1073
Charles Osenton & Co. v. Johnston.....	[1942] A.C. 130.....	111
Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	[1993] 2 C.F. 314	399
Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	[1993] 2 F.C. 314	399
Chouinard v. Groupe Commerce, compagnie d'assurances.....	(1995), 67 Q.A.C. 83.....	865
Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence).....	[1992] 2 R.C.S. 394.....	773
Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)	[1992] 2 S.C.R. 394.....	773
Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.	[1992] 1 R.C.S. 1021.....	19
Cie minière Québec Cartier c. Québec (Arbitre des griefs)	[1995] 2 R.C.S. 1095.....	519, 868
Cie minière Québec Cartier v. Québec (Grievances Arbitrator)	[1995] 2 S.C.R. 1095.....	519, 868
Citation Industries Ltd. v. C.J.A., Loc. 1928.....	(1988), 53 D.L.R. (4th) 360.....	266
City of Montreal v. Daniel J. McAnulty Realty Co.....	[1923] S.C.R. 273	52, 64
Cloutier v. Langlois.....	[1990] 1 S.C.R. 158.....	637, 678, 1138
Cloutier v. The Queen.....	[1979] 2 S.C.R. 709.....	582
Cluett v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 216.....	326
Colpitts v. The Queen	[1965] S.C.R. 739.....	348
Columbia Builders Supplies Co. v. Bartlett.....	[1967] Que. Q.B. 111	858
Commission des relations de travail c. Avco Financial Services Realty Ltd.	[1979] 2 R.C.S. 699.....	435
Communauté urbaine de Montréal v. Fraternité des policiers et policières de la Communauté urbaine de Montréal inc.	[1995] R.J.Q. 2549	820
Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15	[1997] 1 R.C.S. 487.....	777, 828, 1057
Cook v. Royal Trust.....	(1990), 31 C.C.E.L. 6.....	866
Corbett v. The Queen.....	[1975] 2 S.C.R. 275.....	882, 936
Cox v. Royal Trust Corp. of Canada	(1989), 26 C.C.E.L. 203.....	864
Crabb v. Arun District Council	[1975] 3 All E.R. 865.....	75
Crease v. Canada.....	[1994] 3 F.C. 480	385
Cunningham v. Canada.....	[1993] 2 S.C.R. 143.....	1133
Currie v. Nova Scotia Trust Co.....	(1969), 1 N.S.R. 274	1105

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
D		
D.N. v. New Brunswick (Minister of Health & Community Services)	(1992), 127 N.B.R. (2d) 383	265
Dagenais c. Société Radio-Canada	[1994] 3 R.C.S. 835	171, 191, 690
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.	[1994] 3 S.C.R. 835	171, 191, 690
Daigle v. Clair (Village of)	(1986), 70 N.B.R. (2d) 129	75
Daigneault v. Coopexcel, coopérative agricole	(1991), 42 C.C.E.L. 128	865
Dauphin Plains Credit Union Ltd. v. Xyloid Industries Ltd.	[1980] 1 S.C.R. 1182	434
Delisle v. Canada	[1991] F.C.J. No. 459 (QL)	25
Dersch c. Canada (Procureur général)	[1990] 2 R.C.S. 1505	101
Dersch v. Canada (Attorney General)	[1990] 2 S.C.R. 1505	101
Desgagné v. Fabrique de St-Philippe d'Arvida	[1984] 1 S.C.R. 19	871
Desjardins v. National Parole Board	(1989), 29 F.T.R. 38	840
Deslauriers Construction Products Ltd.	[1970] 3 O.R. 599	438
Désormeaux v. Banque de Montréal	D.T.E. 87T-210	865
Desrosiers v. The King	(1920), 60 S.C.R. 105	862
Diggon-Hibben Ltd. v. The King	[1949] S.C.R. 712	45
Director of Buildings and Lands v. Shun Fung Ironworks Ltd.	[1995] 2 A.C. 111	53, 65
Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)	[1993] 2 S.C.R. 756	1036
Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell	[1980] 1 S.C.R. 245	507
Driver v. Coca-Cola Ltd.	[1961] S.C.R. 201	862
Dubois v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 350	381, 882, 920, 946
Dufault v. Stevens	(1978), 6 B.C.L.R. 199	196
E		
E. (Mrs.) v. Eve	[1986] 2 S.C.R. 388	279
Egan v. Canada	[1995] 2 S.C.R. 513	271, 389
Elias v. U.S. Department of State	721 F.Supp. 243 (1989)	399
Elsom v. Elsom	[1989] 1 S.C.R. 1367	110
États-Unis d'Amérique c. Leon	[1996] 1 R.C.S. 888	1124
Etobicoke Board of Education and Ontario Secondary School Teachers' Federation, District 12, Re	(1981), 2 L.A.C. (3d) 265	510
Everett c. Canada/(Ministre des Pêches et des Océans)	(1994), 169 N.R. 100	23
Everett v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)	(1994), 169 N.R. 100	23
Ewing v. State	310 N.E.2d 571 (1974)	685
F		
Farquhar v. Butler Bros. Supplies Ltd.	(1988), 23 B.C.L.R. (2d) 89	864
Federal Business Development Bank v. Lakeland Drilling Ltd.	(1985), 61 A.R. 381	1105
First Team Personnel Inc.	[1994] O.L.R.D. No. 2630 (QL)	1086
Fisheries Act, 1914, Re	[1930] 1 D.L.R. 194	14

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Ford Motor Co. of Canada Ltd. v. Manning Mercury Sales Ltd. (Trustee of).....	[1994] 6 W.W.R. 372.....	435
Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.....	[1993] 2 R.C.S. 316.....	506, 773
Frenette c. Métropolitaine (La), Cie d'assurance-vie.....	[1992] 1 R.C.S. 647.....	196
Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.....	[1992] 1 S.C.R. 647.....	196
Frey v. Fedoruk.....	[1950] S.C.R. 517.....	974
Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports).....	[1992] 1 R.C.S. 3.....	111
Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport).....	[1992] 1 S.C.R. 3.....	111
Friesen v. Canada.....	[1995] 3 S.C.R. 103.....	441

G

Garderie Blanche-Neige inc. c. Giguère.....	T.T., n° 500-28-000286-799, 11 juillet 1980.....	1043
Greenaway v. Seven Oaks School No. 10.....	(1990), 70 Man. R. (2d) 2.....	525

H

Hall v. Dunlop.....	[1959] N.Z.L.R. 1031.....	908
Hallé v. Canadian Indemnity Co.....	[1937] S.C.R. 368.....	862
Harelkin v. University of Regina.....	[1979] 2 S.C.R. 561.....	808
Hartel Holdings Co. v. City of Calgary.....	[1984] 1 S.C.R. 337.....	42
Hellenius v. Lees.....	[1970] 1 O.R. 273, aff'd [1972] S.C.R. 165.....	1104
Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick	[1979] 2 R.C.S. 768.....	505, 524
Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission.....	[1979] 2 S.C.R. 768.....	505, 524
Hill c. Église de scientologie de Toronto.....	[1995] 2 R.C.S. 1130.....	171, 192, 690
Hill v. Church of Scientology of Toronto.....	[1995] 2 S.C.R. 1130.....	171, 192, 690
Hills c. Canada (Procureur général).....	[1988] 1 R.C.S. 513.....	191
Hills v. Canada (Attorney General).....	[1988] 1 S.C.R. 513.....	191
Hogan v. The Queen.....	[1975] 2 S.C.R. 574.....	707
Holt v. United States.....	218 U.S. 245 (1910).....	710
Hôpital Royal Victoria v. Vassart.....	[1990] R.J.Q. 1961.....	1045, 1073
Hotel and Club Employees' Union, Local 299 v. Sutton Place Hotel	[1980] O.L.R.B. Rep. 1538.....	1048, 1076
Hôtel du Jardin v. des salariés de l'Hôtel du Jardin.....	(F.E.M.S.Q.), D.T.E. 91T-1122.....	1043
Howard v. Bates.....	(1994), 72 A. Crim. R. 96.....	718
Howell v. Falmouth Boat Construction Co.	[1951] A.C. 837.....	77
Hunter v. Southam Inc.....	[1984] 2 S.C.R. 145.....	200, 636, 688, 744
Hydro-Québec et Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 957.....	Unreported/Inédit, C.S.E. 88-1691/3c, July 14, 1989.....	836

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Hydro-Québec et Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1500	Unreported/Inédit, C.S.E. 88-1691/3c, July 11, 1989	837
I		
I.M. Personnel Agency Inc.	[1989] O.L.R.D. No. 970 (QL)	1085
Ibrahim v. The King	[1914] A.C. 599	917
Illingworth v. Houldsworth	[1904] A.C. 355	451
Imperial Oil Ltd. v. The Queen	[1974] S.C.R. 623	45
International Brotherhood of Electrical Workers, Local 586 v. Dare Personnel Inc.	[1995] O.L.R.B. Rep. 935	1048
International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange	[1967] S.C.R. 628	836
J		
Jackson v. Inglis	(1985), 7 O.A.C. 377	1105
Jaffee v. Redmond	116 S. Ct. 1923 (1996)	176
Jobber v. Addressograph Multigraph of Canada Ltd.	(1980), 1 C.C.E.L. 87	866
John v. The Queen	[1971] S.C.R. 781	326
Johnson v. Moncton Chrysler Dodge (1980) Ltd.	(1991), 34 C.C.E.L. 164	866
Joliffe v. The Queen	[1986] 1 F.C. 511	24
K		
Kandiah v. Minister of Employment and Immigration	(1992), 141 N.R. 232	839
King v. McLellan	[1974] V.R. 773	717
Koebel v. Rive	[1958] O.R. 448	1101
Kraychy v. Edmonton Public School District No. 7	(1990), 73 Alta. L.R. (2d) 69	525
Kuruma v. The Queen	[1955] A.C. 197	720
L		
Labourers' International Union of North America, Local 183 v. York Condominium Corp.	[1977] O.L.R.B. Rep. 645	1048, 1076
Labourers International Union of North America, Local 607 v. Grant Development Corp.	[1993] O.L.R.B. Rep. 21	1048
Lafleche v. Ministry of Transportation and Communications	(1975), 8 L.C.R. 77	50
Laidlaw c. Municipalité du Toronto métropolitain	[1978] 2 R.C.S. 736	45
Laidlaw v. Municipality of Metropolitan Toronto	[1978] 2 S.C.R. 736	45
Lavigne v. Sidbec-Dosco Inc.	[1985] C.S. 26	861
Lawrie v. Lees	(1881), 7 App. Cas. 19	27
Leigh v. Cole	(1853), 6 Cox C.C. 329	636
Lemay v. The King	[1952] 1 S.C.R. 232	1120

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Lester (W. W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740	[1990] 3 R.C.S. 644.....	508, 829, 1036
Lester (W. W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740.....	[1990] 3 S.C.R. 644.....	508, 829, 1036
Loughead v. Collingwood Shipbuilding Co.	(1908), 16 O.L.R. 64, aff'd (1908), 12 O.W.R. 697.....	1101
Lynch v. Mac Carter Ltd.	(1995), 17 C.C.E.L. (2d) 292.....	866

M

Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.	[1987] 1 S.C.R. 110.....	111
Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen	[1979] 1 S.C.R. 101.....	45
Manitoba (Minister of Labour) v. Omega Autobody Ltd. (Receiver of)	(1989), 59 D.L.R. (4th) 34.....	437
Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.	[1987] 1 R.C.S. 110.....	111
Marcoux v. The Queen	[1976] 1 S.C.R. 763.....	707, 882, 935
Marks v. Beyfus	(1890), 25 Q.B.D. 494.....	295
Martin-Trigona, In re	573 F.Supp. 1237 (1983).....	585
McConnell v. The Queen.....	[1968] S.C.R. 802.....	888
McKinney c. Université de Guelph.....	[1990] 3 R.C.S. 229.....	119
McKinney v. University of Guelph.....	[1990] 3 S.C.R. 229.....	119
McMartin v. The Queen	[1964] S.C.R. 484.....	330
McNeil v. Presstran Industries.....	(1992), 45 C.C.E.L. 78.....	866
Messageries dynamiques, division de groupe Québecor inc. v. Syndicat québécois de l'imprimerie et communications, local 145	[1986] T.T. 431.....	1041
Michaud v. Wales.....	(1991), 8 C.C.L.I. (2d) 57.....	1105
Mifsud v. MacMillan Bathurst Inc.	(1987), 60 O.R. (2d) 58.....	864
Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville	[1982] 2 S.C.R. 518.....	1106
Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville...	[1982] 2 R.C.S. 518.....	1106
Miron v. Trudel	[1995] 2 S.C.R. 418.....	270, 389
Montreal Public Service Co. v. Champagne.....	(1916), 33 D.L.R. 49.....	861
More v. The Queen.....	[1963] S.C.R. 522.....	330, 352
Morin v. Rochon.....	(1983), 42 O.R. (2d) 301.....	1105
Morris v. The Queen.....	[1983] 2 S.C.R. 190.....	739
Murray c. Canada (Ministre de la Santé et du Bien-être social)....	[1994] 1 C.F. 603.....	386
Murray v. Canada (Minister of Health and Welfare).....	[1994] 1 F.C. 603.....	386
Murray v. Director of Public Prosecutions	(1992), 97 Cr. App. R. 151.....	904

N

Nationair (Nolisair International Inc.).....	(1987), 70 di 44.....	1048
National Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers Union of Canada v. Nichirin Inc.	[1991] O.L.R.B. Rep. 78.....	1048

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
National Bank of Canada v. Director of Employment Standards....	(1986), 5 P.P.S.A.C. 326.....	435
National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union.....	[1984] 1 S.C.R. 269.....	830
National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)	[1990] 2 R.C.S. 1324.....	508, 777, 844, 1036, 1058
National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal).....	[1990] 2 S.C.R. 1324.....	508, 777, 844, 1036, 1058
Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commis- sioners of Public Utilities).....	[1992] 1 R.C.S. 623	543
Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commis- sioners of Public Utilities).....	[1992] 1 S.C.R. 623.....	543
Niagara Employment Agency Inc.	[1989] O.L.R.D. No. 921 (QL).....	1085
Nolisair International Inc. (Nationair Canada).....	(1992), 89 di 94	1048
North Sky Trading Inc. (Bankrupt), Re	(1994), 158 A.R. 117.....	458
Nyveen v. Russell Food Equipment Ltd.....	(1987), 19 C.C.E.L. 227	865
O		
O'Neil v. Pacific Great Eastern Railway	(1971), 24 D.L.R. (3d) 628	1098
Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York	[1996] 2 R.C.S. 929.....	1146
Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Edu- cation	[1996] 2 S.C.R. 929.....	1146
Ontario (Workers' Compensation Board) v. Mandelbaum, Spergel Inc.	(1993), 12 O.R. (3d) 385.....	265
Orth v. MacDonald Dettwiler & Assoc. Ltd.	(1986), 8 B.C.L.R. (2d) 1.....	864
P		
Pacific Coast Coin Exchange of Canada Ltd. c. Commission des valeurs mobilières de l'Ontario	[1978] 2 R.C.S. 112.....	45
Pacific Coast Coin Exchange of Canada Ltd. v. Ontario Securities Commission	[1978] 2 S.C.R. 112.....	45
Pauze v. Gauvin	[1954] S.C.R. 15	863
Pembina on the Red Development Corp. Ltd. v. Triman Industries Ltd.....	(1991), 85 D.L.R. (4th) 29	439
People v. Andre W., 404 N.Y.S.2d 578	(1978)	1131
People v. Beeler	891 P.2d 153 (1995).....	126
People v. Callen	194 Cal.App.3d 558 (1987).....	291
People v. Kelly/467 N.E.2d 498.....	(1984)	150
People v. Sams/685 P.2d 157	(1984)	150
People v. Webb/862 P.2d 779	(1993)	127
Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers).....	[1994] 2 R.C.S. 557.....	360, 503, 522, 765
Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)	[1994] 2 S.C.R. 557.....	360, 503, 522, 765
Poole v. Tomenson Saunders Whitehead Ltd.	(1987), 16 B.C.L.R. (2d) 349.....	864
Pulak v. Algoma Publishers Ltd.....	(1995), 10 C.C.E.L. (2d) 111.....	866

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Q		
Queen in Right of British Columbia (The) v. Tener	[1985] 1 S.C.R. 533.....	45
Queen (The) v. Apostilides.....	(1984), 154 C.L.R. 563	1129
R		
R. in Right of B.C. v. F.B.D.B.	[1988] 1 W.W.R. 1	433, 475
R. v. A.B.C.....	(1991), 120 A.R. 106.....	970, 1009
R. v. A. (D.)	(1992), 76 C.C.C. (3d) 1	122
R. v. Aalders.....	[1993] 2 S.C.R. 482.....	332
R. v. Albert.....	(1987), 77 N.B.R. (2d) 269.....	940
R. v. Alderton.....	(1985), 17 C.C.C. (3d) 204	638
R. v. Allard.....	(1990), 57 C.C.C. (3d) 397	332
R. v. Amway Corp.....	[1989] 1 S.C.R. 21.....	919
R. v. Andrew	(1992), 60 O.A.C. 324.....	149
R. v. Antinello.....	(1995), 97 C.C.C. (3d) 126	104
R. v. Appleby	[1972] S.C.R. 303	900
R. v. Arcangioli.....	[1994] 1 S.C.R. 129.....	338
R. v. Arp.....	[1995] B.C.J. No. 882 (QL).....	645, 722
R. v. Audet	[1996] 2 S.C.R. 171.....	512
R. v. B. (C.R.).....	[1990] 1 S.C.R. 717.....	739
R. v. B. (D.J.).....	(1993), 16 C.R.R. (2d) 381	122
R. v. B. (K.G.).....	[1993] 1 S.C.R. 740.....	1133
R. v. Bain	[1992] 1 S.C.R. 91.....	1125
R. v. Baldhead.....	[1966] 4 C.C.C. 183	990
R. v. Bartle	[1994] 3 S.C.R. 173... 101, 222, 662, 700, 733	
R. v. Beare.....	(1987), 31 C.R.R. 118	266
R. v. Beare.....	[1988] 2 S.C.R. 387.....	191, 641, 679
R. v. Belnavis.....	(1996), 107 C.C.C. (3d) 195	638
R. v. Big M Drug Mart, Ltd.....	[1985] 1 S.C.R. 295.....	398
R. v. Black.....	[1989] 2 S.C.R. 138.....	666, 709
R. v. Black.....	(1990), 55 C.C.C. (3d) 421	1138
R. v. Bob	(1990), 78 C.R. (3d) 102.....	342
R. v. Bogart	(1993), 33 B.C.A.C. 225	946
R. v. Borden	[1994] 3 S.C.R. 145.....	111, 641
R. v. Boss	(1988), 46 C.C.C. (3d) 523	904, 934
R. v. Branco	(1993), 25 C.R. (4th) 370.....	940
R. v. Brezack.....	(1949), 96 C.C.C. 97	686
R. v. Broyles.....	[1991] 3 S.C.R. 595.....	732
R. v. Brydges.....	[1990] 1 S.C.R. 190.....	235
R. v. Brydon.....	[1995] 4 S.C.R. 253.....	351, 601
R. v. Buckingham.....	(1943), 86 C.C.C. 76	720
R. v. Burdett.....	(1820), 4 B. & Ald. 95, 106 E.R. 873	881
R. v. Burlingham.....	[1995] 2 S.C.R. 206.....	654, 698, 733
R. v. Caldough	(1961), 36 C.R. 248.....	240

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Carosella.....	[1997] 1 S.C.R. 80.....	535
R. v. Challice.....	(1979), 45 C.C.C. (2d) 546.....	598
R. v. Chambers.....	[1990] 2 S.C.R. 1293.....	918
R. v. Chaplin.....	[1995] 1 S.C.R. 727.....	117, 572, 1141
R. v. Charlette.....	(1992), 83 Man. R. (2d) 187.....	342
R. v. Chiarantano.....	[1990] O.J. No. 2603 (QL).....	295
R. v. Cleghorn.....	[1995] 3 S.C.R. 175.....	942
R. v. Cobham.....	[1994] 3 S.C.R. 360.....	222
R. v. Colarusso.....	[1994] 1 S.C.R. 20.....	665, 735
R. v. Collins.....	[1987] 1 S.C.R. 265.....	628, 678, 726
R. v. Connor and Hall.....	(1957), 118 C.C.C. 237.....	990
R. v. Cooper.....	[1993] 1 S.C.R. 146.....	601
R. v. Corbett.....	[1988] 1 S.C.R. 670.....	1104
R. v. Cowan.....	[1995] 3 W.L.R. 818.....	905
R. v. Cunningham.....	(1996), 104 C.C.C. (3d) 542.....	992
R. v. D. (D.L.).....	(1992), 77 C.C.C. (3d) 426.....	124
R. v. D.K.....	(1994), 155 A.R. 269.....	1009
R. v. D.M.B.....	(1993), 141 A.R. 307.....	1009
R. v. Debot.....	(1986), 54 C.R. (3d) 120.....	683
R. v. Demyen.....	(1975), 26 C.C.C. (2d) 324.....	940
R. v. Dieffenbaugh.....	(1993), 80 C.C.C. (3d) 97.....	123
R. v. Dionne.....	[1993] A.J. No. 939 (QL).....	1009
R. v. Downey.....	[1992] 2 S.C.R. 10.....	900
R. v. Duguay.....	[1989] 1 S.C.R. 93.....	111, 649, 700, 740
R. v. Duguay, Murphy and Sevigny.....	(1985), 18 C.C.C. (3d) 289.....	635
R. v. Duguay, Murphy and Sevigny.....	[1989] 1 S.C.R. 93.....	635
R. v. Durette.....	[1994] 1 S.C.R. 469.....	102, 117
R. v. Dymont.....	[1988] 2 S.C.R. 417.....	640, 688, 722, 744
R. v. Edwards.....	[1996] 1 S.C.R. 128.....	397
R. v. Edwards Books and Art Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 713.....	383
R. v. Edwards; R. v. Brandy.....	The Times, July 1, 1996.....	993
R. v. Egger.....	[1993] 2 S.C.R. 451.....	105, 117, 572
R. v. Elshaw.....	[1991] 3 S.C.R. 24.....	732
R. v. Evans.....	[1991] 1 S.C.R. 869.....	231
R. v. Evans.....	[1996] 1 S.C.R. 8.....	654
R. v. Finta.....	[1994] 1 S.C.R. 701.....	124, 1135
R. v. Finta, Ont.....	Unreported/Inédit, S.C., April 24, 1990....	122
R. v. François.....	[1994] 2 S.C.R. 827.....	882, 924
R. v. Franks.....	(1991), 67 C.C.C. (3d) 280.....	1132
R. v. G. (W.G.).....	(1990), 58 C.C.C. (3d) 263.....	124
R. v. Gallagher (D.N.).....	(1994), 48 B.C.A.C. 139.....	1131
R. v. Gamble.....	[1988] 2 S.C.R. 595.....	371
R. c. Garcia.....	[1992] R.J.Q. 2716.....	683
R. v. Garcia.....	(1992), 72 C.C.C. (3d) 240.....	683
R. v. Gardiner.....	[1982] 2 S.C.R. 368.....	939, 977
R. v. Garofoli.....	[1990] 2 S.C.R. 1421.....	294

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Gatley	(1992), 74 C.C.C. (3d) 468	124
R. v. Glassford	(1988), 27 O.A.C. 194	992
R. v. Grant	[1993] 3 S.C.R. 223	111, 655, 730
R. v. Greffe	[1990] 1 S.C.R. 755	111
R. v. Gruenke	[1991] 3 S.C.R. 263	171, 184, 1124
R. v. Guyatt	(1994), 35 C.R. (4th) 178	1135
R. v. Halcrow	(1993), 80 C.C.C. (3d) 320	124
R. v. Halliday	(1994), 129 N.S.R. (2d) 317	25
R. v. Hamill	[1987] 1 S.C.R. 301	731
R. v. Hardy	(1994), 45 B.C.A.C. 146	294
R. v. Harper	[1994] 3 S.C.R. 343	222, 670
R. v. Harrison	[1977] 1 S.C.R. 238	22
R. v. Hayes	[1989] 1 S.C.R. 44	840
R. v. Hayward	(1957), 118 C.C.C. 365	720
R. v. Hebert	[1990] 2 S.C.R. 151	670, 706, 917
R. v. Hessam	(1983), 43 A.R. 247	987
R. v. Higgins	(1987), 31 C.R.R. 118	266
R. v. Hill	[1986] 1 S.C.R. 313	1105
R. v. Holmes	[1988] 1 S.C.R. 914	900
R. v. Hunter	(1987), 57 C.R. (3d) 1	290
R. v. Hutchinson	(1995), 99 C.C.C. (3d) 88	1135
R. v. J. W. Mills & Son Ltd.	[1968] 2 Ex. C.R. 275	784
R. v. Jabaltjari	(1989), 46 A. Crim. R. 47	993
R. v. Jackson	(1991), 12 W.C.B. (2d) 270	887
R. v. Jackson	(1993), 87 C.C.C. (3d) 56	992
R. v. Jacoy	[1988] 2 S.C.R. 548	731
R. v. Jenkins	(1908), 14 C.C.C. 221	881, 915
R. v. Jenkins	(1996), 29 O.R. (3d) 30	346
R. v. Jewell and Wiseman	(1980), 54 C.C.C. (2d) 286	1128
R. v. Jewitt	[1985] 2 S.C.R. 128	587
R. v. Johnson	(1993), 12 O.R. (3d) 340	893, 930
R. v. Jones	[1994] 2 S.C.R. 229	1125
R. v. Jourdain and Kudyba	(1958), 121 C.C.C. 82	992
R. v. Kanaveilomani	(1994), 72 A. Crim. R. 492	907
R. v. Kirkby	(1985), 47 C.R. (3d) 97	330, 352
R. v. Kokesch	[1990] 3 S.C.R. 3	674
R. v. L. (P.S.)	(1995), 103 C.C.C. (3d) 341	124
R. v. L. (W.K.)	[1991] 1 S.C.R. 1091	128
R. v. La	(1996), 105 C.C.C. (3d) 417	136
R. v. Lakotos	(1996), 187 A.R. 45	1009
R. v. Lapatak	(1995), 169 A.R. 385	972, 1009
R. v. Leaney	[1989] 2 S.C.R. 393	882, 935
R. v. LeBlanc	(1981), 64 C.C.C. (2d) 31	644, 722, 744
R. v. Ledinski	(1995), 102 C.C.C. (3d) 445	124
R. v. Legere	(1988), 89 N.B.R. (2d) 361	630, 679
R. v. Legere	(1994), 95 C.C.C. (3d) 139	646, 722

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Lepage	[1995] 1 S.C.R. 654.....	882, 925
R. v. Lerke.....	(1986), 49 C.R. (3d) 324.....	683
R. v. Levogiannis	[1993] 4 S.C.R. 475.....	1133
R. v. Lim (No. 2).....	(1990), 1 C.R.R. (2d) 136.....	637, 683
R. v. Litchfield	[1993] 4 S.C.R. 333.....	8
R. v. Livingstone.....	(1990), 57 C.C.C. (3d) 449.....	571
R. v. Love.....	[1994] A.J. No. 847 (QL).....	645, 722
R. v. Love.....	(1995), 102 C.C.C. (3d) 393.....	645, 722
R. v. Lupien.....	(1995), 68 Q.A.C. 253.....	124
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309.....	147, 938
R. v. M. (C.A.).....	[1996] 1 S.C.R. 500.....	962, 1006
R. v. MacDonnell	(1996), 148 N.S.R. (2d) 289.....	124
R. v. Maloney.....	(1994), 136 N.S.R. (2d) 23.....	940
R. v. Manninen.....	[1987] 1 S.C.R. 1233.....	662
R. v. Marinaro	[1996] 1 S.C.R. 462.....	342
R. v. Markle	[1990] O.J. No. 2606 (QL).....	352
R. v. Martin	(1991), 63 C.C.C. (3d) 71.....	148
R. v. Matheson	[1994] 3 S.C.R. 328.....	222
R. v. McColeman	(1991), 11 W.A.C. 128.....	325
R. v. McCraw	[1991] 3 S.C.R. 72.....	975
R. v. McLarty (No. 2).....	(1978), 40 C.C.C. (2d) 72.....	720
R. v. Mellenthin	[1992] 3 S.C.R. 615.....	647, 698, 722, 745
R. v. Miller	(1987), 38 C.C.C. (3d) 252.....	683
R. v. Mitchell	[1964] S.C.R. 471.....	330, 352
R. v. Morales.....	[1992] 3 S.C.R. 711.....	939
R. v. Morgentaler	[1988] 1 S.C.R. 30.....	705
R. v. Morin.....	[1988] 2 S.C.R. 345.....	599
R. v. Morin.....	[1992] 1 S.C.R. 771.....	131
R. v. Morin.....	(1995), 37 C.R. (4th) 395.....	684
R. v. Morrison	(1987), 58 C.R. (3d) 63.....	683
R. v. Muise	(1994), 94 C.C.C. (3d) 119.....	1006
R. v. Murdoch	(1978), 40 C.C.C. (2d) 97.....	1128
R. v. Murray	(1994), 93 C.C.C. (3d) 70.....	342
R. v. Muswagon	(1993), 88 Man. R. (2d) 319.....	992
R. v. Natanson	(1927), 49 C.C.C. 89.....	990
R. v. Nicholson.....	(1993), 145 A.R. 262.....	972, 1009
R. v. Nikolovski	[1996] 3 S.C.R. 1197.....	708
R. v. Noble	[1997] 1 S.C.R. 874.....	1133
R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society	[1992] 2 S.C.R. 606.....	769
R. v. Nowakowski.....	(1977), 40 C.R.N.S. 144.....	720
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103.....	403, 902
R. v. O'Connor.....	[1995] 4 S.C.R. 411.....	103, 118, 178, 191, 297, 308, 571, 1124
R. v. Oliva	[1965] 3 All E.R. 116.....	1128
R. v. Osolin	[1993] 4 S.C.R. 595.....	96
R. v. P. (M.B.).....	[1994] 1 S.C.R. 555.....	881, 928

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Pabani	(1991), 10 C.R. (4th) 381.....	940
R. v. Palmer.....	(1986), 12 O.A.C. 181.....	332
R. v. Park.....	[1995] 2 S.C.R. 836.....	191
R. v. Pastro	(1988), 66 Sask. R. 241.....	583
R. v. Patel	(1991), 42 Q.A.C. 77.....	940
R. v. Paul	(1994), 155 N.B.R. (2d) 195.....	639
R. v. Pavlukoff	(1953), 106 C.C.C. 249	885, 935
R. v. Pearson	[1992] 3 S.C.R. 665.....	939
R. v. Plant.....	[1993] 3 S.C.R. 281.....	655, 730
R. v. Pohoretsky.....	[1987] 1 S.C.R. 945.....	639, 688, 731
R. v. Post	(1996), 72 B.C.A.C. 312	992
R. v. Potvin.....	[1993] 2 S.C.R. 880.....	131, 939
R. v. Power.....	[1994] 1 S.C.R. 601.....	129, 1124
R. v. Pozniak	[1994] 3 S.C.R. 310.....	222
R. v. Prosper	[1994] 3 S.C.R. 236.....	222
R. v. R.E.C.	[1993] A.J. No. 303 (QL)	1009
R. v. R.P.T.	(1983), 7 C.C.C. (3d) 109.....	978
R. v. R.S.B.	(1992), 135 A.R. 23.....	1009
R. v. Rao.....	(1984), 12 C.C.C. (3d) 97.....	683
R. v. Reynolds.....	(1978), 22 O.R. (2d) 353.....	330
R. v. Rose (J.)	(1996), 90 O.A.C. 193.....	1135
R. v. Ross	[1989] 1 S.C.R. 3.....	661, 698
R. v. Ross	[1995] O.J. No. 3716 (QL)	148
R. v. S.G.O.R.	(1991), 113 A.R. 36.....	971, 1009
R. v. S. (R.J.).....	[1995] 1 S.C.R. 451.....	672, 698
R. v. S/(W.B.); R. v. P. (M.)	(1992), 73 C.C.C. (3d) 530.....	972, 1009
R. v. Salituro	[1991] 3 S.C.R. 654.....	191, 1138
R. v. Sand	(1991), 120 A.R. 397.....	1009
R. v. Sandercock	(1985), 22 C.C.C. (3d) 79.....	960, 987
R. v. Santocono	(1996), 28 O.R. (3d) 630.....	122
R. v. Sarson	[1996] 2 S.C.R. 223.....	384
R. v. Schwartz	[1996] B.C.J. No. 3145 (QL).....	930
R. v. Schweir	[1993] O.J. No. 3404 (QL)	683
R. v. Scott.....	[1990] 3 S.C.R. 979.....	290
R. v. Seaboyer	[1991] 2 S.C.R. 577.....	147, 297
R. v. Sharma.....	[1992] 1 S.C.R. 814.....	131
R. v. Shropshire.....	[1995] 4 S.C.R. 227.....	962, 1006
R. v. Sieben	[1987] 1 S.C.R. 295.....	731
R. v. Silveira.....	[1995] 2 S.C.R. 297.....	111, 669
R. v. Simmons	[1988] 2 S.C.R. 495.....	640, 688, 731
R. v. Simpson	[1995] 1 S.C.R. 449.....	110
R. v. Smellie.....	(1994), 95 C.C.C. (3d) 9.....	638, 683
R. v. Smith	(1986), 71 N.S.R. (2d) 229	332
R. v. Smith	[1991] 1 S.C.R. 714.....	233
R. v. Smith	(1995), 31 Alta. L.R. (3d) 227.....	584
R. v. Speid.....	(1991), 8 C.R.R. (2d) 383	637

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Spence; R. v. F. (D.L.).....	(1992), 78 C.C.C. (3d) 451	972, 1009
R. v. Stevens.....	[1988] 1 S.C.R. 1153.....	381
R. v. Stewart.....	[1991] 3 S.C.R. 324.....	381
R. v. Stinchcombe.....	[1991] 3 S.C.R. 326.....	100, 117, 288, 308, 570, 1121
R. v. Stinchcombe (No. 2).....	(1994), 149 A.R. 167.....	107, 117
R. v. Storrey.....	[1990] 1 S.C.R. 241.....	232, 634, 680
R. v. Strachan.....	[1988] 2 S.C.R. 980.....	730
R. v. Sussex Justices.....	[1924] 1 K.B. 256.....	240
R. v. Swain.....	[1991] 1 S.C.R. 933.....	191, 1104, 1133
R. v. T. (V.).....	[1992] 1 S.C.R. 749.....	1123
R. v. Taylor.....	(1970), 1 C.C.C. (2d) 321	1138
R. v. Terry.....	[1996] 2 S.C.R. 207.....	737
R. v. Therens.....	[1985] 1 S.C.R. 613.....	688
R. v. Titian.....	Unreported/Inédit, B.C.S.C., Victoria Reg. No. 70624, May 26, 1994,	646, 722
R. v. Tobin.....	(1995), 142 N.S.R. (2d) 83	148
R. v. Tran.....	[1994] 2 S.C.R. 951.....	100
R. v. Truchanek.....	(1984), 39 C.R. (3d) 137	686
R. v. Turpin.....	[1989] 1 S.C.R. 1296.....	261, 391
R. v. V. (J.).....	(1994), 91 C.C.C. (3d) 284	1132
R. v. Vermette.....	[1988] 1 S.C.R. 985.....	132
R. v. Verrette.....	[1978] 2 S.C.R. 838.....	1124
R. v. W. (D.).....	[1991] 1 S.C.R. 742.....	597
R. v. Wagar.....	(1995), 174 A.R. 317.....	1009
R. v. Wallen.....	[1990] 1 S.C.R. 827.....	333, 352
R. v. Watson.....	(1994), 157 A.R. 80.....	1009
R. v. White.....	(1996), 108 C.C.C. (3d) 1	344
R. v. Whitfield.....	[1970] S.C.R. 46	231
R. v. Whyte.....	[1988] 2 S.C.R. 3.....	900
R. v. Wijesinha.....	[1995] 3 S.C.R. 422.....	622
R. v. Wiley.....	[1993] 3 S.C.R. 263.....	655, 731
R. v. Wiltse.....	(1994), 19 O.R. (3d) 379.....	342
R. v. Yebes.....	[1987] 2 S.C.R. 168.....	1128
R. v. Young.....	(1984), 46 O.R. (2d) 520.....	97, 589
R. v. Zong.....	(1986), 173 A.P.R. 432	992
Re B.C. Motor Vehicle Act.....	[1985] 2 S.C.R. 486.....	1133
Reber v. Lloyds Bank International Canada.....	(1985), 61 B.C.L.R. 361.....	864
Rebitt v. Pacific Motor Sales & Service Ltd.....	(1988), 20 C.C.E.L. 239.....	866
Reference re Maritime Freight Rates Act.....	[1933] S.C.R. 423.....	28
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code.....	[1990] 1 S.C.R. 1123.....	1000
Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.).....	[1989] 1 S.C.R. 922.....	371
Reilly v. Hotels of Distinction (Canada) Inc.....	[1987] R.J.Q. 1606	865
Reine du chef de la Colombie-Britannique (La) c. Tener.....	[1985] 1 R.C.S. 533.....	45
Rémi Carrier Inc. v. Nolan.....	D.T.E. 86T-370.....	865
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel...	[1990] 1 R.C.S. 1123.....	1000

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.).....	[1985] 2 R.C.S. 486.....	1133
Reynen v. Antonenko.....	(1975), 20 C.C.C. (2d) 342.....	686
Reza v. Canada.....	[1994] 2 S.C.R. 394.....	111
Rhéaume v. Canada.....	(1992), 153 N.R. 270.....	839
Ridgeport Developments v. Metropolitan Toronto Region Conserva- tion Authority.....	(1976), 11 L.C.R. 143.....	41
Roberts v. Sudbury (City).....	Unreported/Inédit, Ont. H.C., June 22, 1987 ...	266
Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick	[1996] 1 R.C.S. 825.....	511, 525, 844
Ross v. New Brunswick School District No. 15.....	[1996] 1 S.C.R. 825.....	511, 525, 844
Rourke v. The Queen.....	[1978] 1 S.C.R. 1021.....	152
Roy v. Caisse populaire de Thetford Mines.....	[1991] R.J.Q. 2693.....	865
Royal Bank v. Sparrow Electric Corp.	Inreported/Inédit, Alberta Court of Queen's Bench, Edmonton, November 24, 1993.....	426
Royal Bank of Canada v. G.M. Homes Inc.	(1984), 52 C.B.R. (N.S.) 244.....	435
Royal Bank of Canada v. Workmen's Compensation Board of Nova Scotia.....	[1936] S.C.R. 560.....	458
Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)	[1996] 1 R.C.S. 369.....	825
Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board).....	[1996] 1 S.C.R. 369.....	825
Royal Trust Co. v. Tucker.....	[1982] 1 S.C.R. 250.....	863
Roynat Inc. v. Ja-Sha Trucking & Leasing Ltd.	[1992] 2 W.W.R. 641.....	435
Rubel Bronze and Metal Co. and Vos, In re.....	[1918] 1 K.B. 315.....	863
Rubis v. Gray Rocks Inn Ltd.	[1982] 1 S.C.R. 452.....	862
Russell v. The King.....	(1936), 67 C.C.C. 28.....	942
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 573.....	119, 171, 192, 690

S

S.T.C. c. Canada.....	(Procureur général).....	
Saint John Shipbuilding Ltd. v. Snyders.....	(1989), 29 C.C.E.L. 26.....	864
Schachter v. Canada.....	[1992] 2 S.C.R. 679.....	408
Schmerber v. California.....	384 U.S. 757 (1966).....	657, 714
Schon v. Hodgins.....	[1988] O.J. No. 839.....	1105
Schwann v. Husky Oil Operations Ltd.	(1989), 27 C.C.E.L. 103.....	864
Scott v. The Queen.....	(1975), 24 C.C.C. (2d) 261.....	686
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 573.....	119, 171, 192, 690
Seneviratne v. R.	[1936] 3 All E.R. 36.....	1125
Sherrard v. Moncton Chrysler Dodge (1980) Ltd.	(1990), 33 C.C.E.L. 72.....	866
Slaight Communications Inc. v. Davidson.....	[1989] 1 S.C.R. 1038.....	191, 248, 268
Slavutych v. Baker.....	[1976] 1 S.C.R. 254.....	171
Smith v. Danyo.....	41 F.Supp. 171 (1977).....	585
Smith v. Secretary of New Mexico Department of Corrections.....	50 F.3d 801/ (1995).....	127
Smythe v. The Queen.....	[1971] S.C.R. 680.....	1124
Société d'énergie de la Baie James v. Léa Benoît & Associés Ltée	[1975] T.T. 323.....	1038
Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)	[1995] 1 R.C.S. 157.....	506

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Ontario Health Records).....	[1981] 2 S.C.R. 494.....	292
Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario).....	[1981] 2 R.C.S. 494.....	292
Sorby v. Commonwealth of Australia.....	(1983), 152 C.L.R. 281	718
Soupes Campbell Ltée v. Cantin.....	D.T.E. 91T-741	858
Spécialités Jones Ltée v. Langlois.....	[1981] T.T. 143.....	841
Spence v. State	795 S.W.2d 743 (1990)	685
Standard Broadcasting Corporation Ltd. v. Stewart.....	[1994] R.J.Q. 1751	858
State v. Cobb	243 S.E.2d 759 (1978)	685
State v. Garcia	643 A.2d 180 (1994)	127
State v. Morales.....	657 A.2d 585 (1995)	127
State v. Waite	484 A.2d 887 (1984)	127
State v. Wittenbarger.....	880 P.2d 517 (1994)	126
Steadman v. Steadman	[1976] A.C. 536.....	74
Stein c. «Kathy K» Le navire.....	[1976] 1 R.C.S. 802.....	778
Stein v. "Kathy K" (The Ship).....	[1976] 2 S.C.R. 802.....	778
Steinberg v. The King.....	(1931), 56 C.C.C. 9	881, 935
Stewart v. MacMillan Bloedel Ltd.....	(1992), 42 C.C.E.L. 225	864
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick.....	[1979] 2 R.C.S. 227.....	507, 776, 811, 1036
Syndicat canadien de la fonction publique v. Conseil des services essentiels.....	[1989] R.J.Q. 2648	807
Syndicat des chauffeurs de la société de transport de la Ville de Laval v. Conseil des services essentiels	[1995] R.D.J. 597	820
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail	[1984] 2 R.C.S. 412.....	809, 1036
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board	[1984] 2 S.C.R. 412.....	809, 1036
Syndicat des employés des hôpitaux de Val d'Or (C.S.N.) v. Syndi- cat des employés de l'hôpital Malartic (C.S.N.).....	[1974] T.T. 425.....	1038
Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec Inc. v. Procureur général du Québec	[1984] T.T. 353.....	1041
Syndicat des professeurs du Québec v. Procureur général du Québec	[1970] T.T. 314.....	1040
Syndicat des salariés du Foyer M ^{gr} Gendron Grandes Bergeronnes (C.S.N.) c. Union des employés de service, local 298 (F.T.Q.)	T.T., n ^o 200-28-000067-790, 1 ^{er} novembre 1979	1043
Syndicat du transport de Montréal v. Conseil des services essentiels	Unreported/Inédit, Sup. Ct. Mtl., No. 500-05-000353-902, February 8, 1990	834
T		
Thériault v. The Queen.....	[1981] 1 S.C.R. 336.....	338
Thibaudeau v. Canada.....	[1995] 2 S.C.R. 627.....	389
Thomson c. Ministre des Pêches et Océans	Unreported/Inédit, C.F. 1 ^{re} inst., n ^o T-113-84, 29 février 1984.....	25

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Thomson v. Minister of Fisheries and Oceans.....	Unreported/Inédit, F.C.T.D., No. T-113-84, February 29, 1984.....	25
Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15.....	[1997] 1 S.C.R. 487.....	777, 828, 1057
Toronto-Dominion Bank v. M.N.R.	[1996] 1 S.C.R. 963.....	440, 483
Trammel v. United States	445 U.S. 40 (1980).....	170
Trompert v. Police.....	[1985] 1 N.Z.L.R. 357.....	907
Tung v. Minister of Employment and Immigration	(1991), 124 N.R. 388.....	839

U

U.E.S., Local 298 v. Bibeault.....	[1988] 2 S.C.R. 1048.....	522, 811, 1036
Unicast Canada ltée v. Léveillé.....	D.T.E. 91T-879	841
United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada, Local 819 v. Tower Company (1961) Ltd.....	[1979] O.L.R.B. Rep. 583	1048, 1077
United Brotherhood of Carpenters & Joiners of America, Local Union 93 v. Templet Services.....	[1974] O.L.R.B. Rep. 606.....	1048, 1077
United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.....	[1993] 2 S.C.R. 316.....	506, 773
United Electrical, Radio and Machine Workers of Canada v. Sylvania Lighting Services	[1985] O.L.R.B. Rep. 1173	1048
United States of America v. Leon.....	[1996] 1 S.C.R. 888.....	1124
United States v. Castro	887 F.2d 988 (1989).....	127
United States v. Daley	64 F.2d 645 (1977).....	585
United States v. Femia.....	9 F.3d 990 (1993).....	148
United States v. Fletcher.....	801 F.2d 1222 (1986).....	126
United States v. Weir	657 F.2d 1005 (1981).....	685
Urman, Re	(1983), 44 O.R. (2d) 248.....	454

V

Validity of Section 92(4) of the Vehicles Act, 1957 (Sask.)	[1958] S.C.R. 608.....	707
Vézeau v. The Queen.....	[1977] 2 S.C.R. 277.....	882, 941
Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.	[1992] 2 S.C.R. 1065.....	835
Vigeant v. Canadian Thermos Products Ltd.	D.T.E. 88T-295	865

W

Weatherall c. Canada (Procureur général).....	[1993] 2 R.C.S. 872.....	893
Weatherall v. Canada (Attorney General).....	[1993] 2 S.C.R. 872.....	393
Weissensteiner v. The Queen.....	(1993), 178 C.L.R. 217	907, 947
Wellington Board of Education and O.S.S.T.F., Re.....	(1991), 24 L.A.C. (4th) 110.....	513
Wellington v. Lake George Mines Pty. Ltd.	[1962] S.R. (N.S.W.) 326.....	1103
White v. Central Trust Co.	(1984), 54 N.B.R. (2d) 293.....	78
Whitehorn v. The Queen	(1983), 152 C.L.R. 657	1129

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Y		
Young v. Young.....	[1993] 4 S.C.R. 3.....	192
Z		
Zeller's Inc. v. Agences de personnel Cavalier Inc.	[1994] C.A.L.P. 719	1080
NUMBERS/NUMÉROS		
2747-3174 Québec Inc. v. Quebec (Régie des permis d'alcool).....	[1996] 3 S.C.R. 919.....	838

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
B			
Bank Act, S.C. 1991, c. 46		s. 651(3).....	1113
s. 427.....	411	s. 686(1)(b)(iii)	314, 602
E			
British Columbia Supreme Court Rules		Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2	
art. 26(11)	157	s. 1(1).....	241
		s. 8(3).....	241
C			
Canadian Charter of Rights and Freedoms		Expropriations Act, R.S.O. 1980, c. 148	
s. 1.....	241	art. 13(2)(b).....	32
s. 7.....	80, 607, 948	art. 18(1)	32
s. 8.....	607		
s. 9.....	217	F	
s. 10(a)	217	Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14	
s. 10(b).....	217	s. 7.....	12
s. 11(a)	213		
s. 11(b).....	10	I	
s. 15.....	241	Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.)	
s. 24(1).....	80, 213	s. 153.....	411
s. 24(2).....	607	s. 227(4).....	411
Civil Code of Lower Canada		s. 227(5).....	411
art. 1668.....	846		
art. 1670.....	846	L	
Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34		Labour Code, R.S.Q., c. C-27	
s. 92(1).....	748	s. 1(k).....	1015
Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985, c. 19 (2nd Supp.)		s. 1(l).....	1015
s. 12.....	748	s. 111.17.....	793
s. 13.....	748	s. 111.18.....	793
Constitution Act, 1867			
s. 92(2).....	1144	P	
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46		Personal Property Security Act, S.A. 1988,	
s. 271.....	948	c. P-4.05	
s. 272.....	948	s. 28(1).....	411

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE	
		R	S	
R.R.O. 1990, Reg. 305			Supreme Court Rules, B.C. Reg. 310/76	
s. 6.....	241		Rule 41(6).....	1092

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
B		E	
British Columbia Supreme Court Rules		Expropriations Act, R.S.O. 1980, ch. 148	
art. 26(11)	157	art. 13(2)b)	32
		art. 18(1)	32
C		L	
Charte canadienne des droits et libertés		Loi constitutionnelle de 1867	
art. 1	241	art. 92(2)	1144
art. 7	80, 607, 948	Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1	
art. 8	607	(5 ^e suppl.)	
art. 9	217	art. 153	411
art. 10a)	217	art. 227(4)	411
art. 10b)	217	art. 227(5)	411
art. 11a)	213	Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2	
art. 11b)	10	art. 1(1)	241
art. 15	241	art. 8(3)	241
art. 24(1)	80, 213	Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34	
art. 24(2)	607	art. 92(1)	748
Code civil du Bas-Canada		Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C.	
art. 1668	846	(1985), ch. 19 (2 ^e suppl.)	
art. 1670	846	art. 12	748
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46		art. 13	748
art. 271	948	Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46	
art. 272	948	art. 427	411
art. 651(3)	1113	Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14	
art. 686(1)b)(iii)	314, 602	art. 7	12
Code du travail, L.R.Q., ch. C-27			
art. 1k)	1015		
art. 1l)	1015		
art. 111.17	793		
art. 111.18	793		
		P	
		Personal Property Security Act, S.A. 1988,	
		ch. P-4.05	
		art. 28(1)	411

	PAGE		PAGE
		R	S
R.R.O. 1990, règl. 305			Supreme Court Rules, B.C. Reg. 310/76
art. 6.....	241		art. 41(6)..... 1092

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Archambault, Jean-Denis. "Les troubles de jouissance et les atteintes aux droits d'autrui résultant de travaux publics non fautifs" (1990), 21 <i>R.G.D.</i> 5.....	52
Archibald, Bruce P. «Le droit relatif à l'arrestation». Dans Vincent M. Del Buono, dir., <i>Procédure pénale au Canada</i> . Montréal: Wilson & Lafleur, 1983, 143.....	683
Archibald, Bruce P. "The Law of Arrest". In Vincent M. Del Buono, ed., <i>Criminal Procedure in Canada: Studies</i> . Toronto: Butterworths, 1982, 125.....	683
Arthurs, Harry William, et al. <i>Labour Law and Industrial Relations in Canada</i> , 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1993.....	1069
Baudouin, Jean-Louis. "L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada" (1975), 53 <i>Can. Bar Rev.</i> 715.....	862
Baudouin, Jean-Louis. <i>Les Obligations</i> , 4 ^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1993.....	857
Béliveau, Pierre, Jacques Bellemare and Jean-Pierre Lussier. <i>On Criminal Procedure</i> . Montréal: Yvon Blais, 1982.....	683
Béliveau, Pierre, Jacques Bellemare et Jean-Pierre Lussier. <i>Traité de procédure pénale</i> . Montréal: Yvon Blais, 1981.....	683
Bennion, Francis Alan Roscoe. <i>Statutory Interpretation: A Code</i> , 2nd ed. London: Butterworths, 1992.....	1064
Bernier, Jean, et Madeleine Lemieux. «La grève et les services essentiels au Québec». Dans J. Bernier, dir., <i>Grèves et services essentiels</i> . Sainte-Foy: Presses de l'Université Laval, 1994, 205.....	821
Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "expropriation".....	63
Boyd, Kenneth J. <i>Expropriation in Canada</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988.....	47
Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 25. <i>Les techniques d'investigation policière et les droits de la personne</i> . Ottawa: La Commission, 1985.....	687
Canada. Commission sur la détermination de la peine. <i>Réformer la sentence: une approche canadienne</i> . Ottawa: La Commission, 1987.....	994
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 133, n ^o 224, 1 ^{re} sess., 35 ^e lég., 22 juin 1995, p. 14489.....	687
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 133, No. 224, 1st Sess., 35th Parl., June 22, 1995, p. 14489.....	687
Canada. Law Reform Commission. Report 25. <i>Obtaining Forensic Evidence</i> . Ottawa: The Commission, 1985.....	687
Canada. Sentencing Commission. <i>Sentencing Reform: A Canadian Approach</i> . Ottawa: The Commission, 1987.....	994

Chayko, G. M., E. D. Gulliver and D. V. Macdougall. <i>Forensic Evidence in Canada</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991.....	684
Choo, Andrew L.-T. "Halting Criminal Prosecutions: The Abuse of Process Doctrine Revisited", [1995] <i>Crim. L.R.</i> 864.....	151
Christie, Innis, Geoffrey England and Brent Cotter. <i>Employment Law in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1993.....	1090
Cohen, Stanley A. "Search Incident to Arrest" (1989-90), 32 <i>Crim. L.Q.</i> 366.....	689
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 2 ^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990.....	45, 1054, 1065
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 2nd ed. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991.....	45, 1054, 1065
Cross, Rupert, Sir. <i>The English Sentencing System</i> , 2nd ed. London: Butterworths, 1975.....	993
Cudmore, Gordon D. <i>Choate on Discovery</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf updated 1993).....	194
Cuming, Ronald C. C., and Roderick J. Wood. <i>Alberta Personal Property Security Act Handbook</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1993.....	462
Cuming, Ronald C. C., and Roderick J. Wood. <i>British Columbia Personal Property Security Handbook</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1993.....	436
Cuming, Ronald C. C. "Commercial Law — Floating Charges and Fixed Charges of After-Acquired Property: <i>The Queen in the Right of British Columbia v. Federal Business Development Bank</i> " (1988), 67 <i>Can. Bar Rev.</i> 506.....	457
Delisle, R. J. Annotation to <i>R. v. François</i> (1994), 31 C.R. (4th) 203.....	890, 926
Delisle, R. J. "Silence at Trial: Inferences and Comments" (1997), 1 C.R. (5th) 313.....	895
Dennard, H. Lane, and Herbert R. Northrup, "Leased Employment: Character, Numbers, and Labor Law Problems" (1994), 28 <i>Ga. L. Rev.</i> 683.....	1067
Dennis, Ian. "The Criminal Justice and Public Order Act 1994: The Evidence Provisions", [1995] <i>Crim. L.R.</i> 4.....	907
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.....	382
Driedger, Elmer A. "Statutes: Retroactive Retrospective Reflections" (1978), 56 <i>Can. B. Rev.</i> 264.....	381
Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.....	1063
Dubé, J.- L., et Nicola Di Iorio. <i>Les normes du travail</i> , 2 ^e éd. Sherbrooke: Revue de droit Université de Sherbrooke, 1992.....	1072
Dubé, Jean-Louis, et Pierre Gingras, «Historique et problématique du régime de négociation collective dans le secteur de la santé et des services sociaux» (1991), 21 <i>R.D.U.S.</i> 519.....	818
Dussault, René, and Louis Borgeat. <i>Administrative Law: A Treatise</i> , vol. 4, 2nd ed. Translated by Donald Breen. Toronto: Carswell, 1990.....	838
Dussault, René, et Louis Borgeat. <i>Traité de droit administratif</i> , t. III, 2 ^e éd. Sainte-Foy: Presses de l'Université Laval, 1989.....	838
Gagnon, Robert P. <i>Le droit du travail du Québec: pratiques et théories</i> , 3 ^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1996.....	814, 859, 1060
Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. <i>Droit du travail</i> , 2 ^e éd. Sainte-Foy: Presses de l'Université Laval, 1991.....	814, 1060
Gilmour, Joan. "Counselling Records: Disclosure in Sexual Assault Cases". In Jamie Cameron, ed., <i>The Charter's Impact on the Criminal Justice System</i> . Toronto: Carswell, 1996, 239.....	118
Gooderson, R. N. <i>Alibi</i> . London: Heinemann Educational Books Ltd., 1977.....	943

Grant, Michel, et Pierre Laporte. "Salariés d'accord, . . . mais de qui (à la recherche du véritable employeur): Analyse de la jurisprudence du Tribunal du travail concernant les entreprises de placement de main-d'œuvre" (1987), 47 <i>R. du B.</i> 1205	1073
Halsbury's Statutes of England and Wales, vol. 41, 4th ed. London: Butterworths, 1995 (reissue)	27
Herman, Lawrence. "The Unexplored Relationship Between the Privilege Against Compulsory Self-Incrimination and the Involuntary Confession Rule (Part I)" (1992), 53 <i>Ohio St. L.J.</i> 101	706
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992	232, 705
Jackson, John. "The Right of Silence: Judicial Responses to Parliamentary Encroachment" (1994), 57 <i>Mod. L. Rev.</i> 270	906
Jones, David Phillip, and Anne S. de Villars. <i>Principles of Administrative Law</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994	839
Kerans, R. P. <i>Standards of Review Employed by Appellate Courts</i> . Edmonton: Juriliber, 1994	768
LaFave, Wayne R. <i>Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment</i> , vol. 3, 3rd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1996	685
Lemelin, Maurice. <i>Les négociations collectives dans les secteurs public et parapublic: expérience québécoise et regard sur l'extérieur</i> . Montréal: Agence d'ARC, 1984	818
Linden, Allen M. "A Fresh Approach to Sentencing in Canada". In Hélène Dumont, ed., <i>Sentencing</i> . Cowansville, Que.: Canadian Institute for the Administration of Justice, 1987, 53	995
Linden, Allen M. «Une nouvelle perspective en matière de détermination de la peine». Dans Hélène Dumont, dir., <i>La détermination de la peine</i> . Cowansville, Qué.: Institut canadien d'administration de la justice, 1987, 53	995
Lyon-Caen, Gérard, Jean Péliissier et Alain Supiot. <i>Droit du travail</i> , 17 ^e éd. Paris: Dalloz, 1994	860
Macaulay, Robert W., and James L. H. Sprague. <i>Hearings Before Administrative Tribunals</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1995	840
MacCrimmon, Marilyn T. "Trial by Ordeal" (1996), 1 <i>Can. Crim. L.R.</i> 31	136
Marshall, Patricia. "Sexual Assault, The Charter and Sentencing Reform" (1988), 63 <i>C.R.</i> (3d) 216	991
Martin, Dianne. "Rising Expectations: Slippery Slope or New Horizon? The Constitutionalization of Criminal Trials in Canada". In Jamie Cameron, ed., <i>The Charter's Impact on the Criminal Justice System</i> . Toronto: Carswell, 1996, 87	133
Masse, Claude. "Le nouveau Code civil du Québec et l'entrepreneur précaire". Dans Lucie Lamarche, dir., <i>Emploi précaire et non-emploi: droits recherchés</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994, 37	1070
McCormick, Charles Tilford. <i>McCormick on Evidence</i> , vol. 1, 4th ed. By John William Strong, ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992	1103
McLachlin, Beverley M., and James P. Taylor. <i>British Columbia Practice</i> , 2nd ed., vol. 1. Vancouver: Butterworths, 1979 (loose-leaf updated September 1996, issue 26)	193
McWilliams, Peter K. <i>Canadian Criminal Evidence</i> , 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated October 1996, release 17)	574
Mewett, Alan W. <i>Witnesses</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1995	1132
Mitchell, Gerard E. "The Supreme Court of Canada on the Exclusion of Evidence in Criminal Cases under Section 24 of the Charter" (1987-88), 30 <i>Crim. L.Q.</i> 165	707
Moberly, Robert B. "Temporary, Part-Time, and Other Atypical Employment Relationships in The United States" (1987), 38 <i>Lab. L.J.</i> 689	1067
Moull, William D. "Security Under Sections 177 and 178 of the Bank Act" (1986), 65 <i>Can. Bar Rev.</i> 242	460

Munday, Roderick. “ <i>Cum Tacent Clamant</i> : Drawing Proper Inferences from a Defendant’s Failure to Testify” (1996), 55 <i>Cambridge L.J.</i> 32	906
Ontario. Commission de réforme du droit. <i>Report of the Ontario Law Reform Commission on the Basis for Compensation on Expropriation</i> . Toronto: The Commission, 1967	43
Ontario. Department of Health. <i>A Report to the Minister of Health on Present Arrangements for the Care and Supervision of Mentally Retarded Persons in Ontario</i> . By Walter B. Williston. Toronto: 1971....	269
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report of the Ontario Law Reform Commission on the Basis for Compensation on Expropriation</i> . Toronto: The Commission, 1967	43
Ontario. Ministère de l’Éducation. <i>Éducation de l’enfance en difficulté: manuel d’information</i> . Toronto: 1984	269
Ontario. Ministry of Education. <i>Special Education Information Handbook</i> . Toronto: 1984.....	269
Ontario. Royal Commission Inquiry into Civil Rights. Report. Toronto: Queen’s Printer, 1968	43
Paciocco, David M. <i>Charter Principles and Proof in Criminal Cases</i> . Toronto: Carswell, 1987	896
Paciocco, David M. “Self-Incrimination: Removing the Coffin Nails” (1989), 35 <i>McGill L.J.</i> 73	707
Paciocco, David M. “The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule” (1989-90), 32 <i>Crim. L.Q.</i> 326.....	728
Paciocco, David M. “The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases: Abusing the Abuse of Process Concept” (1991), 15 <i>Crim. L.J.</i> 315	151
Ratushny, Ed. «Le rôle de l’accusé dans la poursuite criminelle», dans Gérald-A. Beaudoin et Walter S. Tarnopolsky, dir., <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> . Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej, 1982, 417	946
Ratushny, Ed. “The Role of the Accused in the Criminal Process”, in Walter S. Tarnopolsky and Gérald-A. Beaudoin, eds., <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> . Toronto: Carswell, 1982, 335.....	946
Rivero, Jean, et Jean Savatier. <i>Droit du travail</i> , 12 ^e éd. Paris: P.U.F., 1991.....	861
Ruby, Clayton C. <i>Sentencing</i> , 4th ed. Toronto: Butterworths, 1994	987
Salhany, Roger E. <i>Canadian Criminal Procedure</i> , 6th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated February 1996, released no. 4).....	680
Salhany, Roger E. <i>The Police Manual of Arrest, Seizure & Interrogation</i> , 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994	683
Sherstobitoff, Nicholas W. “Constructive Dismissal”. In Brian D. Bruce, ed., <i>Work, Unemployment and Justice</i> . Montréal: Thémis, 1994, 127.....	864
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. <i>The Law of Evidence in Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1992.....	291
Sopinka, John. <i>The Trial of an Action</i> . Toronto: Butterworths, 1981	1102
Stuart, Don. “ <i>Burlingham and Silveira</i> : New Charter Standards to Control Police Manipulation and Exclusion of Evidence” (1995), 38 C.R. (4th) 386	702
Stuart, Don. <i>Charter Justice in Canadian Criminal Law</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1991	1000
Stuart, Don. “Questioning the Discoverability Doctrine in Section 24(2) Rulings” (1996), 48 C.R. (4th) 351	702
Stubbs, William. <i>The Constitutional History of England</i> , vol. I, 4th ed. Buffalo, N.Y.: W. S. Hein, 1987 (reprint).....	527
Stuesser, Lee. “Abuse of Process: The Need to Reconsider” (1994), 29 C.R. (4th) 92.....	572
Stuesser, Lee. “General Principles Concerning Disclosure” (1996), 1 <i>Can. Crim. L.R.</i> 1	146
Tanovich, David M. “When Does <i>Stinchcombe</i> Demand that the Crown Reveal the Identity of a Police Informer?” (1995), 38 C.R. (4th) 202.....	296

Teysié, Bernard. <i>Droit du travail</i> , vol. 1, <i>Relations individuelles de travail</i> , 2 ^e éd. Paris: Litec, 1992.....	860
Todd, Eric. <i>The Law of Expropriation and Compensation in Canada</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992	45
Wade, Sir William. <i>Administrative Law</i> , 7th ed. By Sir William Wade and Christopher Forsyth. Oxford: Clarendon Press, 1994.....	27
Waters, D. W. M. <i>Law of Trusts in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984	442
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.....	171, 711
Willis, John. "Delegatus non potest delegare" (1943), 21 <i>Can. Bar Rev.</i> 257	22
Wood, Roderick J., and Michael I. Wylie. "Non-Consensual Security Interests in Personal Property" (1992), 30 <i>Alta. L. Rev.</i> 1055	437
Wood, Roderick J. "Revenue Canada's Deemed Trust Extends Its Tentacles: <i>Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.</i> " (1995), 10 <i>B.F.L.R.</i> 429	437, 484
Wood, Roderick J. "The Floating Charge in Canada" (1989), 27 <i>Alta. L. Rev.</i> 191.....	447
Young, Alan. <i>Élaboration de lignes directrices en matière de la détermination de la peine: le rôle d'une cour d'appel</i> . Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1988	989
Young, Alan. <i>The Role of an Appellate Court in Developing Sentencing Guidelines</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1988	989
Ziegel, Jacob S., Benjamin Geva and R. C. C. Cuming. <i>Commercial and Consumer Transactions</i> , Rev. 2nd ed. Toronto: Emond Montgomery, 1990	483
Ziegel, Jacob S. "Symposium: Recent and Prospective Developments in the Personal Property Security Law Area" (1985), 10 <i>Can. Bus. L.J.</i> 131	456

City of Pointe-Claire *Appellant*

v.

Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57 (S.E.P.B.-O.P.E.I.U.—C.L.C.—F.T.Q.) *Respondent*

and

The Labour Court, the Labour Commissioner General and Réal Bibeault *Mis en cause*

INDEXED AS: POINTE-CLAIRE (CITY) v. QUEBEC (LABOUR COURT)

File No.: 24845.

1996: November 6; 1997: April 24.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Labour law — Identification of real employer in tripartite relationship — Relevant criteria — Temporary employee hired by city through employment agency — Inclusion of employee in union's bargaining unit — Labour Court finding that employee's real employer was city and not agency — Whether Labour Court's decision patently unreasonable.

The appellant city hired a temporary employee through a personnel agency to work for 6 weeks as a receptionist and then for 18 weeks as a clerk. During the two work assignments, the employee's wages were determined and paid by the agency, which submitted an invoice to the city. The employee performed her work under the direction and supervision of a manager working for the city. The general working conditions, such as hours of work, breaks and statutory holidays, were dictated by the city. If the employee had not been qualified or had experienced problems in adapting, the city would have informed the agency, which would have taken the appropriate action. The respondent union, which holds the certification certificate for most of the city's

La ville de Pointe-Claire *Appelante*

c.

Le Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57 (S.E.P.B.-U.I.E.P.B.—C.T.C.—F.T.Q.) *Intimé*

et

Le Tribunal du travail, le Commissaire général du travail et Réal Bibeault *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: POINTE-CLAIRE (VILLE) c. QUÉBEC (TRIBUNAL DU TRAVAIL)

N° du greffe: 24845.

1996: 6 novembre; 1997: 24 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit du travail — Identification du véritable employeur dans une relation tripartite — Critères pertinents — Employée temporaire engagée par une ville par le biais d'une agence de placement — Inclusion de cette employée dans l'unité d'accréditation du syndicat — Tribunal du travail concluant que le véritable employeur de l'employée est la ville et non l'agence — La décision du Tribunal du travail est-elle manifestement déraisonnable?

La ville appelante a engagé par le biais d'une agence de location de personnel une employée temporaire pour une période de 6 semaines à titre de réceptionniste et, par la suite, pour une période de 18 semaines à titre de commis. Pendant les deux assignations de travail, le salaire de cette employée a été fixé et versé par l'agence qui soumettait un compte à la ville. L'exécution du travail de l'employée se faisait sous les directives et la surveillance d'un employé cadre de la ville. Les conditions générales de travail, tels les heures de travail, les périodes de repos et les congés fériés, étaient dictées par la ville. Si l'employée n'avait pas été qualifiée ou si elle avait eu des problèmes d'adaptation, la ville en aurait informé l'agence qui aurait pris les mesures appropriées.

employees, submitted a request to the office of the labour commissioner general under s. 39 of the *Labour Code* seeking, *inter alia*, to have the temporary employee included in the union's bargaining unit. The labour commissioner found that the city was the employee's real employer during the two assignments and granted the union's request. On appeal, the Labour Court affirmed the decision. It acknowledged that the agency recruited, assigned positions to, evaluated, disciplined and paid the temporary employees, but concluded that the city was the real employer by focusing on the question of which party had control over the temporary employee's working conditions and the performance of her work. The Labour Court also noted that there was a relationship of legal subordination between the city and the employee because the city's managers directed and supervised how she did her day-to-day work. The Superior Court dismissed the motion in evocation brought by the city, finding that the Labour Court's decision was not patently unreasonable. The Court of Appeal affirmed that judgment in a majority decision.

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

Per Lamer C.J. and La Forest, Gonthier and Cory JJ.: To determine whether the Labour Court's decision is patently unreasonable, it must be asked whether the decision was based on the evidence adduced and whether the Labour Court's interpretation of the legislative provisions was patently unreasonable. The *Labour Code* provides few indications of how to determine the real employer in a tripartite relationship, and the definitions of the terms "employer" and "employee" found in the Code have had to be interpreted by specialized administrative tribunals. To identify the real employer in a tripartite relationship, a comprehensive approach must be taken. The criterion of legal subordination, which basically encompasses the notion of actual control by a party over the employee's day-to-day work, and the criterion of integration into the business must not be used as exclusive criteria for identifying the real employer. In a context of collective relations governed by the *Labour Code*, it is essential that temporary employees be able to bargain with the party that exercises the greatest control over all aspects of their work—and not only over the supervision of their day-to-day work. Moreover, when there is a certain splitting of the employer's identity in the context of a tripartite relationship, a comprehensive approach has the advantage of allowing for a consideration of which party has the most control over all aspects

Le syndicat intimé, qui détient le certificat d'accréditation pour représenter la plupart des salariés de la ville, a déposé au Bureau du commissaire général du travail, une requête fondée sur l'art. 39 du *Code du travail* en vue notamment de faire inclure cette employée temporaire dans l'unité d'accréditation du syndicat. Le commissaire du travail a conclu que la ville était le véritable employeur de l'employée pendant les deux assignations et a accueilli la requête du syndicat. En appel, le Tribunal du travail a confirmé cette décision. Le Tribunal a reconnu que l'agence recrutait, assignait les postes, évaluait, disciplinait et rémunérait ses employés temporaires, mais a conclu que la ville était le véritable employeur en mettant l'accent sur la partie qui détenait le contrôle sur les conditions de travail et sur les prestations de travail de l'employée temporaire. Le Tribunal a également indiqué que le lien de subordination juridique était entre la ville et l'employée puisque les directives et la supervision quant à l'exécution du travail quotidien provenaient des cadres de la ville. La Cour supérieure a rejeté la requête en évocation présentée par la ville, concluant que la décision du Tribunal du travail n'était pas manifestement déraisonnable. La Cour d'appel à la majorité a confirmé ce jugement.

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

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier et Cory: Pour déterminer si la décision du Tribunal du travail est manifestement déraisonnable, il faut se demander si cette décision est fondée sur la preuve présentée et si l'interprétation qu'il a donnée aux dispositions législatives est manifestement déraisonnable. Le *Code du travail* offre peu d'indices permettant de déterminer le véritable employeur dans une relation tripartite et les définitions des termes «employeur» et «salarié», figurant dans le Code, ont nécessité une interprétation par les tribunaux administratifs spécialisés. Pour identifier le véritable employeur dans une relation tripartite, il faut appliquer une approche globale. Le critère de la subordination juridique, qui englobe essentiellement la notion du contrôle effectif d'une partie sur les prestations de travail quotidiennes de l'employé, et le critère de l'intégration dans l'entreprise ne doivent pas être utilisés comme des critères exclusifs pour déterminer le véritable employeur. Dans un contexte de rapports collectifs régis par le *Code du travail*, il est primordial que l'employé temporaire puisse négocier avec la partie qui exerce le plus grand contrôle sur tous les aspects de son travail — et non seulement sur la supervision de son travail quotidien. De plus, lorsqu'un certain dédoublement de l'identité de l'employeur se produit dans le cadre d'une relation tripartite, une approche globale a l'avan-

of the work on the specific facts of each case. This approach requires a consideration of the factors relevant to the employer-employee relationship, including: the selection process, hiring, training, discipline, evaluation, supervision, assignment of duties, remuneration and integration into the business.

Here, the Labour Court used a comprehensive approach by not basing its decision solely on the criterion of legal subordination. It certainly gave greater probative value to working conditions and the criterion of legal subordination, but it also considered other factors that define the employer-employee relationship, such as the role of the agency and the city with respect to remuneration and discipline, and the specific facts of the employee's case. Nor did the Labour Court ignore the agency's role in recruiting, training and evaluating the employee. However, it justified giving predominant weight to working conditions and the legal subordination test by relying on the ultimate objective of the *Labour Code*. The purpose of certification is to promote bargaining between the employer and the union in order to determine the employees' working conditions. According to the Labour Court, those conditions are "essential aspects of an employee's experience". The reasoning of the Labour Court, a highly specialized agency that has expertise in labour law and is protected by a privative clause, was not patently unreasonable.

The Labour Court's conclusion that the city was the employee's employer for the purposes of the *Labour Code* does not lead to a patently unreasonable result. The applicability of the city's collective agreement to the employee during her assignments does not raise any major difficulties. Moreover, although the agency was the employee's employer for the purposes of the *Act respecting labour standards*, no inconsistency can be found in the application of the Code and that Act. Each of the labour statutes has a distinct object and its provisions must be interpreted on the basis of their specific purpose. Moreover, this case relates to provisions of the *Labour Code*, specifically whether the Labour Court's decision was patently unreasonable, and not to the *Act respecting labour standards*. The arrangement is not perfect. However, the relationship in question here is not a traditional bipartite relationship, but a tripartite one in which one party is the employee and the other two share the usual attributes of an employer. In such a situation, it

tage de permettre l'examen de la partie qui a le plus de contrôle sur tous les aspects du travail selon la situation factuelle particulière à chaque affaire. Cette approche exige l'examen des éléments pertinents à la relation employeur-salarié, notamment: le processus de sélection, l'embauche, la formation, la discipline, l'évaluation, la supervision, l'assignation des tâches, la rémunération et l'intégration dans l'entreprise.

En l'espèce, le Tribunal du travail a utilisé une approche globale en ne fondant pas sa décision exclusivement sur le critère de la subordination juridique. Le Tribunal a certes accordé une valeur probante plus importante aux conditions de travail et au critère de la subordination juridique, mais il a également pris en considération, d'une part, d'autres facteurs définissant le lien employeur-salarié, tels les rôles de l'agence et de la ville à l'égard de la rémunération et de la discipline et, d'autre part, la situation factuelle particulière de l'employée. Le Tribunal n'a pas non plus ignoré le rôle de l'agence au niveau du recrutement, de la formation et de l'évaluation de l'employée. Cependant, il a justifié le poids prépondérant accordé aux conditions de travail et au critère de la subordination juridique par l'objectif ultime du *Code du travail*. Le but de toute accréditation est de favoriser les négociations entre les parties patronale et syndicale pour l'établissement des conditions de travail des salariés. Selon le Tribunal, ces conditions constituent des «aspects primordiaux du vécu d'un salarié». Le raisonnement du Tribunal du travail, un organisme hautement spécialisé détenant une expertise dans le domaine du droit du travail et bénéficiant d'une clause privative, n'était pas manifestement déraisonnable.

La conclusion du Tribunal selon laquelle la ville est l'employeur de l'employée pour les fins du *Code du travail* n'entraîne pas un résultat manifestement déraisonnable. L'applicabilité de la convention collective de la ville à cette employée pendant ses assignations ne soulève pas de difficultés majeures. De plus, bien que l'agence soit, pour les fins de la *Loi sur les normes du travail*, l'employeur de l'employée, on ne saurait conclure à une incohérence dans l'application du Code et de cette loi. Chaque loi du travail comporte un objet distinct et l'interprétation des dispositions de la loi doit se faire en fonction de leur finalité spécifique. En outre, le litige porte sur les dispositions du *Code du travail* et plus spécifiquement sur le caractère manifestement déraisonnable de la décision du Tribunal du travail, et non pas sur la *Loi sur les normes du travail*. L'arrangement n'est pas parfait. Toutefois, la relation qui fait l'objet du présent litige est non pas une relation bipartite traditionnelle, mais une relation tripartite dans laquelle une

is thus natural that labour legislation designed to govern bipartite situations must be adjusted in some ways.

After an analysis of the facts, the legislation and the cases, there is a basis for the Labour Court's decision in the *Labour Code* and the evidence, and it is therefore not patently unreasonable.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Given the Labour Court's exclusive and specialized jurisdiction to determine whether an employee should be included in a bargaining unit, as well as the privative clause in the *Labour Code*, a reviewing court may only intervene if the Labour Court's decision is patently unreasonable. While a high degree of deference is warranted in reviewing the Labour Court's decision, if such a decision fundamentally contradicts the underlying principles and intended outcomes of the enabling legislation and interferes with the effective implementation of other statutes which support and protect employees, intervention by the reviewing court is in order. Here, the Labour Court was asked to interpret the "employer-employee relationship" within the scope of the Code's regime governing certification and the collective bargaining process in the context of a tripartite arrangement. The modern rule of statutory interpretation holds, *inter alia*, that a court must adopt an interpretation that is appropriate in terms of its acceptability — namely, the reasonableness of its outcome. Where an administrative tribunal contrives an absurd interpretation, it commits an error of law that warrants judicial intervention pursuant to any standard of review.

The wording, history, context and purpose of the Code reveal that it never contemplated a tripartite employment relationship. The Code's core objective is to facilitate relations between an employer and the representative of its employees, with the aim of setting adequate terms of employment and fostering industrial peace. The Code further seeks to achieve these ends for the benefit of the parties to the collective agreement, and the present and future employees it contemplates. In the type of tripartite relationship at issue in this case, all of the traditional elements of an employment relationship exist between the agency and its employee. Such an agency typically interviews, tests, hires, trains, negotiates a work assignment with, sets the wages for, and establishes its disciplinary measures as regards these employees. An agency and an employee will conclude a contract whereby that employee agrees to fulfill inter-

partie remplit le rôle du salarié et les deux autres se partagent les attributs usuels d'un employeur. Il est donc normal, dans cette situation, que les lois du travail, conçues pour régler les situations bipartites, nécessitent certains ajustements.

Après l'analyse des faits, de la législation et de la jurisprudence, la décision du Tribunal du travail trouve un fondement dans le *Code du travail* et dans la preuve et n'est donc pas manifestement déraisonnable.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Compte tenu de la compétence exclusive et spécialisée du Tribunal du travail pour déterminer si une employée fait partie de l'unité de négociation, et de la clause privative dans le *Code du travail*, un tribunal siégeant en appel ne peut intervenir que si la décision du Tribunal du travail est manifestement déraisonnable. Quoiqu'un degré élevé de retenue dans le contrôle de la décision du Tribunal du travail soit justifié, si cette décision contredit fondamentalement les principes sous-jacents de la loi habilitante et les résultats qu'elle vise et entrave la mise en œuvre efficace des autres lois qui appuient et protègent les employés, un tribunal siégeant en appel est justifié d'intervenir. En l'espèce, on avait demandé au Tribunal du travail d'interpréter le rapport «employeur-salarié» à l'intérieur du régime d'accréditation du Code et du processus de négociation collective dans le contexte d'une entente tripartite. La règle moderne d'interprétation prévoit notamment qu'un tribunal doit adopter une interprétation qui est appropriée sur le plan de son acceptabilité, c'est-à-dire qui aboutit à un résultat raisonnable. Lorsqu'il arrive à une interprétation absurde, un tribunal administratif commet une erreur de droit qui justifie une cour de justice d'intervenir quelle que soit la norme de contrôle applicable.

Le texte, l'historique, le contexte et l'objet du Code indiquent qu'il n'a jamais envisagé une relation d'emploi tripartite. L'objectif fondamental du Code est de faciliter les relations entre un employeur et le représentant de ses employés dans le but d'établir des conditions d'emploi adéquates et de favoriser la paix industrielle. Le Code cherche aussi à atteindre ces objectifs pour le bénéfice des parties à la convention collective et des employés actuels et futurs qu'elle vise. Dans le type de relation tripartite en cause dans le présent pourvoi, tous les éléments traditionnels d'une relation d'emploi existent entre l'agence de services temporaires et son employée. Cette agence conduit généralement les entrevues, administre des tests, engage des personnes, en assure la formation, négocie une affectation de travail pour ces employés, en détermine le salaire et prévoit les mesures disciplinaires à leur endroit. Une agence et un

mittent temporary replacements of personnel of the agency's clients, under the particular client's supervision, in exchange for an hourly wage and other employment benefits. There is no legal link of a contractual nature between the employee of the agency and the client. As the Code only envisages and regulates the negotiation of a bipartite employment relationship, and does not contemplate the existence of two simultaneous employers for one employee, for the same work, done at the same time, logic would dictate that an agency in such circumstances is the employer of such an employee for the purposes of this regime. As a consequence, the conclusion which the Labour Court should have reached *prima facie* is that the Code's regime governing collective bargaining was not intended to cover tripartite arrangements. Furthermore, the Labour Court should have avoided adding wording to the Code and the collective agreement, in the absence of any clear indication having regard to the text of the agreement or the legislation, the intent of the legislature in adopting the Code, the intent of the parties in entering into the collective agreement, and the underlying policy objectives of this labour relations regime. The Labour Court's decision subjects a client and the employee of an agency to the binding legal relationship established by a collective agreement, a relationship that was established with a union which was not certified to represent such an employee and that was never intended to be covered by the Code. This decision involves altering an agreement which was collectively negotiated between the City and the representative of its employees in a manner which flies in the face of the objectives of the Code in establishing this regime.

To identify the "employer-employee relationship" within a tripartite arrangement, a court must adopt a global approach aimed at determining, first and above all, the legal status of the parties, by examining all the rights and obligations agreed to by the various parties, and thereby finding who the real employer is. The focus on identifying the employer to whom the employee is legally subordinate and the examination of all the relevant factors of an employment relationship are essential to a global determination of the true employer in a tripartite arrangement. The test of *de facto* control over the work performed by the employee is too rigid and must be rejected. That test was developed in the bipartite context and has a very different objective from that at issue in a tripartite arrangement. This type of control is only one of a series of factors which define the employment relationship in a tripartite context. Here, the Labour Court failed to apply the proper test. Rather than under-

employé concluront un contrat aux termes duquel cet employé consent à remplacer à l'occasion de façon temporaire du personnel des clients de l'agence, sous la supervision du client, en contrepartie d'une rémunération horaire et d'autres avantages sociaux. Il n'existe aucun lien de droit de nature contractuelle entre l'employé de l'agence et le client. Puisque le Code ne vise et ne réglemente que la négociation d'une relation bipartite d'emploi et n'envisage pas l'existence simultanée de deux employeurs pour un employé, relativement au même travail, exécuté en même temps, la logique veut qu'une agence soit dans de telles circonstances l'employeur de cet employé pour les fins de ce régime. En conséquence, le Tribunal du travail aurait dû inévitablement conclure à première vue que le régime prévu par le Code relativement à la négociation collective ne visait pas les ententes tripartites. Par ailleurs, le Tribunal du travail aurait dû éviter d'ajouter des termes au Code et à la convention collective, en l'absence d'indication claire, compte tenu du texte de la convention ou de la loi, de l'intention de la législature lors de l'adoption du Code, de l'intention des parties lors de la signature de la convention collective et des objectifs de principe sous-jacents de ce régime des relations de travail. La décision du Tribunal du travail assujettit un client et l'employée d'une agence à la relation juridique exécutoire déterminée par une convention collective, en l'espèce une relation qui a été établie avec un syndicat n'ayant pas reçu d'accréditation pour représenter cette employée et que le Code n'a jamais voulu viser. Cette décision emporte modification d'une convention collective négociée entre la ville et le représentant de ses employés, ce qui va à l'encontre des objectifs visés par le Code lors de l'établissement de ce régime.

Pour identifier la relation employeur-salarié à l'intérieur d'une entente tripartite, un tribunal doit adopter une analyse globale qui vise tout d'abord à déterminer le statut juridique des parties à partir d'un examen de l'ensemble des droits et obligations convenus par les diverses parties, et ensuite à déterminer qui est le véritable employeur. Il faut identifier l'employeur envers qui l'employé est légalement subordonné et examiner l'ensemble des facteurs pertinents dans une relation de travail pour déterminer d'une façon globale qui est le véritable employeur dans une relation tripartite. Le critère du contrôle de fait sur le travail exécuté par l'employé est trop rigide et doit être rejeté. Ce critère, élaboré dans le contexte d'une relation bipartite, a un objectif très différent de celui en cause dans une entente tripartite. Ce type de contrôle ne constitue que l'un des facteurs qui définissent une relation d'emploi dans un contexte tripartite. En l'espèce, le Tribunal du travail n'a pas

taking a global review of the various elements of the tripartite arrangement to determine who maintained legal control over the employee, the Labour Court enumerated the various factors which govern the quantity and quality of work done by the employee of an agency in the performance of her work, and then, on this basis, determined which employer had *de facto* control over the greatest number of these factors. In so doing, the Labour Court rejected the proper approach, which focuses on the legal status of the parties, in favour of a test where *de facto* subordination is the controlling element. The purpose of the Code, the intent of the legislation, and the negotiated collective agreement between the City and its employees' certified union were not analysed in great detail but were given only cursory mention by the Labour Court. As well, discipline, remuneration, recruitment, hiring, training, evaluation and assignment of tasks, all functions undertaken by the agency *vis-à-vis* the employee, were virtually ignored.

The Labour Court used the wrong definitional test in its interpretation of the "employer-employee relationship" and this error qualifies as patently unreasonable for it leads to an absurd result. The Labour Court's decision creates two legal relationships, binding one employee to two separate employers simultaneously, for the same work done at the same time, during her temporary assignments with the City — one employer for the purposes of collective bargaining and another for all other purposes. This situation produces a number of impracticable, anomalous, and irrational consequences for the parties involved: confusion will arise as to who the employer is — particularly as regards the employee's employment-related human rights; incoherence is created within labour and employment legislation; important employee's rights under the collective agreement binding the City are unenforceable against the agency if they conflict with the obligational content of the contract of employment concluded between the agency and the employee and, therefore, are virtually meaningless for the employee within this arrangement; many conditions of employment which are of great concern to a temporary services employee will be absent from the collective agreement since these employees were not contemplated as being included in the bargaining unit covering the City's employees; the employee is prevented from exercising her rights, pursuant to the Code, to collective negotiation with the agency of important terms and conditions of employment; and, finally, the Labour Court's approach denies the employee many rights and benefits established by legis-

appliqué le critère approprié. Plutôt que de procéder à un examen global des divers éléments de l'entente tripartite pour déterminer qui détenait le contrôle juridique sur l'employée, le Tribunal du travail a énuméré les divers facteurs applicables au volume et à la qualité du travail effectué par l'employée de l'agence, et a ensuite déterminé lequel des employeurs détenait le contrôle de fait sur le plus grand nombre de ces facteurs. Ce faisant, le Tribunal du travail a en fait rejeté la démarche appropriée qui met l'accent sur le statut juridique des parties — lui préférant un critère dans lequel la subordination de fait est l'élément principal. Le Tribunal du travail n'a pas analysé dans le menu détail l'objet du Code, l'intention du législateur et la convention collective négociée entre la ville et le syndicat accrédité des employés et ne les a mentionnés qu'en passant. De plus, il a pratiquement ignoré les questions de mesures disciplinaires, de rémunération, de recrutement, d'embauche, de formation, d'évaluation et d'affectation des tâches — toutes des fonctions dont s'acquitte l'agence à l'égard de l'employée.

Le Tribunal du travail a utilisé le mauvais critère de définition dans son interprétation du «rapport employeur-salarié» et cette erreur peut être qualifiée de manifestement déraisonnable parce qu'elle aboutit à un résultat absurde. La décision du Tribunal du travail crée deux liens de droit qui lient simultanément une employée à deux employeurs distincts, pour un seul et même travail pendant ses affectations temporaires auprès de la ville, soit un employeur pour les fins de la convention collective et un autre pour toutes les autres fins. Cette situation aboutit à un certain nombre de résultats irréalistes, anormaux et irrationnels pour les parties en cause: il existera une confusion quant à savoir qui est l'employeur — tout particulièrement en ce qui concerne les droits de la personne dont jouit l'employée en matière d'emploi; une incohérence est créée en matière de droit du travail; certains droits importants de l'employée aux termes de la convention collective, qui lie la ville, ne sont pas exécutoires contre l'agence dans le cas où ils entrent en conflit avec les obligations du contrat de travail conclu entre l'agence et l'employée, et ils sont en conséquence pratiquement dénués de sens pour l'employée visée par cette entente; de nombreuses conditions de travail très importantes pour un employé offrant des services temporaires seront complètement exclues d'une telle convention collective puisque l'on n'a jamais voulu que ces employés fassent partie de l'unité de négociation visant les employés de la ville; l'employée ne peut exercer, en application du Code, ses droits de participer aux négociations collectives relatives à d'importantes conditions d'emploi; et finalement, la

lation aimed at ensuring minimum standards of employment. It is inconceivable that a tribunal empowered to give effect to the collective bargaining regime established by the Code would deny a vulnerable group of employees the right to avail themselves of not only this regime, but others intended to protect employees. The Labour Court's decision cannot be sustained. While the Labour Court has a broad jurisdiction to interpret its legislation and decide the question before it, even when this requires filling gaps and resolving ambiguities in statutes, this jurisdiction cannot extend to an interpretation which essentially ignores the fundamental requirement that an employer and an employee have actually agreed to enter a legal relationship of employment and brings results diametrically opposed to those intended by the Code and other pieces of labour legislation.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Considered: *Hôpital Royal Victoria v. Vassart*, [1990] R.J.Q. 1961; *Centre d'accueil M^{sr} Coderre v. Union des employés de service, local 298 (F.T.Q.)*, [1985] T.T. 291; *Syndicat des employés des hôpitaux de Val d'Or (C.S.N.) v. Syndicat des employés de l'hôpital Malartic (C.S.N.)*, [1974] T.T. 425; *Société d'énergie de la Baie James v. Léa Benoît & Associés Ltée*, [1975] T.T. 323; *Syndicat des professeurs du Québec v. Procureur général du Québec*, [1970] T.T. 314; *Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec Inc. v. Procureur général du Québec*, [1984] T.T. 353; *Messageries dynamiques, division de groupe Québecor inc. v. Syndicat québécois de l'imprimerie et communications, local 145*, [1986] T.T. 431; *Caisse d'économie Hydro v. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57*, [1988] T.T. 429; **referred to:** *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412; *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing*

démarche du Tribunal du travail prive l'employée de nombreux droits et avantages découlant de lois destinées à garantir des normes minimales en matière d'emploi. On ne peut pas concevoir qu'un tribunal habilité à appliquer le régime de la négociation collective prévu par le Code priverait un groupe vulnérable de salariés du droit de profiter non seulement de ce régime, mais aussi de tout autre destiné à les protéger. La décision du Tribunal du travail ne peut être maintenue. Bien que le Tribunal du travail jouisse d'une vaste compétence pour interpréter sa loi constitutive et se prononcer sur la question dont il est saisi, même lorsqu'il doit, pour ce faire, combler des lacunes et résoudre des ambiguïtés dans les lois, cette compétence ne va pas jusqu'à arriver à une interprétation qui, d'une part, ignore essentiellement l'existence de l'obligation fondamentale qu'un employeur et un salarié ont convenu de conclure un contrat de travail qui les lie juridiquement et, d'autre part, aboutit à des résultats diamétralement opposés à ceux visés par le Code et d'autres textes législatifs.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts examinés: *Hôpital Royal Victoria c. Vassart*, [1990] R.J.Q. 1961; *Centre d'accueil M^{sr} Coderre c. Union des employés de service, local 298 (F.T.Q.)*, [1985] T.T. 291; *Syndicat des employés des hôpitaux de Val d'Or (C.S.N.) c. Syndicat des employés de l'hôpital Malartic (C.S.N.)*, [1974] T.T. 425; *Société d'énergie de la Baie James c. Léa Benoît & Associés Ltée*, [1975] T.T. 323; *Syndicat des professeurs du Québec c. Procureur général du Québec*, [1970] T.T. 314; *Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec Inc. c. Procureur général du Québec*, [1984] T.T. 353; *Messageries dynamiques, division de groupe Québecor inc. c. Syndicat québécois de l'imprimerie et communications, local 145*, [1986] T.T. 431; *Caisse d'économie Hydro c. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57*, [1988] T.T. 429; **arrêts mentionnés:** *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compa-*

and Pipefitting Industry, Local 740, [1990] 3 S.C.R. 644; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756; *Centre communautaire juridique de l'Estrie v. Sherbrooke (City)*, [1996] 3 S.C.R. 84; *Hôtel du Jardin v. Syndicat des salariés de l'Hôtel du Jardin (F.E.M.S.Q.)*, D.T.E. 91T-1122; *A. & F. Baillargeon Express (Québec) inc. v. Teamsters du Québec, chauffeurs et ouvriers de diverses industries, local 69*, Labour Ct., No. 200-28-000182-805, February 10, 1981; *Garderie Blanche-Neige inc. v. Giguère*, Labour Ct., No. 500-28-000286-799, July 11, 1980; *Syndicat des salariés du Foyer M^{sr} Gendron Grandes Bergeronnes (C.S.N.) v. Union des employés de service, local 298 (F.T.Q.)*, Labour Ct., No. 200-28-000067-790, November 1, 1979; *Labourers' International Union of North America, Local 183 v. York Condominium Corp.*, [1977] O.L.R.B. Rep. 645; *Hotel and Club Employees' Union, Local 299 v. Sutton Place Hotel*, [1980] O.L.R.B. Rep. 1538; *United Electrical, Radio and Machine Workers of Canada v. Sylvania Lighting Services*, [1985] O.L.R.B. Rep. 1173; *National Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers Union of Canada v. Nichirin Inc.*, [1991] O.L.R.B. Rep. 78; *Labourers' International Union of North America, Local 607 v. Grant Development Corp.*, [1993] O.L.R.B. Rep. 21; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local 586 v. Dare Personnel Inc.*, [1995] O.L.R.B. Rep. 935; *Nationair (Nolisair International Inc.)* (1987), 70 di 44; *United Brotherhood of Carpenters & Joiners of America, Local Union 93 v. Templet Services*, [1974] O.L.R.B. Rep. 606; *United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada, Local 819 v. Tower Company (1961) Ltd.*, [1979] O.L.R.B. Rep. 583; *Nolisair International Inc. (Nationair Canada)* (1992), 89 di 94.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15, [1997] 1 S.C.R. 487; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *Centre d'accueil M^{sr} Coderre v. Union des employés de service, local 298 (F.T.Q.)*, [1985] T.T. 291; *Hôpital Royal Victoria v. Vassart*, [1990] R.J.Q. 1961; *Labourers' International Union of North America, Local 183 v. York*

gnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740, [1990] 3 R.C.S. 644; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756; *Centre communautaire juridique de l'Estrie c. Sherbrooke (Ville)*, [1996] 3 R.C.S. 84; *Hôtel du Jardin c. Syndicat des salariés de l'Hôtel du Jardin (F.E.M.S.Q.)*, D.T.E. 91T-1122; *A. & F. Baillargeon Express (Québec) inc. c. Teamsters du Québec, chauffeurs et ouvriers de diverses industries, local 69*, T.T., n° 200-28-000182-805, 10 février 1981; *Garderie Blanche-Neige inc. c. Giguère*, T.T., n° 500-28-000286-799, 11 juillet 1980; *Syndicat des salariés du Foyer M^{sr} Gendron Grandes Bergeronnes (C.S.N.) c. Union des employés de service, local 298 (F.T.Q.)*, T.T., n° 200-28-000067-790, 1^{er} novembre 1979; *Labourers' International Union of North America, Local 183 c. York Condominium Corp.*, [1977] O.L.R.B. Rep. 645; *Hotel and Club Employees' Union, Local 299 c. Sutton Place Hotel*, [1980] O.L.R.B. Rep. 1538; *United Electrical, Radio and Machine Workers of Canada c. Sylvania Lighting Services*, [1985] O.L.R.B. Rep. 1173; *National Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers Union of Canada c. Nichirin Inc.*, [1991] O.L.R.B. Rep. 78; *Labourers' International Union of North America, Local 607 c. Grant Development Corp.*, [1993] O.L.R.B. Rep. 21; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local 586 c. Dare Personnel Inc.*, [1995] O.L.R.B. Rep. 935; *Nationair (Nolisair International Inc.)* (1987), 70 di 44; *United Brotherhood of Carpenters & Joiners of America, Local Union 93 c. Templet Services*, [1974] O.L.R.B. Rep. 606; *United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada, Local 819 c. Tower Company (1961) Ltd.*, [1979] O.L.R.B. Rep. 583; *Nolisair International Inc. (Nationair Canada)* (1992), 89 di 94.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15, [1997] 1 R.C.S. 487; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *Centre d'accueil M^{sr} Coderre c. Union des employés de service, local 298 (F.T.Q.)*, [1985] T.T. 291; *Hôpital Royal Victoria c. Vassart*, [1990] R.J.Q. 1961; *Labourers' International Union of North*

Condominium Corp., [1977] O.L.R.B. Rep. 645; *Hotel and Club Employees' Union, Local 299 v. Sutton Place Hotel*, [1980] O.L.R.B. Rep. 1538; *United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada, Local 819 v. Tower Company (1961) Ltd.*, [1979] O.L.R.B. Rep. 583; *United Brotherhood of Carpenters & Joiners of America, Local Union 93 v. Temple Services*, [1974] O.L.R.B. Rep. 606; *Zeller's Inc. v. Agences de personnel Cavalier Inc.*, [1994] C.A.L.P. 719; *Niagara Employment Agency Inc.*, [1989] O.L.R.D. No. 921 (QL); *I.M. Personnel Agency Inc.*, [1989] O.L.R.D. No. 970 (QL); *First Team Personnel Inc.*, [1994] O.L.R.D. No. 2630 (QL); *All-Work, Inc.*, 193 N.L.R.B. 918 (1971).

Statutes and Regulations Cited

Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001, s. 2 "employer".
Act respecting labour standards, R.S.Q., c. N-1.1, ss. 1(7), (12) [am. 1990, c. 73, s. 1], 66 et seq., 124 [idem, s. 59].
Act respecting occupational health and safety, R.S.Q., c. S-2.1, s. 1 "employer".
Act respecting the Québec Pension Plan, R.S.Q., c. R-9, s. 1(i).
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 16.
Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 1(k), (l) [am. 1982, c. 54, s. 52; am. 1983, c. 22, s. 1; idem, c. 55, s. 138; am. 1984, c. 47, s. 26; am. 1985, c. 12, s. 1; am. 1991, c. 69, s. 1], 39 [am. 1983, c. 22, s. 21], 67, 100 [idem, s. 61], 118 [repl. 1990, c. 4, s. 229], 119, 122 [am. 1992, c. 61, s. 177], 139 [repl. 1982, c. 16, s. 5; am. 1983, c. 22, s. 93; am. 1985, c. 12, s. 93; am. 1990, c. 4, s. 232].
National Labor Relations Act, 29 U.S.C. §151 (1994).
Taxation Act, R.S.Q., c. I-3, s. 1 "employer".
Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 13 [now *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, s. 14].

Authors Cited

Arthurs, Harry William, et al. *Labour Law and Industrial Relations in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1993.
 Bennion, Francis Alan Roscoe. *Statutory Interpretation: A Code*, 2nd ed. London: Butterworths, 1992.

America, Local 183 c. York Condominium Corp., [1977] O.L.R.B. Rep. 645; *Hotel and Club Employees' Union, Local 299 c. Sutton Place Hotel*, [1980] O.L.R.B. Rep. 1538; *United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada, Local 819 c. Tower Company (1961) Ltd.*, [1979] O.L.R.B. Rep. 583; *United Brotherhood of Carpenters & Joiners of America, Local Union 93 c. Temple Services*, [1974] O.L.R.B. Rep. 606; *Zeller's Inc. c. Agences de personnel Cavalier Inc.*, [1994] C.A.L.P. 719; *Niagara Employment Agency Inc.*, [1989] O.L.R.D. No. 921 (QL); *I.M. Personnel Agency Inc.*, [1989] O.L.R.D. No. 970 (QL); *First Team Personnel Inc.*, [1994] O.L.R.D. No. 2630 (QL); *All-Work, Inc.*, 193 N.L.R.B. 918 (1971).

Lois et règlements cités

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 16.
Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 1k), l) [mod. 1982, ch. 54, art. 52; mod. 1983, ch. 22, art. 1; idem, ch. 55, art. 138; mod. 1984, ch. 47, art. 26; mod. 1985, ch. 12, art. 1; mod. 1991, ch. 69, art. 1], 39 [mod. 1983, ch. 22, art. 21], 67, 100 [idem, art. 61], 118 [repl. 1990, ch. 4, art. 229], 119, 122 [mod. 1992, ch. 61, art. 177], 139 [repl. 1982, ch. 16, art. 5; mod. 1983, ch. 22, art. 93; mod. 1985, ch. 12, art. 93; mod. 1990, ch. 4, art. 232].
Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 13 [maintenant la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, art. 14].
Loi sur la santé et la sécurité du travail, L.R.Q., ch. S-2.1, art. 1 «employeur».
Loi sur le régime de rentes du Québec, L.R.Q., ch. R-9, art. 1i).
Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 2 «employeur».
Loi sur les impôts, L.R.Q., ch. I3, art. 1 «employeur».
Loi sur les normes du travail, L.R.Q., ch. N-1.1, art. 1(7), (12) [mod. 1990, ch. 73, art. 1], 66 et suiv., 124 [idem, art. 59].
National Labor Relations Act, 29 U.S.C. §151 (1994).

Doctrine citée

Arthurs, Harry William, et al. *Labour Law and Industrial Relations in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1993.
 Bennion, Francis Alan Roscoe. *Statutory Interpretation: A Code*, 2nd ed. London: Butterworths, 1992.

- Christie, Innis, Geoffrey England and Brent Cotter. *Employment Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1993.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.
- Dennard, H. Lane, and Herbert R. Northrup. "Leased Employment: Character, Numbers, and Labor Law Problems" (1994), 28 *Ga. L. Rev.* 683.
- Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
- Dubé, J.-L., et Nicola Di Iorio. *Les normes du travail*, 2^e éd. Sherbrooke: Revue de droit Université de Sherbrooke, 1992.
- Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec: pratiques et théories*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1996.
- Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail*, 2^e éd. Sainte-Foy: Presses de l'Université Laval, 1991.
- Grant, Michel, et Pierre Laporte. "Salarié d'accord, . . . mais de qui (à la recherche du véritable employeur)—Analyse de la jurisprudence du Tribunal du travail concernant les entreprises de 'placement de main-d'œuvre'" (1987), 47 *R. du B.* 1205.
- Masse, Claude. "Le nouveau Code civil du Québec et l'entrepreneur précaire". Dans Lucie Lamarche, dir., *Emploi précaire et non-emploi: droits recherchés*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994, 37.
- Moberly, Robert B. "Temporary, Part-Time, and Other Atypical Employment Relationships in the United States" (1987), 38 *Lab. L.J.* 689.
- Christie, Innis, Geoffrey England and Brent Cotter. *Employment Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1993.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990.
- Dennard, H. Lane, and Herbert R. Northrup. «Leased Employment: Character, Numbers, and Labor Law Problems» (1994), 28 *Ga. L. Rev.* 683.
- Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
- Dubé, J.-L., et Nicola Di Iorio. *Les normes du travail*, 2^e éd. Sherbrooke: Revue de droit Université de Sherbrooke, 1992.
- Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec: pratiques et théories*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1996.
- Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail*, 2^e éd. Sainte-Foy: Presses de l'Université Laval, 1991.
- Grant, Michel, et Pierre Laporte. «Salarié d'accord, . . . mais de qui (à la recherche du véritable employeur)—Analyse de la jurisprudence du Tribunal du travail concernant les entreprises de «placement de main-d'œuvre»» (1987), 47 *R. du B.* 1205.
- Masse, Claude. «Le nouveau Code civil du Québec et l'entrepreneur précaire». Dans Lucie Lamarche, dir., *Emploi précaire et non-emploi: droits recherchés*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994, 37.
- Moberly, Robert B. «Temporary, Part-Time, and Other Atypical Employment Relationships in the United States» (1987), 38 *Lab. L.J.* 689.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1995] R.J.Q. 1671, affirming a judgment rendered by the Superior Court on November 5, 1993, dismissing a motion in evocation against a decision of the Labour Court, D.T.E. 93T-806. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Pierre-André Côté and Michel Dupuy, for the appellant.

Pierre Gingras and Serge Cadieux, for the respondent.

English version of the judgment of Lamer C.J. and La Forest, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1995] R.J.Q. 1671, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure rendu le 5 novembre 1993 qui avait rejeté une requête en évocation contre une décision du Tribunal du travail, D.T.E. 93T-806. Pourvoi rejeté, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

Pierre-André Côté et Michel Dupuy, pour l'appelante.

Pierre Gingras et Serge Cadieux, pour l'intimé.

Le jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Gonthier et Cory a été rendu par

THE CHIEF JUSTICE — This appeal raises the question of determining the real employer in a tripartite relationship in the collective labour relations context. What must be determined in the present case is whether the Labour Court made a patently unreasonable decision when it ruled that a temporary employee of the City of Pointe-Claire (the “City”) who had been hired through a personnel agency was included in the bargaining unit of the union that represented the City’s permanent employees.

I. Facts

Personnel Hélène Tobin inc. (hereinafter the “agency”) is an agency whose business involves, *inter alia*, supplying temporary staff to businesses that are part of its clientele. The agency’s staff consists of three permanent employees and at least thirty employees (“temporary employees”) whose services are supplied to its clients on a temporary basis. The temporary employees are recruited and selected by the agency, which administers evaluation tests to them. The agency sees to the employees’ career development by entrusting them with increasingly demanding assignments and sometimes recommending that they take courses. It agrees with the client on the rate for the temporary employees’ services without regard to what the client pays its own employees in the same category. The agency pays its temporary employees an hourly wage that varies depending on the specific assignment. The wage paid by the agency is calculated on the basis of the number of hours recorded on a form filled out by the employee and countersigned by the client. The agency does not pay its temporary employees when they are not assigned to a client. The client can officially hire the employee, but the agency charges additional fees if this is done before the end of an assignment of 18 consecutive weeks. If the client is not satisfied with the quality of the temporary employee’s work, it must inform the agency, which will then take the appropriate action. The agency can change an employee’s assignment if the employee is underqualified or overqualified. As well, the agency has an employer number assigned by the Commission de la santé et de la sécurité du travail

LE JUGE EN CHEF — Le présent pourvoi soulève la question de la détermination du véritable employeur dans le cadre d’une relation tripartite et ce, en matière de rapports collectifs de travail. Il s’agit en l’espèce de déterminer si le Tribunal du travail a rendu une décision manifestement déraisonnable lorsqu’il a statué qu’une employée temporaire de la ville de Pointe-Claire (la «Ville»), engagée par le biais d’une agence de location de personnel, était comprise dans l’unité de négociation du syndicat qui représente les employés permanents de la Ville.

I. Les faits

Personnel Hélène Tobin inc. (ci-après «l’agence») est une agence qui offre, entre autres, des services de location de personnel temporaire à des entreprises qui font partie de sa clientèle. L’agence a un personnel composé de trois employés permanents et d’au moins une trentaine d’employés («employés temporaires») dont les services sont loués de façon temporaire à ses clients. Les employés temporaires sont recrutés et sélectionnés par l’agence qui leur fait passer des tests d’évaluation. L’agence s’occupe du développement professionnel des employés en leur confiant des assignments de plus en plus exigeantes et en leur recommandant parfois de suivre des cours. Pour la location des services de ses employés temporaires, elle convient du tarif avec le client sans égard au salaire que celui-ci paie à ses employés de même catégorie. L’agence paie ses employés temporaires sur la base d’un salaire horaire qui varie selon les assignments spécifiques. Le salaire versé par l’agence est calculé en fonction du nombre d’heures inscrit sur un formulaire rempli par l’employé et contresigné par le client. L’agence ne rémunère pas ses employés temporaires lorsqu’ils ne sont pas assignés chez un client. Le client peut procéder à une embauche formelle de l’employé, mais s’il le fait avant la fin d’une assignment de 18 semaines consécutives, l’agence exige des frais supplémentaires. Si le client n’est pas satisfait de la qualité du travail de l’employé temporaire il doit en informer l’agence et celle-ci prendra alors les mesures appropriées. L’agence peut modifier l’assignment d’un employé dans la mesure où il est sous-qualifié ou sur-qualifié. En outre, l’agence

("CSST") and it withholds the necessary amounts from the employee's wages for taxes and employment-related costs (vacation pay and contributions to unemployment insurance, the CSST and the Quebec Pension Plan).

dispose d'un numéro d'employeur attribué par la Commission de la santé et de la sécurité du travail («CSST») et elle fait les déductions nécessaires du salaire de l'employé pour les impôts et les charges sociales (congé annuel, contribution à l'assurance-chômage, à la CSST et au régime des rentes du Québec).

³ The City asked the agency to send it someone to serve as receptionist at city hall from November 5 to December 14, 1990. The agency assigned Ginette Lebeau to the position. At the end of this initial six-week assignment, Ms. Lebeau informed the agency that she did not want another assignment before the beginning of January 1991. She also informed the City that she would like to apply for permanent employment. The City had her complete a form and, on December 17, 1990, had her take the necessary tests. Ms. Lebeau qualified for a position as a clerk with the City with an average of 94 percent.

La Ville s'est adressée à l'agence afin qu'elle lui envoie une personne pour occuper un poste de réceptionniste à l'hôtel de ville du 5 novembre au 14 décembre 1990. L'agence a assigné Ginette Lebeau à ce poste. À la fin de cette première assignation de 6 semaines, M^{me} Lebeau avise l'agence qu'elle ne désire pas une autre assignation avant le début du mois de janvier 1991. En outre, elle informe la Ville qu'elle aimerait soumettre une demande d'emploi permanent. La Ville lui fait remplir un formulaire et, le 17 décembre 1990, elle lui fait passer les tests requis. Madame Lebeau se qualifie avec une moyenne de 94 p. 100 pour un poste de commis au sein de la Ville.

⁴ After New Year's Day, the agency offered Ms. Lebeau another work assignment with the City, this time as a clerk in the purchasing department. That second assignment lasted 18 weeks, from January 14 to May 17, 1991. On May 20, 1991, after the time allotted for the second work assignment had expired, Ms. Lebeau was hired directly by the City as a temporary employee. On June 17, 1991, she became a permanent employee at the City's Municipal Court.

Après le jour de l'An, l'agence offre à M^{me} Lebeau une autre assignation de travail à la Ville, mais cette fois en tant que commis au département des achats. Cette deuxième assignation dure du 14 janvier au 17 mai 1991, soit 18 semaines. Le 20 mai 1991, après l'expiration du temps alloué pour la deuxième assignation de travail, M^{me} Lebeau est embauchée directement par la Ville comme employée temporaire. À partir du 17 juin 1991, elle devient employée permanente à la Cour municipale de la Ville.

⁵ During the two work assignments in question, which lasted 6 and 18 weeks respectively, Ms. Lebeau's wages were determined and paid by the agency. She filled out a time sheet given to her by the agency, had it signed by the City and then returned a copy to the agency. When the agency was informed of the number of hours she had worked, it paid her and submitted an invoice to the City, without informing the City what wages it had paid. Ms. Lebeau performed her work under the direction and supervision of a manager working for the City. The City also took part in her training, since it showed her how to do her work. Ms. Lebeau's general working conditions, such as

Pendant les deux assignations de travail en litige, de 6 semaines et de 18 semaines respectivement, le salaire de M^{me} Lebeau fut fixé et versé par l'agence. Madame Lebeau remplissait une feuille de temps remise par l'agence, la faisait signer par la Ville, et ensuite retournait une copie à l'agence. Informée des heures de travail accomplies, l'agence payait M^{me} Lebeau et soumettait un compte à la Ville sans toutefois dévoiler à cette dernière le salaire versé. L'exécution du travail de M^{me} Lebeau se faisait sous les directives et la surveillance d'un employé cadre de la Ville. La Ville participait également à la formation de M^{me} Lebeau car elle l'entraînait à effectuer ses tâches.

hours of work, breaks and statutory holidays, were dictated by the City. If she had not been qualified or had experienced problems in adapting, the City was supposed to inform the agency, which would have found the solution necessary to remedy the situation. In practice, when Ms. Lebeau was late or absent, she notified her immediate supervisor at the City.

The respondent Syndicat des employées et employés professionnel-les et de bureau, section locale 57 (S.E.P.B.—O.P.E.I.U.—C.L.C.—F.T.Q.), holds the certification certificate for most of the City's employees. On January 25, 1991, the respondent union submitted a request to the office of the labour commissioner general under s. 39 of the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, seeking, *inter alia*, a declaration that Ms. Lebeau was included in the union's bargaining unit because she was employed by the City during her two work assignments of 6 and 18 weeks respectively.

II. Relevant Statutory Provisions

The *Labour Code* defines "employer" and "employee" as follows:

1. In this code, unless the context requires otherwise, the following expressions mean:

(k) "employer — anyone, including Her Majesty, who has work done by an employee;

(l) "employee — a person who works for an employer and for remuneration, but the word does not include: [the exceptions are not applicable in this case];

The Quebec legislature has given labour commissioners exclusive jurisdiction to determine the matters relating to s. 39 of the *Labour Code*:

39. Of its own motion during its investigation and at any time upon request by an interested party, the labour commissioner may decide if a person is an employee or a member of an association, if he is included in the bar-

Les conditions générales de travail de M^{me} Lebeau, tels les heures de travail, les périodes de repos et les congés fériés, étaient dictées par la Ville. Si M^{me} Lebeau n'avait pas été qualifiée ou si elle avait eu des problèmes d'adaptation, la Ville aurait dû en informer l'agence qui aurait alors trouvé les solutions nécessaires pour remédier à la situation. Dans les faits, lorsqu'en retard ou absente, M^{me} Lebeau en avisait son supérieur immédiat à la Ville.

L'intimé, le Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57 (S.E.P.B.—U.I.E.P.B.—C.T.C.—F.T.Q.), détient le certificat d'accréditation pour représenter la plupart des salariés de la Ville. Le 25 janvier 1991, le syndicat intimé a déposé au Bureau du commissaire général du travail, une requête en vertu de l'art. 39 du *Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27, visant, entre autres, à faire déclarer que M^{me} Lebeau soit incluse dans l'unité d'accréditation du syndicat puisqu'elle était employée par la Ville pendant ses deux assignations de travail de 6 et de 18 semaines respectivement.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Le *Code du travail* définit les notions d'«employeur» et de «salarié» de la façon suivante:

1. Dans le présent code, à moins que le contexte ne s'y oppose, les termes suivants signifient:

k) «employeur» — quiconque, y compris Sa Majesté, fait exécuter un travail par un salarié;

l) «salarié» — une personne qui travaille pour un employeur moyennant rémunération, cependant ce mot ne comprend pas: [les exceptions ne trouvent pas application dans le présent litige].

Le législateur québécois a donné au commissaire du travail la compétence exclusive de déterminer les questions relatives à l'art. 39 du *Code du travail*:

39. De plein droit, au cours de son enquête, et en tout temps sur requête d'une partie intéressée, le commissaire du travail peut décider si une personne est un salarié ou un membre d'une association, si elle est comprise

gaining unit, and any other matters relating to certification.

9 That jurisdiction is transferred to the Labour Court when it sits on appeal from a labour commissioner's decision. When the decision of a labour commissioner is appealed, it is the Labour Court that has jurisdiction to hear the appeal, under s. 118 of the *Labour Code*:

118. In addition to the other matters which are declared by law to be within its competence, such Court [the Labour Court] shall have jurisdiction, to the exclusion of any other Court, to hear and decide, in appeal, as to any decision of a labour commissioner who closes a case, and as to any decision of the labour commissioner general made under section 8 or section 9.

10 The scope of the Labour Court's jurisdiction when it sits on appeal from a labour commissioner's decision is set out in s. 119 of the *Labour Code*:

119. The Court sitting in appeal may confirm, amend or quash any decision referred to it and render the decision which, in its opinion, should have been rendered in the first place.

11 In s. 122 of the *Labour Code*, the Quebec legislature has provided that when the Labour Court sits in matters of certification, it has the same powers as a labour commissioner:

122. When it sits otherwise than in penal matters, the Court and each of its members shall have the powers and immunities of commissioners appointed under the Act respecting public inquiry commissions (chapter C-37), except the power to order imprisonment; whenever they sit in matters of certification, they shall also have all the powers of a labour commissioner, and sections 21 to 47 shall apply *mutatis mutandis*. [Emphasis added.]

12 The decisions of the Labour Court sitting on appeal from a labour commissioner's decision are protected by the privative clause found in s. 139 of the *Labour Code*:

139. Except on a question of jurisdiction and except when the Court is sitting in penal matters, no extraordinary recourse contemplated in articles 834 to 850 of the

dans l'unité de négociation, et toutes autres questions relatives à l'accréditation.

Cette compétence est transférée au Tribunal du travail lorsqu'il siège en appel de la décision du commissaire du travail. En effet, lorsqu'une décision du commissaire du travail est portée en appel, c'est le Tribunal du travail qui a la juridiction pour l'entendre, en vertu de l'art. 118 du *Code du travail*:

118. Ce tribunal [Tribunal du travail] a juridiction pour connaître et disposer, exclusivement à tout autre tribunal, en outre des autres matières qui sont déclarées par la loi être de sa compétence, en appel de toute décision d'un commissaire du travail qui termine une affaire et de toute décision du commissaire général du travail rendue en vertu de l'article 8 ou de l'article 9.

L'étendue de la compétence du Tribunal du travail siégeant en appel d'une décision du commissaire du travail est définie par l'art. 119 du *Code du travail*:

119. Le tribunal siégeant en appel peut confirmer, modifier ou infirmer toute décision qui lui est soumise et rendre la décision qui, à son jugement, aurait dû être rendue en premier lieu.

Le législateur québécois a prévu, à l'art. 122 du *Code du travail*, que le Tribunal du travail siégeant en matière d'accréditation disposait des mêmes pouvoirs que ceux octroyés au commissaire du travail:

122. Lorsqu'ils siègent autrement qu'en matière pénale, le tribunal ainsi que chacun de ses membres sont investis des pouvoirs et immunités de commissaires nommés en vertu de la Loi sur les commissions d'enquête (chapitre C-37), sauf du pouvoir d'imposer une peine d'emprisonnement; ils ont en outre, lorsqu'ils siègent en matière d'accréditation, tous les pouvoirs d'un commissaire du travail, et les articles 21 à 47 s'appliquent *mutatis mutandis*. [Je souligne.]

Les décisions du Tribunal du travail qui siège en appel d'une décision du commissaire du travail sont protégées par la clause privative prévue à l'art. 139 du *Code du travail*:

139. Sauf sur une question de compétence, aucun des recours extraordinaires prévus aux articles 834 à 850 du Code de procédure civile (chapitre C-25) ne peut être

Code of Civil Procedure (chapter C-25) shall be exercised and no injunction granted against an arbitrator, the Conseil des services essentiels, a certification agent, a labour commissioner or the Court acting in their official capacities.

III. Decisions Below

Office of the Labour Commissioner General, D.T.E. 92T-517

The labour commissioner granted the respondent union's request under s. 39 of the *Labour Code* that Ms. Lebeau be included in the bargaining unit. According to commissioner Bibeault, the City was Ginette Lebeau's real employer during her two work assignments. The commissioner said that since the evidence showed that the City had actual control over the work done by Ms. Lebeau, it acquired the status of her employer (at p. 7 of the full text):

[TRANSLATION] I agree with the position taken by the [union's] representative. It is the most logical and realistic one. In short, whoever directs the employees and makes the decisions that affect them is their real employer. This is also the position that has been adopted by the majority of Labour Court judges.

Labour Court, D.T.E. 93T-806

Judge Prud'homme noted that, *prima facie*, the agency seemed to be Ginette Lebeau's employer since it had a number of the traditional attributes of an employer. The agency recruited, evaluated, paid and disciplined the temporary employees. However, Judge Prud'homme said that this approach failed to consider the essential aspects of an employer-employee relationship, namely, on the one hand the establishment of working conditions, and on the other hand the supervision of the performance of work. The judge stressed the importance, in the context of an employee's day-to-day work, of control over the working conditions established by collective agreement, such as rules governing working hours, breaks, meal periods and statutory holidays. Ms. Lebeau had the same working conditions as the City's other employees; she therefore did her work within a system estab-

exercé ni aucune injonction accordée contre un arbitre, le Conseil des services essentiels, un agent d'accréditation, un commissaire du travail ou le tribunal agissant en leur qualité officielle sauf si ce dernier siège en matière pénale.

III. Les décisions des instances inférieures

Bureau du commissaire général du travail, D.T.E. 92T-517

Le commissaire du travail a accueilli la requête du syndicat intimé fondée sur l'art. 39 du *Code du travail*, afin d'inclure M^{me} Lebeau dans l'unité de négociation. Selon le commissaire Bibeault, la Ville était le véritable employeur de Ginette Lebeau pendant ses deux assignations de travail. La preuve ayant démontré que la Ville avait un contrôle effectif sur les prestations de travail de M^{me} Lebeau, elle acquerrait ainsi le statut d'employeur, selon le commissaire (à la p. 7 du texte intégral):

Je retiens la position de la représentante du [syndicat]. Elle est la plus logique et la plus réaliste. En résumé, celui qui dirige les employés, prend les décisions qui les affectent est le véritable employeur. En plus, cette position est adoptée par la majorité des juges du Tribunal du Travail.

Tribunal du travail, D.T.E. 93T-806

Le juge Prud'homme souligne qu'à première vue l'agence semble être l'employeur de Ginette Lebeau puisqu'elle exerce plusieurs des attributs traditionnels d'un employeur. En effet, l'agence recrute, évalue, paie et exerce la discipline sur les employés temporaires. Toutefois, le juge Prud'homme mentionne que cette approche oublie des dimensions essentielles dans un rapport employeur-salarié, soit l'établissement des conditions de travail d'une part, et la supervision de l'exécution des prestations de travail d'autre part. Le juge insiste sur l'importance, dans le travail quotidien d'un salarié, du contrôle des conditions de travail établies par voie de convention collective, tels les règles régissant les horaires de travail, les périodes de repos et de repas ainsi que les congés fériés. Madame Lebeau avait les mêmes conditions de travail que les autres employés de la

13

14

lished by the City and not the agency. In addition, Ms. Lebeau performed her work under the direction and supervision of City representatives. Judge Prud'homme stated the following about working conditions and the performance of work, at p. 11 of the full text:

[TRANSLATION] Thus, when it came to working conditions — aside from the exceptions that I will discuss next — and the performance of work as such, the City was omnipresent while the agency had no authority.

15

Judge Prud'homme acknowledged that the agency had some control over two of Ms. Lebeau's working conditions: discipline and wages. He was of the view, however, that the City's involvement with respect to discipline and wages diluted the impact of the agency's role in these areas. As regards discipline, the judge noted that the City would have been at the source of any action taken by the agency concerning Ms. Lebeau. With respect to the setting of wages, the judge pointed out that the rate of pay was directly affected by the type of service requested by the City and the number of hours the temporary employee worked there. For all these reasons, the judge held that the City was Ms. Lebeau's employer for the purposes of the *Labour Code*, at p. 13:

[TRANSLATION] This analysis necessarily leads to the conclusion that the City was Ginette Lebeau's employer within the meaning and for the purposes of the *Labour Code*. The Code is concerned with the realities of the "employer-employee" relationship rather than the form in which that relationship has been established; those realities essentially relate to the working conditions that the Code seeks to ensure are set up in a certain way. In this case, the conditions surrounding Ginette Lebeau's work were predominantly determined by the City, not the agency; in addition, Ginette Lebeau was legally subordinate to the City, as shown by the fact that it was the City that issued instructions with respect to, and controlled the actual performance of, her work.

Judge Prud'homme added that this conclusion was consistent with the majority of the Labour Court's decisions on the subject.

Ville; elle effectuait donc ses prestations de travail à l'intérieur d'un régime établi par la Ville et non par l'agence. De plus, M^{me} Lebeau exécutait ses prestations de travail sous les directives et la surveillance des représentants de la Ville. Le juge Prud'homme s'exprime comme suit au sujet des conditions de travail et de l'exécution du travail, à la p. 11 du texte intégral:

Ainsi, au chapitre des conditions de travail — sauf exception dont nous traiterons dès après — de même que de l'exécution proprement dite du travail, la Ville était omniprésente alors que l'agence n'avait aucune autorité.

Le juge Prud'homme admet que l'agence disposait d'un certain contrôle à l'égard de deux des diverses conditions de travail de M^{me} Lebeau: la discipline et le salaire. Toutefois, selon le juge, l'implication de la Ville à l'égard de la discipline et du salaire diluait l'impact du rôle de l'agence dans ces domaines. En ce qui concerne la discipline, le juge souligne que la Ville aurait toujours été à l'origine d'une mesure prise par l'agence à l'endroit de M^{me} Lebeau. Quant à la détermination du salaire, le juge fait remarquer que le taux de salaire était directement influencé par le type de service requis par la Ville et le nombre d'heures que l'employée temporaire y effectuait. Pour ces divers motifs, le juge décide que la Ville est l'employeur de M^{me} Lebeau pour les fins du *Code du travail*, à la p. 13:

Cette analyse impose de voir la Ville comme l'employeur de Ginette Lebeau, au sens et aux fins du Code du travail. Cette dernière législation s'intéresse aux réalités de la relation «employeur-salarié» plutôt qu'à la forme d'établissement de cette relation; ces réalités sont essentiellement liées aux conditions de travail dont le Code veut favoriser la mise en place par une voie particulière. Ici, de façon prépondérante, les conditions de travail encadrant les prestations de Ginette Lebeau relevaient de la Ville, non de l'agence; à ce contexte, s'ajoutait la subordination juridique de Ginette Lebeau à la Ville, démontrée par l'origine des directives et la détention du contrôle quant à l'exécution concrète du travail.

Le juge Prud'homme ajoute que cette conclusion est conforme à la jurisprudence majoritaire du Tribunal du travail.

Superior Court (District of Montreal, No. 500-05-005556-939, November 5, 1993)

Côté J. rejected the City's argument in support of its motion in evocation that the evidence adduced before the labour commissioner clearly showed that Ms. Lebeau was an employee of the agency and not of the City. According to the judge, the Labour Court's reasoning was not patently unreasonable (at p. 5):

[TRANSLATION] A careful review of the judgment in question and of the evidence before the labour commissioner, which was entered into the record in lieu of an affidavit, shows that the appellate judge analysed that evidence in detail and made a reasoned assessment of a number of criteria and factors that are very similar to those set out in *Hôpital Royal Victoria v. Vassart*. It cannot be said that this approach was patently unreasonable or that there was anything irrational about it; on the contrary, although I do not have to agree with the appellate judge, it is sufficient to say that his method of reasoning was rational and that his decision finds support in the evidence. In this regard, there are no grounds for evocation.

Court of Appeal, [1995] R.J.Q. 1671

Rousseau-Houle J.A. (Tyndale J.A. concurring)

Rousseau-Houle J.A. noted that s. 39 of the *Labour Code* clearly establishes that the labour commissioner is responsible for deciding whether a person is an employee and if that person is included in the bargaining unit. A misinterpretation on such an issue will not mean that the labour commissioner loses jurisdiction unless his or her assessment is patently unreasonable.

The judge stated that identifying the real employer in a tripartite relationship can be difficult because both the personnel agency and its client each clearly have some of the traditional attributes of an employer vis-à-vis the employee. The judge referred to the relevant criteria that must be considered in order to determine the real employer (at p. 1674):

Cour supérieure (district de Montréal, n° 500-05-005556-939, 5 novembre 1993)

Le juge Côté rejette le motif de la Ville au soutien de sa requête en évocation selon lequel la preuve faite devant le commissaire du travail démontrait clairement que Lebeau était une salariée de l'agence et non de la Ville. Selon le juge, le raisonnement du Tribunal du travail n'est pas manifestement déraisonnable (à la p. 5):

Un examen attentif du jugement entrepris et de la preuve devant le commissaire du travail, qui a été versée au dossier pour tenir lieu d'affidavit, révèle de la part du juge d'appel une analyse détaillée de cette preuve et l'appréciation raisonnée d'un certain nombre de critères et facteurs qui sont fort apparentés à ceux exposés dans l'affaire *Hôpital Royal Victoria c. Vassart*. On ne peut dire qu'il s'agisse là d'une approche manifestement déraisonnable qui tienne de l'irrationnel; au contraire, mais sans avoir à partager l'opinion du juge d'appel, il suffira de dire que sa méthode de raisonnement est rationnelle et que sa décision peut prendre appui sur la preuve. À cet égard, l'évocation est mal fondée.

Cour d'appel, [1995] R.J.Q. 1671

Le juge Rousseau-Houle (avec l'appui du juge Tyndale)

Madame le juge Rousseau-Houle note que l'art. 39 du *Code du travail* établit clairement qu'il appartient au commissaire du travail de décider si une personne est un salarié et si elle est comprise ou non dans l'unité de négociation. Une erreur d'interprétation sur cette question ne lui fera perdre compétence que si son appréciation est manifestement déraisonnable.

Le juge souligne que l'identification du véritable employeur dans le cadre d'une relation tripartite peut poser des difficultés puisque autant l'agence de location de main-d'œuvre que son client disposent distinctement à l'endroit de l'employé des attributs traditionnels de l'employeur. Le juge mentionne les critères pertinents qui doivent être examinés afin de déterminer qui est le véritable employeur (à la p. 1674):

16

17

18

[TRANSLATION] Day-to-day control over the work done is therefore only one factor in determining the employer. The selection process, hiring, discipline, training, evaluation, assignment of duties and the length of time the services are provided are all elements to be considered when it must be determined who the real employer is in a tripartite relationship. Remuneration is not really a probative factor, since it is ultimately the client that bears the financial burden.

In the context of this case, in which the issue of employer identification arises in relation to an employee's membership in the bargaining unit, the nature and concrete reality of the work done and the employee's connection with the business are important criteria.

19 After reviewing the Labour Court's conclusions with respect to legal subordination, disciplinary authority, the wages paid by the agency and the purpose of the *Labour Code*, Rousseau-Houle J.A. found that the Labour Court's decision was not patently unreasonable.

Deschamps J.A. (dissenting)

20 Deschamps J.A. conceded that the Labour Court had exclusive jurisdiction to decide the issue under s. 39 of the *Labour Code*. However, she stated that the Labour Court's decision was patently unreasonable since it could not be reconciled with either the law or the facts.

21 Deschamps J.A. acknowledged that with one exception, namely *Centre d'accueil M^{sr} Coderre v. Union des employés de service, local 298 (F.T.Q.)*, [1985] T.T. 291, the Labour Court has consistently found that the real employer in a tripartite relationship is the client and not the personnel agency. However, while in its other decisions the Labour Court had considered a number of criteria to determine the real employer, in the present case it had based its decision solely on the criterion of legal subordination. The judge stated the following in this regard (at p. 1676):

Le contrôle quotidien sur le travail effectué n'est donc qu'un facteur dans la détermination de l'employeur. Le processus de sélection, l'embauche, la discipline, la formation, l'évaluation, l'assignation des fonctions et la durée des services sont tous des éléments à considérer lorsqu'il faut déterminer le véritable employeur dans une relation tripartite. Quant à la rémunération, elle ne serait véritablement pas un élément probant puisque c'est finalement le client qui assume le fardeau financier.

Dans le contexte du présent litige où la question de l'identification de l'employeur se soulève à l'occasion du rattachement de l'employée à l'unité d'accréditation, la nature et la réalité concrète du travail exécuté et le rattachement de l'employée à l'entreprise constituent des critères importants.

Après avoir examiné les conclusions du Tribunal du travail quant au critère de la subordination juridique, au pouvoir disciplinaire, au salaire versé par l'agence et à la finalité du *Code du travail*, le juge Rousseau-Houle conclut que la décision du Tribunal du travail n'est pas manifestement déraisonnable.

Le juge Deschamps (dissidente)

Madame le juge Deschamps admet que le Tribunal du travail avait compétence exclusive pour décider de la question selon l'art. 39 du *Code du travail*. Toutefois, elle déclare que la décision du Tribunal du travail est manifestement déraisonnable puisqu'elle n'est ni conciliable avec le droit, ni avec les faits.

Le juge Deschamps reconnaît qu'à une exception près, soit l'affaire *Centre d'accueil M^{sr} Coderre c. Union des employés de service, local 298 (F.T.Q.)*, [1985] T.T. 291, le Tribunal du travail a constamment conclu que, dans le cadre de relations tripartites, le véritable employeur était l'entreprise-cliente et non l'agence de location de personnel. Cependant, alors que dans ses autres décisions le Tribunal du travail prenait en considération plusieurs critères pour déterminer qui était le véritable employeur, en l'espèce, il ne s'est fondé que sur le critère de la subordination juridique. Le juge déclare à ce sujet (à la p. 1676):

[TRANSLATION] The Labour Court, under the guise of the so-called “legal subordination” criterion, which in fact merely identified who had day-to-day control over the performance of work, took a narrow view that made the employment agency’s client the employer without taking account of the reality or of the facts adduced in evidence.

The judge felt that this case showed [TRANSLATION] “the end result of a gradual evolution of the legal subordination criterion, which was originally considered along with a number of other criteria but which has progressively moved away from the facts to become a rule that simplifies reality” (p. 1676).

According to Deschamps J.A., the Labour Court’s decision was subject to judicial review because its conclusion and the reasoning underlying it [TRANSLATION] “offend common sense and the legal mind” (p. 1676). She criticized the Labour Court for considering only the day-to-day aspect of the working relationship whereby the work had to be performed on the client’s premises and during the hours of work determined by it. The judge stated the following on this point (at pp. 1678-79):

[TRANSLATION] All of this seems rather absurd. It is hard to imagine that the temporary work of a receptionist or a clerk, as in this case, could be done elsewhere than in the workplace or at a time other than during the hours of work determined by the client.

It seems improbable to me that a client using the services of a temporary personnel agency would end up being the employer of the agency’s employees simply because it controls the work that is to be done every day. This reduces the concept of “employer” to insignificance and ignores reality, which calls for a much more comprehensive view. The factors that must be considered include not only recruitment, selection, training, remuneration and discipline, but also integration into the business, continuity of employment and the employees’ sense of belonging. I cannot conceive of an employer-employee relationship that involves none of these aspects.

The concept of “legal subordination”, a term that was used by the Labour Court, actually involves, in its view, merely the day-to-day supervision of the performance of

Le Tribunal du travail, sous le couvert d’un critère qualifié de «subordination juridique», mais qui en fait n’est que l’identification du contrôle quotidien de l’exécution du travail, adopte une vision étroite qui a pour effet d’imputer au client de l’agence de placement la qualification d’employeur sans tenir compte de la réalité et des faits mis en preuve.

Le juge voit dans ce dossier «l’aboutissement d’une lente évolution du critère de la subordination juridique, qui, au départ, était considéré avec un ensemble d’autres critères, mais qui s’est, progressivement, détaché des faits pour devenir une règle réductrice de réalité» (p. 1676).

Selon le juge Deschamps, la décision du Tribunal du travail était sujette à la révision judiciaire puisque sa conclusion et le raisonnement qui la sous-tend «choqu[ent] tout autant le sens commun que l’esprit juridique» (p. 1676). Elle reproche au Tribunal de n’avoir retenu que la dimension quotidienne selon laquelle la prestation de travail doit être fournie à l’établissement du client et selon les horaires de travail définis par ce dernier. Le juge s’exprime ainsi à ce sujet (aux pp. 1678 et 1679):

Une certaine absurdité se dégage du tout. En effet, on peut difficilement imaginer que le travail temporaire d’une réceptionniste ou d’un commis, comme c’était le cas en l’espèce, soit exécuté ailleurs que sur les lieux de travail ou en fonction d’autres horaires que ceux déterminés par le client.

Il me semble invraisemblable qu’un client qui retient les services d’une agence de location de personnel temporaire se retrouve l’employeur des employés de l’agence simplement parce qu’il contrôle les tâches qui doivent être effectuées au jour le jour. C’est là réduire à bien peu de chose la notion d’employeur et en mettre de côté la réalité, qui exige une vision beaucoup plus globale. Parmi les éléments qui doivent être évalués, je fais non seulement référence au recrutement, à la sélection, à la formation, à la rémunération, à la discipline, mais aussi à l’intégration dans l’entreprise, à la continuité de l’emploi et au sentiment d’appartenance des employés. Je ne peux concevoir de relation employeur-employé(e) qui ne recoupe aucun de ces aspects.

La notion de «subordination juridique», termes utilisés par le Tribunal du travail, ne recouvre en fait, pour le Tribunal du travail que la supervision quotidienne de

work. The concept of legal subordination thus simplified is therefore totally inadequate to characterize the tripartite relationship that exists among the agency, its client and the employee. The Labour Court had to consider all aspects of the relations among the three parties, which it failed to do. There is nothing in this case that justifies a finding that the client was the employer.

l'exécution du travail. La notion de subordination juridique, ainsi réduite, s'avère donc totalement insuffisante pour qualifier la relation tripartite qui existe entre l'agence, son client et l'employé(e). Le Tribunal du travail devait prendre en considération tous les aspects des relations liant les trois parties, ce qu'il n'a pas fait. Rien ici ne permet de fixer sur le client la qualité d'employeur.

23 The judge also stated that the Labour Court's interpretation was contrary to common sense and the coherence of labour legislation. She noted that the agency was already considered the temporary employees' employer for the purposes of a number of provincial and federal statutes (at p. 1679):

[TRANSLATION] In a context of legitimate replacement, as in this case, the agency is the employer for all purposes, including occupational safety (CSST), continuity of employment (labour standards), taxation and health insurance. In spite of all the subtleties inherent in labour law and all the latitude left to the Labour Court, I believe that there is a limit beyond which the interpretation becomes unreasonable.

De plus, le juge déclare que l'interprétation du Tribunal du travail va à l'encontre du bon sens et de la cohérence des lois du travail. Elle souligne que l'agence est déjà considérée comme l'employeur des employés temporaires aux fins de plusieurs lois provinciales et fédérales (à la p. 1679):

En effet, dans un contexte de remplacement légitime, comme c'est le cas en l'espèce, l'agence est employeur à toutes fins, que ce soit la sécurité au travail (CSST), la continuité de l'emploi (normes du travail), la fiscalité, l'assurance-maladie, etc. Malgré toutes les nuances inhérentes au droit du travail et toute la latitude laissée au Tribunal du travail, je crois qu'il y a une certaine limite au-delà de laquelle l'interprétation devient déraisonnable.

24 Deschamps J.A. felt that the Labour Court's narrow and exclusive application of the "legal subordination" criterion in interpreting s. 39 of the *Labour Code* was patently unreasonable in the instant case.

Le juge Deschamps considère que l'application étroite et exclusive du critère de la «subordination juridique» par le Tribunal du travail en interprétant l'art. 39 du *Code du travail* était manifestement déraisonnable dans le cas en l'espèce.

IV. Issue

IV. La question en litige

25 The issue before the Court of Appeal was whether the Labour Court's decision was patently unreasonable. The majority of the Court of Appeal found that it was not. The City is appealing to this Court from the Court of Appeal's decision. To determine whether the Court of Appeal erred in law, this Court must ultimately inquire whether, in light of the evidence in the record, the Labour Court made a patently unreasonable error in declaring that the City was Ginette Lebeau's real employer in the context of a request under s. 39 of the *Labour Code*.

La question en litige devant la Cour d'appel consistait à déterminer si la décision rendue par le Tribunal du travail était manifestement déraisonnable. La majorité de la Cour d'appel a répondu par la négative. La Ville se pourvoit devant notre Cour contre la décision de la Cour d'appel. Afin de déterminer si la Cour d'appel a erré en droit, notre Cour doit ultimement se demander si le Tribunal du travail a, compte tenu de la preuve au dossier, commis une erreur manifestement déraisonnable en déclarant, dans le contexte d'une requête en vertu de l'art. 39 du *Code du travail*, que la Ville était le véritable employeur de M^{me} Ginette Lebeau.

V. Analysis

Personnel agencies are occupying an increasing share of the labour market. These agencies might be described as intermediaries in that they supply businesses with the services of employees they recruit. That supplying of services gives rise to a triangular relationship among the parties — the agency, the client and the employee — whose legal relationship is not clearly defined by labour legislation. While it is easy to identify the employee in such a tripartite relationship, the identification of the real employer is another matter. Generally speaking, both the agency and the client have some of the traditional attributes of an employer within the meaning of the *Labour Code*. There is accordingly a certain splitting of the employer in a tripartite relationship. The agency may recruit, train, pay and discipline the employee, while the business supervises the work, imposes the employee's working conditions and bears the financial burden of the wages paid. An interesting labour law issue therefore arises, namely whether temporary employees engaged by a business through a personnel agency can in some cases be included in the bargaining unit of the union that represents the business's permanent employees, or whether they are employees of the agency. Despite the importance of this issue, in this appeal I do not have to determine how to identify the real employer in all tripartite relationships involving a personnel agency. In the present case, the only issue is whether the Labour Court made a patently unreasonable error by holding, in the context of a request under s. 39 of the *Labour Code*, that the City was Ginette Lebeau's employer during her two work assignments.

The exclusive jurisdiction of labour commissioners to determine whether an employee is included in a bargaining unit is not being challenged in this case. The wording of s. 39 of the *Labour Code* makes it clear that labour commissioners are responsible for deciding this issue and

V. Analyse

Les agences de location de personnel occupent une part grandissante du marché du travail. Ces agences jouent en quelque sorte le rôle d'intermédiaire en louant à des entreprises les services d'employés qu'elles recrutent. De cette location de services, il naît une relation triangulaire entre ces parties — l'agence, l'entreprise-cliente et l'employé — dont les rapports juridiques ne sont pas clairement définis par les lois du travail. S'il est facile de déterminer qui est le salarié dans le cadre d'une telle relation tripartite, il en va autrement de l'identification du véritable employeur. De façon générale, autant l'agence que l'entreprise-cliente possèdent des attributs traditionnels d'un employeur au sens du *Code du travail*. La relation tripartite crée donc un certain dédoublement de l'employeur. Ainsi, l'agence peut recruter, assurer la formation, rémunérer et discipliner l'employé, alors que l'entreprise supervise le travail, impose les conditions de travail de l'employé et assume le fardeau financier du salaire versé. Une question intéressante en droit du travail est ainsi soulevée, soit celle de savoir si les employés temporaires d'une entreprise, engagés par le biais d'une agence de location de personnel, peuvent, dans certains cas, être compris dans l'unité de négociation du syndicat qui représente les employés permanents de cette entreprise ou s'ils sont des salariés de l'agence. Malgré l'intérêt de cette question, je n'ai pas à me prononcer, dans le présent pourvoi, sur l'identification du véritable employeur dans le cadre de toutes les relations tripartites comprenant une agence de personnel. En l'espèce, la seule question en litige consiste à déterminer si le Tribunal du travail a commis une erreur manifestement déraisonnable en statuant, dans le contexte d'une requête en vertu de l'art. 39 du *Code du travail*, que la Ville était l'employeur de Ginette Lebeau pendant ses deux assignations de travail.

La compétence exclusive du commissaire du travail de déterminer si un salarié est inclus ou non dans une unité de négociation n'est pas contestée en l'espèce. Le libellé de l'art. 39 du *Code du travail* établit clairement qu'il appartient au commissaire du travail de décider de cette question et donc

thus interpreting the concept of “employee” as defined in s. 1(l) of the *Labour Code*, which refers to the concept of “employer” defined in s. 1(k) of that statute. Under ss. 118, 119 and 122 of the *Labour Code*, the Labour Court has the same jurisdiction when sitting on appeal from a labour commissioner’s decision relating to certification. The decisions of the Labour Court sitting on appeal, as in the case at bar, are protected by a privative clause set out in s. 139 of the *Labour Code*. Because of that clause and because it is agreed that the Labour Court acted within its jurisdiction *stricto sensu*, only a patently unreasonable error can form a basis for judicial review.

A. Patently Unreasonable Error Test

28

This Court has considered the patently unreasonable error test on many occasions. I will mention only a few decisions: *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412; *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941 (“PSAC No. 2”); *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d’appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756; *Centre communautaire juridique de l’Estrie v. Sherbrooke (City)*, [1996] 3 S.C.R. 84. The test was developed in response to the courts’ concern to show greater deference

d’interpréter la notion de «salarié» définie à l’art. 1l) du *Code du travail*, laquelle fait référence à la notion d’«employeur» définie à l’art. 1k) de la même loi. Cette compétence appartient au Tribunal du travail lorsque ce dernier siège en appel d’une décision du commissaire du travail en matière d’accréditation, et ce, en vertu des art. 118, 119 et 122 du *Code du travail*. Les décisions du Tribunal du travail qui siège en appel, comme en l’espèce, sont protégées par une clause privative prévue à l’art. 139 du *Code du travail*. En raison de cette clause et puisqu’il est admis que le Tribunal du travail a agi à l’intérieur de sa compétence *stricto sensu*, seule une erreur manifestement déraisonnable donnera ouverture à la révision judiciaire.

A. Le test de l’erreur manifestement déraisonnable

Le critère de l’erreur manifestement déraisonnable a fait l’objet d’une jurisprudence abondante par notre Cour. Je ne mentionnerai que certains arrêts: *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l’industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941 («AFPC n° 2»); *Domtar Inc. c. Québec (Commission d’appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756; *Centre communautaire juridique de l’Estrie c. Sherbrooke (Ville)*, [1996] 3 R.C.S. 84. Ce critère a été développé en réponse au souci des cours supérieures de faire preuve d’une grande

31 Finally, in a subsequent decision, *PSAC No. 2*, *supra*, at p. 963, Cory J. stated that the patently unreasonable error test sets a high standard of review:

It is said that it is difficult to know what “patently unreasonable” means. What is patently unreasonable to one judge may be eminently reasonable to another. Yet any test can only be defined by words, the building blocks of all reasons. Obviously, the patently unreasonable test sets a high standard of review.

32 Thus, this Court has developed a very strict test for determining whether an administrative tribunal’s decision is patently unreasonable. In the case at bar, it must therefore be asked whether the Labour Court’s decision is patently unreasonable in its interpretation of the legislative provisions and its use of the evidence.

B. *Application of the Test to the Facts*

1. Is the Labour Court’s Reasoning Patently Unreasonable?

33 The Quebec *Labour Code* and Canadian labour legislation provide few indications of how to determine the real employer in a tripartite relationship. For the purposes of such an analysis, the *Labour Code* merely defines the terms “employer” and “employee”. According to s. 1(k) and (l) of the *Labour Code*, an employer is “anyone, including Her Majesty, who has work done by an employee”, while an employee is “a person who works for an employer and for remuneration”. On the basis of these two definitions, it has been established that the employer-employee relationship is defined by three essential elements: the performance of work, remuneration and the legal subordination of the employee to the employer. See *Syndicat des employés des hôpitaux de Val d’Or (C.S.N.) v. Syndicat des employés de l’hôpital Malartic (C.S.N.)*, [1974] T.T. 425; *Société d’énergie de la Baie James v. Léa Benoît & Associés Ltée*, [1975] T.T. 323; R. P. Gagnon, *Le droit du travail du*

Enfin, dans un arrêt subséquent, *AFPC n° 2*, précité, à la p. 963, le juge Cory a affirmé que le critère de l’erreur manifestement déraisonnable représentait une norme de contrôle sévère:

Le sens de l’expression «manifestement déraisonnable», fait-on valoir, est difficile à cerner. Ce qui est manifestement déraisonnable pour un juge peut paraître éminemment raisonnable pour un autre. Pourtant, pour définir un critère nous ne disposons que de mots, qui forment, eux, les éléments de base de tous les motifs. Le critère du caractère manifestement déraisonnable représente, de toute évidence, une norme de contrôle sévère.

Ainsi, notre Cour a élaboré un test très sévère pour déterminer si une décision d’un tribunal administratif est manifestement déraisonnable. Dans le cas en l’espèce, il faudra donc se demander si la décision du Tribunal du travail est manifestement déraisonnable en ce qui a trait à son interprétation donnée aux dispositions législatives et à son utilisation de la preuve.

B. *L’application du test aux faits*

1. Le raisonnement du Tribunal du travail est-il manifestement déraisonnable?

Le *Code du travail* du Québec et la législation en droit du travail au Canada offrent peu d’indices permettant de déterminer le véritable employeur dans le cadre d’une relation tripartite. Le *Code du travail* n’énonce, pour les fins de cette analyse, que les définitions des termes «employeur» et «salarié». Selon les art. 1k) et 1l) du *Code du travail*, l’employeur représente «quiconque, y compris Sa Majesté, fait exécuter un travail par un salarié», et le salarié est «une personne qui travaille pour un employeur moyennant rémunération». En tenant compte de ces deux définitions, il a été établi que la relation employeur-salarié se définissait à partir de trois éléments essentiels: la prestation de travail, la rémunération et la subordination juridique du salarié vis-à-vis de l’employeur. Voir *Syndicat des employés des hôpitaux de Val d’Or (C.S.N.) c. Syndicat des employés de l’hôpital Malartic (C.S.N.)*, [1974] T.T. 425; *Société d’énergie de la Baie James c. Léa Benoît & Associés Ltée*, [1975]

toward the decisions of specialized administrative tribunals on issues falling within their jurisdiction.

Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp., supra, is the leading decision on the standard of review based on a patently unreasonable error. In that case, Dickson J. stated that when the interpretation of a legislative provision lies at the heart of an administrative tribunal's jurisdiction, the standard that applies to justify judicial review is not mere error but unreasonable error, at p. 237:

Did the Board here so misinterpret the provisions of the Act as to embark on an inquiry or answer a question not remitted to it? Put another way, was the Board's interpretation so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review?

This test has been consistently applied in subsequent cases.

In *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740, supra*, McLachlin J., writing for the majority, set out the guidelines for identifying a patently unreasonable error, at p. 669:

Courts should exercise caution and deference in reviewing the decisions of specialized administrative tribunals, such as the Labour Board in this case. This deference extends both to the determination of the facts and the interpretation of the law. Only where the evidence, viewed reasonably, is incapable of supporting a tribunal's findings of fact, or where the interpretation placed on the legislation is patently unreasonable, can the court interfere. [Emphasis added.]

The Court must therefore ask whether the administrative tribunal's decision was based on the evidence adduced and whether its interpretation of the legislative provisions was patently unreasonable.

retenue judiciaire envers les décisions des tribunaux administratifs spécialisés sur des questions relevant de leur compétence.

L'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, précité, constitue l'arrêt de principe sur la norme de contrôle fondée sur l'erreur manifestement déraisonnable. Dans cette affaire, le juge Dickson a déclaré que lorsque l'interprétation d'une disposition législative est au cœur de la compétence d'un tribunal administratif, la norme applicable pour justifier la révision judiciaire n'est pas la simple erreur mais l'erreur déraisonnable, à la p. 237:

La Commission a-t-elle interprété erronément les dispositions législatives de façon à entreprendre une enquête ou à répondre à une question dont elle n'était pas saisie? Autrement dit, l'interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire?

La jurisprudence subséquente a appliqué de façon constante ce critère.

Le juge McLachlin, s'exprimant au nom de la majorité, dans l'arrêt *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, précité, a précisé les balises permettant d'identifier une erreur manifestement déraisonnable, à la p. 669:

Les cours de justice devraient faire preuve de circonspection et de retenue dans l'examen des décisions de tribunaux administratifs spécialisés comme la Commission en l'espèce. Cette retenue s'étend à la fois à la constatation des faits et à l'interprétation de la loi. Ce n'est que lorsque les éléments de preuve, perçus de façon raisonnable, ne peuvent étayer les conclusions de fait du tribunal, ou que l'interprétation donnée aux dispositions législatives est manifestement déraisonnable que la cour de justice peut intervenir. [Je souligne.]

La Cour doit donc se demander si la décision du tribunal administratif est fondée sur la preuve présentée et si son interprétation des dispositions législatives est manifestement déraisonnable ou non.

29

30

Québec: pratiques et théories (3rd ed. 1996), at p. 180.

These definitions, which are terse to say the least, have had to be interpreted by specialized administrative tribunals in cases requiring them to identify the employer in a tripartite relationship. Those tribunals have made up for the gaps in the legislation by examining the various components of the employer-employee relationship and proposing certain criteria to define that relationship more clearly. I shall consider the Quebec and Canadian decisions on the subject before analysing the approach taken by the Labour Court in the present case.

(i) *Quebec Cases*

Over the last 25 years, the Labour Court has considered the question of determining the real employer in a tripartite relationship on a number of occasions. A consensus has emerged within that court about the importance that should be given to one specific criterion in identifying the employer in such a triangular relationship, specifically in the certification context. That criterion is legal subordination, which basically encompasses the notion of actual control by a party over the employee's day-to-day work. In applying this test, the Labour Court has consistently and unanimously held, with only one exception, namely *Centre d'accueil M^{sr} Coderre, supra*, that the client (to which the staff is supplied) is the real employer within the meaning of the *Labour Code* because it is the party that controls the quantity and quality of the employee's day-to-day work.

The Labour Court's general position was clearly expressed by Judge Melançon in *Syndicat des employés des hôpitaux de Val d'Or, supra*, at p. 429:

[TRANSLATION] While it is true that remuneration and its source are important factors in determining the relationship between an employee and an employer, it has consistently been found that they are not the only, or the most important, factors. The cases have long established

T.T. 323; R. P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec: pratiques et théories* (3^e éd. 1996), à la p. 180.

Ces définitions, pour le moins laconiques, ont nécessité une interprétation par les tribunaux administratifs spécialisés lorsqu'il s'agissait d'identifier l'employeur dans une relation tripartite. Ces tribunaux ont pallié aux lacunes des textes législatifs, d'une part, en examinant les différents facteurs constitutifs de la relation employeur-salarié et, d'autre part, en mettant de l'avant certains critères pour mieux cerner cette relation. J'examinerai la jurisprudence québécoise et canadienne sur ce sujet avant d'analyser l'approche utilisée par le Tribunal du travail en l'espèce.

(i) *La jurisprudence québécoise*

Au cours des 25 dernières années, le Tribunal du travail a abordé plusieurs fois la question de la détermination du véritable employeur dans le cadre d'une relation tripartite. Un consensus s'est dégagé au sein du Tribunal quant à l'importance à accorder à un critère particulier pour identifier l'employeur dans le cadre de cette relation triangulaire et plus précisément, dans un contexte d'accréditation. Il s'agit du critère de la subordination juridique. Ce critère englobe essentiellement la notion du contrôle effectif d'une partie sur les prestations de travail quotidiennes du salarié. En appliquant ce critère, le Tribunal du travail a de façon constante et unanime décidé, à une exception près, soit *Centre d'accueil M^{sr} Coderre, précité*, que l'entreprise-cliente (le locataire de personnel) constitue le véritable employeur au sens du *Code du travail* puisqu'elle représente la partie qui contrôle la quantité et la qualité du travail quotidien du salarié.

La position générale du Tribunal du travail a été bien exprimée par le juge Melançon dans *Syndicat des employés des hôpitaux de Val d'Or, précité*, à la p. 429:

S'il est exact que la rémunération et son origine sont des facteurs importants pour déterminer le lien entre un salarié et un employeur, il est constant qu'ils ne sont pas les seuls ni les plus importants. La jurisprudence a, depuis longtemps, établi que le critère premier est beau-

34

35

36

that the primary test is rather that of legal subordination, in addition to a number of other criteria such as work performance, place of work and hiring.

37

In *Société d'énergie de la Baie James, supra*, at p. 326, Judge Aubé also focused on this relationship of legal subordination:

[TRANSLATION] It has consistently been held that there must be legal subordination for a worker to be considered an employee.

Judge Aubé referred to Associate Chief Judge Quimper's definition of "employee" in *Syndicat des professeurs du Québec v. Procureur général du Québec*, [1970] T.T. 314. In that case, the judge set out the three main elements included in the definition of "employee" in the *Labour Code*, at p. 318:

[TRANSLATION]

1. performance of work;

2. remuneration;

3. relationship of legal subordination. This is the essential and specific element without which the other two would not be sufficient. The employer is identified by determining to whom the [employees] in question are subordinate.

The fundamental, decisive criterion for a relationship of subordination is direction and actual control of the work. [Emphasis added.]

In taking account of these characteristic elements of the definition of "employee", a concept referred to in the definition of "employer", Judge Aubé gave precedence to the element of control over the performance of work for the purposes of identifying the employer, at p. 333:

[TRANSLATION] It must therefore be concluded under s. 1(D) of the *Labour Code* that Énergie is the employer of the employees in question because it is the one that has work done by them. It clearly results from the foregoing that the employees in question are legally subordinate to the appellant, the Société d'énergie. It is the appellant that directs and actually controls the work done on the work sites. It is the appellant that gives

coup plus celui de la subordination juridique et plusieurs autres critères tels la prestation de travail, son lieu, l'embauche, etc.

Le juge Aubé, dans *Société d'énergie de la Baie James*, précité, à la p. 326, a également insisté sur ce lien de subordination juridique:

Cette exigence de la subordination juridique pour qualifier un travailleur comme salarié est constante dans la jurisprudence.

Le juge Aubé a fait référence à la définition donnée à la notion de «salarié» par le juge en chef adjoint Quimper dans la décision rendue dans *Syndicat des professeurs du Québec c. Procureur général du Québec*, [1970] T.T. 314. Dans cette dernière affaire, le juge a énoncé les trois éléments importants compris dans la définition de «salarié» du *Code du travail*, à la p. 318:

1^o la prestation de travail;

2^o la rémunération;

3^o le lien de subordination juridique. Celui-ci est l'élément spécifique et essentiel sans lequel les deux (2) autres ne sauraient suffire. C'est en découvrant en effet à qui le lien de subordination rattache les [employés] concernés qu'on aura identifié l'employeur.

Le critère fondamental et décisif du lien de subordination est la direction et le contrôle effectif du travail. [Je souligne.]

En tenant compte de ces éléments caractéristiques de la définition de la notion de «salarié», dont il est fait référence dans la notion d'«employeur», le juge Aubé donne préséance à l'élément du contrôle de l'exécution de la prestation de travail pour les fins de recherche de l'identification de l'employeur, à la p. 333:

Il faut donc conclure suivant l'article 1D) du *Code du travail* que c'est Énergie qui est l'employeur des salariés visés parce que c'est elle qui fait exécuter le travail des salariés. Il résulte clairement de ce qui précède que c'est vis-à-vis l'appelante, la Société d'énergie, que les salariés visés se trouvent en subordination juridique. En effet, c'est elle qui, sur les chantiers, a la direction et le contrôle effectif du travail. C'est elle qui donne les

orders about the way to do the work and that exercises control over how it is performed.

ordres sur la façon d'exécuter le travail et qui exerce le contrôle sur la manière dont le travail est exécuté.

In short, although the employees who come from Léa Benoît maintain a relationship with that original employer, they become employees of the Société d'énergie once they arrive at the James Bay work sites and they remain its employees as long as they are assigned there.

En un mot, les salariés en provenance de Léa Benoît, même s'ils gardent un lien avec cet employeur originaire, deviennent, une fois rendus sur les chantiers de la Baie James et pour le temps de cette affectation, des salariés de la Société d'énergie.

In another case, *Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec Inc. v. Procureur général du Québec*, [1984] T.T. 353, in which the issue was whether temporary employees supplied to the Commission de la santé et de la sécurité du travail by the Quantum agency were employees of the former, Judge Auclair focused on the relationship of subordination when setting out the general criteria used by the Labour Court to identify which party is the employer of the employees in question. He stated the following at p. 355:

Dans une autre affaire, *Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec Inc. c. Procureur général du Québec*, [1984] T.T. 353, où il s'agissait cette fois de déterminer si les employés temporaires fournis par l'agence Quantum à la Commission de la santé et de la sécurité du travail étaient des salariés de cette dernière, le juge Auclair a énoncé les critères généraux retenus par le Tribunal afin de déterminer vis-à-vis de quelle partie les employés sont des salariés, en insistant sur le critère du lien de subordination. Il affirme, à la p. 355:

[TRANSLATION] The criteria used by the Labour Court to determine the status of an employee in relation to an employer are well known. First, there is the work test. In this case, the work is performed solely for the Commission as one of its normal, and even necessary, activities. Quantum [the personnel agency] is in no way involved in the work of the employees in question. Pursuant to this criterion, the seventeen persons in question therefore perform work solely for the Commission. This aspect of the issue raises no problems.

Les critères retenus par le Tribunal pour la détermination du statut de salarié en regard d'un employeur sont bien connus. Il y a d'abord celui du travail. Dans la présente instance, la prestation de travail est fournie exclusivement à la commission dans le cadre d'une activité normale, et même nécessaire, de cette dernière. Quantum [l'agence de location] n'est aucunement mêlé au travail des salariés en cause. En regard de ce critère, les dix-sept personnes en cause exécutent donc un travail pour le seul compte de la commission. Cet aspect de la question ne soulève aucune difficulté.

Another criterion used by the Labour Court to determine an employee's status is that of subordination; it is the most important factor. It must be established who decides what work is to be done, who supervises its performance and who controls it. . . . [Emphasis in original.]

Un autre critère retenu par le Tribunal pour la détermination du statut de salarié est celui de la subordination; il s'agit de l'élément le plus important. Il faut chercher quel est celui qui détermine le travail à faire, qui en encadre l'exécution et qui la contrôle. . . . [Souligné dans l'original.]

In *Messageries dynamiques, division de groupe Québecor inc. v. Syndicat québécois de l'imprimerie et communications, local 145*, [1986] T.T. 431, at p. 434, Messageries dynamiques had retained the services of temporary employees through a personnel agency, Service de personnel A.T., to replace regular employees who were absent or to assist regular employees when there

Dans *Messageries dynamiques, division de groupe Québecor inc. c. Syndicat québécois de l'imprimerie et communications, local 145*, [1986] T.T. 431, à la p. 434, l'entreprise Messageries dynamiques avait retenu les services d'employés temporaires par l'intermédiaire d'une agence de location, Service de personnel A.T., afin de remplacer des employés réguliers absents ou d'aider

was extra work. The labour commissioner had found that the temporary employees were employees of the business and therefore subject to the union's certification. Sitting on appeal from that decision, Judge Ménard of the Labour Court, after analysing the operation of the tripartite relationship and the roles of the agency and the business with respect to the temporary employees — roles very similar to those in the present case — examined the three characteristic elements of the concept of "employer" in s. 1(k) of the *Labour Code*: performance of work, remuneration (a test deriving from the reference to the concept of "employee") and a relationship of legal subordination. She stressed the importance of examining the final element, legal subordination, to identify the real employer in such a tripartite relationship, at p. 434:

[TRANSLATION] Thus, the remuneration element is certainly another clear characteristic of the employer-employee relationship.

However, another criterion has been held to be essential to a finding that someone is an employer within the meaning of the Code, as is evident from the large number of cases on this topic dealing either with the issue of how to identify the real employer or with the issue of whether there is a contract for services. That test is the requirement that there be a relationship of legal subordination between the employer and the employee.

With respect to remuneration, Judge Ménard noted that although the temporary employees' wages were paid by the agency, it was the client business that ultimately bore the financial burden of remuneration.

40

Finally, in *Caisse d'économie Hydro v. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57*, [1988] T.T. 429, the Labour Court affirmed the labour commissioner's decision that the Caisse was the employer of the temporary employees it had engaged through a personnel agency. Judge Beaudry stressed the importance of determining which party exercised fundamental control in the workplace. He stated the following, at pp. 431-32:

ceux-ci lors d'un surcroît de travail. Le commissaire du travail avait déclaré que lesdits employés étaient des salariés de l'entreprise et par conséquent assujettis à l'accréditation du syndicat. Siégeant en appel de cette décision, le juge Ménard du Tribunal du travail, après avoir analysé le fonctionnement de la relation tripartite, et les rôles remplis par l'agence et par l'entreprise à l'égard des employés temporaires — rôles très similaires à ceux présents en l'espèce — elle a examiné les trois éléments caractéristiques de la notion d'«employeur» retrouvée à l'art. 1k) du *Code du travail*: l'exécution d'un travail, la rémunération-critère découlant du renvoi à la notion de «salarié» — et le lien de subordination juridique. Elle a souligné l'importance de l'examen du dernier élément, la subordination juridique, pour déterminer l'employeur véritable dans le cadre de cette relation tripartite, à la p. 434:

L'élément rémunération constitue donc certes une autre caractéristique manifeste de l'existence d'une relation employeur-employé.

Un autre critère a cependant été jugé essentiel à la reconnaissance du statut d'employeur au sens dudit code, comme en témoigne une abondante jurisprudence élaborée aussi bien à l'occasion de litiges se rapportant à l'identification de l'employeur véritable qu'à ceux mettant en cause l'existence d'un contrat d'entreprise, et c'est celui de la nécessité d'un lien de subordination juridique entre la personne de l'employeur et le salarié.

En ce qui a trait à la rémunération, le juge Ménard a souligné que même si le salaire de l'employé temporaire était versé par l'agence, c'était l'entreprise-cliente qui, au bout du compte, en assumait le fardeau financier.

Finalement, dans l'affaire *Caisse d'économie Hydro c. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57*, [1988] T.T. 429, le Tribunal du travail a confirmé la décision du commissaire du travail selon laquelle la Caisse était l'employeur des employés temporaires qu'elle engageait par le biais d'une agence de location de personnel. Le juge Beaudry a insisté sur l'importance de déterminer quelle partie exerçait un contrôle fondamental sur les lieux du travail. Il s'est exprimé ainsi, aux pp. 431 et 432:

[TRANSLATION] Realistically speaking, the Caisse is actually the one giving out the work within the meaning that must be given to the definition of "employer" in the Code (s. 1(k)): "anyone, including Her Majesty, who has work done by an employee". The Caisse determines what work is to be done and whether a candidate is qualified, directs and supervises the performance of the work and even decides whether the employment is maintained (and hence whether the employee should be dismissed).

... *legal subordination in the broad sense*, that is, control over work and its quality, is one of the main elements of the employer's role. [Emphasis in original.]

The judge also noted that it is important to adopt a flexible approach in analysing the legal subordination test in order to take account of the many different types of tripartite relationships, each of which may have its own specific characteristics. He stated the following, at p. 432:

[TRANSLATION] In light of the many different types of relationships with a business that may be envisaged, flexibility in applying the legal subordination criteria thus seems to be the best approach to take in determining the legal employer-employee relationship.

Other Labour Court decisions involving similar issues have focused both on the criterion of legal subordination and on the factual situations specific to each case in order to identify the real employer in a tripartite relationship: *Hôtel du Jardin v. Syndicat des salariés de l'Hôtel du Jardin (F.E.M.S.Q.)*, Labour Ct., No. 200-28-000033-91, July 25, 1991, D.T.E. 91T-1122; *A. & F. Baillargeon Express (Québec) inc. v. Teamsters du Québec, chauffeurs et ouvriers de diverses industries, local 69*, Labour Ct., No. 200-28-000182-805, February 10, 1981; *Garderie Blanche-Neige inc. v. Giguère*, Labour Ct., No. 500-28-000286-799, July 11, 1980; *Syndicat des salariés du Foyer M^{sr} Gendron Grandes Bergeronnes (C.S.N.) v. Union des employés de service, local 298 (F.T.Q.)*, Labour Ct., No. 200-28-000067-790, November 1, 1979.

Soyons réalistes, le donneur d'ouvrage est effectivement la caisse au sens qu'il faut donner à la définition d'employeur au sens du code (article 1k): «quiconque, y compris Sa Majesté, fait exécuter un travail par un salarié.» C'est la caisse qui détermine la tâche, la qualification du ou de la candidate, dirige et surveille l'accomplissement de la tâche, et même, décide du maintien de l'emploi (et donc du renvoi).

... *la subordination juridique au sens large* c'est-à-dire l'encadrement du travail et de la qualité de ce travail constitue l'un des principaux éléments de la fonction d'employeur. [En italique dans l'original.]

Le juge a également ajouté l'importance d'adopter une approche souple dans l'analyse du critère de la subordination juridique afin de tenir compte de la multiplicité des formes de relations tripartites qui peuvent présenter chacune des particularités différentes. Il s'exprime ainsi, à la p. 432:

La souplesse dans l'application des critères de subordination juridique apparaît donc la meilleure orientation pouvant contribuer à déterminer la relation juridique employeur-salarié, compte tenu de la diversité des formes prévisibles de rattachement à l'entreprise.

D'autres décisions du Tribunal du travail, portant sur des litiges de même nature, ont insisté à la fois sur le critère de la subordination juridique et sur les situations factuelles propres à chaque cas, afin d'identifier l'employeur véritable dans le cadre d'une relation tripartite: *Hôtel du Jardin c. Syndicat des salariés de l'Hôtel du Jardin (F.E.M.S.Q.)*, T.T., n° 200-28-000033-91, 25 juillet 1991, D.T.E. 91T-1122; *A. & F. Baillargeon Express (Québec) inc. c. Teamsters du Québec, chauffeurs et ouvriers de diverses industries, local 69*, T.T., n° 200-28-000182-805, 10 février 1981; *Garderie Blanche-Neige inc. c. Giguère*, T.T., n° 500-28-000286-799, 11 juillet 1980; *Syndicat des salariés du Foyer M^{sr} Gendron Grandes Bergeronnes (C.S.N.) c. Union des employés de service, local 298 (F.T.Q.)*, T.T., n° 200-28-000067-790, 1^{er} novembre 1979.

41

42

43

In summary, the majority of Labour Court decisions have held that legal subordination is an important criterion for identifying the employer in a tripartite relationship. More specifically, the Labour Court has said that it is important to determine which party exercises the most direct control over the temporary employee's day-to-day work. It is essential to point out, however, that in none of the cases cited did the Labour Court consider only the criterion of legal subordination. Each decision was based on a complete assessment of the evidence and a consideration of other factors relating to the employer-employee relationship, such as remuneration. A number of Labour Court judges have certainly given predominant weight to the legal subordination test but, as I shall suggest below, a more comprehensive approach is more appropriate in the context of a tripartite relationship.

44

The only decision in which the Labour Court ruled differently was *Centre d'accueil M^{sr} Coderre*, *supra*. It is the one decision in which the Labour Court found that the personnel agency should be considered the employer within the meaning of the *Labour Code*. Judge Girouard took a different position from that taken by the other members of the Labour Court by attaching greater importance to the tests of continuity and integration into the business than to the criterion of legal subordination. He explained these concepts as follows, at p. 295:

[TRANSLATION] [H]owever, I must in fact conclude that the real employer of the employees in question here is not the appellant [the Centre d'accueil] but the mis en cause [the personnel agency]. It is true that once the latter's employees have arrived at the location of their work assignment, that is, at the premises of the mis en cause's client, as the appellant was, they must be directed and guided by the client if they are to know what is expected of them in concrete terms and must work in accordance with the request submitted not to them but to the mis en cause: that assignment as put into practice does not mean that the workers cease to be integrated into the mis en cause's business and at the same time become integrated into the appellant's business.

En résumé, le Tribunal du travail a majoritairement énoncé qu'un critère important pour identifier l'employeur dans une relation tripartite était celui de la subordination juridique. Plus précisément, le Tribunal a insisté sur le fait qu'il est important de déterminer quelle partie exerce le contrôle le plus direct sur l'employé temporaire au niveau de son travail quotidien. Toutefois, il est primordial de souligner que le Tribunal du travail, dans chacun des cas cités, n'a jamais réduit son analyse à l'examen du seul critère de la subordination juridique. Chaque décision était fondée sur une appréciation complète de la preuve et la prise en considération des autres facteurs reliés à la relation employeur-salarié, telle la rémunération. Plusieurs juges du Tribunal du travail ont certes accordé un poids prépondérant au critère de la subordination juridique alors que, comme je le proposerai plus tard, une approche plus globale est plus appropriée dans le cadre d'une relation tripartite.

La seule décision dans laquelle le Tribunal du travail a tranché de façon différente est *Centre d'accueil M^{sr} Coderre*, précité. Elle constitue l'unique décision dans laquelle le Tribunal du travail a considéré que l'agence de location de personnel devait être qualifiée d'employeur au sens du *Code du travail*. Le juge Girouard s'est démarqué de la jurisprudence des autres membres du Tribunal en accordant une plus grande importance, non pas au critère de la subordination juridique, mais aux critères de la continuité et de l'intégration dans l'entreprise. Il expose ces notions de la façon qui suit, à la p. 295:

[M]ais je dois bien conclure que l'employeur véritable des salariés ici visés, ce n'est pas l'appelant [le centre d'accueil] mais la mise en cause [l'agence de location de personnel]. Bien sûr, l'employé de cette dernière, une fois rendu sur les lieux de son assignation de travail, c'est-à-dire chez le client de la mise en cause comme l'était l'appelant, doit se faire orienter et guider par ce dernier pour savoir ce qu'on attend concrètement de lui et travailler selon la réquisition adressée, non à ce travailleur, mais à la mise en cause: Cette assignation concrétisée ainsi n'en fait pas pour autant sortir le travailleur de son intégration dans l'entreprise de la mise en cause, et du même coup, survenir son intégration dans l'entreprise de l'appelant. L'employeur véritable qu'il

The real employer that must be sought is not the appellant, which, occasionally and solely for the purposes of the sporadic presence of workers sent to it by the mis en cause, can give those workers orders and concrete instructions. There is no question here of successive employers as the workers are sent from one client to the next by the mis en cause; the "employment" originated with the mis en cause and continues with it, and it is with the mis en cause that the workers have a stable, ongoing relationship.

Judge Girouard seemed to suggest that the criterion of legal subordination is not the appropriate criterion for determining the real employer and that the criterion of integration into the business should be preferred. However, although the criterion used by Judge Girouard, namely integration into the business, is relevant in identifying the real employer in a tripartite relationship, his approach as such cannot be accepted since it relies solely on an analysis of that concept.

In *Hôpital Royal Victoria v. Vassart*, [1990] R.J.Q. 1961, the Superior Court also took a different position from that of the majority of the Labour Court jurisprudence on this issue. The Superior Court had to determine whether the Labour Court had made a patently unreasonable error in finding that temporary nurses hired by the hospital through a personnel agency were the hospital's employees for the purposes of the *Labour Code*. The Superior Court stated that it was patently unreasonable to identify the real employer by relying solely or predominantly on the legal subordination test. Grenier J. said the following, at p. 1970:

[TRANSLATION] In a tripartite situation, the test of actual control over work performance is much too rigid and does not take account of other fundamental aspects that are obviously important. Any interpretation of the concept of "employee" must remain consistent with the tripartite context described above. Whether the nurses are employees of the supplier or the user of their services depends on a series of factors, of which actual control over the work is but one. Otherwise, the balance struck in the labour legislation enacted by the legislature would be upset. . . .

faut rechercher ce n'est pas l'appelant qui, occasionnellement et aux seules fins du passage sporadique du travailleur envoyé chez lui par la mise en cause, peut lui donner des ordres et diriger concrètement le travailleur. Il n'est pas question ici d'employeurs successifs au gré de chaque envoi du travailleur par la mise en cause chez chacun de ses clients: l'«emploiement» s'est fait chez la mise en cause, c'est avec elle que l'emploi se continue, et c'est avec elle que demeurent les relations stables et continues.

Le juge Girouard semble suggérer que le critère de subordination juridique n'est pas le critère adéquat pour déterminer le véritable employeur; il faudrait lui préférer le critère de l'intégration dans l'entreprise. Cependant, bien que le juge Girouard ait soulevé un critère pertinent dans la recherche du véritable employeur dans une relation tripartite, soit l'intégration dans l'entreprise, son approche en tant que telle ne peut être retenue car elle est restreinte à l'analyse de cette seule notion.

La Cour supérieure s'est également détachée du courant jurisprudentiel majoritaire du Tribunal du travail en cette matière dans *Hôpital Royal Victoria c. Vassart*, [1990] R.J.Q. 1961. La Cour supérieure devait alors examiner si le Tribunal du travail avait commis une erreur manifestement déraisonnable en concluant que des infirmières temporaires, engagées par l'Hôpital par le biais d'une agence de location, étaient des salariées dudit Hôpital pour les fins du *Code du travail*. La Cour supérieure a déclaré qu'il était manifestement déraisonnable de déterminer qui était le véritable employeur en se fondant uniquement ou de façon prépondérante sur le critère de la subordination juridique. Le juge Grenier s'est exprimée ainsi, à la p. 1970:

Dans une situation tripartite, le critère du contrôle effectif sur la prestation du travail est beaucoup trop rigide et il ne tient pas compte d'autres aspects fondamentaux dont l'importance saute aux yeux. Toute interprétation de la notion de salarié doit rester compatible avec le cadre tripartite qui a été décrit ci-dessus. Que les infirmières soient les salariées du locateur ou du locataire de services dépend d'une série de facteurs dont le contrôle effectif sur le travail n'est qu'un élément parmi les autres. Sinon, on assisterait à un bouleversement de l'équilibre des lois mises en place par le législateur en matière de relations du travail . . .

When applied in an unqualified manner, the test adopted by the Commissioner and the Labour Court is inconsistent with labour legislation and becomes patently unreasonable. [Emphasis added.]

Imposé sans nuance, le critère adopté par le Commissaire et le Tribunal du travail est incompatible avec la législation en matière de relations du travail et devient manifestement déraisonnable. [Je souligne.]

46 In *Vassart*, unlike in *Centre d'accueil M^{sr} Coderre*, the judge did not reject the notion of actual control or legal subordination. Rather, the Superior Court took a more balanced approach. While acknowledging that the criterion of actual control was relevant, Grenier J. added that any analysis that relied solely on that test to identify the real employer would be an overly narrow approach.

Dans *Vassart*, contrairement à la décision dans *Centre d'accueil M^{sr} Coderre*, le juge n'a pas rejeté la notion de contrôle effectif ou de subordination juridique. La Cour supérieure a plutôt adopté une approche plus nuancée. Le juge Grenier, tout en admettant que le critère de contrôle effectif était pertinent, a ajouté que toute analyse qui se fonderait exclusivement sur ce critère pour identifier le véritable employeur constituerait une approche trop étroite.

47 I agree with the more comprehensive approach proposed by Grenier J. in *Vassart* for identifying the real employer in tripartite relationships. This was also the approach taken by the majority and dissenting judges of the Court of Appeal in the present case. Rousseau-Houle J.A. stated the following for the majority of the Court of Appeal (at p. 1674):

Je suis d'accord avec l'approche plus globale proposée par le juge Grenier dans *Vassart* afin d'identifier le véritable employeur dans des relations tripartites. Cette approche est d'ailleurs celle qu'a adoptée la majorité et la dissidence de la Cour d'appel dans le présent litige. Le juge Rousseau-Houle, pour la majorité de la Cour d'appel, a déclaré (à la p. 1674):

[TRANSLATION] Day-to-day control over the work done is therefore only one factor in determining the employer. The selection process, hiring, discipline, training, evaluation, assignment of duties and the length of time the services are provided are all elements to be considered when it must be determined who the real employer is in a tripartite relationship.

Le contrôle quotidien sur le travail effectué n'est donc qu'un facteur dans la détermination de l'employeur. Le processus de sélection, l'embauche, la discipline, la formation, l'évaluation, l'assignation des fonctions et la durée des services sont tous des éléments à considérer lorsqu'il faut déterminer le véritable employeur dans une relation tripartite.

Deschamps J.A., dissenting in the result, proposed the same type of more liberal approach involving the consideration of a number of factors to determine the real employer in a tripartite relationship (at pp. 1678-79):

Le juge Deschamps, dissidente sur le résultat, a proposé le même type d'approche plus libérale comprenant l'examen de plusieurs éléments pour déterminer le véritable employeur dans une relation tripartite (aux pp. 1678 et 1679):

[TRANSLATION] It seems improbable to me that a client using the services of a temporary personnel agency would end up being the employer of the agency's employees simply because it controls the work that is to be done every day. This reduces the concept of "employer" to insignificance and ignores reality, which calls for a much more comprehensive view. The factors that must be considered include not only recruitment, selection, training, remuneration and discipline, but also integration into the business, continuity of employment and the employees' sense of belonging. I cannot con-

Il me semble invraisemblable qu'un client qui retient les services d'une agence de location de personnel temporaire se retrouve l'employeur des employés de l'agence simplement parce qu'il contrôle les tâches qui doivent être effectuées au jour le jour. C'est là réduire à bien peu de chose la notion d'employeur et en mettre de côté la réalité, qui exige une vision beaucoup plus globale. Parmi les éléments qui doivent être évalués, je fais non seulement référence au recrutement, à la sélection, à la formation, à la rémunération, à la discipline, mais aussi à l'intégration dans l'entreprise, à la continuité de

ceive of an employer-employee relationship that involves none of these aspects.

The concept of “legal subordination”, a term that was used by the Labour Court, actually involves, in its view, merely the day-to-day supervision of the performance of work. The concept of legal subordination thus simplified is therefore totally inadequate to characterize the tripartite relationship that exists among the agency, its client and the employee.

According to this more comprehensive approach, the legal subordination and integration into the business criteria should not be used as exclusive criteria for identifying the real employer. In my view, in a context of collective relations governed by the *Labour Code*, it is essential that temporary employees be able to bargain with the party that exercises the greatest control over all aspects of their work — and not only over the supervision of their day-to-day work. Moreover, when there is a certain splitting of the employer’s identity in the context of a tripartite relationship, the more comprehensive and more flexible approach has the advantage of allowing for a consideration of which party has the most control over all aspects of the work on the specific facts of each case. Without drawing up an exhaustive list of factors pertaining to the employer-employee relationship, I shall mention the following examples: the selection process, hiring, training, discipline, evaluation, supervision, assignment of duties, remuneration and integration into the business.

(ii) *Canadian Cases*

In applying collective labour relations legislation that is similar to that in Quebec, Canadian administrative agencies have also dealt with how to identify the real employer in a tripartite relationship. Most of the decisions of those agencies, and specifically the Ontario Labour Relations Board (“OLRB”) and the Canada Labour Relations Board (“CLRB”), have noted that the essential test for identifying an employer-employee relationship in a tripartite context is that of fundamental control over working conditions. The application of the fundamental control test leads to an analysis of

l’emploi et au sentiment d’appartenance des employés. Je ne peux concevoir de relation employeur-employé(e) qui ne recoupe aucun de ces aspects.

La notion de “subordination juridique”, termes utilisés par le Tribunal du travail, ne recouvre en fait pour le Tribunal du travail que la supervision quotidienne de l’exécution du travail. La notion de subordination juridique, ainsi réduite, s’avère donc totalement insuffisante pour qualifier la relation tripartite qui existe entre l’agence, son client et l’employé(e).

Selon cette approche plus globale, les critères de la subordination juridique et de l’intégration dans l’entreprise ne devraient pas être utilisés comme des critères exclusifs pour déterminer le véritable employeur. À mon avis, dans un contexte de rapports collectifs régis par le *Code du travail*, il est primordial que l’employé temporaire puisse négocier avec la partie qui exerce le plus grand contrôle sur tous les aspects de son travail — et non seulement sur la supervision de son travail quotidien. De plus, lorsqu’un certain dédoublement de l’identité de l’employeur se produit dans le cadre d’une relation tripartite, l’approche plus globale et plus souple a l’avantage de permettre l’examen de la partie qui a le plus de contrôle sur tous les aspects du travail selon la situation factuelle particulière à chaque affaire. Sans établir une liste exhaustive des éléments se rapportant à la relation employeur-salarié, je mentionnerai à titre d’exemples, le processus de sélection, l’embauche, la formation, la discipline, l’évaluation, la supervision, l’assignation des tâches, la rémunération et l’intégration dans l’entreprise.

(ii) *La jurisprudence canadienne*

En se fondant sur une législation sur les rapports collectifs de travail analogue à celle du Québec, les organismes administratifs canadiens se sont également intéressés à la recherche de l’identification du véritable employeur dans le cadre d’une relation tripartite. La majorité des décisions de ces organismes, plus particulièrement de la Commission des relations de travail de l’Ontario («CRTO») et du Conseil canadien des relations du travail («CCRT»), a souligné que le critère primordial pour cerner une relation employeur-salarié dans un contexte de relation tripartite était celui du contrôle

which party has control over, *inter alia*, the selection, hiring, remuneration, discipline and working conditions of temporary employees and to a consideration of the factor of integration into the business. In the final analysis, the application of the fundamental control test involves an examination of a series of factors that are similar to those suggested by the comprehensive approach set out in *Vassart* and in the Court of Appeal's decision in the instant case.

fondamental sur les conditions de travail. L'analyse du critère du contrôle fondamental entraîne celle de déterminer quelle partie détient le contrôle à l'égard, entre autres, de la sélection, l'embauche, la rémunération, la discipline et des conditions de travail de l'employé temporaire ainsi que l'examen du facteur de l'intégration dans l'entreprise. En définitive, l'application du critère du contrôle fondamental implique l'examen d'une série de facteurs qui s'apparentent à ceux proposés par l'approche globale énoncée dans *Vassart* et la décision de la Cour d'appel en l'espèce.

50

In applying the fundamental control test, the OLRB and the CLRB have generally concluded that the client is the temporary employee's real employer. See, for example: *Labourers' International Union of North America, Local 183 v. York Condominium Corp.*, [1977] O.L.R.B. Rep. 645; *Hotel and Club Employees' Union, Local 299 v. Sutton Place Hotel*, [1980] O.L.R.B. Rep. 1538; *United Electrical, Radio and Machine Workers of Canada v. Sylvania Lighting Services*, [1985] O.L.R.B. Rep. 1173; *National Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers Union of Canada v. Nichirin Inc.*, [1991] O.L.R.B. Rep. 78; *Labourers International Union of North America, Local 607 v. Grant Development Corp.*, [1993] O.L.R.B. Rep. 21; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local 586 v. Dare Personnel Inc.*, [1995] O.L.R.B. Rep. 935; *Nationair (Nolisair International Inc.)* (1987), 70 di 44. However, Canadian administrative agencies have not reached this conclusion systematically. In some decisions, the factual situation led the OLRB and the CLRB to find that it was the personnel agency or supplier that actually had the attributes of an employer. See, for example: *United Brotherhood of Carpenters & Joiners of America, Local Union 93 v. Templet Services*, [1974] O.L.R.B. Rep. 606; *United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada, Local 819 v. Tower Company (1961) Ltd.*, [1979] O.L.R.B. Rep. 583; *Nolisair International Inc. (Nationair Canada)* (1992), 89 di 94.

En appliquant le critère du contrôle fondamental, le CRTO et le CCRT ont généralement conclu que l'entreprise-cliente remplissait le rôle du véritable employeur de l'employé temporaire. Voir, par exemple: *Labourers' International Union of North America, Local 183 c. York Condominium Corp.*, [1977] O.L.R.B. Rep. 645; *Hotel and Club Employees' Union, Local 299 c. Sutton Place Hotel*, [1980] O.L.R.B. Rep. 1538; *United Electrical, Radio and Machine Workers of Canada c. Sylvania Lighting Services*, [1985] O.L.R.B. Rep. 1173; *National Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers Union of Canada c. Nichirin Inc.*, [1991] O.L.R.B. Rep. 78; *Labourers International Union of North America, Local 607 c. Grant Development Corp.*, [1993] O.L.R.B. Rep. 21; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local 586 c. Dare Personnel Inc.*, [1995] O.L.R.B. Rep. 935; *Nationair (Nolisair International Inc.)* (1987), 70 di 44. Toutefois, les organismes administratifs canadiens ne sont pas systématiquement arrivés à cette conclusion. Ainsi, dans certaines décisions, la situation factuelle a amené la CRTO et le CCRT à conclure que l'agence de location ou le fournisseur de personnel exerçait réellement les attributs d'un employeur. Voir, par exemple: *United Brotherhood of Carpenters & Joiners of America, Local Union 93 c. Templet Services*, [1974] O.L.R.B. Rep. 606; *United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada, Local 819 c. Tower Company (1961) Ltd.*, [1979] O.L.R.B. Rep. 583; *Nolisair International Inc. (Nationair Canada)* (1992), 89 di 94.

(iii) *Labour Court Decision in the Instant Case*

The issue before Judge Prud'homme was how to identify the employer, within the meaning of the *Labour Code*, in a tripartite relationship. More specifically, he had to determine whether the agency or the City should be considered Ginette Lebeau's real employer for the purposes of s. 39 of the *Labour Code*.

Judge Prud'homme acknowledged that the agency recruited, assigned positions to, evaluated, disciplined and paid the temporary employees. However, by focusing on the question of which party had control over the temporary employee's working conditions and the performance of her work, he concluded that the City was Ms. Lebeau's real employer. According to the evidence, Ms. Lebeau had the same working conditions as the City's permanent employees in terms of working hours, meal periods, breaks and statutory holidays. Judge Prud'homme gave predominant weight to working conditions because of the purpose of the *Labour Code*: [TRANSLATION] "[t]he Code is concerned with the realities of the 'employer-employee' relationship rather than the form in which that relationship has been established; those realities essentially relate to the working conditions that the Code seeks to ensure are set up in a certain way" (p. 13). The judge also found that there was a relationship of legal subordination between the City and Ms. Lebeau because the City's managers directed and supervised how she did her day-to-day work. According to the judge, that complete legal subordination of Ms. Lebeau to the City went to [TRANSLATION] "the heart of the traditional 'employer-employee' relationship" (p. 11).

In addition to considering the criterion of control over Ms. Lebeau's day-to-day work and her general working conditions, the Labour Court looked at other aspects that define the employer-employee relationship, namely wages, discipline and the feeling of integration into the business.

(iii) *La décision du Tribunal du travail en l'espèce*

Le juge Prud'homme était saisi de la question de l'identification de l'employeur au sens du *Code du travail* dans le cadre d'une relation tripartite. Plus précisément, il devait déterminer qui de l'agence ou de la Ville devait être considérée comme le véritable employeur de Ginette Lebeau pour les fins de l'art. 39 du *Code du travail*.

Le juge Prud'homme a reconnu que l'agence recrutait, assignait les postes, évaluait, disciplinait et rémunérait ses employés temporaires. Toutefois, il a conclu que la Ville remplissait le rôle du véritable employeur de M^{me} Lebeau en mettant l'accent sur la partie qui détenait le contrôle sur les conditions de travail et sur les prestations de travail de l'employée temporaire. Selon la preuve, M^{me} Lebeau bénéficiait des mêmes conditions de travail que les employés permanents de la Ville, au niveau des horaires de travail, des périodes de repas et de repos et des congés fériés. Le juge Prud'homme a accordé un poids prépondérant aux conditions de travail en raison de la finalité du *Code du travail*: «[c]ette dernière législation s'intéresse aux réalités de la relation «employeur-salarié» plutôt qu'à la forme d'établissement de cette relation; ces réalités sont essentiellement liées aux conditions de travail dont le Code veut favoriser la mise en place par une voie particulière» (p. 13). Le juge a également conclu que le lien de subordination juridique se retrouvait entre la Ville et M^{me} Lebeau puisque les directives et la supervision quant à l'exécution du travail quotidien provenaient des cadres de la Ville. Selon le juge, cette subordination juridique complète de M^{me} Lebeau vis-à-vis de la Ville touche «au cœur de la relation traditionnelle 'employeur-employée'» (p. 11).

Le Tribunal du travail a non seulement examiné le critère du contrôle sur les prestations de travail quotidiennes et les conditions de travail générales de M^{me} Lebeau, mais il s'est aussi penché sur d'autres aspects définissant une relation employeur-salarié, soit la question du salaire, de la discipline, et du sentiment d'intégration à l'entreprise.

51

52

53

54

With respect to wages, the judge noted that although Ms. Lebeau's wages were paid by the agency, they were entirely dependent on the number of hours she actually worked for the City. Moreover, Ms. Lebeau's wage rate varied depending on her position with the City. According to the judge, the City therefore had a role to play in determining her wages, which correspondingly lessened the impact of the agency's authority over that traditional element of the employer-employee relationship.

À l'égard du salaire, bien que l'agence ait versé le salaire à M^{me} Lebeau, le juge a souligné que ce salaire dépendait entièrement du nombre d'heures effectivement accomplies par celle-ci à la Ville. En outre, le taux du salaire alloué à M^{me} Lebeau variait selon le poste qu'elle occupait à la Ville. Selon le juge, la Ville avait donc un rôle à jouer dans la détermination du salaire de M^{me} Lebeau, ce qui diminuait d'autant l'impact de l'autorité de l'agence à l'égard de cet élément traditionnel retrouvé dans une relation employeur-salarié.

55

I shall add two important elements that show that the criterion of remuneration was not determinative in this case. First, according to the evidence, a temporary employee was not paid unless he or she was assigned to work for one of the agency's clients. Thus, between her two work assignments with the City, that is, during the 1990 holiday season, Ms. Lebeau was not paid at all by the agency. Second, the definition of "employee" in the *Labour Code* does not specify who must pay the employee. The source of remuneration is therefore not conclusive in identifying the employer, because the statute does not mention it. To be covered by the *Labour Code*, the employee need only receive financial compensation in the form of wages. This was the position taken by the Labour Court in *Messageries dynamiques, supra*, at p. 435; *Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec Inc., supra*, at p. 355; and *Syndicat des professeurs du Québec, supra*, at p. 318. In actual fact, the City bore the financial burden of Ms. Lebeau's wages even though the agency actually paid those wages to the temporary employee. Thus, both entities, the agency and the City, could be seen as the employer since the former paid Ms. Lebeau's wages directly while the latter bore the cost of those wages by fully reimbursing the agency for them on the basis of the hours she worked and paying an additional amount for the agency's services. Whenever the legislature has wanted to make the paying of remuneration to an employee probative in identifying the employer, it has made this intention explicit. Thus, the definitions of "employer" in the *Act respecting the Québec Pension Plan, R.S.Q., c. R-9*, and the *Taxation*

J'ajouterai deux éléments importants qui démontrent que le critère de la rémunération n'était pas déterminant en l'espèce. Premièrement, selon la preuve établie, l'employé temporaire ne recevait aucun salaire s'il n'était pas assigné à un travail chez une cliente de l'agence. Ainsi entre ses deux assignations de travail à la Ville, soit pendant la période des fêtes de 1990, M^{me} Lebeau n'a reçu aucune forme de rémunération de l'agence. Deuxièmement, la définition du terme «salarié» dans le *Code du travail* ne précise pas quelle entité doit rémunérer le salarié. La source de la rémunération n'est donc pas déterminante pour identifier l'employeur car la loi ignore cet élément. Il suffit que le salarié reçoive une contrepartie financière, sous la forme d'un salaire, pour qu'il soit visé par le *Code du travail*. Cette thèse a été adoptée par le Tribunal du travail dans *Messageries dynamiques, précité*, à la p. 435; *Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec Inc., précité*, à la p. 355; et *Syndicat des professeurs du Québec, précité*, à la p. 318. Dans les faits, c'est la Ville qui assumait le fardeau financier du salaire de M^{me} Lebeau, même si l'agence le versait concrètement à l'employée temporaire. Ainsi, les deux entités, l'agence et la Ville, pourraient être perçues comme l'employeur puisque la première payait directement le salaire à M^{me} Lebeau tandis que la deuxième en défrayait le coût en remboursant intégralement le salaire en fonction des heures effectuées en plus d'un montant supplémentaire pour le service rendu par l'agence. Lorsque le législateur a voulu rendre probant le fait de verser la rémunération à un employé aux fins de l'identification de l'employeur, il s'est exprimé de façon explicite. Ainsi, les définitions

Act, R.S.Q., c. I-3, both specify that the employer is the person who pays the wages:

1. ...

(i) "employer": a person, including Her Majesty in right of Québec, who pays an employee a remuneration for his services; [R.S.Q., c. R-9]

1. ...

"employer", in relation to an employee, means the person from whom the employee receives his remuneration; [R.S.Q., c. I-3]

It is therefore not patently unreasonable that the Labour Court did not give predominant weight to the fact that the agency paid the temporary employee's wages. Since both parties had a role to play with respect to Ms. Lebeau's wages, those wages could not be a decisive criterion for identifying the real employer.

With respect to discipline, Judge Prud'homme acknowledged that the City had to inform the agency if it had any grounds for complaint against Ms. Lebeau. However, the judge also noted that the only possible disciplinary action would have been for the agency to remove Ms. Lebeau from her work assignment. The agency did not have a system involving a continuum of penalties or a disciplinary system such as is normally found in businesses. Moreover, Judge Prud'homme noted that the agency would not have taken disciplinary action in a vacuum: since it had no authority over Ms. Lebeau's day-to-day performance of her work, the agency would have had to be notified first by the City that there was some problem with the employee. Once again, the City was not uninvolved in this additional component of the employer-employee relationship. For these reasons, the Labour Court did not give predominant weight to the criterion of discipline.

Finally, although Judge Prud'homme did not explicitly state that Ms. Lebeau viewed the City as her employer, he noted that the temporary employee felt as though she worked for the City

d'employeur retrouvées dans la *Loi sur le régime de rentes du Québec*, L.R.Q., ch. R-9, et dans la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., ch. I-3, spécifient toutes deux que l'employeur est celui qui verse le salaire:

1. ...

i) «employeur» : une personne, y compris Sa Majesté du chef du Québec, qui verse à un salarié une rémunération pour ses services; [L.R.Q., ch. R-9]

1. ...

«employeur» : relativement à un employé, signifie la personne de qui l'employé reçoit sa rémunération; [L.R.Q., ch. I-3]

Il n'est donc pas manifestement déraisonnable que le Tribunal du travail n'ait pas accordé un poids prépondérant au fait que l'agence versait le salaire à l'employée temporaire. Les deux parties ayant un rôle à jouer à l'égard du salaire de M^{me} Lebeau, le salaire devenait un critère non déterminant pour identifier le véritable employeur.

En ce qui concerne la discipline, le juge Prud'homme a admis que la Ville devait informer l'agence si elle avait eu à se plaindre de M^{me} Lebeau. Toutefois, le juge a également constaté que la seule mesure disciplinaire possible aurait été le retrait de M^{me} Lebeau de son assignation de travail par l'agence. L'agence ne disposait pas d'un système de gradation des peines ou d'un régime disciplinaire tel celui que l'on retrouve normalement dans les entreprises. En outre, le juge Prud'homme a souligné que l'agence n'aurait pas exercé la discipline dans un vacuum; n'ayant aucune autorité sur les prestations de travail quotidiennes de M^{me} Lebeau, l'agence aurait dû auparavant être avertie par la Ville de l'existence d'un problème quelconque à l'égard de l'employée. La Ville encore une fois n'était pas étrangère à cet autre élément constitutif de la relation employeur-salarié. Pour ces motifs, le Tribunal du travail n'a pas accordé un caractère prépondérant au critère de la discipline.

Finalement, bien que le juge Prud'homme n'ait pas mentionné en termes explicites que M^{me} Lebeau percevait la Ville comme son employeur, il a souligné que l'employée temporaire avait le

and not the agency. According to the evidence, when she was late or absent, she contacted the City directly, without informing the agency. I also note that the facts show that Ms. Lebeau worked twice for the City for relatively long periods of time, namely 6 weeks and 18 weeks. Although the judge did not specifically raise this point, the length of assignments is an important factor in assessing the feeling of integration into the business. Moreover, at the end of her first work assignment, Ms. Lebeau passed tests administered by the City in order to qualify for a possible position as a clerk. Her second work assignment with the City was in fact as a clerk.

sentiment de travailler pour la Ville et non pour l'agence. En effet, selon la preuve, lorsqu'elle fut en retard ou absente, elle communiqua directement avec la Ville sans en informer l'agence. En outre, je rappelle que les faits démontrent que M^{me} Lebeau a travaillé à deux reprises à la Ville pour des périodes relativement longues, une de 6 semaines et l'autre de 18 semaines. Même si le juge ne l'a pas spécifiquement soulevé, la durée des assignations est un facteur important pour mesurer le sentiment d'intégration à l'entreprise. De plus, à la fin de sa première assignation de travail, M^{me} Lebeau a passé avec succès des tests auprès de la Ville afin de se qualifier pour un poste éventuel de commis. C'est d'ailleurs en tant que commis qu'elle fut assignée pour son deuxième travail à la Ville.

58

In my view, the Labour Court's reasoning is not patently unreasonable. It used a comprehensive approach by not basing its decision solely on the criterion of legal subordination. The approach taken is not inconsistent with the analytical framework set out in *Vassart* or in the Court of Appeal's judgment in this case. Judge Prud'homme certainly gave greater probative value to working conditions and the criterion of legal subordination, but he also considered other factors that define the employer-employee relationship, such as the role of the agency and the City with respect to remuneration and discipline, and the specific facts of Ms. Lebeau's case. Nor did Judge Prud'homme ignore the agency's role in recruiting, training and evaluating Ms. Lebeau. However, he justified giving predominant weight to working conditions and the legal subordination test by relying on the ultimate objective of the *Labour Code*. According to the judge, working conditions are [TRANSLATION] "essential aspects of an employee's experience" and not "trivial matters" (p. 10). Indeed, the purpose of certification is to promote bargaining between the employer and the union in order to determine the employees' working conditions. Moreover, the Labour Court is a highly specialized agency with expertise in labour law, and is protected by a privative clause. For these various reasons, I conclude that the approach taken by the Labour Court was not patently unreasonable and

À mon avis, le raisonnement du Tribunal du travail n'est pas manifestement déraisonnable. Le Tribunal du travail a utilisé une approche globale en ne fondant pas sa décision exclusivement sur le critère de la subordination juridique. L'approche suivie ne va pas à l'encontre de la grille d'analyse présentée dans *Vassart* ou dans le jugement de la Cour d'appel en l'espèce. Le juge Prud'homme a certes donné une valeur probante plus importante aux conditions de travail et au critère de la subordination juridique, mais il a également pris en considération, d'une part, d'autres facteurs définissant le lien employeur-salarié, tels les rôles de l'agence et de la Ville à l'égard de la rémunération et de la discipline et, d'autre part, la situation factuelle particulière au cas de M^{me} Lebeau. Le juge Prud'homme n'a pas non plus ignoré le rôle de l'agence au niveau du recrutement, de la formation et de l'évaluation de M^{me} Lebeau. Cependant, il a justifié le poids prépondérant accordé aux conditions de travail et au critère de la subordination juridique par l'objectif ultime du *Code du travail*. Ainsi, selon le juge, les conditions de travail constituent des «aspects primordiaux du vécu d'un salarié» et non pas des «choses banales» (p. 10). En effet, le but de toute accréditation est de favoriser les négociations entre les parties patronale et syndicale pour l'établissement des conditions de travail des salariés. En outre, le Tribunal du travail est un organisme hautement spécialisé, détenant

that the Court of Appeal did not err in reaching a similar conclusion.

2. Is the Result Patently Unreasonable?

Does the conclusion that the City was Ms. Lebeau's employer for the purposes of the *Labour Code* lead to a patently unreasonable result? I raise this question in relation to two grounds that were argued before this Court. First, I must consider whether the application of the City's collective agreement to Ms. Lebeau would in fact have created a problem and, if so, whether it would therefore be patently unreasonable to uphold that conclusion. The City also raised the issue of inconsistency in the application of two Quebec labour statutes. According to the appellant, it is unreasonable to find that the City was Ms. Lebeau's employer under the *Labour Code* when the agency already had that role for the purposes of the *Act respecting labour standards*, R.S.Q., c. N-1.1.

The City's collective agreement would have applied to Ms. Lebeau during the two work assignments in question. When she was assigned to the City first as a receptionist and later as a purchasing clerk, she performed her work in unionized positions. Those positions were covered by the collective agreement and specific wages applied to them. Thus, Ms. Lebeau's wages would have had to be the same as those established by the collective agreement. This conclusion is not contrary to common sense, since the working conditions established by the collective agreement applied to Ms. Lebeau. In so far as she did not receive the wages that the union had negotiated with the City for those two positions, she would have been entitled to receive the difference. The agency would then have had to adjust her wages to take account of the wage rate determined by the collective agreement for the assigned positions. Moreover, a grievance could have been filed if there had been any disagreement as to the interpretation or application of

une expertise dans le domaine du droit du travail et bénéficiant d'une clause privative. Pour ces diverses raisons, je conclus que l'approche utilisée par le Tribunal du travail n'était pas manifestement déraisonnable et la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en concluant de façon similaire.

2. Le résultat est-il manifestement déraisonnable?

La conclusion selon laquelle la Ville est l'employeur de M^{me} Lebeau pour les fins du *Code du travail* entraîne-t-elle un résultat manifestement déraisonnable? Je soulève cette question pour deux motifs qui ont été débattus devant notre Cour. Premièrement, je dois examiner si l'application dans les faits de la convention collective de la Ville à M^{me} Lebeau aurait posé un problème et, dans l'affirmative, s'il serait alors manifestement déraisonnable de maintenir cette conclusion. D'autre part, la Ville a soulevé la question de l'incohérence dans l'application de deux lois du travail au Québec. Selon elle, il est déraisonnable que la Ville soit considérée comme l'employeur de M^{me} Lebeau en vertu du *Code du travail* alors que l'agence remplit déjà ce rôle pour les fins de la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., ch. N-1.1.

La convention collective de la Ville aurait trouvé application à l'égard de M^{me} Lebeau pendant ses deux assignations de travail en litige. Lorsque M^{me} Lebeau avait été assignée à la Ville, en tant que réceptionniste d'abord et commis aux achats par la suite, elle exécutait son travail dans des postes syndiqués. Ces postes étaient couverts par la convention collective auxquels s'attachait un salaire déterminé. Ainsi, le salaire de M^{me} Lebeau aurait dû être identique à celui fixé par la convention collective. Cette conclusion ne choque pas l'esprit commun puisque M^{me} Lebeau bénéficiait des conditions de travail établies par la convention collective. Dans la mesure où M^{me} Lebeau n'aurait pas reçu le salaire que le syndicat avait négocié avec la Ville pour ces deux postes d'emploi, elle serait en droit de recevoir la différence. L'agence aurait eu alors à opérer un certain ajustement salarial afin de tenir compte du taux de salaire déterminé par la convention collective selon les postes assignés. En outre, toute mésentente quant à

59

60

the collective agreement. The applicability of the City's collective agreement to Ms. Lebeau does not raise any major difficulties. Accordingly, I do not feel that the result of the decision is patently unreasonable.

l'interprétation ou l'application de la convention collective aurait pu donner ouverture à la procédure d'un grief. L'applicabilité de la convention collective de la Ville vis-à-vis de M^{me} Lebeau ne soulève pas de difficultés majeures. Ainsi, je ne trouve pas que le résultat de la décision soit manifestement déraisonnable.

61 The City argued that the Labour Court's decision leads to inconsistency in the application of two statutes that govern employer-employee relations in Quebec: the *Act respecting labour standards* and the *Labour Code*. By assuming the obligations set out in the *Act respecting labour standards* in respect of Ms. Lebeau, the agency acknowledged that it was her employer under that Act. The evidence showed that the agency paid an amount representing about 20 percent of Ms. Lebeau's wages to cover its employment-related costs (such as vacation pay) and that it had an employer number from the CSST. The City argued that since the definition of "employer" is practically the same in both statutes, it would be inconsistent for two separate entities to be the employer of the same employee. There is no doubt that the principle that statutes dealing with similar subjects must be presumed to be coherent means that interpretations favouring harmony among those statutes should prevail over discordant ones: P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991). However, I cannot find any inconsistency in the application of these two statutes. Each of the labour statutes has a distinct object and its provisions must be interpreted on the basis of their specific purpose. Moreover, the case at bar relates to provisions of the *Labour Code*, specifically whether the Labour Court's decision was patently unreasonable, and not to the *Act respecting labour standards*.

La Ville prétend que la décision du Tribunal du travail conduit à une incohérence dans l'application de deux lois régissant les relations employeur-salarié au Québec: la *Loi sur les normes du travail* et le *Code du travail*. En assumant les obligations prévues à la *Loi sur les normes du travail* pour M^{me} Lebeau, l'agence reconnaît qu'elle est son employeur en vertu de cette loi. La preuve a démontré que l'agence payait un montant représentant environ 20 p. 100 du salaire versé à M^{me} Lebeau pour tenir lieu de charges sociales (tel le congé annuel) et qu'elle disposait d'un numéro d'employeur auprès de la CSST. La Ville soutient que puisque la définition du terme «employeur» est presque identique dans ces deux lois, il serait incohérent que deux entités distinctes remplissent le rôle d'employeur à l'égard de la même personne salariée. Certes, selon le principe de la présomption de cohérence des lois qui portent sur des sujets analogues, l'interprète doit chercher l'harmonisation entre ces lois plutôt que leur contradiction: P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990). Toutefois, je ne peux conclure à une incohérence dans l'application de ces deux lois. Chaque loi du travail comporte un objet distinct et l'interprétation des dispositions de la loi doit se faire en fonction de leur finalité spécifique. En outre, le litige porte sur les dispositions du *Code du travail*, et plus spécifiquement sur le caractère manifestement déraisonnable de la décision du Tribunal du travail, et non pas sur la *Loi sur les normes du travail*.

62 I am aware that the arrangement is not perfect. However, it must not be forgotten that the relationship in question here is not a traditional bipartite relationship but a tripartite one in which one party is the employee and the other two share the usual attributes of an employer. In such a situation, it is natural that labour legislation designed to govern bipartite situations must be adjusted in some ways.

Je suis conscient du fait que l'arrangement n'est pas parfait. Cependant, il ne faut pas oublier que la relation qui fait l'objet du présent litige n'est pas une relation bipartite traditionnelle mais une relation tripartite dans laquelle une partie remplit le rôle du salarié et les deux autres se partagent les attributs usuels d'un employeur. Il est normal, dans cette situation, que les lois du travail, conçues pour

The Court is dealing with a decision of a highly specialized tribunal that has significant labour law expertise. Like the Court of Appeal, I cannot unjustifiably override the privative clause, which protects the Labour Court's decision, in order to interfere in the world of labour and its organization and checks and balances unless there has been a patently unreasonable error. After analysing the facts of this case, the legislation and the cases, I conclude that there is a basis for the Labour Court's decision in the *Labour Code* and the evidence and that it is therefore not patently unreasonable.

Unfortunately, tribunals and courts must often make decisions by interpreting statutes in which there are gaps. The case at bar shows that situations involving tripartite relationships can cause problems when it comes to identifying the real employer if the labour legislation is incomplete in this regard. The tripartite relationship does not fit very easily into the classic pattern of bilateral relationships. The *Labour Code* was essentially designed for bipartite relationships involving an employee and an employer. It is not very helpful when a tripartite relationship like the one at issue here must be analysed. The traditional characteristics of an employer are shared by two separate entities — the personnel agency and its client — that both have a certain relationship with the temporary employee. When faced with such legislative gaps, tribunals have used their expertise to interpret the often terse provisions of the statute. In the final analysis, however, it is up to the legislature to remedy those gaps. The Court cannot encroach upon an area where it does not belong.

VI. Disposition

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

réglementer les situations bipartites, nécessitent certains ajustements. La Cour se retrouve devant une décision d'un tribunal hautement spécialisé et détenant une expertise non négligeable en droit du travail. À l'instar de la Cour d'appel, je ne peux indûment percer la clause privative, qui protège la décision du Tribunal du travail, afin de m'ingérer dans le monde du travail, dans son organisation et son équilibre, à moins qu'il y ait une erreur manifestement déraisonnable. Après l'analyse des faits en l'espèce, de la législation et de la jurisprudence, je conclus que la décision du Tribunal du travail trouve un fondement dans le *Code du travail* et dans la preuve et n'est donc pas manifestement déraisonnable.

Les tribunaux et les cours doivent, hélas, souvent prendre des décisions en interprétant des lois comportant des lacunes. Le cas sous étude démontre que les situations de relations tripartites peuvent poser des problèmes lorsqu'il s'agit d'identifier le véritable employeur en présence de lois du travail incomplètes sur le sujet. La relation tripartite s'intègre avec difficulté dans le schéma classique des rapports bilatéraux. En effet, le *Code du travail* a été conçu essentiellement pour des relations bipartites comprenant un salarié et un employeur. Le *Code du travail* n'est pas d'un grand secours lorsqu'il s'agit d'analyser un cas de relation tripartite comme celui en l'espèce. Les éléments caractéristiques traditionnels d'un employeur sont partagés entre deux entités distinctes — l'agence de location de personnel et l'entreprise-cliente — qui toutes deux entretiennent un certain rapport avec l'employé temporaire. Confrontés à ces lacunes législatives, les tribunaux ont, selon leur expertise, interprété les dispositions souvent laconiques de la loi. Or, en dernier ressort, il revient au législateur d'apporter des solutions à ces lacunes. La Cour ne peut empiéter sur un domaine qui ne lui appartient pas.

VI. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Les motifs suivants ont été rendus par

65 L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — This appeal concerns the interpretation by the Quebec Labour Court of the terms “employer” and “employee” in s. 1(k) and (l) of the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, which read:

1. ...

(k) “employer” — anyone, including Her Majesty, who has work done by an employee;

(l) “employee” — a person who works for an employer and for remuneration, but the word does not include: [a number of exceptions not relevant to this appeal].

The appellant alleges that the Labour Court’s interpretation is patently unreasonable because it leads to an absurd result.

66 More precisely, this case raises the issue of a tripartite relationship involving the employee of a temporary services agency, the agency itself, and a client of the agency, in this case, the appellant, the City of Pointe-Claire (the “City”). The question to be decided by the Labour Court is as follows: who is the employer for the purposes of union certification under the Code, the agency or the City? The Chief Justice concludes that the Labour Court’s decision finding the City to be the employer is not patently unreasonable. I conclude that it is and, accordingly, I dissent for the following reasons.

I. The Standard of Patent Unreasonableness

67 As the Chief Justice has observed, the exclusive jurisdiction of the labour commissioner to determine whether the employee is included in the bargaining unit is not contested in this appeal. The Labour Court also acted within its jurisdiction when hearing an appeal of a commissioner’s decision. These powers are clear from the wording of ss. 39, 118, 119, and 122 of the Code. Moreover, a strong privative clause in s. 139 protects the decisions of the Labour Court from appeal and review except on jurisdictional matters. I agree with the Chief Justice that given the Labour Court’s exclusive and specialized jurisdiction to answer this question as well as the privative clause, courts may

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Le présent pourvoi porte sur l’interprétation par le Tribunal du travail des termes «employeur» et «salarié» visés aux art. 1k) et 1l) du *Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27:

1. ...

k) «employeur» — quiconque, y compris Sa Majesté, fait exécuter un travail par un salarié;

l) «salarié» — une personne qui travaille pour un employeur moyennant rémunération, cependant ce mot ne comprend pas: [un certain nombre d’exceptions non pertinentes en l’espèce].

L’appelante soutient que l’interprétation du Tribunal du travail est manifestement déraisonnable parce qu’elle aboutit à un résultat absurde.

Plus précisément, cet appel soulève la question d’une relation tripartite: l’employée d’une agence de services temporaires, l’agence et un client de celle-ci, en l’espèce l’appelante, la ville de Pointe-Claire (la «Ville»). La question soumise au Tribunal du travail est la suivante: qui est l’employeur pour les fins de l’accréditation syndicale en vertu du Code du travail, l’agence ou la Ville? Le Juge en chef conclut que la décision du Tribunal du travail qui reconnaît la Ville comme l’employeur, n’est pas manifestement déraisonnable. Je conclus qu’elle l’est et, en conséquence, j’inscris ma dissidence pour les motifs qui suivent.

I. La norme de l’erreur manifestement déraisonnable

Comme le Juge en chef l’a fait remarquer, la compétence exclusive du commissaire du travail de déterminer si l’employée fait partie de l’unité de négociation n’est pas contestée en l’espèce. Le Tribunal du travail a aussi agi à l’intérieur de sa sphère de compétence lorsqu’il a entendu un appel à l’encontre de la décision du commissaire. Le texte des art. 39, 118, 119 et 122 établit clairement ces pouvoirs. De plus, la clause privative étanche prévue à l’art. 139 protège les décisions du Tribunal du travail contre tout appel et révision sauf sur une question de compétence. À l’instar du Juge en chef, je reconnais que puisque le Tribunal du travail possède une compétence exclusive et spéciali-

only intervene where a patently unreasonable error in the tribunal's decision gives rise to courts' powers of judicial review.

After describing the evolution of the concept of patently unreasonable error in the jurisprudence of this Court, the Chief Justice concludes that a reviewing court must determine whether the tribunal's decision is founded on the evidence before it, viewed reasonably, and whether or not its interpretation of the provisions of its enabling statute is patently unreasonable. I agree, but would add a comment which is particularly relevant in this case. A patently unreasonable error requires review by courts as it constitutes an excess of the tribunal's jurisdiction. In applying the standard of patent unreasonableness, courts must therefore be careful not to divest themselves of their basic supervisory responsibility as regards the jurisdiction of such tribunals. While remaining mindful of the need and rationale for deference to administrative decision-makers, courts must nonetheless discharge their duty of ensuring that the tribunal has remained within its jurisdiction, however broadly conceived by the legislature.

While this Court has, on occasion, stressed the stringent nature of the standard of review and has phrased the standard in somewhat strong terms, such as "clearly irrational" or "without rational basis", it has nonetheless maintained a meaningful supervisory role as regards administrative decision-making. This Court has recently affirmed that this standard of review is not so stringent as to remove a court's power and duty to ensure that administrative tribunals remain within the specialized jurisdiction accorded them by the legislature: *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487. While a high

sée pour répondre à cette question et qu'il existe une clause privative, une cour de justice ne peut intervenir que dans le cas où une erreur manifestement déraisonnable dans la décision du tribunal administratif donne lieu à l'exercice de ses pouvoirs de contrôle judiciaire.

Après avoir décrit l'évolution du concept de l'erreur manifestement déraisonnable dans la jurisprudence de notre Cour, le Juge en chef conclut qu'une cour siégeant en révision doit déterminer si la décision d'un tribunal administratif se fonde sur la preuve devant lui, perçue de façon raisonnable, et si son interprétation des dispositions de la loi habilitante est manifestement déraisonnable. Je suis d'accord, mais j'ajouterais un commentaire que je considère particulièrement pertinent en l'espèce. Une erreur manifestement déraisonnable doit faire l'objet d'un contrôle judiciaire par une cour de justice parce qu'elle constitue un excès de compétence du tribunal administratif. Dans l'application de la norme de l'erreur manifestement déraisonnable, les cours de justice doivent, en conséquence, prendre soin de ne pas abandonner leur responsabilité fondamentale de supervision en ce qui concerne la compétence de ces tribunaux administratifs. Tout en demeurant conscientes de la nécessité de la retenue dont elles doivent faire preuve envers les décideurs administratifs, ainsi que de sa justification, les cours de justice doivent néanmoins s'acquitter de leur obligation d'assurer que le tribunal administratif a agi à l'intérieur de sa compétence, quelque larges que soient les termes dans lesquels le législateur l'a couchée.

Bien que notre Cour ait, à l'occasion, fait ressortir le caractère strict de la norme de contrôle et ait formulé la norme applicable en des termes assez forts — décision «clairement irrationnelle» ou «sans fondement rationnel» —, elle a, néanmoins, maintenu un rôle significatif de supervision relativement aux décisions de nature administrative. Notre Cour a récemment confirmé que cette norme de contrôle n'est pas si stricte qu'elle prive une cour de justice de son pouvoir et de son obligation de s'assurer que les tribunaux administratifs agissent à l'intérieur de la compétence spécialisée que leur a dévolué la législature: *Conseil de l'éduca-*

degree of deference is warranted in reviewing the decision of the Labour Court, if such a decision fundamentally contradicts the underlying principles and intended outcomes of the enabling legislation and interferes with the effective implementation of other statutes which support and protect employees, intervention by this Court is in order.

70

Judicial review may, for example, require a careful review of the record before the tribunal. As Gonthier J., writing for the majority in *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, observed, at p. 1370:

In some cases, the unreasonableness of a decision may be apparent without detailed examination of the record. In others, it may be no less unreasonable but this can only be understood upon an in-depth analysis.

More recently, in *Toronto Board of Education, supra*, at para. 46, after discussing the high degree of deference that must be shown a tribunal in the labour relations context, Cory J. nonetheless reminds us that, "courts also have a duty to protect parties from a decision which is patently unreasonable". Moreover, as Iacobucci J. explains, in discussing the function of a reviewing court, in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 57:

If the decision under review is sufficiently difficult, then perhaps a great deal of reading and thinking will be required before the judge will be able to grasp the dimensions of the problem.

71

The appeal before us certainly presents a complex problem. As the Chief Justice explains in his reasons, the issue before the Labour Court is not whether the employee in question has the essential qualities of an employee (as opposed to an independent contractor, for example) but rather whose employee she is. This dilemma has arisen by virtue of the tripartite relationship within which the employee, the agency, and the City find them-

tion de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15, [1997] 1 R.C.S. 487. Quoiqu'un degré élevé de retenue dans le contrôle de la décision du Tribunal du travail soit justifié, si cette décision contredit fondamentalement les principes sous-jacents de la loi habilitante et les résultats qu'elle vise et entrave la mise en œuvre efficace des autres lois qui appuient et protègent les employés, notre Cour est justifiée d'intervenir.

L'exercice du contrôle judiciaire peut, entre autres, exiger un examen approfondi du dossier, ainsi que l'affirme le juge Gonthier, pour la majorité dans *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, à la p. 1370:

Dans certains cas, le caractère déraisonnable d'une décision peut ressortir sans qu'il soit nécessaire d'examiner en détail le dossier. Dans d'autres cas, il se peut qu'elle ne soit pas moins déraisonnable mais que cela ne puisse être constaté qu'après une analyse en profondeur.

Plus récemment, dans l'arrêt *Conseil de l'éducation de Toronto*, précité, au par. 46, après avoir examiné le degré élevé de retenue dont il faut faire preuve envers un tribunal administratif dans le contexte des relations de travail, le juge Cory nous rappelle, néanmoins, que «les cours de justice ont également le devoir de protéger les parties contre une décision qui est manifestement déraisonnable». Par ailleurs, comme l'explique le juge Iacobucci, lorsqu'il examine la fonction d'un tribunal siégeant en appel dans l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, au par. 57:

Si la décision contrôlée par un juge est assez complexe, il est possible qu'il lui faille faire beaucoup de lecture et de réflexion avant d'être en mesure de saisir toutes les dimensions du problème.

Le présent pourvoi présente certainement un problème complexe. Comme le Juge en chef l'explique dans ses motifs, la question que doit trancher le Tribunal du travail n'est pas de savoir si l'employée en question possède les attributs essentiels d'un salarié (par opposition à un entrepreneur indépendant par exemple), mais plutôt de déterminer de qui elle est la salariée. Ce dilemme découle de la relation tripartite entre l'employée, l'agence

selves, an arrangement where the traditional qualities of an employer appear to be shared by the City and the agency. As Lamer C.J. has acknowledged, labour legislation, more specifically the *Labour Code*, was not conceived with this “triangular” phenomenon in mind.

The Labour Court also recognized this gap in the legislation and that either answer it might reach would present inherent difficulties. The appellant has argued that the Labour Court’s decision, in this particular factual context, will bring not only unreasonable, but absurd results. As a labour relations tribunal is created to implement a principled, policy-oriented legislative scheme, the practical consequences of its decision for these objectives are important considerations for the reviewing court, *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, *per* L’Heureux-Dubé, dissenting. Generally, the tribunal will be best placed to make the policy decision as to the desirable effects of a decision in a particular context. Where the consequences of a decision are demonstrated to be absurd and fundamentally at odds with the purposes and objectives of the legislation governing the tribunal, however, the decision will be rendered patently unreasonable and the Court must intervene. The concerns raised by the appellant, therefore, warrant serious attention by this Court. It is to these considerations that I will now turn.

II. Analysis

A. *Background*

Before undertaking an analysis of the issue before the Labour Court and the reasonableness of its approach, some background information as regards these two elements of its decision should prove helpful. Pursuant to its powers under s. 39 of the *Labour Code*, the Labour Court had been asked to determine whether, for the purposes of the Code’s certification regime, the employee of an agency hired by the City was an employee of the

et la Ville, à l’intérieur de laquelle la Ville et l’agence paraissent avoir les attributs traditionnels d’un employeur. Comme l’a reconnu le Juge en chef Lamer, les lois du travail, plus particulièrement le *Code du travail*, n’ont pas été conçues en fonction de ce phénomène «triangulaire».

Le Tribunal du travail a aussi reconnu cette lacune dans la loi et affirmé que toute réponse qu’il pourrait donner comportait des difficultés inhérentes. L’appelante soutient que la décision du Tribunal du travail, tout particulièrement dans ce contexte factuel, aboutira à des résultats non seulement déraisonnables, mais absurdes. Puisqu’un tribunal des relations du travail est créé pour mettre en œuvre un régime législatif fondé sur des principes, il importe que le tribunal siégeant en révision tienne compte des conséquences pratiques de sa décision par rapport à ces objectifs: *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, le juge L’Heureux-Dubé, dissidente. C’est le tribunal administratif qui est généralement le mieux placé pour rendre la décision de principe quant aux effets souhaitables d’une décision dans un contexte particulier. Cependant, lorsqu’il est démontré que les conséquences d’une décision sont absurdes et fondamentalement contraires aux buts de la loi régissant le tribunal, cette décision sera manifestement déraisonnable et notre Cour doit intervenir. En conséquence, les questions soulevées par l’appelante justifient un examen sérieux par notre Cour, examen que j’aborderai maintenant.

II. Analyse

A. *Le contexte*

Avant de procéder à une discussion de la question en litige devant le Tribunal du travail et du caractère déraisonnable de sa démarche, j’estime utile de rappeler la toile de fond à partir de laquelle doivent être analysés ces deux éléments de sa décision. Conformément à l’art. 39 du *Code du travail*, on s’est adressé au Tribunal du travail afin de déterminer si, pour les fins du régime d’accréditation du Code, l’employée d’une agence engagée par la Ville était une employée de la Ville et se trouvait de ce fait comprise dans l’unité de négo-

City and, therefore, included in the bargaining unit which encompassed most of the City's staff.

74

I observe that the principal purpose of the Code, like its counterparts in other Canadian jurisdictions, is the facilitation of peaceful, constructive, and effective negotiation of the conditions of employment between an employer and a representative of the workers he or she employs. The role played by the Code's certification regime is to identify the employee association, often a union, which is sufficiently representative of a group of employees to negotiate on their behalf. The certified union is empowered by the legislation to conclude a collective agreement binding the employer and the employees in a specified bargaining unit to agreed-upon terms. It is noteworthy that under this legislative regime, any grievance as to the application or interpretation of the terms of a collective agreement which arises during its term must be submitted to arbitration (s. 100 of the *Labour Code*). Section 139 of the Code provides that labour arbitrators, whether chosen by the parties or appointed by the Minister, have exclusive jurisdiction in settling these grievances. This ensures industrial peace for the duration of the agreement in a manner which serves the interests of both the employer and its employees. See R. P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec: pratiques et théories* (3rd ed. 1996), at p. 243; R. P. Gagnon, L. LeBel and P. Verge, *Droit du travail* (2nd ed. 1991), at pp. 487, 511, 521, 537 and 700-704.

75

In the case before us, the certification process of the Code has authorized the respondent Union to represent the following individuals in negotiations with the City:

[TRANSLATION] All office employees within the meaning of the Labour Code, including regular part-time office employees of the library, the cultural centre and the swimming pool, parking meter agents, engineering work inspectors, surveyors general, surveyors, stock-room clerks, tape persons, messengers and water meter service workers, but not including the manager's secretary, the mayor's secretary, the assistant clerk, the assistant treasurer, the chief accountant, the purchasing officer, the clerk of the Municipal Court, the design

ciation englobant la majeure partie du personnel de la Ville.

Je constate que le Code, à l'instar de lois analogues dans d'autres juridictions canadiennes, vise à faciliter la négociation pacifique, positive et fructueuse des conditions de travail entre un employeur et un représentant de ses employés. Le rôle joué par le régime d'accréditation du Code est de déterminer quelle association d'employés, souvent un syndicat, est suffisamment représentative d'un groupe d'employés pour négocier en leur nom. Le syndicat accrédité est de par la loi habilité à conclure une convention collective qui lie l'employeur et les employés dans une unité de négociation distincte relativement à des conditions sur lesquelles on s'est entendu. Il importe de signaler que le Code prévoit que tout grief concernant l'application ou l'interprétation des dispositions d'une convention collective, déposé au cours de la durée de cette convention, doit être soumis à l'arbitrage (art. 100 du *Code du travail*). L'article 139 du Code prévoit que les arbitres, choisis par les parties ou nommés par le ministre, ont compétence exclusive pour le règlement de ces griefs, ce qui assure la paix industrielle pendant la durée de la convention d'une façon qui sert à la fois les intérêts de l'employeur et de ses employés. Voir R. P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec: pratiques et théories* (3^e éd. 1996), à la p. 243; R. P. Gagnon, L. LeBel et P. Verge, *Droit du travail* (2^e éd. 1991), aux pp. 487, 511, 521, 537 et 700 à 704.

En l'espèce, le processus d'accréditation du Code a autorisé le syndicat intimé à représenter les personnes suivantes dans le cadre des négociations avec la Ville:

Tous les employés de bureau salariés au sens du Code du travail y inclus: les employés de bureau à temps partiel réguliers de la bibliothèque, du centre culturel, de la piscine, les préposés aux contraventions de stationnement, les inspecteurs des travaux de génie, les chefs arpenteurs, les arpenteurs, les magasiniers, les chaînesurs, les messagers et les préposés du service des compteurs à l'eau à l'exclusion de: la secrétaire du gérant, la secrétaire du maire, l'assistant-greffier, l'assistant-trésorier, le chef-comptable, l'acheteur, le greffier

engineer, librarians and employees already covered by a certification certificate.

(Application for judicial review (art. 846 C.C.P.) filed by the appellant on April 20, 1993.)

It is immediately apparent that nowhere in this detailed description of the certified bargaining unit are temporary agency employees mentioned, and this, where the positions held by a number of City employees are specifically enumerated in the interests of greater clarity. As stipulated in the collective agreement, those employees who are replaced by agency staff for a sick or maternity leave of absence or otherwise do continue to be employees covered by the collective agreement, and, therefore, remain in the bargaining unit. Thus, employees of an agency who replace these employees on leave must be understood, within this regime, as holding a position which is distinct from that held by these regular employees and it would be surprising, indeed, that the collective agreement would foresee the inclusion of two employees for the same position at the same time. It becomes evident, then, that nothing in the collective agreement indicates that either the Union or the City contemplated the inclusion of special positions held by temporary services agency employees assigned to replace the regular employees of the City.

Unlike the case of a private contract of employment, which is subject to the principle of relativity of contract, the Code extends the scope of the legal rights and obligations in a collective agreement beyond the parties who have signed it. As stipulated by s. 67 of the Code, the terms of the present collective agreement bind the employer *vis-à-vis* not only the Union, which is the other signatory to the collective agreement, but also all present and future employees who are contemplated by the certification (and thus included in the bargaining unit description), whether or not they are union members. The scope of the collective agreement does not extend, however, to individuals who are not originally mentioned or contemplated in the bargaining unit description. The Union's application to have the agency employee declared an

de la Cour municipale, l'ingénieur-dessinateur, les bibliothécaires de même que les salariés déjà couverts par un certificat d'accréditation.

(Requête en révision judiciaire (art. 846 C.P.C.) déposée par l'appelante le 20 avril 1993.)

De toute évidence, cette description détaillée de l'unité de négociation accréditée ne mentionne aucunement les employés temporaires d'agence; cependant, les postes occupés par un certain nombre d'employés de la Ville sont spécifiquement énumérés par souci de clarté. Comme le prévoit la convention collective, les employés remplacés par du personnel d'agence en raison d'un congé de maladie, de maternité ou autre continuent d'être visés par la convention collective, et continuent en conséquence de faire partie de l'unité de négociation. C'est pourquoi on doit comprendre qu'à l'intérieur de ce régime les employés d'une agence, qui remplacent les employés en congé, occupent un poste distinct de celui d'employés permanents; en fait, il serait étonnant que la convention collective prévoit en même temps l'inclusion de deux employés pour le même poste. Il devient alors évident qu'il n'y a rien dans la convention collective de nature à indiquer que le syndicat ou la Ville aient envisagé d'inclure dans ce régime des postes spéciaux occupés par des employés temporaires d'agences de services affectés au remplacement des employés permanents de la Ville.

Contrairement au cas d'un contrat d'emploi privé, assujéti au principe de la relativité des contrats, le Code rend les droits et obligations d'une convention collective applicables à des parties qui n'en sont pas signataires. Comme le prévoit l'art. 67 du Code, les dispositions de la convention collective lient l'employeur non seulement vis-à-vis du syndicat, qui est l'autre signataire de la convention collective, mais aussi de tous les employés actuels et futurs visés par l'accréditation (et ainsi inclus dans la description de l'unité de négociation), qu'ils soient ou non membres du syndicat. Cependant, la convention collective ne s'applique pas aux personnes qui ne sont pas initialement mentionnées dans la description de l'unité de négociation. En conséquence, la demande du syndicat visant à faire déclarer qu'une employée

employee of the City within the meaning of the Code, therefore, seeks to change the terms of the collective agreement and subject the employee of the agency and the City to the correlative rights and obligations concluded within this collective agreement. See Gagnon, LeBel and Verge, *supra*, at pp. 520-21.

d'agence est une employée de la Ville au sens du Code cherche à modifier les termes de la convention collective et à assujettir l'employée de l'agence et la Ville aux droits et obligations corrélatifs conclus à l'intérieur de cette convention collective. Voir Gagnon, LeBel et Verge, *op. cit.*, aux pp. 520 et 521.

78

Not only were the employees of an agency not included in the collective agreement, but, as I have already established, neither the Union nor the City concluded the collective agreement with these employees in mind. Moreover, neither the employee of the agency, nor the agency itself, contemplated such a result, particularly since there is no reference whatsoever to the terms of this collective agreement in either the course of their own negotiations surrounding the eventual assignment of the employee to the City or in the contract they entered into. Indeed, there is no evidence that any of the three parties to the tripartite relationship negotiated, discussed, or indicated the possibility that this collective agreement would apply to the agency or its employee. Given this background, the Union is seeking to impose a legal regime — that created by the collective agreement and the provisions of the Code — on two complete outsiders and unwilling parties, the employee and the City, parties which were not part of or intended to be part of the collective agreement. In so doing, the Union is seeking to add parties to the collective agreement who were never even intended to be covered thereby.

Non seulement les employés d'une agence n'étaient-ils pas assujettis à la convention collective, mais, comme je l'ai déjà établi, ni le syndicat ni la Ville n'avaient songé à inclure ces employés lorsqu'ils ont conclu la convention collective. Par ailleurs, ni l'employée de l'agence ni l'agence n'avaient envisagé un tel résultat, tout particulièrement puisqu'il n'est ni question du texte de la convention collective dans les négociations ayant abouti à l'éventuelle affectation de l'employée auprès de la Ville ni dans le contrat conclu entre elles. En fait, il n'existe aucune preuve que l'une des trois parties à la relation tripartite ait négocié, examiné ou indiqué la possibilité que la convention collective s'applique à l'agence ou à son employée. Dans ce contexte, le syndicat cherche à imposer un régime juridique — créé par la convention collective et les dispositions du Code — à deux parfaits étrangers et parties malgré elles, l'employée et la Ville — parties qui n'étaient pas signataires de la convention collective et qui n'entendaient pas l'être. Ce faisant, le syndicat cherche à ajouter des parties à la convention collective que cette convention n'a jamais voulu inclure.

79

As a consequence, in response to the Union's application, the question which both the commissioner and the Labour Court purported to answer was the following: who was the true employer of the employee for the purposes of the Code — the agency or the City? In addressing this question, Judge Prud'homme of the Labour Court proceeded to determine which party had the greatest degree of *de facto* control over the employee of the agency in its immediate work environment.

En conséquence, suite à la requête du syndicat, le commissaire et le Tribunal du travail étaient censés répondre à la question suivante: qui était le véritable employeur de l'employée pour les fins du Code — l'agence ou la Ville? Dans l'examen de cette question, le juge Prud'homme du Tribunal du travail a déterminé laquelle des parties exerçait le plus grand contrôle *de facto* sur l'employée de l'agence à l'égard de ses conditions de travail immédiates.

80

At this point the following preliminary points must be emphasized.

À cette étape, les remarques préliminaires suivantes s'imposent.

First, as the Labour Court itself recognized at the outset, the City's reliance on the agency's temporary services to replace regular personnel was a legitimate use as opposed to an attempt to prevent unionization or otherwise undermine the purpose of the *Labour Code*. In other words, the forming of this tripartite relationship in no way constituted a "sham".

Second, the Code as well as the collective agreement are completely silent on the issue of determining who is the employer in a triangular arrangement. It has not been contested that a tripartite relationship of the kind with which we are dealing here was not a situation which was envisaged or intended to be covered by the Code. Indeed, this is precisely what the Labour Court qualified as the "gap" in the legislation.

Third, the issue here is not who is the employee in the tripartite arrangement, but rather who is the employer.

Fourth, in a tripartite relationship of the kind at issue here, there is absolutely no legal link of a contractual nature between the client, here the City, and the employee, contrary to the case in a bipartite employment relationship. Indeed, the legal link is between the City and the agency.

This being said, I will now turn to the central issue before the Labour Court.

B. *The Central Issue*

Given this background, the central issue for the Labour Court in this case was, therefore, one of statutory interpretation. More precisely, the Labour Court was asked to interpret the "employer-employee relationship" within the scope of the Code's regime governing certification and the collective bargaining process.

The basic modern rule in statutory interpretation was reformulated as follows in *Driedger on the*

Premièrement, comme le Tribunal du travail le reconnaît dès le départ, le fait que la Ville se fie sur les services temporaires offerts par l'agence pour remplacer le personnel régulier constituait une utilisation légitime plutôt qu'une tentative d'empêcher la syndicalisation ou de miner par ailleurs l'objet du *Code du travail*. En d'autres termes, la constitution d'une relation tripartite ne constituait nullement une «simulation».

Deuxièmement, et le Code et la convention collective sont complètement silencieux sur la question de savoir qui est l'employeur dans une entente à trois. Il n'est pas contesté que le Code n'avait ni envisagé ni visé à régir une relation tripartite comme celle dont il est question en l'espèce. En fait, c'est précisément ce que le Tribunal du travail a qualifié de «lacune» dans la loi.

Troisièmement, la question en l'espèce n'est pas de savoir qui est l'employé dans l'entente tripartite, mais bien celle de savoir qui est l'employeur.

Quatrièmement, dans une relation tripartite du type dont il est ici question, il n'existe absolument aucun lien de droit de nature contractuelle entre le client, en l'espèce la Ville, et l'employée, comme ce serait le cas dans une relation d'emploi bipartite. En fait, le lien de droit est entre la Ville et l'agence.

Ceci dit, j'examinerai maintenant la principale question au cœur du litige devant le Tribunal du travail.

B. *La question au cœur du litige*

Compte tenu de ce contexte, le Tribunal du travail était essentiellement saisi d'une question d'interprétation législative. Plus précisément, on lui avait demandé d'interpréter le «rapport employeur-salarié» à l'intérieur du régime d'accréditation du Code et du processus de négociation collective.

La règle moderne fondamentale d'interprétation des lois a été reformulée comme suit dans

81

82

83

84

85

86

87

Construction of Statutes (3rd ed. 1994), by R. Sullivan, at p. 131:

There is only one rule in modern interpretation, namely, courts are obliged to determine the meaning of legislation in its total context, having regard to the purpose of legislation, the consequences of proposed interpretations, the presumptions and special rules of interpretation, as well as admissible external aids. In other words, the courts must consider and take into account all relevant and admissible indicators of legislative meaning. After taking these into account, the court must then adopt an interpretation that is appropriate. An appropriate interpretation is one that can be justified in terms of (a) its plausibility, that is, its compliance with the legislative text; (b) its efficacy, that is, its promotion of the legislative purpose; and (c) its acceptability, that is, the outcome is reasonable and just. [Emphasis added.]

Driedger on the Construction of Statutes (3^e éd. 1994), par R. Sullivan, à la p. 131:

[TRADUCTION] Il n'existe qu'une seule règle d'interprétation moderne: les tribunaux sont tenus d'interpréter un texte législatif dans son contexte global, en tenant compte de l'objet du texte en question, des conséquences des interprétations proposées, des présomptions et des règles spéciales d'interprétation, ainsi que des sources acceptables d'aide extérieure. Autrement dit, les tribunaux doivent tenir compte de tous les indices pertinents et acceptables du sens d'un texte législatif. Cela fait, ils doivent ensuite adopter l'interprétation qui est appropriée. L'interprétation appropriée est celle qui peut être justifiée en raison a) de sa plausibilité, c'est-à-dire sa conformité avec le texte législatif; b) de son efficacité, dans le sens où elle favorise la réalisation de l'objet du texte législatif; et c) de son acceptabilité, dans le sens où le résultat est raisonnable et juste. [Je souligne.]

88 In the case at bar, the relevant aspects of the modern rule are as follows: courts determine the meaning of legislation having regard to the consequences of proposed interpretations, and the presumptions of interpretation. After taking these into account, courts must then adopt an interpretation that is appropriate in terms of its acceptability, that is, the reasonableness of its outcome. One such presumption of interpretation is the presumption against absurdity, which was codified as follows in F. A. R. Bennion, *Statutory Interpretation: A Code* (2nd ed. 1992), at p. 679:

Section 312. Presumption that 'absurd' result not intended

(1) The court seeks to avoid a construction that produces an absurd result, . . . [including] virtually any result which is unworkable or impracticable, inconvenient, anomalous or illogical, futile or pointless, artificial, or productive of a disproportionate counter-mischief. [Emphasis added.]

En l'espèce, les aspects pertinents de la règle moderne sont les suivants: les cours de justice déterminent le sens d'une loi compte tenu des conséquences de l'interprétation proposée, et des présomptions d'interprétation. Ceci fait, les cours de justice doivent ensuite adopter une interprétation qui soit appropriée sur le plan de son acceptabilité, c'est-à-dire qu'elle aboutisse à un résultat raisonnable. L'une de ces présomptions est la présomption d'absence d'absurdité qui a été codifiée en ces termes dans F. A. R. Bennion, *Statutory Interpretation: A Code* (2^e éd. 1992), à la p. 679:

[TRADUCTION] **Article 312. Présomption qu'un résultat «absurde» n'était pas voulu**

(1) La cour de justice cherche à éviter une interprétation qui aboutit à un résultat absurde, [. . .] [y compris] pratiquement tout résultat irréaliste ou irréalisable, inopportun, anormal ou illogique, futile ou inutile, artificiel ou donnant lieu à un méfait incident disproportionné. [Je souligne.]

89 Results which are "unworkable or impracticable" and "anomalous or illogical" have been further explained by Bennion, at pp. 680 and 692:

Section 313. Avoiding an unworkable or impracticable result

The court seeks to avoid a construction of an enactment that produces an unworkable or impracticable result,

Bennion explique davantage ce qu'il faut entendre par résultat «irréaliste ou irréalisable » et «anormal ou illogique», aux pp. 680 et 692:

[TRADUCTION] **Article 313. Éviter un résultat irréaliste ou irréalisable**

La cour de justice cherche à éviter une interprétation qui aboutit à un résultat irréaliste ou irréalisable puisqu'il

since this is unlikely to have been intended by Parliament.

. . .

. . . so the court will be slow to find in favour of a construction that leads to these consequences.

Section 315. Avoiding an anomalous or illogical result

The court seeks to avoid a construction that creates an anomaly or otherwise produces an irrational or illogical result.

. . .

This subsection of the Code deals with an aspect of the principle that Parliament is taken to expect its Acts to be applied with common sense. [Emphasis added.]

See also the reformulation of the presumption against absurdity in *Driedger on the Construction of Statutes, supra*, at pp. 79 and 85-86. The meaning of “absurdity” has been examined in P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at pp. 378-80:

An interpretation is considered absurd if it leads to ridiculous or frivolous consequences.

. . .

Another approach considers “absurd” to be synonymous with extremely unreasonable or inequitable: in other words, a result which cannot be imputed to a fair and reasonable legislator.

. . .

“Absurd” can also be used to mean something illogical, incoherent or incompatible with other provisions or with the object of the legislative enactment. [Italics and underlining added.]

Thus, an absurd interpretation is synonymous with extreme unreasonableness which, in my view, is even greater unreasonableness than patent unreasonableness, let alone correctness. Accordingly, where an administrative tribunal contrives an absurd interpretation, it commits an error of law

est peu probable que le Parlement ait voulu un tel résultat.

. . .

. . . et la cour hésitera à favoriser une interprétation qui donne lieu à ces conséquences.

Article 315. Éviter un résultat anormal ou illogique

La cour de justice cherche à éviter une interprétation qui crée une anomalie ou aboutit par ailleurs à un résultat irrationnel ou illogique.

. . .

Ce paragraphe du Code porte sur un aspect du principe selon lequel le Parlement s’attend à ce que ses lois soient appliquées avec bon sens. [Je souligne.]

Voir aussi la reformulation de la présomption d’absence d’absurdité dans *Driedger on the Construction of Statutes, op. cit.*, à la p. 79 et aux pp. 85 et 86. Le sens du terme «absurdité» est examiné dans P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990), aux pp. 430 à 432:

On qualifiera d’absurde une interprétation qui mène à des conséquences ridicules ou futiles.

. . .

Selon une seconde acception, absurde est synonyme d’extrêmement déraisonnable ou inéquitable ou, si l’on préfère, il désigne un résultat qu’il est impossible de rattacher à la volonté d’un législateur raisonnable et équitable.

. . .

[A]bsurde signifie illogique, incohérent, incompatible avec d’autres dispositions ou avec l’objet de la loi. [Italiques et soulignements ajoutés.]

En conséquence, une interprétation absurde est synonyme d’extrêmement déraisonnable ce qui est, à mon avis, encore plus déraisonnable qu’une interprétation manifestement déraisonnable et, a fortiori, qu’une interprétation correcte. En conséquence, lorsqu’il arrive à une interprétation absurde, un tribunal administratif commet une erreur de droit qui justifie une cour de justice d’in-

that warrants judicial intervention pursuant to any standard of review.

tervenir, quelle que soit la norme de contrôle applicable.

92 The next step is to review the interpretation of the “employer-employee relationship” arrived at by the Labour Court in the case at bar. In my view, the Labour Court used the wrong definitional test, and, in doing so, produced an interpretation that leads to a series of absurd consequences including, *inter alia*, confusion as to the employment contract, and unenforceability and/or denial of various employment rights. These consequences are absurd because they involve unworkable and/or impracticable results, anomalies and irrationalities. Therefore, the Labour Court’s interpretation is patently unreasonable and stands to be reviewed. I will first review how the interpretation fits contextually in the general legislative scheme, with appropriate emphasis on the issue of tripartite contractual relationships. Secondly, I will review the definitional test which should have been used by the Labour Court, given this context. Thirdly, I will show how the multiple absurd results brought about by the Labour Court’s interpretation make it patently unreasonable.

La prochaine étape est d’examiner l’interprétation du «rapport employeur-salarié» à laquelle arrive le Tribunal du travail en l’espèce. À mon avis, le Tribunal du travail a utilisé le mauvais test, et a abouti à une interprétation qui donne lieu à une série de conséquences absurdes, notamment une confusion quant au contrat de travail et une inapplicabilité ou une négation des divers droits en matière d’emploi. Ces conséquences sont absurdes parce qu’elles aboutissent à des résultats irréalistes ou irréalisables, à des anomalies et à des irrationalités. En conséquence, l’interprétation du Tribunal du travail est manifestement déraisonnable et peut donner ouverture à l’exercice du contrôle judiciaire. J’examinerai tout d’abord comment cette interprétation s’harmonise contextuellement avec l’économie générale de la loi, et m’attarderai surtout à la question de la relation contractuelle tripartite. Deuxièmement, j’examinerai le test qu’aurait dû utiliser le Tribunal du travail, compte tenu de ce contexte. Troisièmement, j’illustrerai comment les multiples résultats absurdes entraînés par l’interprétation du Tribunal du travail font qu’elle est manifestement déraisonnable.

C. Contextual Analysis

C. L’analyse contextuelle

93 As I said earlier, as a starting point, the Labour Court rightly identified a gap in the Code’s definitions of the terms “employer” and “employee” as regards an arrangement involving a personnel agency, at least one indication that the inclusion of an employee of one of these agencies within these definitions, when the employer is the agency’s client, was not intended.

Comme je l’ai déjà mentionné, le Tribunal du travail a eu raison au départ de relever une lacune dans les définitions des termes «employeur» et «salarié» dans le cas d’une entente avec une agence de personnel — pour le moins une indication que l’on n’a pas entendu inclure un employé d’une telle agence dans ces définitions lorsque l’employeur est le client de l’agence.

94 This may well be contrasted with analogous legislation in other jurisdictions, such as the U.S., where the *National Labor Relations Act*, 29 U.S.C. §151 (1994), has been found to foresee the possibility that there be “joint employers”. A finding of “joint employer” status on the part of a client of a temporary services agency pursuant to this legislation has been limited, however, to the provisions sanctioning unfair labour practices. These, arguably, have objectives and use wording which differ

Ceci contraste avec des lois analogues dans d’autres juridictions, comme aux États-Unis, où l’on a statué que la *National Labor Relations Act*, 29 U.S.C. §151 (1994), envisageait la possibilité [TRADUCTION] «d’employeurs conjoints». Cependant, on n’a reconnu ce statut d’employeurs conjoints que dans le cas de dispositions condamnant les pratiques déloyales de travail. Ces dispositions ont, sans doute, des objectifs et utilisent des termes qui diffèrent des autres articles de la Loi, ce qui

from other sections of the Act thereby allowing for shared employer liability while remaining consistent with the purposes of the legislation. However, in most cases involving the identification of the employer for the purposes of certification, the agency which hires, trains, disciplines, and pays the temporary employee will be qualified as the employer for the purposes of the Act, not as a "joint employer". Consequently, in the U.S. it seems clear that an employee of an agency of the type here at issue would generally not be considered an employee of the City for the purposes of the legislation. See H. L. Dennard and H. R. Northrup, "Leased Employment: Character, Numbers, and Labor Law Problems" (1994), 28 *Ga. L. Rev.* 683, at pp. 699-702; R. B. Moberly, "Temporary, Part-Time, and Other Atypical Employment Relationships in the United States" (1987), 38 *Lab. L.J.* 689, at p. 693.

This being said, the above background as to the provisions and structure of the Quebec *Labour Code*, as well as its underlying policy goals, reveal the Code's core objective of facilitating relations between an employer and the representative of its employees, with the aim of setting adequate terms of employment and fostering industrial peace. The Code further seeks to achieve these ends for the benefit of the parties to the collective agreement, and the present and future employees it contemplates.

In the type of tripartite relationship at issue in this appeal, all of the traditional elements of an employment relationship exist between the temporary services agency and its employee. Such an agency typically interviews, tests, hires, trains, negotiates a work assignment with, sets the wages for, and establishes its disciplinary measures as regards these employees. An agency and an employee will conclude a contract whereby that employee agrees to fulfill intermittent temporary replacements of personnel of the agency's clients, under the particular client's supervision, in exchange for an hourly wage and other employment benefits.

permet ainsi une responsabilité partagée des employeurs, tout en demeurant compatibles avec les objets de la loi. Cependant, dans la plupart des cas portant sur l'identification de l'employeur aux fins d'une accréditation, l'agence qui engage, forme, discipline et paie un employé temporaire sera considérée comme l'employeur pour les fins de la Loi, et non pas comme «employeur conjoint». En conséquence, aux États-Unis, il semble clair qu'un employé d'une agence comme en l'espèce ne serait généralement pas considéré comme un employé de la Ville pour les fins de la loi. Voir H. L. Dennard et H. R. Northrup, «Leased Employment: Character, Numbers, and Labor Law Problems» (1994), 28 *Ga. L. Rev.* 683, aux pp. 699 à 702; R. B. Moberly, «Temporary, Part-Time, and Other Atypical Employment Relationships in the United States» (1987), 38 *Lab. L.J.* 689, à la p. 693.

Ceci dit, ces données de base sur les dispositions et la structure du *Code du travail* du Québec et sa politique sous-jacente font ressortir l'objectif fondamental du Code: faciliter les relations entre un employeur et le représentant de ses employés dans le but d'établir des conditions d'emploi adéquates et de favoriser la paix industrielle. Le Code cherche aussi à atteindre ces objectifs pour le bénéfice des parties à la convention collective et des employés actuels et futurs qu'elle vise.

Dans le type de relation tripartite en cause dans le présent pourvoi, tous les éléments traditionnels d'une relation d'emploi existent entre l'agence de services temporaires et son employée. Cette agence conduit généralement les entrevues, administre des tests, engage des personnes, en assure la formation, négocie une affectation de travail pour ces employés, en détermine le salaire et prévoit les mesures disciplinaires à leur endroit. Une agence et un employé concluront un contrat aux termes duquel cet employé consent à remplacer à l'occasion de façon temporaire du personnel des clients de l'agence, sous la supervision du client en question en contrepartie d'une rémunération horaire et d'autres avantages sociaux.

97

This type of agency will also conclude contracts with various clients, such as the appellant in this case, whereby it provides a trained, skilled employee to fulfill the duties of a regular employee who is temporarily absent from his or her position, and this, under the daily supervision of the client's staff. The agency is also, therefore, both obligated and entitled to replace an employee who proves incapable of performing these duties adequately. The client's obligation will be generally to pay an hourly rate to the agency, a rate set by the agency, commensurate with the level of responsibility and skill required by the position, the costs of staffing and overhead, and the targeted profit for the agency. Neither the client nor the employee are necessarily aware of the rate received, or paid, by the other. The client does not assume any other special legal obligations towards the employee of the agency, except perhaps those related to obligations which would flow from the day-to-day work done by the employee, such as to keep the premises safe and others of the same nature. An agency may further stipulate, as was done in this case, that the client cannot hire as its own employee the employee of the agency, until a certain period has elapsed, unless it pays a specified penalty. Consequently, there exists absolutely no legal link of a contractual nature between the employee of the agency and the client.

98

Thus, two distinct contractual relationships flow from employment through these agencies, one with an employee and one with a client. The client is, therefore, a stranger to the negotiations between an agency and an employee while the employee is a stranger to those between an agency and a client. As the Code only envisages and regulates the negotiation of a bipartite employment relationship, and does not contemplate the existence of two simultaneous employers for one employee, for the same work, done at the same time, logic would dictate that an agency in such circumstances is the employer of such an employee for the purposes of this regime.

99

As a consequence, the inevitable conclusion which the Labour Court should have reached

Ce type d'agence conclura également des contrats avec divers clients, comme l'appelante en l'espèce, aux termes desquels elle fournit un employé qualifié pour s'acquitter des fonctions d'un employé permanent temporairement absent de son poste, le tout sous la supervision quotidienne du personnel du client. En conséquence, l'agence a à la fois l'obligation et le droit de remplacer un employé incapable de s'acquitter convenablement de ses fonctions. L'obligation du client sera généralement de payer à l'agence un taux horaire de salaire, fixé par l'agence, proportionnel au niveau de responsabilité et à la compétence exigés pour le poste, les coûts d'administration et les frais généraux ainsi que le profit prévu de l'agence. Ni le client ni l'employé ne sont nécessairement au courant du taux reçu ou payé par l'autre. Le client n'assume aucune autre obligation légale spéciale envers l'employé de l'agence, sauf peut-être des obligations se rapportant à l'exécution du travail courant par l'employé, par exemple, assurer la sécurité des lieux et autres devoirs de même nature. Une agence peut aussi prévoir — ce qui a été fait en l'espèce — que le client ne peut porter à son effectif l'employé de l'agence qu'après l'écoulement d'un certain délai, sauf s'il verse l'indemnité prévue. Conséquemment, il n'existe absolument aucun lien de droit de nature contractuelle entre l'employé de l'agence et le client.

En conséquence, l'emploi par l'intermédiaire de ces agences crée deux relations contractuelles distinctes, l'une avec un employé et une autre avec un client. Le client est alors étranger aux négociations entre l'agence et l'employé, et l'employé se trouve dans la même situation par rapport aux négociations entre l'agence et le client. Puisque le Code ne vise et ne réglemente que la négociation d'une relation bipartite d'emploi et n'envisage pas l'existence simultanée de deux employeurs pour un employé, relativement au même travail, exécuté en même temps, la logique veut que, dans de telles circonstances, une agence soit l'employeur de cet employé pour les fins de ce régime.

En conséquence, le Tribunal du travail aurait dû inévitablement conclure *prima facie* que le régime

prima facie is that the Code's regime governing collective bargaining was not intended to cover tripartite arrangements. Furthermore, the Labour Court should have avoided adding wording to the Code and the collective agreement, in the absence of any clear indication having regard to the text of the agreement or the legislation, the intent of the legislature in adopting the Code, the intent of the parties in entering into the collective agreement, and the underlying policy objectives of this labour relations regime.

At the same time, as I have already observed, such an agency and its employees will be strangers to the collective agreement binding the client, its own employees, and the union which represents these employees. The Labour Court's decision subjects a client and the employee of an agency to the binding legal relationship established by a collective agreement, a relationship which was established with a union which was not certified to represent such an employee and a relationship which was never intended to be covered by the Code. The Labour Court's decision involves altering an agreement which was collectively negotiated between the City and the representative of its employees in a manner which flies in the face of the objectives of the Code in establishing this regime. In my view, this is a peremptory argument.

I have already demonstrated that the wording, history, context and purpose of the Code reveal that it never contemplated a tripartite employment relationship of the nature at issue here. The external context relevant to the Code further supports such a finding. It is well recognized that the relationship which any labour or employment legislation is intended to regulate is that of a bipartite contract of employment. Arthurs et al., in *Labour Law and Industrial Relations in Canada* (4th ed. 1993), at pp. 67-68, provide the following statement of this fundamental concept in the labour law of all jurisdictions in Canada, including Quebec:

The term contract of employment denotes an essential concept in labour law. There must be a relationship recognized by law to be one of contract between an employer and employee before any of the incidents of labour law will be applicable. This is so whether the

prévu par le Code relativement à la négociation collective ne visait pas les ententes tripartites. Par ailleurs, le Tribunal du travail aurait dû éviter d'ajouter au Code et à la convention collective, en l'absence d'indication claire, compte tenu du texte de la convention ou de la loi, de l'intention de la législature lors de l'adoption du Code, de l'intention des parties lors de la signature de la convention collective et des objectifs de principe sous-jacents à ce régime des relations de travail.

De plus, comme je l'ai déjà fait remarquer, une agence et ses employés seront étrangers à la convention collective qui lie le client, ses employés et le syndicat qui les représente. La décision du Tribunal du travail assujettit un client et l'employée d'une agence à la relation juridique qui lie les parties à une convention collective, en l'espèce une relation qui a été établie avec un syndicat n'ayant pas reçu d'accréditation pour représenter cette employée et que le Code n'a jamais voulu viser. La décision du Tribunal du travail emporte modification d'une convention collective négociée entre la Ville et le représentant de ses employés, ce qui va à l'encontre des objectifs visés par le Code lors de l'établissement de ce régime. À mon avis, il s'agit là d'un argument péremptoire.

J'ai déjà démontré que le texte, l'historique, le contexte et l'objet du Code indiquent que ce dernier n'a jamais voulu viser une relation d'emploi tripartite de la nature de celle dont il est ici question. Le contexte externe du Code appuie aussi cette conclusion. Il est bien reconnu que les lois du travail visent à réglementer les contrats de travail bipartites. Arthurs et al., dans *Labour Law and Industrial Relations in Canada* (4^e éd. 1993), aux pp. 67 et 68, formulent de la façon suivante ce concept fondamental du droit du travail que l'on retrouve dans toutes les juridictions au Canada, y compris au Québec:

[TRADUCTION] Le terme contrat de travail est un concept essentiel en droit du travail. Il doit exister une relation contractuelle reconnue en droit entre un employeur et un employé avant que puissent être appliquées les particularités du droit du travail. Cette relation doit exis-

labour law sought to be applied relates to the making, administering or enforcing of agreements between employers and trade unions, or to the exercise of rights and imposition of obligations arising out of long established rules of custom or the common law in respect of working conditions, or to the rights arising under legislation dealing with working conditions. It is so, even though some of the legislation, such as workers' compensation statutes, refers to 'workers' rather than 'employees' in describing its scope and it is so when a statute defines 'employee' for its own limited purposes. The interpretation of such statutory provisions has been to require the establishment of a contract of employment whatever the terminology used to describe the persons covered by them, unless there is a specific legislative direction to the contrary. [Emphasis added.]

102 A further indication of the legislative intent is as follows. The Quebec Code was clearly devised to identify the employee on the basis of a bipartite contractual relationship. In Quebec, a contract of employment arises between two parties when three essential elements are established: (1) an obligation of remuneration on the part of the employer; (2) an obligation to perform work on the part of the employee; and (3) a sufficient level of "legal subordination" in the relationship linking the employee to the employer. As I will explain in more detail below, this last element essentially refers to the degree of *de facto* control over the employee's day-to-day work, by the employer, which originates from the legal relationship binding the two parties. If there were no such contract, there would be no such obligation.

103 As many authors have observed, these three elements are reflected in the definitions of "employer" and "employee" in the Quebec Code. It is not surprising, then, that where the Labour Court has been asked to determine whether an individual involved in a bipartite relationship is an employee or an independent contractor, it has relied upon the existence of these three elements in identifying the employment contract, and therefore the employee, for the purposes of the Code. See Gagnon, LeBel and Verge, *supra*, at pp. 10-14; Gagnon, *supra*, at pp. 46-51; C. Masse, "Le nouveau Code civil du Québec et l'entrepreneur

ter, que le droit du travail que l'on cherche à appliquer se rapporte à l'établissement, à l'application ou à l'exécution des conventions entre employeurs et syndicats, ou à l'exercice de droits et à la constitution d'obligations découlant de règles de l'usage ou de la common law en matière de conditions de travail, ou encore aux droits découlant de lois portant sur les conditions de travail. Et ce, même si certaines lois, comme celles sur les accidents du travail, font état de «travailleurs» et non d'«employés» lorsqu'elles décrivent leur portée, et même si une loi définit un «employé» pour les fins limitées qu'elle vise. Ces dispositions législatives ont été interprétées de façon à exiger l'établissement d'un contrat de travail, quels que soient les termes utilisés pour décrire les personnes visées, sauf s'il existe une indication législative spécifique à l'effet contraire. [Je souligne.]

Comme autre indication de l'intention du législateur, le Code du travail du Québec a clairement été conçu de façon à identifier l'employé en fonction d'une relation contractuelle bipartite. Au Québec, il y a un contrat de travail entre deux parties lorsque les trois éléments essentiels suivants sont réunis: (1) l'employeur a une obligation de rémunération; (2) l'employé a une obligation d'exécuter un travail; et (3) il existe un niveau suffisant de «subordination juridique» dans la relation entre l'employé et l'employeur. Comme je l'expliquerai plus en détail ci-dessous, ce dernier élément porte essentiellement sur le degré de contrôle *de facto* que l'employeur exerce sur le travail courant de l'employé, subordination qui émane de la relation juridique qui lie les deux parties. En l'absence d'un tel contrat, il n'existe aucune obligation de cette nature.

Comme l'ont fait remarquer de nombreux auteurs, les définitions des termes «employeur» et «salarié» dans le Code du Québec reprennent ces éléments. Il n'est donc pas étonnant que le Tribunal du travail, lorsqu'il a été appelé à déterminer si une personne, dans une relation bipartite, est un employé ou un entrepreneur indépendant, se fonde sur l'existence de ces trois éléments pour déterminer l'existence d'un contrat de travail, et identifier ainsi un employé, pour les fins du Code. Voir Gagnon, LeBel et Verge, *op. cit.*, aux pp. 10 à 14; Gagnon, *op. cit.*, aux pp. 46 à 51; C. Masse, «Le nouveau Code civil du Québec et l'entrepreneur

précaire”, in L. Lamarche, ed., *Emploi précaire et non-emploi: droits recherchés* (1994), 37, at pp. 47-52.

That third element, “legal subordination”, has traditionally received the greatest emphasis by the courts, the Labour Court, and other bodies which administer employment-related regimes when faced with interpreting or qualifying a bipartite contractual relationship. This element has been defined in various ways in the jurisprudence of these bodies. These definitions all focus on the *de facto* control by the employer over the employee’s work. As Gagnon, LeBel and Verge, *supra*, explain, the level of *de facto* subordination required to establish a bipartite employment relationship is the means by which the scope of a particular legal scheme is delimited. Doctrinal sources have labelled the two principal tests the “classic” conception of “legal subordination” and the “broad” conception. Economic subordination is another means of defining this notion, but has not generally been applied as a determinative test. See Gagnon, LeBel and Verge, *supra*, at pp. 10-15.

Gagnon, LeBel and Verge, *supra*, at pp. 11-12, provide the following description of the two primary conceptions of “legal subordination” which have been relied upon in the context of a bipartite contract:

[TRANSLATION] There is *legal subordination in the classic sense* when the person who performs the work is subject to the direct supervision and control of another person (the employer) with regard to how the work is done. This concept arose in the civil law, in which it has traditionally been used as a test for applying the principle that an employer is civilly liable for damage caused by his or her employee in the performance of the duties for which the employee is employed.

In the case of *legal subordination in the broad sense*, the control is not over how the work is done, but rather over the agreed regularity with which it is done and its quality. In short, it is a [TRANSLATION] “personal obligation to be at work and to perform one’s work oneself in a satisfactory, verifiable and regular manner, (. . . or a) very specific requirement of personal performance

précaire» dans L. Lamarche, dir., *Emploi précaire et non-emploi: droits recherchés* (1994), 37, aux pp. 47 à 52.

Les cours de justice, le Tribunal du travail et d’autres organismes chargés de l’application de régimes reliés à l’emploi ont traditionnellement accordé beaucoup d’importance à ce troisième élément de la «subordination juridique» lorsqu’il doit interpréter ou qualifier une relation contractuelle bipartite. On a défini cet élément de diverses façons dans la jurisprudence de ces organismes. Ces définitions mettent toutes l’accent sur le contrôle *de facto* que l’employeur exerce sur le travail de l’employé. Comme l’expliquent Gagnon, LeBel et Verge, *op. cit.*, le niveau de subordination *de facto* nécessaire à l’établissement d’une relation de travail bipartite est le moyen qui permet de circonscrire l’étendue d’un régime juridique particulier. La doctrine a qualifié les deux principaux critères de la façon suivante: le concept «classique» de la «subordination juridique» et le concept «large». La subordination économique est un autre moyen de définir cette notion, mais n’a généralement pas été appliquée comme critère déterminant. Voir Gagnon, LeBel et Verge, *op. cit.*, aux pp. 10 à 15.

Gagnon, LeBel et Verge, *op. cit.*, aux pp. 11 et 12, décrivent de la façon suivante les deux concepts fondamentaux de la «subordination juridique» appliquée dans le contexte d’un contrat bipartite:

Il y a *subordination juridique au sens classique* lorsque celui qui exécute le travail est soumis à la surveillance et au contrôle immédiat d’une autre personne (l’employeur) quant à la façon d’exécuter son travail. Cette notion a vu le jour en droit civil, où elle a traditionnellement servi de critère d’application du principe de la responsabilité civile du commettant pour le dommage causé par son préposé dans l’exécution des fonctions pour lesquelles celui-ci est employé.

Dans le cas de la *subordination juridique au sens large*, le contrôle porte non pas sur la façon d’exécuter le travail mais plutôt sur la régularité convenue de son accomplissement, comme sur la qualité de son exécution. C’est en somme une «obligation personnelle d’être au poste et de fournir soi-même un rendement satisfaisant et vérifiable de façon régulière (. . . ou encore une)

under supervision” [citing *Gaston Breton Inc. v. Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, local 1999*, [1980] T.T. 471, at pp. 480 and 485]. In practical terms, there are a number of indications, which vary from one situation to the next, from which it can be concluded that one person is working for another. . . . Such factors demonstrate the existence of control over the quality and quantity of work done; the duties to be performed are thus overseen by the employer. [Emphasis in original.]

exigence très précise de rendement personnel sous surveillance» [citant *Gaston Breton Inc. c. Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, local 1999*, [1980] T.T. 471, aux pp. 480 et 485]. Concrètement, un certain nombre d'indices, variables selon les situations, permettront de conclure qu'une personne se trouve ainsi à travailler pour une autre [. . .] De tels éléments établissent l'existence d'un contrôle de la qualité et de la quantité de travail fourni; la fonction à accomplir est ainsi encadrée par l'employeur. [En italique dans l'original.]

106

Obviously, application of the classic approach will result in fewer bipartite relationships being defined as employment contracts than would application of the broader test. One must, however, be careful to avoid confusing this type of subordination with the legal status of the parties. *De facto* control in no way creates a legal link of a contractual nature between the parties. Rather, it simply indicates the intensity of the *de facto* subordination created by the legal obligations to which the two parties have agreed. As Gagnon, LeBel and Verge, *supra*, assert, this unequal aspect of the relationship linking the employer and the employee provides the rationale for imposing a legal or regulatory regime, such as the one put in place by the Quebec *Labour Code* which creates special protection and support for employees. See also J.-L. Dubé and N. Di Iorio, *Les normes du travail* (2nd ed. 1992), at pp. 16-17 and 27-37; Masse, *supra*, at pp. 49-52.

De toute évidence, l'application du concept classique donnera lieu à moins de relations bipartites — de contrats de travail — que l'application du critère au sens large. Cependant, on doit prendre soin de ne pas confondre ce type de subordination avec le statut juridique des parties. Le contrôle *de facto* ne crée en aucune façon de lien de droit de nature contractuelle entre les parties. Il indique simplement l'intensité de la subordination *de facto* créée par les obligations juridiques auxquelles se sont assujetties les deux parties. Comme Gagnon, LeBel et Verge, *op. cit.*, l'affirment, cette inégalité de la relation entre l'employeur et l'employé justifie l'imposition d'un régime juridique ou réglementaire, comme celui mis en place par le *Code du travail* du Québec, qui crée une protection et un appui spéciaux pour les employés. Voir aussi J.-L. Dubé et N. Di Iorio, *Les normes du travail* (2^e éd. 1992), aux pp. 16 à 17 et 27 à 37; Masse, *loc. cit.*, aux pp. 49 à 52.

107

Both of these tests for *de facto* control have been applied by the Labour Court to qualify a bipartite contract as an employer-employee relationship for the purposes of the Code, an approach which makes abundant sense in that context. The purpose of the exercise in such cases is to determine who is an employee, given that there is a contractual legal relationship at the outset, i.e. contractual hiring of a party either verbally or in writing. This *de facto* test, among other purposes, by revealing the real relationship which exists between the parties, prevents an employer from pretending, for example, to use an outside contractor when in reality it has hired an employee.

Le Tribunal du travail a appliqué ces deux critères du contrôle *de facto* pour qualifier un contrat bipartite de rapport employeur-salarié pour les fins du Code, ce qui a bien du bon sens dans ce contexte. Dans ces cas, un tel exercice vise à déterminer qui est un employé, puisqu'il existe un lien juridique contractuel au départ, c'est-à-dire qu'il y a eu embauche d'une partie par contrat verbal ou écrit. L'application de ce critère du contrôle *de facto*, révélant ainsi le véritable rapport qui existe entre les parties, empêche un employeur de soutenir, par exemple, qu'il utilise un entrepreneur de l'extérieur lorsqu'il a en réalité engagé un employé.

It may, perhaps, have seemed quite natural for the Labour Court to turn to the same concepts when determining the identity of the employer in a tripartite relationship, see M. Grant and P. Laporte, "Salarié d'accord, . . . mais de qui (à la recherche du véritable employeur)—Analyse de la jurisprudence du Tribunal du travail concernant les entreprises de 'placement de main-d'œuvre'" (1987), 47 *R. du B.* 1205, at p. 1213, cited in *Hôpital Royal Victoria v. Vassart*, [1990] R.J.Q. 1961, at pp. 1967-68. In my view, this makes no sense in a tripartite relationship. The foregoing discussion of these notions reveals that, in so doing, the Labour Court is relying on a concept developed to determine whether a particular bipartite contractual relationship falls within the scope of the Code, to resolve a completely different type of problem. Here, faced with a tripartite relationship, the Labour Court was asked to determine who is the employer, i.e., not whether, but with whom an employee involved in such an arrangement has entered an employment relationship. This is, in my view, where the Labour Court fell into error.

D. The Test

The proper analysis, in my opinion, begins, as did Judge Girouard in *Centre d'accueil M^{rs} Coderre v. Union des employés de service, local 298 (F.T.Q.)*, [1985] T.T. 291, by setting out the appropriate legal framework for identifying the employer-employee relationship within a tripartite arrangement. In that case, Judge Girouard describes the task before the Labour Court in the following terms (at p. 293):

[TRANSLATION] [I]t is necessary to determine the precise, true legal status of a worker and, primordially, to identify the real employer to whom the worker is, essentially and continuously, legally subordinate. [Emphasis added.]

In answering this question, Judge Girouard proceeds, on the basis of the facts of the case, to determine with which party the employee had entered a contract of employment. At p. 294, he explains why such a contract exists between the agency and the employee in a traditional case of short-term,

108
Il a peut-être semblé tout à fait naturel au Tribunal du travail de reprendre les mêmes concepts pour déterminer l'identité de l'employeur dans une relation tripartite, voir M. Grant et P. Laporte, «Salarié d'accord, . . . mais de qui (à la recherche du véritable employeur)—Analyse de la jurisprudence du Tribunal du travail concernant les entreprises de «placement de main-d'œuvre»» (1987), 47 *R. du B.* 1205, à la p. 1213, cité dans *Hôpital Royal Victoria c. Vassart*, [1990] R.J.Q. 1961, aux pp. 1967 et 1968. À mon avis, ceci n'a pas de sens lorsqu'il s'agit d'une relation tripartite. L'analyse que j'ai faite de ces notions révèle que le Tribunal du travail s'est fié à un concept élaboré pour déterminer si une relation bipartite particulière se trouvait visée par le Code afin de résoudre un type de problème tout à fait différent. En l'espèce, face à une relation tripartite, on a demandé au Tribunal du travail de déterminer qui est l'employeur, c'est-à-dire avec qui un employé touché par une telle entente a conclu une relation de travail, et non pas s'il y a eu établissement d'une telle relation. Selon moi, c'est sur ce point que le Tribunal du travail a commis une erreur.

D. Le test

109
À mon avis, l'analyse appropriée commence, comme l'a formulé le juge Girouard dans *Centre d'accueil M^{rs} Coderre c. Union des employés de service, local 298 (F.T.Q.)*, [1985] T.T. 291, par la détermination du cadre juridique approprié pour identifier la relation employeur-salarié à l'intérieur d'une entente tripartite. Dans cette affaire, le juge Girouard décrit en ces termes la tâche dont doit s'acquitter le Tribunal du travail (à la p. 293):

[I] s'agit de cerner le statut juridique exact et véritable d'un travailleur et, primordialement, procéder à l'identification de l'employeur véritable à qui il est juridiquement subordonné, essentiellement et continûment. [Je souligne.]

110
Pour répondre à cette question, le juge Girouard, se fondant sur les faits de la cause, commence par déterminer avec quelle partie l'employé a conclu un contrat de travail. À la page 294, il explique pourquoi il existe un tel contrat entre l'agence et l'employé dans un cas traditionnel de remplace-

successive replacements of a client's permanent personnel:

[TRANSLATION] [I]t is the personnel agency that selected and hired the worker, trained the worker as required and assigned the worker duties and work to be performed on the clients' premises, and it is the agency that pays the worker according to the conditions they have negotiated solely between themselves and has control over the worker for the purposes of evaluation, choice of assignments and any necessary sanctions. In short, the worker is integrated into the personnel agency: the worker is the agency's employee and owes allegiance only to it, as it is primarily to the agency that the worker is ultimately accountable for his or her performance, even though that performance must also be satisfactory to the client to whom the worker has been sent. If the worker is an employee within the meaning of the Code, he or she may be included in a bargaining unit defined by a certification vis-à-vis that employer; [Emphasis in original.]

111 According to Judge Girouard, the fact that the work was performed at the work sites of successive clients and under their supervision is not sufficient to displace the primary, legal, and ongoing employment relationship established between the employee and the agency. As he concludes at p. 295:

[TRANSLATION] [The worker's] fundamental, ongoing employment relationship was therefore with the mis en cause [the agency], while his work was performed on the premises of the various clients of the mis en cause, including at times the appellant. His only real employer was the mis en cause; his "integration" was initially, and continued to be, into the business of the mis en cause. On the appellant's premises, he was merely a "passer-by", a provider of services furnished by the mis en cause to the appellant. [Emphasis added.]

112 In *Coderre*, therefore, Judge Girouard advocates an approach which aims at determining, first and above all, the legal status of the parties, through examining all the rights and obligations agreed to by the various parties in a tripartite arrangement, and, thereby, at finding who the real employer is. This is, of course, consistent with the essential concept of labour law as defined by Arthurs et al., *supra*.

113 In *Vassart*, *supra*, the only judgment of a superior court which addresses this particular issue,

ments successifs à court terme d'un employé permanent d'un client:

[C]'est cette firme de location de personnel qui a sélectionné ce travailleur, l'a engagé et formé si nécessaire, lui a assigné ses fonctions et ses tâches de travail à accomplir chez les clients, le rémunère selon les conditions qu'ils ont négociées exclusivement entre eux, et le contrôle pour fins d'évaluation, choix d'assignations, ou sanction selon le cas. En somme, ce travailleur est intégré à cette entreprise de personnel: il est l'employé de cette dernière; c'est à elle seule qu'il doit son allégeance, comme c'est à elle, prioritairement et définitivement, qu'il répond de son rendement, même s'il doit concilier celui-ci avec la satisfaction du client chez qui on l'a envoyé. Si ce travailleur est salarié au sens du Code, il est susceptible d'être compris dans une unité de négociation définie par une accréditation chez cet employeur; [En italique dans l'original.]

Selon le juge Girouard, le fait que la prestation de travail ait été effectuée dans les bureaux de clients successifs et sous leur surveillance ne suffit pas à écarter la relation de travail primordiale, juridique et continue établie entre l'employé et l'agence. Comme il le conclut à la p. 295:

Sa relation essentielle et continue de travail [celle du travailleur] se faisait donc avec la mise en cause [l'agence], alors que la localisation de sa prestation de travail se situait chez les divers clients de la mise en cause, dont parfois chez l'appellant. Son employeur unique et véritable était la mise en cause; son «intégration» s'était faite originellement, et elle se continuait, dans l'entreprise de la mise en cause. Chez l'appellant, il n'était qu'un «passant», prestataire des services assurés par la mise en cause envers l'appellant. [Je souligne.]

Dans *Coderre*, précité, le juge Girouard préconise donc une analyse qui vise tout d'abord à déterminer le statut juridique des parties à partir d'un examen de l'ensemble des droits et obligations convenus par les diverses parties à une entente tripartite, et ensuite à déterminer qui est le véritable employeur. Cette démarche est tout à fait compatible avec le concept essentiel du droit du travail exposé par Arthurs et al., *op. cit.*

Dans *Vassart*, précité — la seule décision rendue par une cour supérieure sur la question qui nous

other than those of the Superior Court and Court of Appeal in this case, the Superior Court's critique of applying the *de facto* test in the tripartite context reflects a comparable analytical framework. In that case, Grenier J. describes the "integration" test in *Coderre, supra*, as more "global" than the Labour Court's usual focus on *de facto* control over the work of the employee.

Grenier J. further affirms both Judge Girouard's focus on identifying the employer to whom the employee is legally subordinate and his consequent attention to certain elements which are essential to a more global determination of the true employer in a tripartite relationship. As she states, at p. 1969:

[TRANSLATION] From this perspective the following elements are of paramount importance: selection, hiring, discipline, staff training and evaluation, payment of remuneration, assignment of work and length of service with the client company.

Grenier J. concludes by rejecting the test of *de facto* control over the work performed by the employee as much too rigid. This type of control is found to be only one of a series of factors which define the employment relationship in this context. She specifically advocates attention to the other factors enumerated above, factors she recognized as deriving from the decision in *Coderre, supra*. Grenier J. also criticizes the *de facto* focus used by the Labour Court on the grounds that the test, which was developed in the bipartite context, has a very different objective from that at issue in a tripartite arrangement. Like Judge Girouard in *Coderre*, Grenier J. seeks a more global test designed to determine not whether the employee was sufficiently subordinate in a *de facto* sense, which is not the issue here, but who the real employer is, which is the central question. Deschamps J.A., dissenting in the Court of Appeal in the present case, also adopts this position. I agree entirely.

intéresse, mises à part celles de la Cour supérieure et de la Cour d'appel en l'espèce — la critique de la Cour supérieure relativement à l'application du test du contrôle *de facto* dans le contexte d'une relation tripartite se veut une analyse comparable à celle exposée dans *Coderre*. Le juge Grenier y affirme que le test d'«intégration» formulé dans *Coderre*, précité, est plus «global» que l'examen habituel que fait le Tribunal du travail du contrôle *de facto* sur le travail de l'employé.

Le juge Grenier approuve l'accent mis par le juge Girouard tant sur l'identification de l'employeur envers qui l'employé est légalement subordonné que sur l'examen qu'il a fait de certains éléments essentiels à une détermination plus globale du véritable employeur dans une relation tripartite. Elle affirme à la p. 1969:

Dans cette perspective les éléments suivants revêtent une importance primordiale: la sélection, l'embauche, la discipline, la formation et l'évaluation du personnel, le paiement de la rémunération, l'assignation des tâches, la durée du service chez l'entreprise cliente.

Dans sa conclusion, le juge Grenier estime beaucoup trop rigide le test du contrôle *de facto* sur le travail exécuté par l'employé et le rejette. Ce type de contrôle ne constitue que l'un des facteurs qui définissent une relation d'emploi dans ce contexte. Elle préconise spécifiquement d'examiner les autres facteurs qui ont été énumérés, facteurs qui, a-t-elle reconnu, ont été mentionnés dans la décision *Coderre*, précitée. Le juge Grenier critique aussi l'accent mis par le Tribunal du travail sur le contrôle *de facto* en raison du fait que ce test, élaboré dans le contexte d'une relation bipartite, a un objectif très différent de celui en cause dans une entente tripartite. À l'instar du juge Girouard dans *Coderre*, le juge Grenier recherche un test plus global destiné à déterminer non pas si l'employé avait un lien *de facto* de subordination suffisant, ce qui n'est pas le problème en l'espèce, mais qui est l'employeur véritable, ce qui est la question primordiale. Le juge Deschamps de la Cour d'appel, dissidente en l'espèce, adopte aussi cette position. Je partage tout à fait cet avis.

114

115

116

The Chief Justice, while agreeing with the approach advocated in *Vassart, supra*, nonetheless concludes that it has been followed in the present case. His conclusion is based on two propositions. First, Lamer C.J. relies on the jurisprudence from the Ontario and Canadian Labour Relations Boards (OLRB and CLRB) which he believes to reach a similar result to the Labour Court in this case through applying a global approach. Second, he considers that the Labour Court has addressed the factors of discipline, remuneration, and integration. This, in his view, reflects sufficient integration of the *Vassart* test. I disagree with his analysis for the following reasons.

Le Juge en chef, tout en étant d'accord avec la démarche préconisée dans l'affaire *Vassart*, précitée, conclut, néanmoins, qu'elle a été suivie en l'espèce. Sa conclusion est basée sur deux propositions. Premièrement, le juge en chef Lamer se fonde sur la jurisprudence de la Commission des relations de travail de l'Ontario et sur celle du Conseil canadien des relations du travail (CRTO et CCRT) qui, à son avis, permettent d'en arriver à un résultat semblable à celui du Tribunal du travail par application d'une démarche globale. Deuxièmement, il considère que le Tribunal du travail a examiné les facteurs de discipline, de rémunération et d'intégration. À son avis, ceci traduit une intégration suffisante du test formulé dans *Vassart*. Pour les motifs qui suivent, je ne suis pas d'accord avec son analyse.

117

First, the OLRB did, in fact, initially apply a global approach to address the issue of the true employer in a tripartite relationship. This "fundamental control" test was relied upon by the OLRB in *Labourers' International Union of North America, Local 183 v. York Condominium Corp.*, [1977] O.L.R.B. Rep. 645. In that decision, at p. 648, the Board articulated a test, based on previous decisions, which required the global examination of a number of factors similar to those identified in *Coderre, supra*, and *Vassart, supra*:

Premièrement, la CRTO a en fait appliqué une démarche globale pour examiner la question de la détermination du véritable employeur dans une relation tripartite. Dans *Labourers' International Union of North America, Local 183, c. York Condominium Corp.*, [1977] O.L.R.B. Rep. 645, la CRTO s'est fondée sur le test du «contrôle fondamental». Dans cette décision, à la p. 648, la Commission a formulé un test, fondé sur des décisions antérieures, qui exige l'examen global d'un certain nombre de facteurs similaires à ceux qui sont énoncés dans *Coderre* et *Vassart*, précités:

[TRADUCTION]

- (1) The party exercising direction and control over the employees performing the work.
- (2) The party bearing the burden of remuneration.
- (3) The party imposing the discipline.
- (4) The party hiring the employees.
- (5) The party with the authority to dismiss the employees.
- (6) The party who is perceived to be the employer by the employees.
- (7) The existence of the intention to create the relationship of employer and employees.

- (1) La partie qui dirige et contrôle les employés qui exécutent le travail.
- (2) La partie qui a la responsabilité de la rémunération.
- (3) La partie qui prend les mesures disciplinaires.
- (4) La partie qui embauche les employés.
- (5) La partie qui a le pouvoir de congédier les employés.
- (6) La partie qui est perçue comme l'employeur des employés.
- (7) L'existence de l'intention de créer la relation entre l'employeur et les employés.

118

Soon thereafter, in *Hotel and Club Employees' Union, Local 299 v. Sutton Place Hotel*, [1980] O.L.R.B. Rep. 1538, at p. 1552, the OLRB

Peu après, dans *Hotel and Club Employees' Union, Local 299 c. Sutton Place Hotel*, [1980] O.L.R.B. Rep. 1538, à la p. 1552, la CRTO a ainsi

described the central issue before a board in such cases as: “who exercises fundamental control over the employees”. These and other earlier cases obviously reflect an analysis of the legal status of the parties, as was the case in *Coderre, supra*, and *Vassart, supra*. The “fundamental control” test seeks to determine, through a global appreciation of all of the relevant factors in an employment relationship, which employer is the source of fundamental legal control over the duties performed by the employee.

Given this test, it is not surprising that the OLRB in these cases reached the result of finding the agency to be the employer, unless it was clear that no contract existed between it and the employees in question. See also *United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada, Local 819 v. Tower Company (1961) Ltd.*, [1979] O.L.R.B. Rep. 583; *United Brotherhood of Carpenters & Joiners of America, Local Union 93 v. Temple Services*, [1974] O.L.R.B. Rep. 606, at p. 608.

However, the “fundamental control” test appears to have become diluted in more recent cases. The factor of *de facto* control seems now to have been assigned determinative importance regardless of the legal status of the parties. The Chief Justice has pointed to such cases where the OLRB and CLRB appear to reach a similar result as the Quebec Labour Court’s *de facto* test. In my opinion, this case law does not add to the discussion of the proper test to be applied to the interpretation of the provisions of the Quebec *Labour Code* at issue here. One may speculate as to the reasons why the former test, the correct one in my view, has been more or less abandoned, but “two wrongs do not make a right”; that is, case law based on an erroneous test does not render such a test more reliable or valid. This jurisprudence is, therefore, of limited assistance, if any, in the disposition of the present appeal.

Second, the Chief Justice’s finding that the Labour Court’s decision in the present appeal

décrit la question essentielle que doit trancher une commission: [TRADUCTION] «Qui exerce le contrôle fondamental sur les employés?» Ces décisions et d’autres qui ont précédé traduisent de toute évidence une analyse du statut juridique des parties, comme ce fut le cas dans les affaires *Coderre* et *Vassart*, précitées. Le critère du «contrôle fondamental» cherche à déterminer, dans le cadre d’un examen global de l’ensemble des facteurs pertinents dans une relation de travail, quel employeur est la source de contrôle fondamental sur les fonctions exécutées par l’employé.

Compte tenu de ce test, il n’est pas étonnant que la CRTO ait dans ces affaires conclu que l’employeur était l’agence, sauf dans les cas où il était clair qu’il n’existait pas de contrat entre cette dernière et les employés en question. Voir aussi *United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada, Local 819 c. The Tower Company (1961) Ltd.*, [1979] O.L.R.B. Rep. 583; *United Brotherhood of Carpenters & Joiners of America, Local Union 93 c. Temple Services*, [1974] O.L.R.B. Rep. 606, à la p. 608.

Cependant, le test du «contrôle fondamental» paraît revêtir moins d’importance dans les dossiers plus récents. Le facteur du contrôle *de facto* semble maintenant avoir pris une importance déterminante, quel que soit le statut juridique des parties. Le Juge en chef a relevé des cas où la CRTO et le CCRT paraissent arriver à un résultat semblable à celui que produit le test du contrôle *de facto* utilisé par le Tribunal du travail du Québec. À mon avis, cette jurisprudence contribue peu à l’analyse du test qu’il convient d’appliquer à l’interprétation des dispositions du *Code du travail* du Québec en cause en l’espèce. On peut se demander pourquoi l’ancien test — celui qui est, à mon avis, correct — a été plus ou moins abandonné, mais «on ne répare pas une erreur par une autre», c’est-à-dire que la jurisprudence fondée sur un test erroné ne rend pas un tel test plus fiable ou valide. En conséquence, cette jurisprudence est de peu d’utilité dans le règlement du présent pourvoi.

Deuxièmement, la conclusion du Juge en chef que la décision du Tribunal du travail se fonde sur

119

120

121

incorporates the *Vassart* test is equally problematic. Rather than undertaking a global review of the various elements of the tripartite arrangement to determine who maintained legal control over the employee, the Labour Court enumerated the various factors which govern the quantity and quality of work done by the employee of an agency in the performance of her work, and then, on this basis, determined which employer had *de facto* control over the greatest number of these factors.

122 In so doing, in fact, the Labour Court rejected the *Vassart* approach — with its focus on the legal status of the parties — in favour of a test where *de facto* subordination is the controlling element. The purpose of the Code, the intent of the legislation, and the negotiated collective agreement between the City and its employees' certified union were not analysed in great detail and were given only cursory mention by the Labour Court. It adopted instead the test of the City's *de facto* control over the work of the employee of the agency. Discipline, remuneration, recruitment, hiring, training, evaluation and assignment of tasks, all functions undertaken by the agency *vis-à-vis* the employee, were virtually ignored. Although lip service was paid to these elements, in the final analysis they were not given any real weight.

123 Deschamps J.A., in her dissenting opinion in the Court of Appeal, concludes that it is inconceivable that a client finds itself the employer of the temporary agency's employee simply because it controls the day-to-day tasks of that individual. In her view, it is absurd to find an employment relationship where one finds none of the other traditional elements of selection, hiring, training, remuneration, discipline, integration, continuity of employment, and sense of belonging on the part of the employee. I could not agree more.

124 Although the Labour Court may have purported to consider the legal relationships negotiated and formed by the parties, in the end it, in fact, relied on the test of *de facto* control over both the general overview of the quality and quantity of work and

le test formulé dans *Vassart* est aussi problématique. Plutôt que de procéder à un examen global des divers éléments de l'entente tripartite pour déterminer qui détenait le contrôle juridique sur l'employée, le Tribunal du travail a énuméré les divers facteurs applicables au volume et à la qualité du travail effectué par l'employée d'une agence, et a ensuite déterminé lequel des employeurs détenait le contrôle *de facto* sur le plus grand nombre de ces facteurs.

Ce faisant, le Tribunal du travail a, en fait, rejeté la démarche formulée dans *Vassart* — qui mettait l'accent sur le statut juridique des parties — lui préférant un critère dans lequel la subordination *de facto* est l'élément principal. Le Tribunal du travail n'a pas analysé dans le menu détail l'objet du Code, l'intention du législateur et la convention collective négociée entre la Ville et le syndicat accrédité des employés et ne les a mentionnés qu'en passant. Le tribunal a plutôt adopté le test du contrôle *de facto* détenu par la Ville sur le travail de l'employée de l'agence. Il a pratiquement ignoré les questions de mesures disciplinaires, de rémunération, de recrutement, d'embauche, de formation, d'évaluation et d'affectation des tâches — toutes des fonctions dont s'acquitte l'agence à l'égard de l'employée. Même s'il a mentionné en passant ces éléments, le tribunal ne leur a, en fin de compte, pas accordé de poids réel.

Le juge Deschamps, dissidente en Cour d'appel, a conclu qu'il est inconcevable qu'un client se trouve l'employeur d'une employée temporaire d'agence simplement parce qu'il exerce un contrôle sur les tâches courantes de cette personne. À son avis, il est absurde de conclure à l'existence d'une relation de travail lorsqu'il n'existe aucun des autres éléments traditionnels: sélection, embauche, formation, rémunération, mesures disciplinaires, intégration, continuité de l'emploi et sens d'appartenance de la part de l'employée. Je me rallie d'emblée à cette opinion.

Même s'il peut avoir prétendu tenir compte du lien juridique négocié et établi par les parties, le Tribunal du travail s'est, en fait, fondé sur le test du contrôle *de facto* exercé à la fois sur l'aperçu général de la qualité et du volume de travail ainsi

the more specific daily task completion by the employee. The traditional Labour Court focus on *de facto* control, whether in the classic or broad sense, provides the overriding reasoning here. The legal obligations negotiated between the employee and the agency as regards all other key factors are virtually dismissed. This decision, and indeed the trend of such decisions in the Labour Court to which it refers, reflect the very reasoning which is impermissible here given the rules of interpretation, the context, the collective agreement, the wording and objective of the Code itself, as well as the intent of the parties. *Vassart, supra*, and *Coderre, supra*, were virtually ignored, although, in the case of *Vassart, supra*, at least, the Superior Court had, in my view authoritatively, decided the issue.

I conclude, therefore, that the Labour Court was in error in failing to apply the proper test for identifying who is the employer in a tripartite arrangement.

E. Absurd Results and Patent Unreasonableness

An error by an administrative body, where it is a specialized tribunal, acting within its jurisdiction, and protected by a privative clause, does not permit courts to substitute their opinion for that of the administrative body. The Labour Court is a specialized decision-making body shielded by a strong privative clause whose decision is challenged on review. This is not in dispute. The test for a reviewing court in such a case, as I said earlier, is one of patent unreasonableness. Nonetheless, on the basis of the following reasons, the error here does qualify as patently unreasonable for it leads to an absurd result.

The absurd result produced by the Labour Court's error is that it creates two legal relationships, binding one employee to two separate employers simultaneously, for the same work done at the same time, with all of the consequences this entails for the parties. As I explained at the outset,

que sur l'exécution plus spécifique du travail courant par l'employée. Le Tribunal du travail met traditionnellement l'accent sur le contrôle *de facto*, au sens classique ou au sens large, et c'est ce raisonnement qui domine en l'espèce. En fait, on se trouve pratiquement à rejeter les obligations juridiques négociées entre l'employée et l'agence relativement à tous les autres facteurs importants. La décision du Tribunal du travail en l'espèce — et en fait la tendance observée dans les dossiers auxquels il réfère — reflète un raisonnement qui n'est pas autorisé en l'espèce compte tenu des règles d'interprétation, du contexte, de la convention collective, du texte, de l'objectif du Code et de l'intention des parties. On a pratiquement ignoré *Vassart* et *Coderre*, précités, même si, selon moi, la décision de la Cour supérieure dans *Vassart* est l'autorité sur cette question.

En conséquence, je conclus que le Tribunal du travail a commis une erreur en omettant d'appliquer le test approprié pour déterminer qui est l'employeur dans une relation tripartite.

E. Résultat absurde et caractère manifestement déraisonnable

Lorsqu'un organisme administratif — un tribunal spécialisé agissant à l'intérieur de sa compétence et protégé par une clause privative — commet une erreur, une cour de justice ne peut substituer sa propre opinion à celle de cet organisme. Le Tribunal du travail est un organisme décisionnel spécialisé protégé par une clause privative étanche, et sa décision est contestée dans le cadre d'un contrôle judiciaire. Ceci n'est pas disputé. Dans un tel cas, comme je l'ai déjà mentionné, le test que doit appliquer le tribunal chargé de l'examen est celui du caractère manifestement déraisonnable. Pour les motifs qui suivent, l'erreur ici en cause en est une manifestement déraisonnable car elle aboutit à un résultat absurde.

Le résultat absurde créé par l'erreur du Tribunal du travail est qu'il donne lieu à deux liens de droit qui lient simultanément une employée à deux employeurs distincts, pour un seul et même travail, avec toutes les conséquences que cela comporte pour les parties. Comme je l'ai expliqué au début,

125

126

127

the Labour Court's decision has the effect of subjecting the employee and the City to the reciprocal rights and obligations contained in the collective agreement between the City and the union representing its regular employees. Neither the City nor the agency nor its employee intended or agreed to such a result, no more, in fact, than did the Union.

la décision du Tribunal du travail a pour effet d'assujettir l'employée et la Ville aux droits et obligations réciproques contenus dans la convention collective conclue entre la Ville et le syndicat représentant ses employés réguliers. Ni la Ville ni l'agence ni son employée — pas plus que le syndicat d'ailleurs — n'ont eu l'intention d'arriver à ce résultat ou d'y consentir.

128 At the same time, the agency and the employee have also entered a contract of employment, as was the case in *Coderre, supra*, comprised of the terms and conditions which they negotiated on an ongoing basis before the employee even began her first assignment at the City. Furthermore, the agency is considered an employer by law, with all of the rights and obligations this involves, pursuant to a number of statutes, such as, the *Act respecting labour standards*, R.S.Q., c. N-1.1, s. 1(7); the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, R.S.Q., c. A-3.001, s. 2 "employer"; the *Act respecting occupational health and safety*, R.S.Q., c. S-2.1, s. 1 "employer"; and the *Act respecting the Québec Pension Plan*, R.S.Q., c. R-9, s. (1)(i). I note that the board of appeal under the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases* has recently decided that the agency must be the true employer for the purposes of that Act as the employer-employee contractual relationship can only exist between the agency and the employee, *Zeller's Inc. v. Agences de personnel Cavalier Inc.*, [1994] C.A.L.P. 719.

Parallèlement, l'agence et l'employée ont aussi conclu un contrat de travail, comme dans *Coderre*, précité, assorti de conditions qu'ils avaient négociées sur une base continue avant même que l'employée ne reçoive sa première affectation à la Ville. Par ailleurs, l'agence est légalement considérée comme un employeur, avec tous les droits et obligations que cela comporte, en vertu d'un certain nombre de lois, dont la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., ch. N-1.1, art. 1(7); la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 2 «employeur»; la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., ch. S-2.1, art. 1 «employeur», et la *Loi sur le régime des rentes du Québec*, L.R.Q., ch. R-9, art. (1)i). Je note que la commission d'appel formée en vertu de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* a récemment décidé que l'agence doit être l'employeur véritable pour les fins de cette loi puisque la relation contractuelle employeur-salarié ne peut exister qu'entre l'agence et l'employé, *Zeller's Inc. c. Agences de personnel Cavalier Inc.*, [1994] C.A.L.P. 719.

129 As the appellant has argued, in the context of a tripartite relationship of the nature at issue in this appeal, the establishment of two simultaneous employers for the same employee, for the same work done at the same time, occurs precisely because *de facto* control over either a general structure governing the quality and quantity of work or the daily assignment and supervision of tasks is an ambiguous indicator of the ultimate legal power to compel the employee to fit herself within this structure. Viewed alone, these conditions could be seen to indicate control on the part of either the agency or the client.

Comme l'a soutenu l'appelante, dans le contexte d'une relation tripartite de la nature soulevée ici, l'établissement de deux employeurs simultanés pour une même employée, pour un seul et même travail, survient précisément parce que le contrôle *de facto* — exercé sur une structure générale régissant la qualité et le volume de travail ou l'affectation et la supervision courantes des tâches — constitue un indicateur ambigu du pouvoir légal ultime de contraindre l'employée à se conformer à cette structure. Prises isolément, ces conditions pourraient être considérées comme une indication du contrôle exercé soit par l'agence soit par le client.

130 When an employee undertakes *vis-à-vis* the agency to replace a regular employee in another

Lorsqu'un employé s'engage envers l'agence à remplacer un employé régulier dans un autre lieu

work site, the working conditions governing the employee are effectively imposed by the agency. At the same time, these can be seen to be within the control of the client. According to the City's contract with the agency, the agency cannot change the rules and conditions which govern how work is carried out in that environment. Judge Girouard referred to this difficulty in *Coderre, supra*, in deciding to address other significant factors in the tripartite relationship. Thus, a focus on the *de facto* control aspect of the relationship will often result in qualifying the client as the employer for the purposes of the Code, while the agency and the employee remain bound by an individual contract of employment with all of the agreed upon and legislated terms and conditions this may entail.

The employee in this case thus finds herself with two simultaneous employers for the same work, done at the same time, during her temporary assignments with the City, one employer for the purposes of collective bargaining, and another for all other purposes. This situation creates a number of impracticable, anomalous, and irrational consequences for the parties involved. First, confusion will inevitably arise as to who the employer is, particularly as regards important rights in the workplace. Second, the Labour Court's decision creates incoherence within labour and employment legislation. Third, some of the most important of an employee's rights pursuant to the collective agreement binding the City are unenforceable against the agency and, therefore, virtually meaningless for the employee within this arrangement. Fourth, many conditions of employment which are of great concern to a temporary services employee will be completely absent from such a collective agreement. Fifth, the employee is prevented from exercising her rights, pursuant to the Code, to collective negotiation with the agency of these and other important terms of employment. Sixth, and finally, the employee is denied many other rights pursuant to legislation aimed at ensuring minimum standards of employment. It is simply inconceivable to me that a tribunal empowered to give effect to the collective bargaining regime established by the Code would deny a vulnerable group of employees

de travail, c'est l'agence qui impose les conditions de travail de cet employé. On pourrait aussi dire que ces conditions relèvent également du contrôle du client. Selon le contrat entre la Ville et l'agence, l'agence ne peut modifier les règles et conditions qui régissent la prestation du travail dans ce milieu. Dans *Coderre*, précité, le juge Girouard note cette difficulté lorsqu'il décide d'examiner d'autres facteurs importants dans le cadre d'une relation tripartite. En conséquence, l'accent mis sur l'aspect du contrôle *de facto* de la relation aboutira souvent à qualifier le client d'employeur pour les fins du Code, alors que l'agence et l'employé demeurent liés par un contrat individuel de travail, avec toutes les conditions convenues et statutaires que cela comporte.

En l'espèce, l'employée se retrouve avec deux employeurs simultanés relativement à un seul et même travail, pendant ses affectations temporaires auprès de la Ville, soit un employeur pour les fins de la convention collective et un autre pour toutes les autres fins. Cette situation aboutit à un certain nombre de résultats irréalistes, anormaux et irrationnels pour les parties en cause. Premièrement, il existera certainement une confusion quant à savoir qui est l'employeur, tout particulièrement relativement à d'importants droits en milieu de travail. Deuxièmement, la décision du Tribunal du travail crée une incohérence en matière de droit du travail. Troisièmement, certains des droits les plus importants d'une employée aux termes de la convention collective — à laquelle est liée la Ville — ne sont pas exécutoires contre l'agence et sont en conséquence pratiquement dénués de sens pour l'employée en cause. Quatrièmement, de nombreuses conditions de travail fort importantes pour une employée offrant des services temporaires seront complètement exclues d'une telle convention collective. Cinquièmement, l'employée ne peut exercer, en application du Code, ses droits de participer aux négociations collectives avec l'agence en ce qui concerne ses conditions et d'autres importantes modalités d'emploi. Sixièmement et finalement, l'employée est privée de nombreux autres droits découlant de lois destinées à garantir des normes minimales en matière d'emploi. À mon avis, on ne

the right to avail themselves of not only this regime, but others intended to protect employees.

peut tout simplement pas concevoir qu'un tribunal habilité à appliquer le régime de négociation collective prévu par le Code priverait un groupe vulnérable de salariés du droit de profiter non seulement de ce régime, mais aussi de tout autre destiné à les protéger.

132 The significance of the first absurd consequence is great. Essentially, the employee will be left confused as to who her employer is, especially as regards her employment-related human rights, pursuant to the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12. The protection against discrimination in employment in s. 16 of the *Charter* provides an excellent example. Confusion will likely arise as to the source of discrimination experienced in her "hiring, apprenticeship, . . . promotion, transfer, displacement, laying-off, suspension, dismissal or conditions of employment", which is prohibited by s. 16. This will occur because she is simultaneously bound by two employment relationships for the same work assignment — that is, for the same tasks done at the same time — the contract of employment with the agency and the collective agreement with the City. This confusion can only serve to complicate and impede the complaint process for such an employee, a process which is often already difficult to embark upon.

La première conséquence absurde revêt une grande importance. Essentiellement, il y aura dans l'esprit de l'employée une confusion quant à savoir qui est son employeur, tout particulièrement en ce qui concerne les droits de la personne en matière d'emploi, conformément à la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12. La protection contre la discrimination dans l'emploi prévue à l'art. 16 de la *Charte* constitue un excellent exemple. Il y aura vraisemblablement confusion quant à la source de la discrimination «dans l'embauche, l'apprentissage, [. . .] la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail», qu'interdit l'art. 16. Ceci se produira parce que l'employée se trouve simultanément liée par deux relations de travail relativement à la même affectation — c'est-à-dire relativement à une seule et même tâche —, par le contrat de travail avec l'agence et la convention collective avec la Ville. Cette confusion ne peut que compliquer le processus de dépôt de plaintes par une telle employée et à y porter atteinte — voie sur laquelle il est déjà souvent difficile de s'engager.

133 Incoherence within labour and employment legislation, a second, anomalous consequence, arises because the agency is considered the employer for all purposes other than collective labour relations, when a common goal of employment law generally, of many employment-related statutes, and of the *Labour Code* itself, is to ensure that employees not be denied basic and important conditions of employment by virtue of their unequal bargaining position *vis-à-vis* their employer. It seems quite strange, contrary to the basic principles of labour law, and at odds with the regime governing labour relations, that the Code should not require the employer to negotiate a legally binding agreement with the employee, while most other statutes do require the existence of such an employment con-

Il y a incohérence dans les lois du travail et celles relatives à l'emploi — seconde conséquence anormale — parce que l'agence est considérée comme étant l'employeur pour toutes les fins autres que les relations collectives de travail, alors que le but commun du droit du travail en général, de plusieurs lois relatives à l'emploi et du *Code du travail* lui-même, est de garantir que les employés ne se voient pas privés de conditions de travail fondamentales et importantes car ils sont dans une position de négociation inégale par rapport à leur employeur. Il semble tout à fait étrange et contraire aux principes fondamentaux du droit du travail et au régime régissant les relations de travail que le Code n'exigerait pas que l'employeur négocie avec l'employé une entente qui les lie légalement, alors

tract. See *Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, s. 2 “employer”; *Act respecting occupational health and safety*, s. 1 “employer”. See also *Act respecting labour standards*, ss. 1(12) and 124.

The third absurd consequence is that the employee’s obligations and rights established under her contract of employment with the agency will preclude her access to many of the important conditions of employment included in the collective agreement between the City and the Union. Wages provide an excellent example. If the collective agreement provides for a higher rate than that agreed to by the agency, against whom can the employee exercise this right? The agency has been found not to be an employer for the purposes of certification under the *Labour Code* and is certainly not a party to the collective agreement. There is, therefore, no legal basis for an obligation on the part of the agency to pay more than was originally agreed upon. The agency’s obligations will only arise from the individual employment contract or pursuant to legislation.

Consequently, I disagree with the Chief Justice’s proposed solution that the City or the employee can somehow compel the agency to pay the wage rate set in the collective agreement and bill the difference to the employer. One might argue that the collective agreement would compel the client to include such terms in its contract with the agency. This was not done in the case at bar, however, and is unlikely to occur where, as in this case, the City and the Union clearly did not contemplate these employees when concluding the collective agreement. Absent the agreement on the part of the agency to such a term, there is no legal basis for its compliance with the terms of the collective agreement. There is no source of redress under the Code which could force the agency to abide by the conditions of employment of a collective agreement to which it is not a party.

Such a right may only be exercised against the City, through the grievance procedure established

que la plupart des autres lois exigent l’existence d’un contrat de travail. Voir: *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, art. 2 «employeur»; *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, art. 1 «employeur». Voir aussi *Loi sur les normes du travail*, art. 1(12) et 124.

La troisième conséquence absurde est que les obligations et droits de l’employée — établis dans son contrat de travail avec l’agence — feront qu’elle ne pourra bénéficier d’importantes conditions de travail comprises dans la convention collective entre la Ville et le syndicat. La rémunération constitue un excellent exemple. Si la convention collective prévoit un taux salarial plus élevé que celui convenu par l’agence, contre qui l’employée exerce-t-elle ce droit? On a statué que l’agence n’était pas un employeur pour les fins de l’accréditation en vertu du *Code du travail* et elle n’est certainement pas partie à la convention collective. En conséquence, il n’y a aucun fondement juridique qui obligerait l’agence à payer davantage que la rémunération initialement convenue. Les obligations de l’agence ne découleront que du contrat de travail individuel ou de la loi.

En conséquence, je ne suis pas d’accord avec la solution que propose le Juge en chef que la Ville ou l’employée puisse que quelque façon contraindre l’agence à payer le taux salarial prévu dans la convention collective et à facturer l’employeur pour la différence. On pourrait soutenir que la convention collective obligerait le client à inclure de telles conditions dans son contrat avec l’agence. Cependant, ceci n’a pas été fait en l’espèce, et ne le sera probablement pas vu que, dans ce cas, la Ville et le syndicat n’ont clairement pas eu l’intention d’inclure ces employés lorsqu’ils ont conclu la convention collective. Si l’agence n’a pas consenti à une telle condition, il n’existe aucun fondement juridique justifiant l’agence de se conformer aux conditions de la convention collective. Il n’y a dans le Code aucun redressement susceptible de contraindre l’agence à se conformer aux conditions de travail prévues dans une convention collective à laquelle elle n’est pas partie.

Un tel droit ne pourrait être exercé que contre la Ville, par le recours à la procédure de grief établie

134

135

136

in the collective agreement or imposed by the Minister. One might well conclude that the City could be ordered to “top up” the employee’s wages through some type of premium, yet this solution, too, is impracticable. It is very difficult to imagine a method of accounting for these wages which would not violate various legislative regimes which establish benefits and obligations on the basis of hourly wages or salary for particular work. By way of example, the agency is the employer for the purposes of the *Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 13 (now the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, s. 14), a regime where the employee’s benefits depend upon the average weekly insurable wages earned for a particular period.

dans la convention collective ou imposée par le Ministre. On pourrait bien conclure qu’il serait possible d’ordonner à la Ville de «rajouter» à la rémunération de l’employée, par exemple sous forme de prime, cette solution étant aussi irréaliste. Toutefois, il est très difficile d’imaginer une méthode de comptabilité pour ces salaires, qui n’irait pas à l’encontre des divers régimes législatifs qui établissent les bénéfices et obligations sur la base d’une rémunération horaire pour le travail en question. À titre d’exemple, l’agence est l’employeur pour les fins de la *Loi sur l’assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 13 (maintenant *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, art. 14) régime dans lequel les prestations de l’employée dépendent de la rémunération moyenne gagnée pendant une période particulière.

137

Another example is the regime governing disciplinary measures for employees covered by the collective agreement. In the event of a conflict between this and the disciplinary regime governing the employee and the agency, the employee again finds herself in an absurd position. The regime in the collective agreement may provide for a grievance procedure to challenge disciplinary action, yet this is in no way binding on the agency. Indeed, the agency may need, and certainly has the right, to replace the employee in order to fulfill its own contractual obligations to its clients. In accordance with its own contract with its employees, the agency may reprimand, remove, replace, or reassign an employee for a variety of reasons, including a complaint by a client or the realization that the work is too difficult for the employee. In this tripartite relationship, as the Labour Court acknowledged, final say in disciplinary matters *vis-à-vis* the employee has clearly been left to the agency. Moreover, in making these decisions, the agency is in no way subject to the arbitration process imposed by the City’s collective agreement or the Code. Once again, placing the temporary services employee under the regime of conditions set by the client’s collective agreement results in an important condition of employment being essentially unenforceable if it conflicts with the obliga-

Un autre exemple est le régime de mesures disciplinaires pour les employés visés par la convention collective. En cas de conflit entre ce régime et le régime disciplinaire régissant l’employée et l’agence, l’employée se trouve une fois de plus dans une situation absurde. En effet, la convention collective peut prévoir un mécanisme de grief pour contester les mesures disciplinaires, mais un tel mécanisme ne lie aucunement l’agence. En fait, l’agence peut avoir besoin de remplacer l’employée — et elle en a certainement le droit — pour s’acquitter de ses propres obligations contractuelles envers ses clients. Conformément à son propre contrat avec ses employés, l’agence peut réprimander, déplacer, remplacer ou réaffecter un employé pour une foule de raisons, notamment lorsqu’un client dépose une plainte ou que l’on se rend compte que le travail est trop difficile pour l’employé. À l’intérieur d’une telle relation tripartite, comme l’a reconnu le Tribunal du travail, l’agence a clairement le dernier mot sur le plan des mesures disciplinaires contre l’employée. Par ailleurs, en prenant ces décisions, l’agence ne se trouve aucunement assujettie au processus d’arbitrage imposé par la convention collective de la Ville ou le Code. Je répète qu’assujettir l’employée offrant des services temporaires au régime des conditions prévues dans la convention collective du client a comme résultat qu’une importante condition de travail est essentiellement inexécutoire

tional content of the contract of employment concluded between the agency and the employee.

The fourth absurd consequence is that many conditions of employment which are of great concern to a temporary services employee will be completely absent from such a collective agreement. These include, *inter alia*: evaluation and future placement, training, arrangement of time off between assignments, and the consequences of the inability to perform the duties asked by the client. As I have said, these employees were clearly never contemplated as being included in the bargaining unit covering the City's employees. Indeed, many of these terms have their most significant effects in the period where the employee's obligation to perform work is temporarily suspended. This provides a further indication of the limited protection offered an employee of an agency under the collective agreement binding the agency's client to its regular employees and the anomalous nature of the result reached by the Labour Court.

Moreover, under the Labour Court's approach, this employee is prevented from collectively bargaining an agreement with the agency in order to include the terms and conditions of employment which may be important to her and enforceable within the tripartite arrangement. This constitutes a fifth absurd consequence of the Labour Court's decision. This is wholly unnecessary as these employees could unionize as employees of the agency. To illustrate this point, in *Sutton Place Hotel*, *supra*, the OLRB certified the Hotel and Club Employees' Union, Local 299 to represent the employees of the management company *vis-à-vis* not the client, Sutton Place Hotel, but the company which provided maintenance services to that client. To the same effect, see *Tower Company*, *supra*. In Ontario, unions have also successfully sought certification for bargaining units comprised solely of employees of personnel agencies, see *Niagara Employment Agency Inc.*, [1989] O.L.R.D. No. 921 (QL); *I.M. Personnel Agency*

dans le cas où elle entre en conflit avec les obligations prévues au contrat de travail conclu entre l'agence et l'employée.

La quatrième conséquence absurde est que de nombreuses conditions de travail fort importantes pour une employée offrant des services temporaires seront complètement exclues d'une telle convention collective. Mentionnons, notamment, l'évaluation et les affectations futures, la formation, les ententes relatives aux congés entre les affectations et les conséquences de l'inaptitude à s'acquitter des fonctions demandées par le client. Comme je l'ai dit, on n'a jamais voulu que ces employés fassent partie de l'unité de négociation visant les employés de la Ville. En fait, un grand nombre de ces conditions ont leurs effets les plus importants lorsque se trouve suspendue l'obligation de l'employé de s'acquitter de son travail. Ceci constitue une autre indication, d'une part, de la protection limitée qu'offre à une employée d'agence la convention collective qui lie le client de l'agence et ses employés permanents et, d'autre part, de l'anomalie du résultat auquel est arrivé le Tribunal du travail.

Par ailleurs, en vertu de l'approche adoptée par le Tribunal du travail, l'employée ne peut négocier collectivement une entente avec l'agence de façon à inclure les conditions de travail susceptibles d'être importantes pour elles et exécutoires à l'intérieur de l'entente tripartite. Ceci constitue une cinquième conséquence absurde de la décision du Tribunal du travail. Cela n'est aucunement nécessaire puisque ces employés pourraient se syndiquer comme employés de l'agence. À titre d'illustration, dans *Sutton Place Hotel*, précité, la CRTO a accrédité le syndicat des employés de l'hôtel et du club, section locale 299 pour représenter les employés de la société de gestion non pas à l'égard du client, Sutton Place Hotel, mais de la société qui offrait les services d'entretien à ce client. Dans la même veine, voir *Tower Company*, précité. En Ontario, des syndicats ont réussi à se faire accréditer comme unités de négociation visant seulement des employés d'agence, voir *Niagara Employment Agency Inc.*, [1989] O.L.R.D. No. 921 (QL); *I.M.*

Inc., [1989] O.L.R.D. No. 970 (QL); *First Team Personnel Inc.*, [1994] O.L.R.D. No. 2630 (QL).

Personnel Agency Inc., [1989] O.L.R.D. No. 970 (QL); *First Team Personnel Inc.*, [1994] O.L.R.D. No. 2630 (QL).

140

Furthermore, in its decision in *All-Work, Inc.*, 193 N.L.R.B. 918 (1971), in response to a petition by a union to establish a bargaining unit comprised of employees of a temporary help agency, the U.S. National Labor Relations Board found there to be no legal impediment to the establishment of such a unit pursuant to the *National Labor Relations Act*. In concluding that the agency was, indeed, the employer of these employees, the Board made the following observation (at p. 919):

Nor do we believe that the fact that the Employer does not exercise control over the entire employment relationship is a sufficient reason for failing to grant the laborers their statutory right to engage in collective bargaining. The Employer herein controls the wage rates, the manner in which they are paid, the assignment of work, and, in many cases, the transportation of the laborers to the jobsites. Although the Employer does not actually supervise the work performed it thus has control over some of the most important aspects of the employer-employee relationship. We therefore find that effective and meaningful collective bargaining could take place between the Employer and the Petitioner and that the laborers, as employees of the Employer, are entitled to such bargaining if they indicate that they desire it. [Emphasis added.]

Moberly, *supra*, further explains, at p. 693, after citing this decision, that the employees of temporary services agencies continue to have the right to unionize, and thus bargain collectively, *vis-à-vis* the agency for which they work. In the U.S., collective agreements establishing important terms, such as wages, hours, and other conditions of employment, have been successfully concluded with such agencies.

141

A sixth absurd consequence of the Labour Court's approach is its significant interference with the employee's rights under other fundamental pieces of legislation aimed at protecting employees. The appellant draws our attention to the fact that many rights and benefits for employees established by the *Act respecting labour stand-*

Par ailleurs, dans *All-Work, Inc.*, 193 N.L.R.B. 918 (1971), en réponse à une requête présentée par un syndicat aux fins de l'établissement d'une unité de négociation composée d'employés d'une agence de personnel temporaire, le National Labor Relations Board américain a conclu qu'il n'existait en droit aucun obstacle à l'établissement d'une telle unité en vertu de la *National Labor Relations Act*. Dans sa conclusion que l'agence était en fait l'employeur de ces employés, le Board a fait l'observation suivante (à la p. 919):

[TRADUCTION] Nous ne croyons pas non plus que le fait que l'employeur n'exerce pas de contrôle sur l'ensemble de la relation d'emploi constitue une raison suffisante pour ne pas accorder aux travailleurs le droit que leur reconnaît la loi de participer à la négociation collective. L'employeur exerce un contrôle sur les taux salariaux, le versement de ces salaires, l'affectation du travail et, dans de nombreux cas, le transport de ces travailleurs jusqu'au lieu de travail. Bien que l'employeur ne supervise pas réellement le travail exécuté, il exerce un contrôle sur certains des aspects les plus importants de la relation employeur-employé. Nous statuons en conséquence qu'il pourrait y avoir négociations collectives efficaces et valables entre l'employeur et le requérant et que les travailleurs, à titre d'employés de cet employeur, ont droit d'y prendre part s'ils le désirent. [Je souligne.]

Après avoir cité cette décision, Moberly, *loc. cit.*, à la p. 693, explique que les employés d'agences de services temporaires continuent d'avoir le droit de se syndiquer et de négocier collectivement avec l'agence pour laquelle ils travaillent. Aux États-Unis, on a réussi à conclure avec de telles agences des conventions collectives établissant d'importantes conditions de travail, dont le salaire, les heures de travail et autres.

Une sixième conséquence absurde de la démarche du Tribunal du travail est qu'elle constitue une atteinte importante aux droits dont bénéficie le salarié aux termes d'autres textes de loi fondamentaux destinés à le protéger. L'appelante attire notre attention sur le fait que de nombreux droits et avantages offerts aux salariés en vertu de la *Loi sur*

ards depend upon a period of continuous service with one employer. An example of such a right is the recourse against unjust dismissal found in s. 124. Were the client of an agency to be considered the employer in the tripartite arrangement for the purposes of this legislation, the rights under this legislation which depend upon a given period of continuous service with one employer will be denied the employee or, at the very least, limited, given the relatively short duration of the temporary replacement.

At the same time, the employee may well work for the agency for a long enough period to establish these rights. The contractual employment relationship between the agency and the employee will generally continue through successive assignments with either the same client or different clients of the agency. As Gagnon, LeBel and Verge, *supra*, have observed, at pp. 62-63:

[TRANSLATION] Subject to statutory, regulatory or contractual provisions to the contrary, the continuity of the employment relationship is not normally interrupted by a temporary break in the performance of work, which is usually characterized as a layoff. Although a layoff may amount to a dismissal, especially if it continues, it does not usually terminate the employment relationship; the performance of work is merely suspended until the employee is called back to work. Thus, an employment relationship may, in a fairly regular manner, involve successive periods of work separated by periods of annual, seasonal or other inactivity without the continuity of that relationship being interrupted.

In fact, the *Act respecting labour standards* expressly contemplates this type of contract of employment. Section 1(12) defines “uninterrupted service” for the purposes of this Act as

the uninterrupted period during which the employee is bound to the employer by a contract of employment, even if the performance of work has been interrupted without cancellation of the contract. . . .

It would be irrational to qualify the client in a tripartite relationship as the employer for this regime, as to do so would deny the employees of

les normes du travail reposent sur une période de service continu auprès d'un employeur. Un exemple d'un tel droit est le recours pour congédiement injuste en vertu de l'art. 124. Si le client d'une agence est considéré, pour les fins de cette loi, comme l'employeur dans la relation tripartite, le salarié ne pourra bénéficier des droits fondés sur une période de service continu auprès d'un employeur, que lui offre la loi, ou tout au moins il en bénéficiera de façon limitée compte tenu de la période relativement courte de remplacement temporaire.

L'employé pourrait aussi travailler pour l'agence pendant une période suffisamment longue pour établir ces droits. La relation d'emploi contractuelle entre l'agence et l'employé se poursuivra généralement au cours des diverses affectations auprès du même client ou de clients différents de l'agence. Comme l'affirment Gagnon, LeBel et Verge, *op. cit.*, aux pp. 62 et 63:

La continuité du rapport de travail n'est normalement pas interrompue, sous réserve de prescriptions légales, réglementaires ou contractuelles à l'effet contraire, par la discontinuité temporaire de la prestation de travail, que l'on qualifie le plus souvent de mise à pied. Bien qu'il arrive qu'une mise à pied, surtout si elle perdure, puisse équivaloir à un licenciement, elle n'entraîne normalement pas la rupture du lien de travail; l'exécution de la prestation de travail n'est que suspendue jusqu'au rappel au travail du salarié. Ainsi, un rapport de travail peut donner lieu, avec plus ou moins de régularité, à des périodes successives d'exécution du travail espacées chacune de périodes d'inactivité annuelle, saisonnière ou autre sans que sa continuité ne soit pour autant interrompue.

En fait, la *Loi sur les normes du travail* prévoit expressément ce type de contrat de travail. Son article 1(12) définit ainsi l'expression «service continu» pour les fins de la Loi:

. . . la durée ininterrompue pendant laquelle le salarié est lié à l'employeur par un contrat de travail, même si l'exécution du travail a été interrompue sans qu'il y ait résiliation du contrat . . .

Il serait irrationnel de considérer le client dans une entente tripartite comme l'employeur pour les fins de ce régime puisque l'on se trouverait ainsi à

the agency the very protection this legislation is intended to provide. This result was clearly rejected by Grenier J. in *Vassart, supra*. The Chief Justice acknowledges this problem, yet attempts to resolve it by holding that the employer need not be the same for all labour and employment statutes, particularly where these have different aims. In other words, the agency could be considered the employer for the purposes of ensuring minimum labour standards while the client would become the employer for the purposes of collective bargaining. Such an interpretation would also place the employee in an unworkable situation, however. Identifying the agency as the employer for the purposes of labour standards based on continuous service cannot protect these rights in a meaningful way for the employee where they have not been obtained pursuant to the collective agreement to which that employee is bound.

priver les employés de l'agence de la protection même que la loi a voulu leur accorder. Ce résultat a clairement été rejeté par le juge Grenier dans l'affaire *Vassart*, précitée. Le Juge en chef reconnaît ce problème, mais tente de le résoudre en statuant que l'employeur n'a pas besoin d'être le même dans toutes les lois en matière d'emploi, notamment lorsqu'elles ont des buts différents. En d'autres termes, l'agence pourrait être considérée comme l'employeur pour les fins de garantir l'existence des normes de travail minimales, alors que le client pourrait devenir l'employeur pour les fins de la négociation collective. Une telle interprétation placerait toutefois l'employé dans une situation impossible. Établir que l'agence est l'employeur pour les fins de l'application des normes du travail fondées sur le service continu ne peut protéger les droits de l'employé d'une façon valable lorsque ceux-ci ne découlent pas d'une convention collective à laquelle est lié cet employé.

144 By way of example, while an employee may have worked long enough for the agency to earn the right under ss. 66 *et seq.* of the *Act respecting labour standards* to a certain period of paid holidays from the agency as employer, that employee's obligations pursuant to the collective agreement, which will be based on a shorter period of employment, may mandate her continued attendance at work. Any condition of employment in the collective agreement which interferes with such a right will not violate the *Act respecting employment standards* as the client is not the employer under this model. In any event, given the shorter period of employment with the client, such a condition would not violate the Act as regards the client's obligations as employer to that employee. The Labour Court decision thus results in denying basic legislated terms of employment for employees involved in tripartite employment arrangements, a consequence equally disturbing to those previously mentioned.

Ainsi, à titre d'exemple, même si une employée peut avoir travaillé suffisamment longtemps dans une agence pour acquérir de celle-ci à titre d'employeur, en vertu des art. 66 et suiv. de la *Loi sur les normes du travail*, le droit à une certaine période de congé payé, les obligations de cette employée aux termes de la convention collective — alors fondées sur une période plus courte d'emploi — pourraient bien faire qu'elle soit contrainte de continuer de se présenter au travail. Une condition de travail dans la convention collective qui va à l'encontre d'un tel droit ne contreviendra pas à la *Loi sur les normes du travail* puisque le client n'est pas l'employeur sous ce modèle. Quoi qu'il en soit, compte tenu de la période d'emploi plus courte auprès du client, une telle condition ne contreviendrait pas à la Loi pour ce qui est des obligations du client à titre d'employeur de cette employée. La décision du Tribunal du travail a donc pour effet de refuser à des employés dans une relation d'emploi tripartite, des conditions de travail prévues dans une loi, conséquence tout aussi troublante que celles qui ont déjà été évoquées.

145 As I stated at the outset, the Labour Court is charged with overseeing the certification scheme which enables employee associations, usually

Comme je l'ai mentionné au début, il appartient au Tribunal du travail de surveiller l'application du régime d'accréditation qui permet aux associations

unions, to bargain collectively on behalf of the employees in a particular workplace. The tribunal thus plays a very important role in this legislation aimed at regulating an employer's inherent power over its employees. Nonetheless, it has used an interpretation of its enabling legislation which creates confusion for employees who wish to enforce important rights in the workplace, prevents these employees from benefitting, in a meaningful way, from collective bargaining, whether in the client's workplace or with the agency, and interferes with their access to other rights and benefits in legislation which has the goal of protecting employees through enforcing minimum employment standards. This result arises from the simultaneous failure of the Labour Court to recognize the fundamental legal control of the employee by the agency in the circumstances of this appeal and placement of that employee within the legal regime of the collective agreement binding the City and its regular employees.

While the Labour Court has the broad jurisdiction to interpret its legislation and decide the question before it, even when this requires filling gaps and resolving ambiguities in statutes, this jurisdiction cannot extend to an interpretation which essentially ignores the fundamental requirement that an employer and an employee have actually agreed to enter a legal relationship of employment and brings results diametrically opposed to those intended by the Code and other pieces of labour legislation. Such a result is not only patently unreasonable, it is absurd. Moreover, as I have demonstrated, there is a straightforward solution to this problem, the test proposed in *Coderre, supra*, *Vassart, supra*, and by Deschamps J.A. in the Court of Appeal decision. Such a test avoids these absurd results while permitting the fulfilment of the fundamental objectives of the Code. For this reason, this Court must intervene to correct the error committed by the Labour Court in this case.

d'employés, habituellement des syndicats, de négocier collectivement pour le compte d'employés dans un lieu de travail particulier. Ce tribunal joue, en conséquence, un rôle très important dans le cadre de ce régime législatif destiné à régler le pouvoir inhérent de l'employeur sur ses employés. Le tribunal s'est, néanmoins, fondé sur une interprétation de sa loi habilitante qui crée de la confusion pour les salariés qui désirent faire valoir d'importants droits dans leur milieu de travail, qui les empêche de véritablement profiter de la négociation collective, que ce soit au lieu de travail du client ou à l'intérieur de l'agence, et qui entrave leur jouissance d'autres droits et avantages prévus dans une loi qui vise la protection des salariés par l'application de normes minimales du travail. Ce résultat découle du fait que le Tribunal du travail a, du même souffle, d'une part, omis de reconnaître le contrôle juridique fondamental exercé par l'agence sur l'employée dans les circonstances du présent pourvoi et, d'autre part, a placé cette employée à l'intérieur du régime juridique de la convention collective qui lie la Ville et ses employés permanents.

Bien que le Tribunal du travail jouisse d'une vaste compétence pour interpréter sa loi constitutive et se prononcer sur la question dont il est saisi, même lorsqu'il doit, pour ce faire, combler des lacunes et résoudre des ambiguïtés dans les lois, cette compétence ne va pas jusqu'à en arriver à une interprétation qui, d'une part, ignore essentiellement l'existence de l'obligation fondamentale qu'un employeur et un salarié aient convenu de conclure un contrat de travail qui les lie légalement et, d'autre part, aboutit à des résultats diamétralement opposés à ceux visés par le Code et d'autres lois du travail. Un tel résultat est non seulement manifestement déraisonnable, mais absurde. Par ailleurs, comme je l'ai démontré, il existe une solution simple à ce problème, c'est-à-dire l'application du test proposé dans les affaires *Coderre* et *Vassart*, précitées, ainsi que par le juge Deschamps en Cour d'appel. Un tel test permet d'éviter d'arriver à des résultats absurdes, tout en permettant d'atteindre les objectifs fondamentaux du Code. C'est pourquoi notre Cour doit intervenir pour corriger l'erreur commise par le Tribunal du travail en

The decision of the Labour Court cannot be sustained.

l'espèce. La décision du Tribunal du travail ne saurait être maintenue.

147

It is important to recall here that at no point has there been a finding or allegation that the City was inspired by anti-union intentions. Absent a policy-related concern of this type, the effect of the Labour Court's decision is fundamentally to determine the conditions of employment governing the employee of an agency. Doctrine cited by both the appellant and the respondent supports the conclusion I reach in these circumstances. In discussing how best to determine the true employer in employment relationships such as the one at issue in this appeal, I. Christie, G. England and B. Cotter, *Employment Law in Canada* (2nd ed. 1993), provide the following commentary (at p. 36):

Il importe de rappeler que l'on n'a jamais affirmé ou soutenu en l'espèce que la Ville était animée par d'intentions antisyndicales. En l'absence d'une telle préoccupation de principe, la décision du Tribunal du travail a fondamentalement pour effet de déterminer les conditions de travail de l'employée d'une agence. La doctrine citée tant par l'appelante que l'intimé appuie la conclusion à laquelle j'arrive dans les circonstances. Lorsqu'ils examinent la meilleure façon de déterminer quel est le véritable employeur dans une relation de travail comme celle en cause en l'espèce, I. Christie, G. England et B. Cotter font les commentaires suivants dans *Employment Law in Canada* (2^e éd. 1993), à la p. 36:

Of course, policy concerns play a dominant role in the approach of arbitrators and labour boards, and in the collective bargaining context it will often make good sense to hold the user [client of the agency] to be "employer" in order to combat union busting. However, different policies come in to play when the question is who should bear the burden of statutory and contractual benefits that depend on uninterrupted seniority with a single employer. To make the user the "employer" would impede the accrual of seniority for agency workers who are assigned relatively regularly to different users. It is submitted, therefore, that in only the clearest of situations should the agency worker be regarded as "employed" by anyone other than the agency for the purpose of statutory and contractual benefits. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Certes, les préoccupations de principe jouent un rôle dominant dans la démarche des arbitres et des commissions des relations du travail, et, dans le contexte de la négociation collective, il sera souvent logique de considérer l'utilisateur [le client de l'agence] comme l'«employeur» de façon à lutter contre les pressions antisyndicales. Cependant, différents principes entrent en jeu lorsque la question est de déterminer qui devrait assumer la responsabilité des avantages d'origine législative et contractuelle, avantages fondés sur un service continu auprès d'un seul employeur. Considérer l'utilisateur comme l'«employeur» nuirait à l'accumulation de l'ancienneté par les employés d'agence qui sont périodiquement affectés à divers usagers. En conséquence, nous soutenons que ce n'est que dans les cas les plus clairs que l'employé d'une agence doit être considéré comme «employé» par une personne autre que l'agence pour les fins des avantages d'origine législative et contractuelle. [Je souligne.]

148

The present appeal certainly does not present "the clearest of situations". On the contrary, as Deschamps J.A. concluded in this case at the Court of Appeal, the decision of the Labour Court brings results so absurd as to be at the very least patently unreasonable. For this reason, I cannot agree with the result reached by the Chief Justice in disposing of this appeal.

Le présent pourvoi ne constitue certainement pas «le cas le plus clair». Au contraire, comme l'a conclu le juge Deschamps de la Cour d'appel, la décision du Tribunal du travail donne lieu à des résultats si absurdes qu'ils sont pour le moins manifestement déraisonnables. C'est pourquoi je ne puis souscrire au résultat auquel arrive le Juge en chef.

III. Conclusion and Disposition

The Labour Court was in error in that it did not apply the proper test in its interpretation of the *Labour Code* as regards a tripartite relationship involving an agency, its employee, and its client. This error is patently unreasonable because it brings about an absurd result. Consequently, I would allow the appeal, set aside the judgments of the Superior Court and the Court of Appeal, quash the decisions of the labour commissioner and Labour Court, and dismiss the Union's request under s. 39 of the *Labour Code*, the whole with costs throughout.

Appeal dismissed with costs, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Bélanger Sauvé, Montreal.

Solicitor for the respondent: Pierre Gingras, Montreal.

III. Conclusion et dispositif

Le Tribunal du travail a commis une erreur parce qu'il n'a pas appliqué le bon test dans son interprétation du *Code du travail*, précité, dans le cas d'une relation tripartite entre une agence, son employé et son client. Il s'agit d'une erreur manifestement déraisonnable parce qu'elle aboutit à un résultat absurde. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi, d'infirmier les décisions de la Cour supérieure et de la Cour d'appel, d'annuler les décisions du commissaire du travail et du Tribunal du travail, et de rejeter la requête présentée par le syndicat en vertu de l'art. 39 du *Code du travail*, le tout avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

Procureurs de l'appelante: Bélanger Sauvé, Montréal.

Procureur de l'intimée: Pierre Gingras, Montréal.

The British Columbia Rugby Union *Appellant*

and

Brian Rigby *Appellant*

v.

Mark Hamstra, a minor suing by his Father and Guardian Ad Litem Hendrik Hamstra and the said Hendrik Hamstra *Respondents*

INDEXED AS: HAMSTRA (GUARDIAN AD LITEM OF) v. BRITISH COLUMBIA RUGBY UNION

File No.: 24743.

1997: January 23; 1997: April 24.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Civil procedure — Trial — Jury — Discharge — References made during trial to possibility of defendant's being insured — Judge discharging jury and plaintiffs electing to proceed by judge alone — Whether trial judge erred in discharging the jury because of the references to insurance — If in error, whether the plaintiffs entitled to a new trial despite their election to continue — Supreme Court Rules, B.C. Reg. 310/76, Rule 41(6).

Mark Hamstra was rendered quadriplegic in a rugby match held under the auspices of The British Columbia Rugby Union (B.C. Rugby) and supervised on its behalf by a coach, Brian Rigby. He and his father commenced an action in negligence against B.C. Rugby and Rigby. One of the players testifying at the trial by judge and jury referred to an insurance adjuster. None of the parties or the trial judge commented on that reference. Later in the trial, another witness stated that he assumed an insurance company would pay any damages awarded against B.C. Rugby. The trial judge cautioned the jury to ignore the reference. B.C. Rugby then brought a motion for an order that the jury be discharged on the ground that its defence might be prejudiced by the reference. The trial judge granted the motion and the respondents, given the option of a new trial before a new jury

The British Columbia Rugby Union *Appelante*

et

Brian Rigby *Appelant*

c.

Mark Hamstra, mineur représenté par son père et tuteur à l'instance de Hendrik Hamstra, et ledit Hendrik Hamstra *Intimés*

RÉPERTORIÉ: HAMSTRA (TUTEUR À L'INSTANCE DE) c. BRITISH COLUMBIA RUGBY UNION

N° du greffe: 24743.

1997: 23 janvier; 1997: 24 avril.

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

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

Procédure civile — Procès — Jury — Libération — Allusions durant le procès à la possibilité que la défenderesse soit assurée — Juge libérant le jury et demandeurs optant pour la poursuite de leur procès devant le juge seul — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en libérant le jury à cause des allusions à une assurance? — S'il y a eu erreur, les demandeurs ont-ils droit à un nouveau procès malgré leur choix de poursuivre le procès? — Supreme Court Rules, B.C. Reg. 310/76, art. 41(6).

Mark Hamstra est devenu tétraplégique lors d'un match de rugby joué sous les auspices de The British Columbia Rugby Union (B.C. Rugby) et supervisé, au nom de celle-ci, par l'entraîneur Brian Rigby. Hamstra et son père ont intenté une action pour négligence contre la B.C. Rugby et Rigby. L'un des joueurs, qui témoignait au procès devant un juge et un jury, a fait allusion à un expert en assurances. Aucune des parties ni le juge de première instance n'ont commenté cette allusion. Plus tard au cours du procès, un autre témoin a déclaré qu'il présumait qu'une compagnie d'assurances paierait les dommages-intérêts auxquels la B.C. Rugby pourrait être condamnée. Le juge de première instance a prévenu le jury de ne pas tenir compte de cette allusion. La B.C. Rugby a ensuite déposé une requête visant à obtenir une ordonnance enjoignant de libérer le jury pour le motif

or continuing the trial with the trial judge sitting alone, elected to continue. The action was dismissed but an appeal was allowed and a new trial was ordered. The Court of Appeal's reasons dealt only with the error by the trial judge in discharging the jury. At issue here were whether the trial judge erred in discharging the jury because of the references to the possibility that B.C. Rugby was insured, and if so, whether the respondents are entitled to a new trial despite their election to continue before the trial judge sitting alone.

Held: The appeal should be allowed.

In *Bowhey v. Theakston*, [1951] S.C.R. 679, this Court held that a jury should be discharged automatically if something occurs from which the jury might reasonably infer that the defendant is insured. This Court should overrule its decision in *Theakston* as it relates to the automatic discharge of the jury once a reference to insurance is made. The rationale for the *Theakston* rule is no longer valid given that insurance is widely known.

The decision whether to discharge the jury should be a matter within the discretion of the trial judge. In exercising this discretion, the trial judge should consider whether the reference has caused a substantial wrong or miscarriage of justice so that it would be unfair to continue with the present jury. In assessing the likelihood of prejudice, the trial judge should consider whether the fact that the defendant is insured is well known. If the trial judge determines that the reference to the defendant's being insured is likely to result in prejudice, the jury should not be discharged automatically. The jury should only be discharged if the trial judge considers that the prejudice cannot be cured. In most cases the jury will be able, with proper instructions from the trial judge, to disregard the fact of insurance in determining liability and assessing damages.

Absent an error of law, an appellate court should not interfere with the exercise by a trial judge of his or her

que l'allusion qui avait été faite pourrait nuire à sa défense. Le juge de première instance a accueilli la requête et les intimés, qui avaient le choix de subir un nouveau procès devant un nouveau jury ou de continuer de subir leur procès devant le juge de première instance seul, ont opté pour la poursuite de leur procès. L'action a été rejetée, mais un appel a été accueilli et un nouveau procès a été ordonné. La Cour d'appel a limité ses motifs à l'erreur que le juge de première instance avait commise en libérant le jury. En l'espèce, il s'agit de savoir si le juge de première instance a commis une erreur en libérant le jury à cause des allusions à la possibilité que la B.C. Rugby soit assurée et, dans l'affirmative, si les intimés ont droit à un nouveau procès malgré qu'ils aient opté pour la poursuite du procès devant le juge de première instance seul.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Dans l'arrêt *Bowhey c. Theakston*, [1951] R.C.S. 679, notre Cour a conclu qu'un jury devrait être libéré automatiquement s'il survient quelque chose dont il pourrait raisonnablement déduire que le défendeur est assuré. Notre Cour devrait renverser son arrêt *Theakston* dans la mesure où il concerne la libération automatique du jury, une fois qu'il a été fait allusion à une assurance. Le raisonnement qui sous-tend la règle de l'arrêt *Theakston* n'est plus valide étant donné que l'assurance est désormais une réalité notoire.

La décision de libérer le jury devrait relever du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance. Dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, le juge de première instance devrait se demander si l'allusion a causé un tort important ou une erreur judiciaire grave, de sorte qu'il ne serait pas équitable que le procès se poursuive devant le présent jury. Pour évaluer le risque de préjudice, le juge de première instance devrait se demander s'il est notoire que le défendeur est assuré. Si le juge de première instance décide que l'allusion au fait que le défendeur est assuré risque de causer un préjudice, le jury ne devrait pas être libéré automatiquement. Le jury ne devrait être libéré que si le juge de première instance considère qu'il est impossible de remédier au préjudice. Dans la plupart des cas, le jury pourra, après avoir reçu des directives appropriées du juge de première instance, ne pas tenir compte de l'existence d'une assurance pour établir la responsabilité et évaluer les dommages-intérêts.

En l'absence d'une erreur de droit, une cour d'appel ne devrait pas toucher à l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

discretion in the conduct of a trial. This applies with equal force to a decision to retain or discharge the jury.

The reasons for judgment do not indicate that the trial judge applied the rule in *Theakston*. He did not automatically discharge the jury but considered, first, if the references to insurance were prejudicial, and if so, whether he could remove the prejudice by instructing the jury. He concluded that he could not and it was only then that he exercised his discretion and discharged the jury. The question as to whether the respondents were entitled to a new trial despite their election to continue before the trial judge sitting alone was moot given that the trial judge did not err in discharging the jury.

Cases Cited

Overruled: *Bowhey v. Theakston*, [1951] S.C.R. 679, aff'g [1950] O.R. 524; **referred to:** *O'Neil v. Pacific Great Eastern Railway* (1971), 24 D.L.R. (3d) 628; *Koebel v. Rive*, [1958] O.R. 448; *Loughead v. Collingwood Shipbuilding Co.* (1908), 16 O.L.R. 64, aff'd (1908), 12 O.W.R. 697; *Wellington v. Lake George Mines Pty. Ltd.*, [1962] S.R. (N.S.W.) 326; *Hellenius v. Lees*, [1970] 1 O.R. 273, aff'd [1972] S.C.R. 165; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Hill*, [1986] 1 S.C.R. 313; *Morin v. Rochon* (1983), 42 O.R. (2d) 301; *Jackson v. Inglis* (1985), 7 O.A.C. 377; *Michaud v. Wales* (1991), 8 C.C.L.I. (2d) 57; *Cameron v. Excelsior Life Insurance Co.* (1978), 27 N.S.R. (2d) 218; *Currie v. Nova Scotia Trust Co.* (1969), 1 N.S.R. 274; *Schon v. Hodgins*, [1988] O.J. No. 839 (Q.L.); *Federal Business Development Bank v. Lakeland Drilling Ltd.* (1985), 61 A.R. 381; *Alden v. Hutcheon*, [1960] Que. Q.B. 539; *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville*, [1982] 2 S.C.R. 518.

Statutes and Regulations Cited

Supreme Court Rules, B.C. Reg. 310/76, Rule 41(6) [ad. B.C. Reg. 178/83, s. 7].

Authors Cited

McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, vol. 1, 4th ed. By John William Strong, ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.

tionnaire du juge de première instance au cours d'un procès. Cela s'applique tout autant à une décision de garder ou de libérer le jury.

Les motifs de jugement n'indiquent pas que le juge de première instance a appliqué la règle de l'arrêt *Theakston*. Il n'a pas libéré automatiquement le jury, mais il s'est d'abord demandé si les allusions à une assurance étaient préjudiciables et, dans l'affirmative, s'il pourrait, par des directives au jury, supprimer le préjudice causé. Il a conclu qu'il ne le pourrait pas, et c'est seulement à ce moment-là qu'il a exercé son pouvoir discrétionnaire et libéré le jury. La question de savoir si les intimés ont droit à un nouveau procès malgré qu'ils aient opté pour la poursuite du procès devant le juge de première instance seul est sans objet étant donné que le juge de première instance n'a commis aucune erreur en libérant le jury.

Jurisprudence

Arrêt renversé: *Bowhey c. Theakston*, [1951] R.C.S. 679, conf. [1950] O.R. 524; **arrêts mentionnés:** *O'Neil c. Pacific Great Eastern Railway* (1971), 24 D.L.R. (3d) 628; *Koebel c. Rive*, [1958] O.R. 448; *Loughead c. Collingwood Shipbuilding Co.* (1908), 16 O.L.R. 64, conf. par (1908), 12 O.W.R. 697; *Wellington c. Lake George Mines Pty. Ltd.*, [1962] S.R. (N.S.W.) 326; *Hellenius c. Lees*, [1970] 1 O.R. 273, conf. par [1972] R.C.S. 165; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313; *Morin c. Rochon* (1983), 42 O.R. (2d) 301; *Jackson c. Inglis* (1985), 7 O.A.C. 377; *Michaud c. Wales* (1991), 8 C.C.L.I. (2d) 57; *Cameron c. Excelsior Life Insurance Co.* (1978), 27 N.S.R. (2d) 218; *Currie c. Nova Scotia Trust Co.* (1969), 1 N.S.R. 274; *Schon c. Hodgins*, [1988] O.J. No. 839 (Q.L.); *Federal Business Development Bank c. Lakeland Drilling Ltd.* (1985), 61 A.R. 381; *Alden c. Hutcheon*, [1960] B.R. 539; *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518.

Lois et règlements cités

Supreme Court Rules, B.C. Reg. 310/76, art. 41(6) [aj. B.C. Reg. 178/83, art. 7].

Doctrine citée

McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, vol. 1, 4th ed. By John William Strong, ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.

Sopinka, John. *The Trial of an Action*. Toronto: Butterworths, 1981.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1995), 4 B.C.L.R. (3d) 127, 57 B.C.A.C. 202, 94 W.A.C. 202, 123 D.L.R. (4th) 693, 38 C.P.C. (3d) 145, with additional reasons (1995), 8 B.C.L.R. (3d) 136, 60 B.C.A.C. 156, 99 W.A.C. 156, 124 D.L.R. (4th) 607, 38 C.P.C. (3d) 164, allowing an appeal from a judgment of Hollinrake J. (1989), 1 C.C.L.T. (2d) 78. Appeal allowed.

David J. Whitelaw and T. Ryan Darby, for the appellant The British Columbia Rugby Union.

Eric A. Dolden and Karen Liang, for the appellant Brian Rigby.

Robert D. Gibbens, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. — This appeal deals with the effect of the jury's learning during the trial that the defendant may have insurance coverage. Should there be an automatic discharge of the jury or should the trial judge have the discretion to assess the likelihood of prejudice and fashion the appropriate remedy?

Facts

On May 11, 1986 the plaintiff respondent Mark Hamstra, then 18, was rendered a quadriplegic owing to severe spinal injuries which he suffered as a result of the collapse of a scrum in a rugby match held at a secondary school in Langley, British Columbia. The match was conducted under the auspices of the defendant appellant The British Columbia Rugby Union (B.C. Rugby). The defendant appellant Brian Rigby was one of the coaches who supervised the match on behalf of B.C. Rugby. Hamstra and his father commenced an action against Rigby, B.C. Rugby and the Board of School Trustees of School District No. 35 (the Board) for damages caused by their failure to

Sopinka, John. *The Trial of an Action*. Toronto: Butterworths, 1981.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1995), 4 B.C.L.R. (3d) 127, 57 B.C.A.C. 202, 94 W.A.C. 202, 123 D.L.R. (4th) 693, 38 C.P.C. (3d) 145, motifs additionnels (1995), 8 B.C.L.R. (3d) 136, 60 B.C.A.C. 156, 99 W.A.C. 156, 124 D.L.R. (4th) 607, 38 C.P.C. (3d) 164, qui a accueilli l'appel interjeté contre un jugement du juge Hollinrake (1989), 1 C.C.L.T. (2d) 78. Pourvoi accueilli.

David J. Whitelaw et T. Ryan Darby, pour l'appelante The British Columbia Rugby Union.

Eric A. Dolden et Karen Liang, pour l'appelant Brian Rigby.

Robert D. Gibbens, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — Le présent pourvoi concerne l'incidence du fait que les jurés apprennent, au cours du procès, qu'il se peut que la défenderesse soit assurée. Les jurés devraient-ils être libérés automatiquement ou le juge de première instance devrait-il avoir le pouvoir discrétionnaire d'évaluer la probabilité d'un préjudice et de formuler la réparation convenable?

Les faits

Le 11 mai 1986, le demandeur intimé Mark Hamstra, alors âgé de 18 ans, est devenu tétraplégique à la suite de graves blessures à la colonne vertébrale, subies à la suite de l'effondrement d'une mêlée ouverte pendant un match de rugby qui se déroulait à une école secondaire de Langley, en Colombie-Britannique. Le match s'était joué sous les auspices de la défenderesse appelante The British Columbia Rugby Union («B.C. Rugby»). Le défendeur appellant Brian Rigby était l'un des entraîneurs qui supervisaient le match au nom de la B.C. Rugby. Hamstra et son père ont intenté une action contre Rigby, la B.C. Rugby et le Conseil scolaire du district scolaire n° 35 («Conseil») pour

supervise the game properly and allowing the scrum to become unbalanced and collapse.

les dommages résultant de leur omission de superviser correctement la rencontre et du fait d'avoir laissé la mêlée ouverte devenir mal équilibrée et s'effondrer.

3 The respondents elected a trial by judge and jury. On the eighth day of the trial, Bruce Baldo, one of the players at the match, was cross-examined by counsel for the appellant B.C. Rugby. An issue arose about what was contained in a previous statement taken from this witness by Mr. Hanby, an insurance adjuster. The transcript of the testimony is:

Les intimés ont choisi de subir leur procès devant un juge et un jury. Le huitième jour du procès, Bruce Baldo, l'un des joueurs de la rencontre, a été contre-interrogé par l'avocat de l'appelante la B.C. Rugby. Une question s'est posée au sujet de la teneur d'une déclaration antérieure obtenue de ce témoin par M. Hanby, expert en assurances. Voici la transcription du témoignage:

[TRADUCTION]

Q. All right. Now, what you're commenting on now, I gather, is the manner in which the statement was taken from you you believe to be unfair; is that correct?

Q. D'accord. Maintenant, je crois comprendre que ce que vous faites remarquer maintenant, c'est que vous croyez que la manière dont la déclaration a été obtenue de vous est injuste, n'est-ce pas?

A. I thought — yeah, after reading it I felt — basically he had written it down all in his handwriting which is quite hard to read.

R. Je pensais — ouais, après l'avoir lue, je croyais — au fond, il l'avait écrite à la main et son écriture est très difficile à lire.

Q. Yes.

Q. Oui.

A. And the only time I got a copy of it was when I was talking to Bill Neen. And he wasn't going to give me a copy but I said I've got — he wouldn't give me a copy unless I produced the other copy of basically the writing that looked like chicken scratch. So I gave him that and he gave me a written copy and I looked through it and read it and I found he did, you know, being an insurance adjuster, of course, modified it to tailor his needs, fitting in a few words here and there. And I didn't like that at all.

R. Et la seule fois que j'en ai eu une copie, c'était lorsque j'étais en train de parler à Bill Neen. Et il n'était pas pour m'en donner une copie, mais j'ai dit que j'en avais une — il ne me donnerait une copie que si je produisais l'autre dont la graphie ressemblait, au fond, à des pattes de mouche. Donc, je la lui ai donnée et il m'a remis une copie écrite et, en la lisant, je me suis aperçu, vous savez, comme c'était un expert en assurances, qu'il en avait naturellement modifié le texte selon ses besoins, en insérant quelques mots ici et là. Et je n'ai pas aimé cela du tout.

None of the parties objected to the reference to an insurance adjuster nor did the trial judge comment on it.

Aucune des parties ne s'est opposée à l'allusion à un expert en assurances, et le juge de première instance ne l'a pas commentée non plus.

4 On the fourteenth day of the trial, Geoffrey B. Legh, called by the Board as an expert in rugby football, was being cross-examined by counsel for the respondents, when the following exchange took place:

Le quatorzième jour du procès, Geoffrey B. Legh, assigné comme spécialiste du rugby par le Conseil, était contre-interrogé par l'avocat des intimés, lorsque l'échange suivant a eu lieu:

[TRADUCTION]

Q. ... My question is that you were concerned about the financial affairs of The B.C. Rugby Union?

Q. ... Ma question est que vous étiez préoccupé par la situation financière de la B.C. Rugby Union?

A. Yes.

R. Oui.

Q. And you are concerned that this lawsuit is going to hurt those financial affairs, now aren't you?

A. Not at all.

Q. You're not at all?

A. No. I assume some insurance company is going to pay for it.

No objection was made by any of the counsel after this reference to insurance. However, the trial judge interrupted and made the following comments:

The Court: I just want to stop you for a moment, Mr. Stanton, I'm sorry. Ladies and gentlemen of the jury, I may just forget that last answer in my charge to you. I just want you to be aware that you do not and will not decide this case on the basis that maybe somebody else is going to pay for it. You've heard that answer and it shouldn't have come out. It did come out and I just want to warn you now that that has nothing whatever to do with this case or how you decide this case. You decide this case on the evidence before you.

Mr. Stanton: That was not intentional on my part.

The Court: No, Mr. Stanton, I'm not suggesting for a minute it was. I'm not suggesting for one minute that it was. I just want to warn the jury that they're to just totally ignore that answer.

After the lunchtime adjournment, counsel for B.C. Rugby brought a motion for an order that the jury be discharged on the ground that its defence might be prejudiced by the reference that it might have insurance. The trial judge granted the motion.

In accordance with Rule 41(6) of the *Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 310/76, as amended by B.C. Reg. 178/83, s. 7, the respondents were given the option of a new trial before a new jury or continuing the trial with the trial judge sitting alone. Rule 41(6) provides:

Q. Et vous craignez maintenant que les présentes poursuites judiciaires nuisent à cette situation financière, n'est-ce pas?

R. Pas du tout.

Q. Vous ne craignez rien du tout?

R. Non. Je suppose qu'une compagnie d'assurances va payer pour cela.

Aucune objection n'a été soulevée par l'un ou l'autre des avocats après cette allusion à une assurance. Toutefois, le juge de première instance a interrompu le contre-interrogatoire et a fait les observations suivantes:

[TRADUCTION] La Cour: Je voudrais seulement vous arrêter un instant, M^e Stanton, je suis désolé. Mesdames et messieurs du jury, je ne pourrai qu'oublier cette dernière réponse dans l'exposé que je vous ferai. Je veux seulement que vous soyez conscients du fait que vous ne tranchez pas et ne trancherai pas la présente affaire en présumant que quelqu'un d'autre va peut-être payer pour cela. Vous avez entendu cette réponse et elle n'aurait pas dû être formulée. Elle l'a été et je veux seulement vous prévenir maintenant que cela n'a absolument rien à voir avec la présente affaire ou avec la façon dont vous devez trancher l'affaire. Vous devez trancher l'affaire en fonction de la preuve dont vous êtes saisis.

M^e Stanton: Je ne l'ai pas fait intentionnellement.

La Cour: Non, M^e Stanton, je ne laisse nullement entendre que vous l'avez fait intentionnellement. Je ne laisse nullement entendre que vous l'avez fait intentionnellement. Je veux seulement prévenir les jurés qu'ils ne doivent absolument pas tenir compte de cette réponse.

Après l'ajournement pour le déjeuner, l'avocat de la B.C. Rugby a déposé une requête visant à obtenir une ordonnance enjoignant de libérer le jury pour le motif que l'allusion au fait qu'il se pourrait qu'elle ait une assurance pourrait nuire à sa défense. Le juge de première instance a accueilli la requête.

Conformément au par. 41(6) des *Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 310/76, modifié par B.C. Reg. 178/83, art. 7, on a donné aux intimés le choix de subir un nouveau procès devant un nouveau jury ou de continuer de subir leur procès devant le juge de première instance seul. Le paragraphe 41(6) des Règles se lit ainsi:

5

6

[TRADUCTION]

RULE 41

ARTICLE 41

(6) Where, for any reason other than the misconduct of a party or his counsel, a trial with a jury would be retried, the Court, with the consent of the party who required a jury trial, may continue the trial without a jury.

The Hamstras were given the weekend to decide, and elected to continue before the judge sitting alone. At the conclusion of the trial the action was dismissed: (1989), 1 C.C.L.T. (2d) 78 (B.C.S.C.).

7 The respondents appealed successfully to the Court of Appeal for British Columbia. The Court of Appeal restricted their reasons to the error by the trial judge in discharging the jury and ordered a new trial: (1995), 4 B.C.L.R. (3d) 127 (C.A.). B.C. Rugby and Rigby appeal from the decision of the Court of Appeal for British Columbia to this Court.

Judgments below

Supreme Court of British Columbia (1989), 1 C.C.L.T. (2d) 78

8 The trial judge relied on *O'Neil v. Pacific Great Eastern Railway* (1971), 24 D.L.R. (3d) 628 (B.C.C.A.), where Maclean J.A. stated at p. 630 that "[a] trial Judge has the inherent power to prevent either party being prejudiced by references which might lead to an improper verdict". His reasons for discharging the jury were:

I am concerned here from the impression that I formed when Mr. Legh gave this evidence to the effect that he assumed an insurance company would pay for this, that the jury may well have formed the impression that I did, and that is that in fact there is insurance here. . . .

(6) Lorsque, pour toute autre raison que l'inconduite d'une partie ou de son avocat, il faudrait reprendre un procès devant jury, la cour peut, avec le consentement de la partie qui a demandé un procès devant jury, poursuivre le procès sans jury.

Les Hamstra disposaient de la fin de semaine pour prendre leur décision et ils ont opté pour la poursuite de leur procès devant le juge seul. À la fin du procès, l'action a été rejetée: (1989), 1 C.C.L.T. (2d) 78 (C.S.C.-B.).

Les intimés ont interjeté appel avec succès devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. La Cour d'appel a limité ses motifs à l'erreur que le juge de première instance avait commise en libérant le jury, et elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès: (1995), 4 B.C.L.R. (3d) 127 (C.A.). La B.C. Rugby et Rigby se pourvoient devant notre Cour contre la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

Les juridictions inférieures

La Cour suprême de la Colombie-Britannique (1989), 1 C.C.L.T. (2d) 78

Le juge de première instance s'est fondé sur l'arrêt *O'Neil c. Pacific Great Eastern Railway* (1971), 24 D.L.R. (3d) 628 (C.A.C.-B.), dans lequel le juge Maclean déclare, à la p. 630, que [TRADUCTION] «[l]e juge de première instance a le pouvoir inhérent d'empêcher que l'une ou l'autre des parties subisse un préjudice à cause d'allusions susceptibles de conduire à un verdict incorrect». Voici les motifs qu'il a invoqués pour libérer le jury:

[TRADUCTION] Je crains ici, selon l'impression que j'ai eue lorsque M. Legh a témoigné qu'il supposait qu'une compagnie d'assurances paierait pour cela, que les jurés aient bien pu avoir l'impression que j'ai eue, à savoir qu'il existe effectivement une assurance en l'espèce. . . .

It is with great reluctance that I have concluded that the evidence of Mr. Legh even standing alone, but especially coupled with that of Mr. Baldo, is such that The B.C. Rugby Union might be prejudiced by that reference. I say that because of the position of The B.C. Rugby Union as a voluntary non-profit organization.

I am concerned that it will be difficult for this jury, no matter what I may say to it, to get out of its heads the impression that I formed, if they should, that there is insurance here and that this could have a material impact on their deliberations when it comes to The B.C. Rugby Union. And I emphasize that in this case it is references which might lead to an improper verdict as opposed to references which would inevitably lead to an improper verdict.

In any event, even if the standard of care that the court will exact from The B.C. Rugby Union is the ordinary standard of care that is exacted from any other person in a negligence action, I still have the concerns I have expressed before in these Reasons.

And there is no doubt in my mind that the prejudice may well be there, and it is enough if it might lead to an improper verdict.

I repeat again that I have done this with the greatest of reluctance. We have had 14 days of trial. They have been difficult days some of them. Counsel, I know, have done their best. I must say in these Reasons that I am not faulting anyone for any of these statements that came out. I am satisfied they were all unintentional but they are there and there is nothing I can do about that.

Now, on the basis of what I have said before I have no alternative but to exercise my discretion and to discharge this jury and I so do.

Court of Appeal for British Columbia (1995), 4 B.C.L.R. (3d) 127, with additional reasons (1995), 8 B.C.L.R. (3d) 136

The Court of Appeal held that a jury should only be discharged if prejudice is created and the discharge is necessary to prevent an improper verdict. The court concluded that the trial judge had erred in discharging the jury because he had based his decision on the premise that the references to insurance might result in the jury's not paying

J'ai beaucoup hésité à conclure que le témoignage de M. Legh même considéré seul, mais particulièrement lorsqu'il est conjugué à celui de M. Baldo, est tel que la B.C. Rugby Union pourrait subir un préjudice à cause de cette allusion. Je dis cela parce que la B.C. Rugby Union est un organisme bénévole à but non lucratif.

Je crains que, quoi que je puisse leur dire, les jurés, s'ils devaient le faire, aient de la difficulté à se sortir de la tête l'impression que j'ai eue, selon laquelle il existe une assurance, et que cela puisse avoir une incidence importante sur leurs délibérations quand il sera question de la B.C. Rugby Union. Et je souligne que, dans la présente affaire, ce sont des allusions qui pourraient conduire à un verdict incorrect par opposition à des allusions qui conduiraient inévitablement à un tel verdict.

De toute façon, même si la norme de diligence que la cour exigera de la B.C. Rugby Union est la norme de diligence ordinaire qui est exigée de toute autre personne dans une action pour négligence, je ressens encore les craintes que j'ai déjà exprimées dans les présents motifs.

Et il n'y a aucun doute dans mon esprit qu'il peut bien y avoir préjudice, et cela est suffisant si ce préjudice est susceptible de conduire à un verdict incorrect.

Je répète encore une fois que j'ai beaucoup hésité à faire cela. Nous avons eu 14 jours de procès. Certains ont été difficiles. Les avocats, je le sais, ont fait de leur mieux. Je dois dire, dans les présents motifs, que je ne reproche à personne les déclarations qui ont été formulées. Je suis convaincu qu'elles n'étaient pas intentionnelles, mais elles ont été faites et je n'y peux rien.

Maintenant, compte tenu de ce que j'ai dit précédemment, je n'ai pas d'autre choix que d'exercer mon pouvoir discrétionnaire et de libérer le jury, et c'est ce que je fais.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1995), 4 B.C.L.R. (3d) 127, motifs additionnels (1995), 8 B.C.L.R. (3d) 136

La Cour d'appel a statué qu'un jury ne devrait être libéré que s'il y a un préjudice et si la libération est nécessaire pour empêcher qu'un verdict incorrect soit prononcé. La cour a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en libérant le jury parce qu'il avait fondé sa décision sur la prémisse selon laquelle les allusions à

attention to the fact that B.C. Rugby was subject to a lower standard of care owing to its status as a voluntary non-profit organization. Furthermore, they concluded that the trial judge did not consider the factors from the course of the trial which weighed against discharging the jury, including the facts that the trial was well advanced at the time of the second reference, that the references were made innocently, and that there was no fault on the part of the plaintiffs. The court concluded that the verdict of the jury would not inevitably have been the same as that of the trial judge, and held that a new trial was necessary.

Issues

- 10
1. Did the trial judge err in discharging the jury owing to the references to the possibility that B.C. Rugby was insured?
 2. If the trial judge did err in discharging the jury, are the respondents entitled to a new trial despite their election to continue before the trial judge sitting alone?

Analysis

Did the trial judge err in discharging the jury owing to the references to the possibility that B.C. Rugby was insured?

The Law

- 11
- In *Bowhey v. Theakston*, [1951] S.C.R. 679, aff'g [1950] O.R. 524 (C.A.), a negligence action arising out of a motor vehicle accident, a witness disclosed information which suggested that the defendant was insured. A five-member panel of this Court was unanimous in holding that a jury should be discharged automatically if something occurs from which the jury might reasonably infer that the defendant is insured. Cartwright J. (as he then was) for the majority stated at p. 683:

l'existence d'une assurance pourraient amener le jury à ne pas tenir compte du fait que la B.C. Rugby était assujettie à une norme de diligence moins élevée parce qu'elle était un organisme bénévole à but non lucratif. De plus, elle a conclu que le juge de première instance n'a pas tenu compte des facteurs se dégageant du déroulement du procès qui militaient contre la libération du jury, dont le fait que le procès était bien avancé au moment de la deuxième allusion, que les allusions avaient été faites innocemment et qu'il n'y avait eu aucune faute de la part des demandeurs. La cour a conclu que le verdict du jury n'aurait pas inévitablement été le même que celui du juge de première instance, et elle a jugé que la tenue d'un nouveau procès était nécessaire.

Les questions en litige

1. Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en libérant le jury à cause des allusions à la possibilité que la B.C. Rugby soit assurée?
2. Si le juge de première instance a commis une erreur en libérant le jury, les intimés ont-ils droit à un nouveau procès malgré qu'ils aient opté pour la poursuite du procès devant le juge de première instance seul?

Analyse

Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en libérant le jury à cause des allusions à la possibilité que la B.C. Rugby soit assurée?

Le droit applicable

Dans l'arrêt *Bowhey c. Theakston*, [1951] R.C.S. 679, conf. [1950] O.R. 524 (C.A.), où il était question d'une action pour négligence résultant d'un accident de la circulation, un témoin a divulgué des renseignements qui portaient à croire que le défendeur était assuré. Une formation de cinq juges de notre Cour a conclu à l'unanimité qu'un jury devrait être libéré automatiquement s'il survient quelque chose dont il pourrait raisonnablement déduire que le défendeur est assuré. Le juge Cartwright (plus tard Juge en chef) déclare, au nom de la Cour à la majorité, à la p. 683:

I do not understand there to be disagreement between the learned Justices of Appeal as to the principles to be deduced from the cases discussed in their reasons. They appear to me to agree (i) that where something occurs during the course of the trial from which the jury may reasonably infer that the defendant is insured the services of that particular jury should be dispensed with; (ii) that the trial judge should afford counsel a full opportunity of making submission before deciding what course should then be followed; and (iii) that having done so it is for the trial judge to decide whether to continue the trial himself without a jury or to direct that the case shall proceed before another jury. I respectfully agree with Laidlaw J.A. that the application of these principles is not dependent on the answer to the question as to which counsel inadvertently brought about the mention of insurance.

He concluded that, since the jury might have inferred that the defendant was insured, the trial judge had erred in refusing to discharge the jury and continuing the trial. However, the defendant's appeal was dismissed because the trial judge had given the defendant the choice of proceeding with the same jury or with the trial judge sitting alone, and the defendant had declined to elect, and therefore the defendant could not now complain that the trial judge had proceeded with the same jury. Kellock J. writing for himself and Estey J. disagreed only with this last point. He would have allowed the appeal because the trial judge should have ordered a new trial.

Theakston has been waning authority since 1951 that a trial judge has no discretion but must discharge the jury once a reference to insurance is made. See *Koebel v. Rive*, [1958] O.R. 448 (C.A.). Its rationale is that such a reference is prejudicial to the defendant as the jury will be more inclined to find the defendant liable if they think that a third party insurer will pay the damages. While the question of insurance or who pays should be irrelevant this Court concluded that knowledge of insurance was so significant it would likely cloud the jury's judgment. This view confirmed what had been said as early as 1908 in *Loughead v. Colling-*

[TRADUCTION] Je ne comprends pas qu'il y ait désaccord entre les juges d'appel quant aux principes à déduire de la jurisprudence analysée dans leurs motifs. Ils me paraissent d'accord pour dire (i) que, lorsqu'il survient au cours du procès quelque chose dont le jury peut raisonnablement déduire que le défendeur est assuré, les services de ce jury ne devraient plus être requis, (ii) que le juge de première instance devrait donner aux avocats toute la possibilité voulue de présenter des observations avant de décider de la voie à suivre, et (iii) que, cela fait, il appartient au juge de première instance de décider s'il poursuivra lui-même le procès sans jury ou s'il ordonnera que l'affaire soit instruite devant un autre jury. En toute déférence, je suis d'accord avec le juge Laidlaw pour dire que l'application de ces principes ne dépend pas de la réponse à la question de savoir quel avocat a provoqué, par inadvertance, la mention d'une assurance.

Il a conclu que, puisque le jury aurait pu déduire que le défendeur était assuré, le juge de première instance avait commis une erreur en refusant de libérer le jury et en poursuivant le procès. Cependant, l'appel du défendeur a été rejeté parce que le juge de première instance avait donné au défendeur le choix de continuer avec le même jury ou avec le juge de première instance seul, que le défendeur avait refusé de faire un choix et que celui-ci ne pouvait plus désormais se plaindre que le juge de première instance avait poursuivi le procès avec le même jury. Le juge Kellock, s'exprimant en son propre nom et en celui du juge Estey, s'est dit en désaccord sur ce dernier point seulement. Il aurait accueilli le pourvoi parce que le juge de première instance aurait dû ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Depuis 1951, l'arrêt *Theakston* fait de moins en moins autorité au soutien de la thèse que le juge de première instance ne jouit d'aucun pouvoir discrétionnaire et doit libérer le jury une fois qu'il a été fait allusion à une assurance. Voir l'arrêt *Koebel c. Rive*, [1958] O.R. 448 (C.A.). Le raisonnement sur lequel il reposait est qu'une telle allusion est préjudiciable au défendeur étant donné que les jurés seront davantage portés à le déclarer responsable s'ils pensent qu'un tiers assureur paiera les dommages. Bien que la question de l'assurance ou de l'identité de celui qui paie ne devrait pas être pertinente, notre Cour a statué que la connaissance de

wood Shipbuilding Co. (1908), 16 O.L.R. 64 (Div. Ct.), aff'd (1908), 12 O.W.R. 697 (C.A.), per Falconbridge C.J., at pp. 65-66:

But it would be absurd, I humbly think, for us to affect not to know what is notorious, namely, that defences by or on behalf of insurance companies are not favoured, but the reverse, by juries. If it came to the knowledge of a jury that the defence is not by or on behalf of one of their neighbours, but of an insurance company, which is paid to protect the neighbour against just such risks, this must have a strong effect upon them in arriving at a conclusion.

A defendant, whose business possibly constitutes the main industry of the town, who employs dozens or hundreds of operatives, whose fortnightly pay-lists find their way into the pockets of people in the town and in the county who deal in the necessities and luxuries of life, is looked on with a more favouring eye than is the stranger insurance company. Therefore, the improper practice of trying to inform the jury who the real defendant is ought to be stamped out. The mere putting of the question does all the mischief. The jury will draw their own inferences from the objection taken by defendants' counsel and the ruling of the Court. The real defendant is placed in a position of manifest and incurable disadvantage. The proper course for the Judge in such a case would be to discharge the jury, and put off the trial to the next ensuing sittings or, preferably, to discharge the jury and try out the case himself.

¹³ Typical of the criticism invited by the *Theakston* rule is that found in John Sopinka, *The Trial of an Action* (1981), at pp. 31-32:

It is questionable whether the principles enunciated by the majority in the *Theakston* case are valid today, even when the trial judge concludes that the evidence is such that the jury would infer that the defendant is insured. . . . [The] rationale has been invalidated by the requirement that all motorists be insured, a fact of life

l'existence d'une assurance était si importante qu'elle risquerait d'embrouiller le jugement du jury. Ce point de vue confirmait ce qui avait été dit dès 1908 dans l'arrêt *Loughead c. Collingwood Shipbuilding Co.* (1908), 16 O.L.R. 64 (C. div.), conf. par (1908), 12 O.W.R. 697 (C.A.), le juge en chef Falconbridge, aux pp. 65 et 66:

[TRADUCTION] Mais il serait absurde, à mon humble avis, de faire semblant de ne pas savoir ce qui est notoire, c'est-à-dire que les moyens de défense invoqués par les compagnies d'assurances ou en leur nom n'ont pas la faveur des jurys, loin de là. S'il vient à la connaissance des jurés que le moyen de défense n'est pas invoqué par un de leurs voisins ou en son nom, mais au nom d'une compagnie d'assurances, qui est payée pour protéger le voisin contre justement de tels risques, cela doit avoir une incidence importante sur la conclusion à laquelle ils arriveront.

Un défendeur, dont l'entreprise constitue peut-être la principale industrie de la ville, qui emploie des douzaines ou des centaines d'ouvriers dont les payes versées tous les quinze jours se retrouvent dans les poches de citoyens de la ville et du pays qui font le commerce des objets de première nécessité et des produits de luxe, est vu d'un œil plus favorable que la compagnie d'assurances étrangère. Par conséquent, il faudrait enrayer la pratique incorrecte qui consiste à essayer d'informer le jury de l'identité du véritable défendeur. Le simple fait de poser la question cause tout le tort. Les jurés tireront leurs propres déductions de l'objection soulevée par l'avocat des défendeurs et de la décision de la cour. Le véritable défendeur est manifestement placé dans une situation désavantageuse qui ne peut pas être corrigée. Dans un tel cas, le juge devrait choisir de libérer le jury et de reporter le procès à la session suivante ou, de préférence, de libérer le jury et d'instruire lui-même l'affaire.

Aux pages 31 et 32 de l'ouvrage de John Sopinka, intitulé *The Trial of an Action* (1981), on trouve un exemple du genre de critique suscitée par la règle de l'arrêt *Theakston*:

[TRADUCTION] Il est douteux que les principes énoncés par les juges majoritaires dans l'arrêt *Theakston* soient valides aujourd'hui, même lorsque le juge de première instance conclut que la preuve est telle que le jury déduirait que le défendeur est assuré. [. . .] [Ce] raisonnement a été invalidé par l'exigence que tous les

well known to the jury. Furthermore, that knowledge does not appear to have had the effect predicted

. . . powerful evidence that juries are aware that defendants are insured and this fact has not beclouded their judgment. Telling the jury that the defendant is insured merely tells them what they already know.

In *McCormick on Evidence* (4th ed. 1992), vol. 1, §201, at pp. 856-57, the authors criticize the analogous prohibition in the United States against admitting evidence that the defendant is insured:

Despite its nearly universal acceptance, the wisdom of the general prohibition on injecting insurance into the trial, as it currently operates, is questionable. When the rule originated, insurance coverage of individuals was exceptional. In the absence of references to insurance at trial, a juror most probably would not have thought that a defendant was insured. Today, compulsory insurance laws for motorists are ubiquitous, and liability insurance for homeowners and businesses has become the norm. Most jurors probably assume that defendants are insured.

A majority of the Supreme Court of New South Wales made the following statement in *Wellington v. Lake George Mines Pty. Ltd.*, [1962] S.R. (N.S.W.) 326, at p. 327:

We wish to say at once that in our opinion the discharge of a jury is, by reason of the attendant consequences of frustration and delay in the administration of justice, such a serious step that it should only be taken where real injustice cannot otherwise be avoided. Thus to discharge a jury in an accident case in these days of practically universal insurance because a reference to insurance is inadvertently made during the hearing is, in our opinion, an outmoded and wrong procedure.

In fact, the limited life expectancy of the rule was predicted by Kellock J. in *Theakston*, *supra*, at p. 687:

I take the law, therefore, to be established as laid down in *Loughead's case*, with which I respectfully agree.

automobilistes soient assurés, une réalité bien connue des jurés. De plus, la connaissance de ce fait ne paraît pas avoir eu l'incidence prévue

. . . preuve puissante que les jurés savent que les défendeurs sont assurés et que ce fait n'a pas embrouillé leur jugement. Dire aux jurés que le défendeur est assuré ne fait que les informer de ce qu'ils savent déjà.

Dans *McCormick on Evidence* (4^e éd. 1992), vol. 1, §201, aux pp. 856 et 857, les auteurs critiquent l'interdiction analogue, qui est faite aux États-Unis, d'admettre une preuve que la partie défenderesse est assurée:

[TRADUCTION] Bien que l'interdiction générale d'insuffler la notion d'assurance dans le procès soit acceptée presque universellement, sa sagesse est douteuse compte tenu de la façon dont elle s'applique actuellement. Lorsque la règle a été établie, l'assurance personnelle était exceptionnelle. En l'absence d'allusions à l'existence d'une assurance au procès, un juré n'aurait très probablement pas pensé que le défendeur était assuré. Aujourd'hui, les lois rendant l'assurance obligatoire pour les automobilistes sont omniprésentes et l'assurance responsabilité est devenue la norme pour les propriétaires fonciers et les entreprises. La plupart des jurés présument probablement que les défendeurs sont assurés.

La Cour suprême de la Nouvelle-Galles du Sud a déclaré, à la majorité, dans *Wellington c. Lake George Mines Pty. Ltd.*, [1962] S.R. (N.S.W.) 326, à la p. 327:

[TRADUCTION] Nous tenons à dire immédiatement qu'à notre avis la libération d'un jury est, en raison des conséquences concomitantes de la frustration et du retard dans l'administration de la justice, une mesure si sérieuse qu'elle ne devrait être prise que lorsqu'il est impossible de procéder autrement pour éviter une véritable injustice. Ainsi, libérer un jury dans une affaire d'accident, à une époque où l'assurance est pratiquement universelle, parce qu'on a, par inadvertance, fait allusion à une assurance durant l'audience constituée, selon nous, une procédure erronée et désuète.

En fait, le juge Kellock a prédit, à la p. 687 de l'arrêt *Theakston*, précité, que cette règle aurait une espérance de vie limitée:

[TRADUCTION] Je considère donc que l'état du droit est celui exposé dans l'affaire *Loughead*, à laquelle je

While it may come about that as a result of compulsory insurance or other circumstances, the mention of insurance before a jury may lose the significance which, up to the present, it has been considered to have in cases of the character under discussion, I do not think that circumstances have sufficiently changed since that decision to render its principle no longer applicable.

Laskin J.A. (as he then was) made a similar observation on behalf of the Court of Appeal for Ontario almost twenty years later in *Hellenius v. Lees*, [1970] 1 O.R. 273 (C.A.), aff'd [1972] S.C.R. 165, at p. 280:

The rationale of the law — that prejudice may result by revealing to the jury that there is an insurance fund (albeit of an undetermined amount) which is available to answer all or part of the claim against a defendant — may be regarded as somewhat ingenuous today in the light of common knowledge of the prevalence of motor vehicle insurance. . . .

15

Furthermore, the black letter rule in *Theakston* is premised on the assumption that knowledge of a defendant's insurance will cloud a jury's judgment. I agree with the Court of Appeal for British Columbia in the case at bar, at p. 141, that "juries are held in higher esteem now than they perhaps were at the time of the decisions of the courts of Ontario upon which *Theakston v. Bowhey* is founded". This view has been supported by statements of this Court. In *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, Lamer C.J. stated at p. 996:

I have a high regard for the intelligence and common sense of Canadian juries and for the ability of trial judges to explain difficult concepts of law to the jury.

In *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, Dickson C.J. stated at p. 692:

The very strength of the jury is that the ultimate issue of guilt or innocence is determined by a group of ordinary citizens who are not legal specialists and who bring to the legal process a healthy measure of common sense. The jury is, of course, bound to follow the law as it is explained by the trial judge. Jury directions are often

souscris en toute déférence. Bien qu'il puisse arriver que, en raison du caractère obligatoire de l'assurance ou d'autres circonstances, la mention d'une assurance devant un jury perde l'importance que, jusqu'à aujourd'hui, on considérait qu'elle avait dans des affaires du genre visé par notre analyse, je ne pense pas que la situation ait suffisamment changé depuis cette décision pour que son principe ne soit plus applicable.

Le juge Laskin (plus tard Juge en chef) a fait une observation similaire au nom de la Cour d'appel de l'Ontario presque vingt ans plus tard, dans l'arrêt *Hellenius c. Lees*, [1970] 1 O.R. 273 (C.A.), conf. par [1972] R.C.S. 165, à la p. 280:

[TRADUCTION] Le raisonnement qui sous-tend la règle — à savoir qu'un préjudice peut résulter du fait de révéler au jury l'existence d'un fonds d'assurance (quoique d'un montant indéterminé) qui est disponible pour payer en totalité ou en partie la réclamation présentée contre un défendeur — peut être considéré comme quelque peu ingénu aujourd'hui à la lumière de la notoriété du caractère généralisé de l'assurance automobile . . .

En outre, la règle absolue de l'arrêt *Theakston* tient pour acquis que la connaissance du fait que le défendeur était assuré embrouillera le jugement d'un jury. Je suis d'accord avec les propos de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en l'espèce (à la p. 141), selon lesquels [TRADUCTION] «les jurys sont tenus en plus haute estime maintenant qu'ils ne l'étaient peut-être à l'époque où ont été rendues les décisions des tribunaux de l'Ontario sur lesquelles repose l'arrêt *Theakston c. Bowhey*». Ce point de vue est étayé par des déclarations de notre Cour. Dans l'arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, le juge en chef Lamer dit, à la p. 996:

Je respecte beaucoup l'intelligence et le bon sens des jurés canadiens et la capacité des juges du procès de leur expliquer des concepts juridiques complexes.

Dans l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, le juge en chef Dickson affirme, à la p. 692:

Ce qui fait toute la force du jury, c'est que la question ultime de la culpabilité ou de l'innocence est tranchée par un groupe de citoyens ordinaires qui ne sont pas des juristes et qui apportent au processus judiciaire une saine mesure de bon sens. Le jury est évidemment tenu de respecter les principes de droit que lui explique le

long and difficult, but the experience of trial judges is that juries do perform their duty according to the law.

See also *R. v. Hill*, [1986] 1 S.C.R. 313, *per* Dickson C.J., at p. 334. While these statements refer to juries in criminal cases their abilities remain as reliable in civil trials.

The strict rule set out in *Theakston* has been eroded by the passage of time. The absolute rule has diminished to one involving the trial judge's discretion. Trial judges have more recently discharged juries only when a reference to insurance has been considered prejudicial and a discharge has been considered the only remedy. In the result, *Theakston* has been the subject of much judicial distinguishing. See *Morin v. Rochon* (1983), 42 O.R. (2d) 301 (H.C.), *Jackson v. Inglis* (1985), 7 O.A.C. 377 (C.A.), *Michaud v. Wales* (1991), 8 C.C.L.I. (2d) 57 (Ont. Gen. Div.), *Cameron v. Excelsior Life Insurance Co.* (1978), 27 N.S.R. (2d) 218 (S.C.T.D.), *Currie v. Nova Scotia Trust Co.* (1969), 1 N.S.R. 274 (S.C.T.D.), *Schon v. Hodgins*, [1988] O.J. No. 839 (Dist. Ct.), *Federal Business Development Bank v. Lakeland Drilling Ltd.* (1985), 61 A.R. 381 (Q.B.), and *Alden v. Hutcheon*, [1960] Que. Q.B. 539.

The criticisms of the rule in *Theakston* in today's society are sound. The fact that courts have not followed it for some time is significant. It is now generally accepted that the jury in a civil action should not be discharged automatically simply because something has occurred in the trial from which the jury might reasonably infer that the defendant is insured. It seems sensible that it should still be for the trial judge to determine whether in the particular circumstances of the trial a reference to insurance has been prejudicial to the interests of the parties. If the reference is prejudicial the trial judge has the ability to deal with it. If the trial judge concludes that the prejudice is so severe that specific instructions or like means cannot dispel the prejudice the trial judge may

juge du procès. Les directives aux jurys sont souvent longues et ardues, mais l'expérience des juges confirme que les jurys s'acquittent de leurs obligations d'une manière conforme à la loi.

Voir également l'arrêt *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313, le juge en chef Dickson, à la p. 334. Bien que ces déclarations concernent les jurys dans des affaires criminelles, on peut compter tout autant sur leurs capacités dans des procès civils.

La règle stricte énoncée dans *Theakston* s'est érodée avec le temps. La règle absolue s'est atténuée pour devenir une règle mettant en cause le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance. Les juges de première instance ont plus récemment libéré des jurys seulement lorsqu'on a considéré qu'une allusion à une assurance était préjudiciable et que la libération du jury était la seule réparation possible. En définitive, les tribunaux ont établi de nombreuses distinctions d'avec l'arrêt *Theakston*. Voir *Morin c. Rochon* (1983), 42 O.R. (2d) 301 (H.C.), *Jackson c. Inglis* (1985), 7 O.A.C. 377 (C.A.), *Michaud c. Wales* (1991), 8 C.C.L.I. (2d) 57 (Div. gén. Ont.), *Cameron c. Excelsior Life Insurance Co.* (1978), 27 N.S.R. (2d) 218 (C.S. 1^{re} inst.), *Currie c. Nova Scotia Trust Co.* (1969), 1 N.S.R. 274 (C.S. 1^{re} inst.), *Schon c. Hodgins*, [1988] O.J. No. 839 (C. dist.), *Federal Business Development Bank c. Lakeland Drilling Ltd.* (1985), 61 A.R. 381 (B.R.), et *Alden c. Hutcheon*, [1960] B.R. 539.

Les critiques formulées dans notre société contemporaine au sujet de la règle de l'arrêt *Theakston* sont judicieuses. Le fait que les tribunaux ne la suivent plus depuis un certain temps est révélateur. Il est maintenant généralement admis que le jury en matière civile ne devrait pas être libéré automatiquement pour la simple raison qu'il est survenu, au cours du procès, quelque chose dont il pourrait raisonnablement déduire que le défendeur est assuré. Il semble raisonnable qu'il devrait toujours incomber au juge de première instance de déterminer si, dans les circonstances particulières du procès, une allusion à une assurance a préjudicié aux intérêts des parties. Si cette allusion est préjudiciable, le juge de première instance a le pouvoir de l'examiner. S'il conclut que le préjudice est si grave que

discharge the jury. It is apparent that in most cases the trial judge could fashion a remedy to remove the prejudice short of discharging the jury.

18 In my opinion, this Court should overrule its decision in *Theakston* as it relates to the automatic discharge of the jury. In *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville*, [1982] 2 S.C.R. 518, Dickson J. (as he then was) stated at p. 527 that this Court is willing, where there are compelling reasons for doing so, to overturn its own previous decisions.

19 There are a number of compelling reasons for no longer following *Theakston*. The most significant is that the fact of insurance is now widely known and therefore the rationale for the rule is no longer valid. Modern juries are aware in some cases, i.e., automobile accidents, that insurance is compulsory. They are also aware that insurance is a common commodity in a variety of other ways.

20 The decision whether to discharge the jury should be a matter within the discretion of the trial judge. In exercising this discretion, the trial judge should consider whether in the circumstances the reference to insurance would likely result in real prejudice to the defendant. That is, the trial judge should consider whether the reference has caused a substantial wrong or miscarriage of justice, so that it would be unfair to continue with the present jury. See *Michaud*, *supra*, per Abbey J. at pp. 61-62:

... essentially, as I see it, the court must weigh all of the circumstances of the particular case and determine whether the disclosure which has been made would likely result in real prejudice such that it would be unjust to continue the trial as presently constituted.

21 The suggested approach has been neatly summarized in *The Trial of an Action*, *supra*, at p. 33:

des directives précises ou d'autres moyens du genre ne peuvent pas le dissiper, le juge de première instance peut alors libérer le jury. Il est évident que, dans la plupart des cas, le juge de première instance pourrait formuler une réparation pour supprimer le préjudice sans libérer le jury.

À mon avis, notre Cour devrait renverser son arrêt *Theakston* dans la mesure où il concerne la libération automatique du jury. Dans l'arrêt *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) affirme, à la p. 527, que la Cour est prête à renverser ses propres arrêts antérieurs, lorsqu'il y a des motifs sérieux de le faire.

Il y a un certain nombre de motifs sérieux de ne plus suivre l'arrêt *Theakston*. Le motif le plus important est que l'assurance est désormais une réalité notoire qui fait en sorte que le raisonnement qui sous-tend la règle n'est plus valide. Dans certains cas où il est question, par exemple, d'un accident d'automobile, les jurys contemporains savent que l'assurance est obligatoire. Ils savent également que l'assurance est un produit courant à bien d'autres égards.

La décision de libérer le jury devrait relever du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance. Dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, le juge de première instance devrait se demander si, dans les circonstances, l'allusion à une assurance est susceptible de causer un préjudice réel au défendeur. En d'autres termes, le juge de première instance devrait se demander si cette allusion a causé un tort important ou une erreur judiciaire grave, de sorte qu'il ne serait pas équitable que le procès se poursuive devant le présent jury. Voir *Michaud*, précité, le juge Abbey aux pp. 61 et 62:

[TRADUCTION] ... essentiellement, selon moi, la cour devrait évaluer toutes les circonstances de l'affaire en cause et déterminer si la divulgation qui a été faite risque de causer un tel préjudice réel qu'il serait injuste de poursuivre le procès comme il se déroule présentement.

La démarche proposée est bien résumée dans *The Trial of an Action*, *op. cit.*, à la p. 33:

It is submitted that the change in circumstances alluded to by Kellock J. in his dissent has occurred and it is time to re-assess *Theakston v. Bowhey*, in light of that change. This change has been recognized by our trial courts and by the highest court. Juries know about insurance and there is no evidence that their verdicts have been unduly affected. There is therefore no justification for assuming that a mention of insurance is *ipso facto* a miscarriage of justice. The tri-partite rule in *Theakston v. Bowhey*, should be replaced by one rule. A party complaining of a reference to insurance should be required to persuade the trial judge that a substantial wrong or miscarriage has been occasioned. The Court of Appeal should not interfere with the trial judge's decision unless it has not been judicially exercised.

In assessing the likelihood of prejudice, the trial judge should consider whether the fact that the defendant is insured is well known. In a motor vehicle accident where the defendant is subject to compulsory automobile insurance, the reference to insurance is unlikely to result in prejudice, since the members of the jury will already know that the defendant is insured. However, in some cases it will not be evident whether a particular defendant is insured against liability. In these latter cases the potential for prejudice may be greater. It is for the trial judge to assess the likelihood of prejudice in any given case.

If the trial judge determines that the reference to the defendant's being insured is likely to result in prejudice, the jury should not be discharged automatically. The jury should only be discharged if the trial judge considers that the prejudice cannot be cured. In most cases the jury will be able, with proper instructions from the trial judge, to disregard the fact of insurance in determining liability and assessing damages.

The cost and delay of having a new trial with a new jury is but one consideration for the trial judge. In each case there will be a variety of factors to consider. No formula is available. It must

[TRADUCTION] On soutient que le changement des circonstances auquel le juge Kellock a fait allusion dans sa dissidence s'est produit et que le temps est venu de réévaluer l'arrêt *Theakston c. Bowhey*, en fonction de ce changement. L'existence de ce changement a été reconnue par nos tribunaux de première instance et par la plus haute cour. Les jurys sont au courant des assurances et rien ne prouve que cela ait influé indûment sur leurs verdicts. En conséquence, rien ne justifie de présumer que la mention d'une assurance constitue, par le fait même, une erreur judiciaire. La règle à trois volets établie dans l'arrêt *Theakston c. Bowhey* devrait être remplacée par une autre règle. La partie qui se plaint d'une allusion à une assurance devrait être tenue de convaincre le juge de première instance qu'il en a résulté un tort important ou une erreur judiciaire grave. La Cour d'appel ne devrait modifier la décision du juge de première instance que si elle n'a pas été prise judiciairement.

Pour évaluer le risque de préjudice, le juge de première instance devrait se demander s'il est notoire que le défendeur est assuré. Dans le cas d'un accident d'automobile où le défendeur est assujéti à une assurance automobile obligatoire, l'allusion à l'assurance ne risque pas de causer un préjudice étant donné que les membres du jury savent déjà que le défendeur est assuré. Toutefois, dans certains cas, il ne sera pas évident qu'un défendeur est protégé par une assurance responsabilité. Dans ces derniers cas, le risque de préjudice peut être plus grand. Il appartient au juge de première instance d'évaluer ce risque dans chaque cas.

Si le juge de première instance décide que l'allusion au fait que le défendeur est assuré risque de causer un préjudice, le jury ne devrait pas être libéré automatiquement. Le jury ne devrait être libéré que si le juge de première instance considère qu'il est impossible de remédier au préjudice. Dans la plupart des cas, le jury pourra, après avoir reçu des directives appropriées du juge de première instance, ne pas tenir compte de l'existence d'une assurance pour établir la responsabilité et évaluer les dommages-intérêts.

Le coût d'un nouveau procès devant un nouveau jury et le délai qui en résulte ne constituent que l'un des facteurs dont le juge de première instance doit tenir compte. Dans chaque cas, il y aura toute

22

23

24

remain a matter for the trial judge. If he or she is satisfied that instructions to the jury will remove the possible prejudice that is the course to follow. See *McCormick on Evidence, supra*, §201, at p. 859:

If disclosure of the fact of insurance really is prejudicial, the corrective is not a futile effort at concealment, but the usual fulfillment by the court of its function of explaining to the jury its duty to decide according to the facts and the substantive law, rather than upon sympathy, ability to pay, or concern about proliferating litigation and rising insurance premiums.

25 There is a general public awareness that insurance coverage is a fact of life. Further this Court has recognized that juries are knowledgeable and well able to follow directions on legal issues whether complex or straightforward. It follows that although the final determination of the issue will be left to the discretion of the trial judge, as a general rule the reference to insurance will not result in the case being taken from a jury. In such cases, a direction from the judge that the matter of insurance coverage is completely irrelevant and should not be a factor in their deliberations will suffice.

26 It has long been established that, absent an error of law, an appellate court should not interfere with the exercise by a trial judge of his or her discretion in the conduct of a trial. This applies with equal force to a decision to retain or discharge the jury. It cannot be overstated that the trial judge is in the best position to determine how to exercise this discretion.

Application to the Facts of this Case

27 The question is whether the references to insurance in this case created prejudice and if so whether the trial judge erred in the exercise of his discretion by discharging the jury.

une gamme de facteurs à considérer. Il n'y a pas de formule. Cela doit rester une question qui relève du juge de première instance. S'il est convaincu que l'exposé au jury supprimera la possibilité de préjudice, c'est ainsi qu'il doit procéder. Voir *McCormick on Evidence, op. cit.*, §201, à la p. 859:

[TRADUCTION] Si la divulgation de l'existence d'une assurance est vraiment préjudiciable, l'effort futile de dissimulation n'est pas la solution. La cour doit plutôt expliquer au jury, comme elle le fait habituellement, qu'il a le devoir de rendre une décision fondée sur les faits et le droit substantiel, plutôt que sur la sympathie, la capacité de payer ou la crainte de prolifération des litiges et d'augmentation des primes d'assurance.

Le fait que l'assurance soit une réalité de la vie est de notoriété publique générale. De plus, notre Cour a reconnu que les jurys sont bien informés et tout à fait capables de suivre des directives sur des questions de droit, peu importe qu'elles soient complexes ou simples. Il s'ensuit que, même si la décision définitive sur la question est laissée à la discrétion du juge de première instance, l'allusion à l'existence d'une assurance n'entraîne pas, en général, le retrait de l'affaire au jury. Dans de tels cas, il suffit que le juge donne au jury une directive selon laquelle la question de l'existence d'une assurance n'est nullement pertinente et ne devrait pas entrer en ligne de compte dans ses délibérations.

Il est établi depuis longtemps qu'en l'absence d'une erreur de droit une cour d'appel ne devrait pas toucher à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance au cours d'un procès. Cela s'applique tout autant à une décision de garder ou de libérer le jury. On ne saurait trop souligner que le juge de première instance est le mieux placé pour décider comment exercer ce pouvoir discrétionnaire.

L'application aux faits de la présente affaire

La question est de savoir si les allusions à une assurance ont causé un préjudice en l'espèce et, dans l'affirmative, si le juge de première instance a commis une erreur en libérant le jury, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Two references to insurance were made at the trial. The first reference was made by Mr. Baldo, one of the rugby players present at the match. He referred to a statement that he had completed for an insurance adjuster. The second reference was made by Mr. Legh, an expert witness testifying for the Board. He testified that he was not concerned about the financial impact of the lawsuit against B.C. Rugby because he assumed that some insurance company would pay any damages awarded against the association.

The respondents submitted that the trial judge erred in discharging the jury in two respects. First, the trial judge erred because he followed the rule set out in *Theakston* that the discharge is automatic once a reference to insurance is made. Second, the trial judge erred because he based his decision to discharge the jury on the premise that B.C. Rugby was subject to a lower standard of care owing to its voluntary non-profit status.

The first submission of the respondents is incorrect. The reasons for judgment do not support the conclusion that the trial judge applied the rule in *Theakston*. The trial judge did not refer to or rely on *Theakston* in his reasons. He never stated that he was bound to discharge the jury automatically because of the references to insurance. He referred to the statement in *O'Neil, supra*, at p. 630 that "[a] trial Judge has the inherent power to prevent either party being prejudiced by references which might lead to an improper verdict". Furthermore, he invited submissions from counsel on whether he should discharge the jury. This would have been unnecessary if he thought the discharge was automatic.

The trial judge recognized that he should proceed on the basis that the decision whether to discharge the jury was to be determined by weighing

Deux allusions à une assurance ont été faites au cours du procès. La première allusion a été faite par M. Baldo, l'un des joueurs de rugby présents au match. Il s'est reporté à une déclaration qu'il avait remplie pour un expert en assurances. La deuxième allusion a été faite par M. Legh, un témoin expert assigné par le Conseil. Il a témoigné qu'il ne s'inquiétait pas de l'incidence financière de la poursuite judiciaire intentée contre la B.C. Rugby parce qu'il présumait qu'une compagnie d'assurances paierait les dommages-intérêts que l'association serait condamnée à payer.

Les intimés ont soutenu que le juge de première instance avait commis une erreur à deux égards en libérant le jury. Premièrement, le juge de première instance a commis une erreur en appliquant la règle énoncée dans l'arrêt *Theakston*, selon laquelle la libération est automatique dès qu'il est fait allusion à une assurance. Deuxièmement, le juge de première instance a commis une erreur en fondant sa décision de libérer le jury sur la prémisse selon laquelle la B.C. Rugby était assujettie à une norme de diligence moins élevée du fait qu'elle était un organisme bénévole à but non lucratif.

Le premier argument des intimés est inexact. Les motifs de jugement ne permettent pas de conclure que le juge de première instance a appliqué la règle de l'arrêt *Theakston*. Le juge de première instance n'a ni mentionné ni invoqué l'arrêt *Theakston* dans ses motifs. Il n'a jamais dit qu'il était tenu de libérer le jury automatiquement en raison des allusions à une assurance. Il a mentionné la déclaration figurant dans l'arrêt *O'Neil*, précité, à la p. 630, selon laquelle [TRADUCTION] «[l]e juge de première instance a le pouvoir inhérent d'empêcher que l'une ou l'autre des parties subisse un préjudice à cause d'allusions susceptibles de conduire à un verdict incorrect». De plus, il a invité les avocats à plaider sur la question de savoir s'il devrait libérer le jury. Cela n'aurait pas été nécessaire s'il avait pensé que la libération était automatique.

Le juge de première instance a reconnu qu'il devait agir en tenant pour acquis que la décision de libérer ou non le jury devait reposer sur une

28

29

30

31

the possible prejudice, and using his discretion he said:

I am concerned here from the impression that I formed when Mr. Legh gave this evidence to the effect that he assumed an insurance company would pay for this, that the jury may well have formed the impression that I did, and that is that in fact there is insurance here. . . .

It is with great reluctance that I have concluded that the evidence of Mr. Legh even standing alone, but especially coupled with that of Mr. Baldo, is such that The B.C. Rugby Union might be prejudiced by that reference.

I am concerned that it will be difficult for this jury, no matter what I may say to it, to get out of its heads the impression that I formed, if they should, that there is insurance here and that this could have a material impact on their deliberations when it comes to The B.C. Rugby Union. And I emphasize that in this case it is references which might lead to an improper verdict as opposed to references which would inevitably lead to an improper verdict.

I repeat again that I have done this with the greatest of reluctance. . . .

Now, on the basis of what I have said before I have no alternative but to exercise my discretion and to discharge this jury and I so do.

32 The reasons of the trial judge make it obvious that he did not automatically discharge the jury but considered, first, if the references to insurance were prejudicial, and if so whether he could, by instructing the jury, remove the prejudice. He concluded that he could not and it was only then that he exercised his discretion and discharged the jury.

33 The second submission of the respondents also fails. They submitted that the trial judge mistak-

évaluation du préjudice possible, et usant de son pouvoir discrétionnaire, il a affirmé:

[TRADUCTION] Je crains ici, selon l'impression que j'ai eue lorsque M. Legh a témoigné qu'il supposait qu'une compagnie d'assurances paierait pour cela, que les jurés aient bien pu avoir l'impression que j'ai eue, à savoir qu'il existe effectivement une assurance en l'es-pèce. . . .

J'ai beaucoup hésité à conclure que le témoignage de M. Legh même considéré seul, mais particulièrement lorsqu'il est conjugué à celui de M. Baldo, est tel que la B.C. Rugby Union pourrait subir un préjudice à cause de cette allusion.

Je crains que, quoi que je puisse leur dire, les jurés, s'ils devaient le faire, aient de la difficulté à se sortir de la tête l'impression que j'ai eue, selon laquelle il existe une assurance, et que cela puisse avoir une incidence importante sur leurs délibérations quand il sera question de la B.C. Rugby Union. Et je souligne que, dans la présente affaire, ce sont des allusions qui pourraient conduire à un verdict incorrect par opposition à des allusions qui conduiraient inévitablement à un tel verdict.

Je répète encore une fois que j'ai beaucoup hésité à faire cela. . . .

Maintenant, compte tenu de ce que j'ai dit précédemment, je n'ai pas d'autre choix que d'exercer mon pouvoir discrétionnaire et de libérer le jury, et c'est ce que je fais.

Il ressort des motifs du juge de première instance qu'il n'a pas libéré automatiquement le jury, mais qu'il s'est d'abord demandé si les allusions à une assurance étaient préjudiciables et, dans l'affirmative, s'il pourrait, par des directives au jury, supprimer le préjudice causé. Il a conclu qu'il ne le pourrait pas, et c'est seulement à ce moment-là qu'il a exercé son pouvoir discrétionnaire et libéré le jury.

Le deuxième argument des intimés ne tient pas non plus. Ils soutiennent que le juge de première

only based his decision to discharge the jury on the premise that B.C. Rugby was subject to a lower standard of care in negligence because of its voluntary non-profit status. In fact, the trial judge expressly stated in his ruling that he would have discharged the jury even if B.C. Rugby was subject to the ordinary standard of care:

In any event, even if the standard of care that the court will exact from The B.C. Rugby Union is the ordinary standard of care that is exacted from any other person in a negligence action, I still have the concerns I have expressed before in these Reasons.

As the trial judge made it clear that his decision to discharge the jury did not depend on the standard of care, the standard he proposed and ultimately imposed on B.C. Rugby is irrelevant in this appeal.

Conclusion

The reasons of the trial judge indicate that he proceeded on the basis that the decision whether to discharge the jury owing to the references to insurance was a matter within his discretion. He considered the prejudice to B.C. Rugby caused by the references in the circumstances of the case and concluded that it was appropriate to discharge the jury. He did not base the exercise of his discretion on any wrong principle. In my opinion, the trial judge did not commit any error in discharging the jury and the Court of Appeal was wrong to intervene.

If the trial judge did err in discharging the jury, are the respondents entitled to a new trial despite their election to continue before the trial judge sitting alone?

The appellants argued that even if the trial judge erred in discharging the jury, the respondents are precluded from seeking a new trial because they elected to proceed with the judge sitting alone. As

instance a commis l'erreur de fonder sa décision de libérer le jury sur prémisses selon laquelle la B.C. Rugby était assujettie à une norme de diligence moins élevée du fait qu'elle était un organisme bénévole à but non lucratif. En fait, le juge de première instance a affirmé expressément, dans sa décision, qu'il aurait libéré le jury même si la B.C. Rugby avait été assujettie à la norme de diligence ordinaire:

[TRADUCTION] De toute façon, même si la norme de diligence que la cour exigera de la B.C. Rugby Union est la norme de diligence ordinaire qui est exigée de toute autre personne dans une action pour négligence, je ressens encore les craintes que j'ai déjà exprimées dans les présents motifs.

Comme le juge de première instance a précisé que sa décision de libérer le jury ne dépendait pas de la norme de diligence, la norme qu'il a proposée et qu'il a finalement imposée à la B.C. Rugby n'est pas pertinente dans le présent pourvoi.

Conclusion

Les motifs du juge de première instance indiquent qu'il a agi en tenant pour acquis que la décision de libérer ou non le jury en raison des allusions à une assurance relevait de son pouvoir discrétionnaire. Il a examiné le préjudice que ces allusions ont causé à la B.C. Rugby dans les circonstances de l'affaire et il a conclu qu'il convenait de libérer le jury. Il n'a fondé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire sur aucun principe erroné. À mon avis, le juge de première instance n'a commis aucune erreur en libérant le jury, et la Cour d'appel a eu tort d'intervenir.

Si le juge de première instance a commis une erreur en libérant le jury, les intimés ont-ils droit à un nouveau procès malgré qu'ils aient opté pour la poursuite du procès devant le juge de première instance seul?

Les appelants ont fait valoir que, même si le juge de première instance avait commis une erreur en libérant le jury, les intimés ne pourraient pas demander la tenue d'un nouveau procès parce qu'ils ont opté pour la poursuite du procès devant le juge seul. Comme j'ai conclu que le juge de

I have concluded that the trial judge did not err in discharging the jury, this question is moot.

Disposition

36

I would allow the appeal of both the appellant The British Columbia Rugby Union and the appellant Brian Rigby with costs, set aside the order of the Court of Appeal for British Columbia for a new trial and refer the matter back to the Court of Appeal to deal with the other issues raised on the original appeal before that court.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant The British Columbia Rugby Union: Killam, Whitelaw & Twining, Vancouver.

Solicitors for the appellant Brian Rigby: Dolden, Walker, Folick, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Laxton & Company, Vancouver.

première instance n'a commis aucune erreur en libérant le jury, cette question est sans objet.

Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir, avec dépens, le pourvoi de l'appelante The British Columbia Rugby Union et de l'appellant Brian Rigby, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique enjoignant de tenir un nouveau procès, et de renvoyer l'affaire devant la Cour d'appel pour qu'elle tranche les autres questions soulevées lors de l'appel initial devant elle.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante The British Columbia Rugby Union: Killam, Whitelaw & Twining, Vancouver.

Procureurs de l'appellant Brian Rigby: Dolden, Walker, Folick, Vancouver.

Procureurs des intimés: Laxton & Company, Vancouver.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Donald Wayne Cook *Respondent*

INDEXED AS: R. v. COOK

File No.: 25394.

Hearing and judgment: February 20, 1997.

Reasons delivered: April 24, 1997.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Criminal law — Duties of Crown in conducting its case — Crown not calling victim of attack as witness — Facts established through other witnesses — Whether Crown required to call certain witnesses as part of its case in chief — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 651(3).

The accused was charged with assault causing bodily harm of a male victim and two counts of sexual assault of a female victim after an incident in the woman's apartment. The jury found him guilty of the first charge but was unable to reach a verdict with respect to the other two counts. The male victim did not testify. The Crown's main witness was the woman whose evidence of the assault causing bodily harm was supported by other evidence which included: (1) DNA evidence establishing blood at the scene of the crime to be the victim's; (2) the machete used in the assault; (3) evidence confirming a telephone call's being received where help was sought; (4) evidence of the doctor attending the victim as to the wound's being consistent with a machete attack; and (5) evidence of the woman's mother, who had arrived at the apartment the morning after the incident took place, as to the accused's presence in the apartment. No objection was raised at trial as to the victim's not testifying and the accused declined to call any evidence. The conviction was overturned on appeal. At issue here is whether the Crown has a

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Donald Wayne Cook *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. COOK

N° du greffe: 25394.

Audition et jugement: 20 février 1997.

Motifs déposés: 24 avril 1997.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit criminel — Obligations du ministère public dans la conduite de sa cause — Le ministère public n'a pas cité à témoigner la victime de l'attaque — Établissement des faits grâce à d'autres témoins — Dans la présentation de sa preuve principale, le ministère public a-t-il l'obligation de citer certains témoins? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 651(3).

L'intimé a été accusé d'avoir commis des voies de fait causant des lésions corporelles à un homme et d'avoir commis deux agressions sexuelles contre une femme, à la suite d'un incident survenu à l'appartement de cette dernière. Le jury a rendu un verdict de culpabilité à l'égard du premier chef d'accusation, mais s'est déclaré dans l'impasse quant aux deux autres chefs. La victime de sexe masculin n'a pas témoigné. Le principal témoin du ministère public était la femme; son témoignage relatif aux voies de fait causant des lésions corporelles a été corroboré par d'autres éléments de preuve, dont: (1) l'analyse génétique établissant que le sang trouvé sur les lieux du crime était celui de la victime; (2) la machette utilisée pour commettre les voies de fait; (3) la déposition confirmant l'appel téléphonique reçu à l'appartement et la demande d'aide; (4) le témoignage du médecin qui a soigné la victime, selon lequel l'aspect de la blessure donnait à penser qu'elle résultait d'un coup de machette; (5) le témoignage de la mère de la femme, arrivée à l'appartement le matin, peu après l'incident, quant à la présence de l'accusé sur les lieux. Au procès, l'intimé ne s'est nullement opposé au fait que la victime n'avait pas témoigné, et il ne s'est pas prévalu de son droit de faire entendre des témoins. La déclaration de culpabilité a été renversée en appel. La question

mandatory duty to call certain witnesses as part of its case in chief.

Held: The appeal should be allowed.

The Crown, for the criminal justice system to work well, must possess a fair deal of discretion extending to all aspects of the trial process. This discretion is not absolute and its improper exercise can result in the finding of an abuse of process. The Crown cannot adopt a purely adversarial role towards the defence, given its special function in ensuring that justice is served, but it is both permissible and desirable that the Crown vigorously pursue a legitimate result to the best of its ability. Part of this discretion involves the choice of which witnesses to call. Given the strong preference this Court has shown for deferring to the Crown's discretionary authority, it would take a strong opposing rationale to warrant the creation of a duty which so clearly impedes it.

The term "essential to the . . . narrative" in *Lemay v. The King* does not mean that all witnesses with relevant testimony have to be called by the prosecution. The jurisprudence does not suggest such an imposition. The term refers only to the Crown's burden of proof in a criminal proceeding. Where the "narrative" is not adequately set forth, elements of the offence might not be properly proven and the Crown risks losing its case. Additionally, whether or not witnesses have been called is a factor appellate courts can consider in reviewing a decision as to the reasonableness of its verdict.

The main ground for opposing the Crown's discretionary authority to call witnesses has historically been that of fairness. Three factors affecting fairness were raised: that the Crown's not calling witnesses would cause a trial by ambush, that the ability to cross-examine would be lost and that an accused would be deprived of the right to address the jury last.

Since the Crown must now disclose relevant information it possesses (*R. v. Stinchcombe*), the defence cannot now be "ambushed" in the sense that it was unaware of potentially exculpatory evidence discovered by the Crown or even of material inconsistencies. These

soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si, dans la présentation de sa preuve principale, le ministère public est tenu de citer certains témoins.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Il est reconnu, comme principe général de bon fonctionnement du système de justice criminelle, que le ministère public doit disposer d'un assez large pouvoir discrétionnaire s'étendant à tous les aspects de l'instance. Ce pouvoir discrétionnaire n'est pas absolu et l'exercice irrégulier du pouvoir discrétionnaire de la poursuite peut mener à une conclusion d'abus de procédure. Le ministère public ne peut adopter une attitude purement contradictoire à l'égard de la défense, étant donné sa fonction spéciale qui consiste à s'assurer que justice soit rendue, mais il est à la fois permis et souhaitable qu'il s'engage vigoureusement et au mieux de ses habiletés dans la poursuite d'un but légitime. Ce pouvoir discrétionnaire s'exerce en partie par le choix des témoins cités à témoigner. Étant donné la prédilection de la Cour pour la reconnaissance du pouvoir discrétionnaire du ministère public, il faudrait des arguments contraires solides pour justifier la création d'une obligation empiétant de manière si nette sur ce pouvoir.

L'expression «essentiel pour la narration de l'histoire», dans l'arrêt *Lemay c. The King*, ne signifie pas que tous les témoins dont la déposition serait pertinente doivent être cités par la poursuite. La jurisprudence ne permet pas de conclure en ce sens. L'expression ne vise que la charge de la preuve incombant au ministère public dans une procédure criminelle. Lorsque «l'histoire» n'est pas présentée adéquatement, des éléments de l'infraction peuvent ne pas être suffisamment prouvés et le ministère public risque de perdre la cause. De plus, la question de savoir si des témoins ont été cités peut devenir un facteur dont une cour d'appel tiendra compte pour statuer sur le caractère raisonnable du verdict.

Le principal moyen traditionnellement invoqué contre le pouvoir discrétionnaire du ministère public de citer les témoins concerne l'équité. Trois moyens intéressant l'équité ont été invoqués: l'omission par le ministère public de citer des témoins assimilable au recours à des pièges pendant le procès, la perte de la possibilité de contre-interroger le témoin et celle du droit de l'accusé de s'adresser au jury en dernier.

Étant donné que le ministère public a maintenant l'obligation de divulguer l'information pertinente en sa possession (*R. c. Stinchcombe*), la défense ne peut de nos jours être «surprise», en ce sens qu'elle aurait ignoré l'existence d'éléments de preuve potentiellement

developments have extinguished any rationale compelling the Crown to call witnesses based on the need to bring all material facts forward. The accused is not "ambushed" by the fact that a given witness is not called; any existing unfairness can be resolved through the disclosure process and the accused's ability to call the witness.

The contemporaneous cross-examination of a witness is not necessary to guarantee a fair trial. There is no prejudice in the respondent's not getting a free opportunity to cross-examine every potential witness whether or not the Crown wished to call them. An accused concerned about a deprivation of the opportunity to cross-examine can rely, in an appropriate case, on the *Canada Evidence Act*. In the rare case the tactical disadvantage to the defence of calling a potentially hostile witness would be manifestly unfair, the trial judge would be entitled to consider this as a factor in deciding whether to call the witness him- or herself.

A failure on the Crown's part to call a witness which would result in prejudice to the accused because of loss of the choice to address the jury last should not affect the Crown's discretion to produce the witnesses it chooses. Rather, the failure to call a witness can be a factor for the trial judge to consider in deciding whether or not to call the witness him- or herself. This is a preferable, flexible solution which allows the trial judge to balance the competing factors carefully and assess the actual prejudice to an accused rather than merely speculating about potential harm.

The testimony of the complainant or victim should not be treated any differently from that of any other witness. In the vast majority of cases, the Crown, where it adduces nothing at all from the complainant or victim, will need some other evidence of a compelling nature to establish the accused's guilt beyond a reasonable doubt. This burden will be even more difficult to overcome where there appears to be no good reason for refusing to call the witness. In many situations, legitimate questions would arise in the minds of the trier of fact where a victim was willing and able to testify, and yet without any explanation, was not called on behalf of the Crown. Still, there is no duty resting upon the Crown to call the witness.

exculpatoires ou d'incohérences graves dans le récit d'un témoin, découverts par le ministère public. Toute règle fondée sur la nécessité de présenter tous les faits importants et forçant le ministère public à citer certains témoins a été abrogée par l'évolution du droit en matière de divulgation. L'accusé n'est pas «surpris» en raison du fait qu'un témoin donné n'est pas cité; tout risque d'injustice à cet égard est dissipé grâce à la divulgation et au droit qu'a l'accusé de faire entendre le témoin.

La contemporanéité du contre-interrogatoire d'un témoin n'est pas nécessaire pour garantir l'équité du procès. Aucun préjudice n'a été causé du fait que l'intimé n'a pas eu le loisir de contre-interroger tous les témoins potentiels dans cette affaire, que le ministère public ait souhaité ou non les faire témoigner. L'accusé qui craint d'être privé de la possibilité de contre-interroger peut invoquer, dans les cas qui s'y prêtent, la *Loi sur la preuve au Canada*. Dans les rares cas où le désavantage tactique pour la défense de faire entendre un témoin potentiellement hostile serait manifestement inéquitable, le juge du procès aurait le droit de prendre en considération ce facteur pour décider s'il cite lui-même le témoin.

L'omission par le ministère public de citer un témoin qui aurait pour effet de causer un préjudice à l'accusé en raison de la perte du pouvoir de s'adresser au jury en dernier ne devrait pas porter atteinte au pouvoir discrétionnaire du ministère public de citer les témoins de son choix. Il s'agit plutôt d'un facteur que le juge du procès peut prendre en considération pour décider s'il cite lui-même le témoin. Cette solution souple est préférable et permet au juge du procès de peser soigneusement les éléments opposés et d'évaluer le préjudice réel que subirait l'accusé, plutôt que de simplement conjecturer sur un préjudice éventuel.

Le témoignage du plaignant ou de la victime ne devrait pas être traité différemment des dépositions des autres témoins. Dans la plupart des cas, s'il ne présente absolument aucune déclaration du plaignant ou de la victime, le ministère public aura besoin d'autres éléments particulièrement probants pour établir la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Il lui sera d'autant plus difficile d'y parvenir qu'il semblera n'y avoir aucune bonne raison de refuser de faire entendre le témoin. Dans un grand nombre de cas, cela soulèverait des questions légitimes dans l'esprit du juge des faits si la victime était disposée à témoigner et capable de le faire, mais que, sans explication, le ministère public se refusait à la citer. Néanmoins, le ministère public n'est pas tenu de citer le témoin.

Where the Crown does not call a given witness two problems can theoretically arise as a result. First, a question about disclosure could arise in that the Crown could be alleged to have discovered information damaging to its case. Here, the approach taken by this Court in cases where disclosure is not properly made should be applied. Second, where the Crown intentionally abuses its discretion in some manner by failing to call the witness, the trial judge can still consider the Crown's conduct as a factor influencing his or her exercise of the discretion to call the witness, or alternatively, find that the Crown has committed an abuse of process.

The trial judge did not err in failing to inquire into why the Crown chose not to call the victim. The onus to prove the Crown's misconduct lies upon the accused. Similarly, a finding of an abuse of process or "oblique motive" is only available where the accused can establish such conduct on a balance of probabilities. The calling of witnesses by the trial judge is a matter to be left to each judge's discretion and should be exercised in rare cases so as to avoid overly interfering with the adversarial nature of the proceedings.

Cases Cited

Considered: *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *Seneviratne v. R.*, [1936] 3 All E.R. 36; *Adel Muhammed El Dabbah v. Attorney-General for Palestine*, [1944] A.C. 156; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. V. (J.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 284; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; **referred to:** *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749; *Smythe v. The Queen*, [1971] S.C.R. 680; *R. v. Verrette*, [1978] 2 S.C.R. 838; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *United States of America v. Leon*, [1996] 1 S.C.R. 888; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. Murdoch* (1978), 40 C.C.C. (2d) 97; *R. v. Jewell and Wiseman* (1980), 54 C.C.C. (2d) 286; *R. v. Oliva*, [1965] 3 All E.R. 116; *Whitehorn v. The Queen* (1983), 152 C.L.R. 657; *The Queen v. Apostilides* (1984), 154 C.L.R. 563; *R. v. Gallagher (D.N.)* (1994), 48 B.C.A.C. 139; *People v. Andre W.*, 404 N.Y.S.2d 578 (1978); *R. v. Franks* (1991), 67

Lorsque le ministère public ne cite pas un témoin donné, deux difficultés peuvent théoriquement surgir. Premièrement, cela peut soulever la question de la divulgation car l'on pourrait soutenir que le ministère public a pris connaissance d'une information de nature à nuire à l'accusation. Il faut alors appliquer l'approche utilisée par notre Cour dans les cas où la divulgation n'a pas été faite de façon appropriée. Deuxièmement, lorsque le ministère public abuse intentionnellement de son pouvoir discrétionnaire d'une façon ou d'une autre en s'abstenant de citer le témoin, le juge du procès peut toujours prendre en considération la conduite du ministère public pour déterminer s'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire de citer le témoin ou, subsidiairement, pour conclure que le ministère public a commis un abus de procédure.

Le juge du procès ne s'est pas trompé en ne s'enquérant pas des motifs pour lesquels le ministère public avait décidé de ne pas citer la victime. Il incombe à l'accusé de faire la preuve de l'inconduite du substitut du procureur général. De même, il ne sera possible de conclure à l'abus de procédure ou à l'existence d'une «raison détournée» que si l'accusé parvient à faire la preuve, selon la prépondérance des probabilités, de cette conduite. La citation de témoins par le juge du procès relève du pouvoir discrétionnaire du juge, et ce pouvoir ne devrait être exercé que rarement pour ne pas porter atteinte indûment à la nature contradictoire de la procédure.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Lemay c. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Seneviratne c. R.*, [1936] 3 All E.R. 36; *Adel Muhammed El Dabbah c. Attorney-General for Palestine*, [1944] A.C. 156; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. V. (J.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 284; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; **arrêts mentionnés:** *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749; *Smythe c. La Reine*, [1971] R.C.S. 680; *R. c. Verrette*, [1978] 2 R.C.S. 838; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *États-Unis d'Amérique c. Leon*, [1996] 1 R.C.S. 888; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. Murdoch* (1978), 40 C.C.C. (2d) 97; *R. c. Jewell and Wiseman* (1980), 54 C.C.C. (2d) 286; *R. c. Oliva*, [1965] 3 All E.R. 116; *Whitehorn c. The Queen* (1983), 152 C.L.R. 657; *The Queen v. Apostilides* (1984), 154 C.L.R. 563; *R. c. Gallagher (D.N.)* (1994), 48 B.C.A.C. 139; *People c. Andre W.*, 404 N.Y.S.2d 578 (1978); *R. c. Franks*

C.C.C. (3d) 280; *R. v. Noble*, [1997] 1 S.C.R. 874; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Guyatt* (1994), 35 C.R. (4th) 178; *R. v. Hutchinson* (1995), 99 C.C.C. (3d) 88; *R. v. Rose (J.)* (1996), 90 O.A.C. 193; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Black* (1990), 55 C.C.C. (3d) 421; *R. v. Taylor* (1970), 1 C.C.C. (2d) 321; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 9.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 651(3).

Authors Cited

Mewett, Alan W. *Witnesses*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

APPEAL from a judgment of a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1996), 178 N.B.R. (2d) 38, 454 A.P.R. 38, 107 C.C.C. (3d) 334, 49 C.R. (4th) 17, allowing an appeal from conviction by McLellan J. Appeal allowed.

Graham J. Sleeth, Q.C., and *Christopher T. Titus*, for the appellant.

Margaret Gallagher, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — Which witnesses, if any, is the Crown obliged to call in a criminal proceeding? That is the main issue which must be resolved in this appeal. At the conclusion of the oral hearing, this Court allowed the appeal in a judgment rendered from the bench, with reasons to follow. These are the reasons.

Factual Background

The facts of this case are quite straightforward. The respondent was charged with three indictable offences, each charge arising out of a series of events which allegedly took place on March 4,

(1991), 67 C.C.C. (3d) 280; *R. c. Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Guyatt* (1994), 35 C.R. (4th) 178; *R. c. Hutchinson* (1995), 99 C.C.C. (3d) 88; *R. c. Rose (J.)* (1996), 90 O.A.C. 193; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Black* (1990), 55 C.C.C. (3d) 421; *R. c. Taylor* (1970), 1 C.C.C. (2d) 321; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 651(3).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 9.

Doctrine citée

Mewett, Alan W. *Witnesses*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1996), 178 R.N.-B. (2^e) 38, 454 A.P.R. 38, 107 C.C.C. (3d) 334, 49 C.R. (4th) 17, qui a accueilli un appel contre une déclaration de culpabilité prononcée par le juge McLellan. Pourvoi accueilli.

Graham J. Sleeth, c.r., et *Christopher T. Titus*, pour l'appelante.

Margaret Gallagher, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Quels témoins le ministère public a-t-il l'obligation, le cas échéant, de faire entendre dans une procédure criminelle? C'est la principale question en litige dans le présent pourvoi. À l'issue de l'audience, la Cour a accueilli le pourvoi séance tenante, motifs à suivre. Voici ces motifs.

Les faits

Les faits de la présente affaire sont assez simples. L'intimé a été accusé de trois actes criminels, chaque chef d'accusation découlant d'une série d'événements qui seraient survenus le 4 mars

1994. The first two charges — sexual assault while armed with a weapon and uttering death threats — concerned a woman, Lelayna Rebane, while the third — assault causing bodily harm — involved a separate male victim, Troy Dorbyson. After a one-day trial and nearly eight hours of deliberation, the jury was unable to reach a verdict on the charges involving Rebane. On the count of assault causing bodily harm, however, the respondent was convicted. It is solely this conviction which is the subject of this appeal.

3 Rebane was the main witness for the Crown at trial. She testified that on March 4, 1994, at around 1:30 a.m., she returned home to her apartment after having spent the evening at a local night club with friends. As she expected, Dorbyson, a friend and former boyfriend of hers was waiting there, and they engaged in consensual sexual intercourse. At 2:30 a.m., she went to the bathroom and upon her return found the respondent and his cousin — both of whom she knew previously — in the kitchen arguing with Dorbyson. Neither man had been invited over.

4 The argument apparently turned violent as the respondent began screaming at Dorbyson and telling him to leave the apartment. When he refused, the respondent stepped towards him, pulled out a large machete concealed behind his back, swung it, and struck Dorbyson in the arm. Blood poured from the wound onto the floor.

5 Shortly thereafter, a friend of Rebane's telephoned the apartment. Rebane's testimony was that she picked up the phone and tried to tell her friend what was happening. As she did, however, the respondent cut the phone cord with the machete and began screaming at her. During the ensuing confusion, Dorbyson ran from the apartment. Immediately afterwards, the respondent forced Rebane into the bedroom and allegedly sexually assaulted her for a number of hours.

6 Upon speaking to the police the next day, Rebane omitted the portion of the story relating to

1994. Les deux premiers chefs d'accusation — avoir commis une agression sexuelle armée et avoir proféré des menaces de mort — concernaient une femme, Lelayna Rebane, alors que le troisième — avoir commis des voies de fait causant des lésions corporelles — concernait une autre victime, un homme, Troy Dorbyson. Après un procès d'une journée et près de huit heures de délibérations, le jury s'est déclaré dans l'impasse relativement aux chefs d'accusation concernant Rebane. L'intimé a cependant été reconnu coupable de voies de fait causant des lésions corporelles. Le présent pourvoi porte seulement sur cette déclaration de culpabilité.

Rebane fut le témoin principal du ministère public au procès. Elle a affirmé que, le 4 mars 1994, vers 1 h 30, elle est retournée chez elle, à son appartement, après avoir passé la soirée dans une boîte de nuit avec des amis. Comme prévu, son ami et ancien amoureux, Dorbyson, l'y attendait, et ils ont eu des relations sexuelles consensuelles. À 2 h 30, de retour de la salle de bains, elle a trouvé l'intimé et son cousin — deux hommes qu'elle connaissait — dans la cuisine, se disputant avec Dorbyson. Aucun des deux n'y avait été invité.

La dispute a apparemment mal tourné lorsque l'intimé a commencé à crier à Dorbyson de quitter l'appartement. Dorbyson ayant refusé, l'intimé s'est avancé vers lui, a sorti une grande machete qu'il dissimulait derrière son dos, s'est élancé et l'a frappé au bras. Un flot de sang s'est déversé sur le sol.

Sur ces entrefaites, une amie de Rebane a téléphoné à l'appartement. Rebane a témoigné qu'elle a décroché le combiné et qu'elle a essayé de dire à son amie ce qui se passait, mais que l'intimé avait alors coupé le cordon de raccord du téléphone avec la machete et qu'il s'était mis à crier après elle. Dans la confusion qui s'ensuivit, Dorbyson s'est enfui de l'appartement. Juste après, l'intimé aurait forcé Rebane à entrer dans la chambre à coucher et l'aurait agressée sexuellement pendant des heures.

Lorsqu'elle a parlé à la police le jour suivant, Rebane a omis la partie de l'incident se rapportant

Dorbyson. As the police investigated the incident, however, they eventually became aware of Dorbyson's presence at the apartment. Once they confronted Rebane with this, she informed them that there was an existing warrant for his arrest on an unrelated matter, and that in order "to protect him" she had not mentioned his role in the events.

Dorbyson never testified at the trial. Evidence was led, however, by other witnesses which confirmed various elements of Rebane's story. First, blood on the apartment floor was recovered which a subsequent DNA analysis identified as Dorbyson's. Second, a machete was found by the police during a search of the home of the respondent's cousin. Third, the phone cord was indeed severed and a friend confirmed having spoken to Rebane on the morning in question and having been suddenly disconnected. Fourth, Dorbyson's doctor testified and confirmed that Dorbyson had been treated early on the morning of the alleged incident for a wound on his arm resembling that which might be inflicted by a machete. Finally, Rebane's mother, who had arrived at the apartment later on the morning that the incident allegedly took place, confirmed the respondent's presence at that time.

No objection was raised at trial about the fact that Mr. Dorbyson did not testify, and the respondent declined to call any evidence. After a lengthy deliberation, the jury registered a conviction on the count of assault causing bodily harm but was unable to reach a verdict with regard to the other two counts.

New Brunswick Court of Appeal (1996), 178 N.B.R. (2d) 38

The respondent appealed his conviction to the New Brunswick Court of Appeal. The question of law before the court was two-fold: was the Crown obliged to call Mr. Dorbyson as a witness, and if

à Dorbyson. Cependant, au cours de leur enquête, les policiers ont ultérieurement su que Dorbyson s'était trouvé dans l'appartement. Lorsqu'ils ont interrogé Rebane à ce sujet, elle leur a dit qu'un mandat d'arrestation avait été délivré contre Dorbyson pour une autre affaire et que, «pour le protéger», elle n'avait pas mentionné son rôle dans ces événements.

Dorbyson n'a jamais témoigné au procès. Toutefois, la preuve présentée au moyen d'autres témoins a confirmé les divers éléments du récit de Rebane. Premièrement, du sang a été récupéré sur le sol de l'appartement et une analyse génétique a permis de déterminer qu'il s'agissait de celui de Dorbyson. Deuxièmement, la police a trouvé une machette lors d'une perquisition chez le cousin de l'intimé. Troisièmement, le cordon du téléphone avait effectivement été tranché et une amie a confirmé avoir parlé à Rebane le matin en question et avoir perdu soudainement la communication. Quatrièmement, le médecin de Dorbyson a témoigné et confirmé que Dorbyson avait été traité tôt le matin où l'incident se serait produit, pour une blessure au bras dont l'aspect donnait à penser qu'elle pouvait résulter d'un coup de machette. Finalement, la mère de Rebane, qui était arrivée à l'appartement ultérieurement ce matin-là, a confirmé que l'intimé s'y trouvait.

Au procès, l'intimé ne s'est nullement opposé au fait que M. Dorbyson n'avait pas témoigné, et il ne s'est pas prévalu de son droit de faire entendre des témoins. Après une longue période de délibération, le jury a rendu un verdict de culpabilité quant à l'accusation de voies de fait causant des lésions corporelles, mais s'est trouvé dans l'impasse quant aux deux autres chefs d'accusation.

Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1996), 178 R.N.-B. (2^e) 38

L'intimé a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick. La question de droit dont la cour était saisie comportait deux volets: le ministère public avait-il l'obligation de citer M. Dorbyson à

7

8

9

so, what were the consequences from the Crown's failure to do so?

Ryan J.A. (Ayles J.A. concurring)

- 10 Ryan J.A. began by reviewing the general discretion of the Crown to control its case. He recognized that prosecutors had a discretion to call, or not to call, witnesses as they considered necessary, a discretion recognized in numerous English and Canadian authorities, in particular *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232.

- 11 Still, Ryan J.A. expressed concern on the facts of this case, especially given the inability of the Crown to cite a reported decision wherein a competent and available complainant was not called as a witness. Ryan J.A. also held that accused persons had the right to be faced with their accusers. He found that the case law concerning the Crown's discretion to call witnesses did not cover the actual party from or around whom the original complaint originated and that the Crown should have called this witness at least for the purpose of cross-examination by the accused.

- 12 Moreover, he was concerned by the fact that at no time did Crown counsel give a proper explanation to the judge or jury as to why Dorbyson, the victim of the alleged assault, was not being called to testify. He found that the statements of Crown counsel about this issue during the trial likely would have left the jury puzzled especially given the closing address where certain disparaging allusions to the conduct of Dorbyson on the night of the events were made. He wondered how justice was served by maligning a non-witness and then inviting the jury to conjecture why the witness was not called. He noted that the other witness,

témoigner et, le cas échéant, quelles étaient les conséquences de l'omission du ministère public à cet égard?

Le juge Ryan (avec l'appui du juge Ayles)

Le juge Ryan a d'abord examiné le pouvoir discrétionnaire général que possède le ministère public quant à la présentation de sa preuve. Il a reconnu que les substituts du procureur général ont le pouvoir discrétionnaire de faire entendre ou non des témoins selon qu'ils le jugent nécessaire. Ce pouvoir discrétionnaire a aussi été reconnu par une abondante jurisprudence, tant en Angleterre qu'au Canada, et plus particulièrement par l'arrêt *Lemay c. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232.

Néanmoins, le juge Ryan s'est dit préoccupé par les faits de l'espèce, particulièrement en raison de l'incapacité du ministère public de citer à l'appui quelque décision que ce soit où un plaignant habile à témoigner et disponible n'aurait pas été appelé à témoigner. Le juge Ryan a aussi affirmé que les accusés ont le droit de faire face à leurs accusateurs. Il a conclu que le pouvoir discrétionnaire de faire entendre des témoins, reconnu par la jurisprudence au ministère public, n'allait pas jusqu'à permettre de ne pas citer la personne dont émane la plainte originale ou qui est au centre du litige et que le ministère public aurait dû faire entendre ce témoin, au moins aux fins de permettre à l'accusé de le contre-interroger.

En outre, il était préoccupé du fait qu'en aucun temps le substitut du procureur général n'avait donné une explication valable au juge ou au jury quant à savoir pourquoi Dorbyson, la victime de l'agression alléguée, n'était pas appelé à témoigner. Il a conclu que les déclarations du substitut du procureur général à ce sujet au cours du procès auraient vraisemblablement créé de la confusion dans l'esprit des jurés, compte tenu que, dans son exposé final, il aurait fait certaines allusions malveillantes quant à la conduite de Dorbyson la nuit des événements en question. Il s'est demandé comment la justice était servie par le dénigrement d'une personne qui n'avait pas témoigné, puis par l'invitation faite aux jurés de s'interroger quant

Rebane, was called even though her evidence contained certain inconsistencies and omissions.

In the alternative, Ryan J.A. stated that if he were wrong in holding that an obligation rested upon Crown counsel to produce the complainant as a witness, then there was a duty on the trial judge to see that it was done. He found that the trial judge should have asked why the complainant was not being called as a witness and that the prosecutor had a corresponding duty to satisfy the judge that the motive was not "oblique". Once all the information was properly before the court, the judge could make an informed decision about whether to do nothing, to order the witness be called or to call the witness him- or herself.

Ryan J.A. concluded that it would be a dangerous precedent to allow the prosecution to refuse to call the complainant or victim without an adequate reason. As the prosecution had not called the witness and the trial judge had not inquired into the reasons for this omission, he felt a miscarriage of justice had occurred, and accordingly allowed the appeal.

Hoyt C.J., dissenting

Hoyt C.J. rejected the respondent's submission that the Crown was obliged to call all material witnesses. On the contrary, he found that the case law strongly confirmed that the prosecution had a great deal of discretion in deciding which witnesses to call.

Hoyt C.J. found that even if certain pre-*Charter* cases could somehow be construed to suggest that the Crown had a duty to call all material witnesses, that obligation had been removed by this Court's decision in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. In his view, the rationale supporting some sort of duty in the early cases rested upon preventing the defence from being denied access to potentially helpful witnesses. Hoyt C.J. reasoned that

aux raisons pour lesquelles le témoin n'avait pas été entendu. Il a noté que Rebane, l'autre témoin, avait été entendue, bien que son témoignage ait comporté certaines incohérences et certaines omissions.

Le juge Ryan a conclu que, s'il avait tort de croire que le substitut du procureur général avait l'obligation d'appeler le plaignant à la barre, alors, subsidiairement, le juge du procès avait l'obligation de voir à ce que cela soit fait. Il a conclu que le juge du procès aurait dû demander pourquoi le plaignant n'était pas appelé à témoigner et que le substitut du procureur général avait, en contrepartie, le devoir de convaincre le juge qu'il n'agissait pas pour des motifs inavoués. Une fois en possession de tous les renseignements nécessaires, le juge aurait pu prendre une décision éclairée quant à savoir s'il devait ne rien faire, ordonner que le témoin soit cité ou le citer lui-même.

Le juge Ryan a conclu que permettre au ministère public de refuser sans raison valable de faire entendre le plaignant ou la victime créerait un dangereux précédent. Étant donné que le ministère public n'avait pas cité le témoin et que le juge du procès n'avait pas examiné les motifs de cette omission, il a considéré qu'il y avait eu déni de justice et, par conséquent, il a accueilli l'appel.

Le juge en chef Hoyt (dissident)

Le juge en chef Hoyt a rejeté l'argument de l'intimé suivant lequel le ministère public a l'obligation de faire entendre tous les témoins importants. Au contraire, il a conclu que la jurisprudence appuie très largement l'idée que le ministère public possède un large pouvoir discrétionnaire pour décider quels témoins citer.

Le juge en chef Hoyt a conclu que, si certaines affaires antérieures à la *Charte* peuvent peut-être être interprétées comme suggérant que le ministère public a le devoir de citer tous les témoins importants, cette obligation a été supprimée par l'arrêt de notre Cour *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. Selon lui, la justification sous-jacente à l'imposition d'un quelconque devoir en ce sens dans ces décisions était d'empêcher que la défense ne

13

14

15

16

through the revamped process of disclosure set out in *Stinchcombe*, any such problem in that regard had ceased to exist. He concluded, at pp. 64-65, by commenting that in this case:

... the Crown was not obliged to call Mr. Dorbyson. There may have been a number of reasons why it chose not to call him. For whatever reason, there is no suggestion of bad faith or an oblique motive on the part of the Crown. The Crown satisfied its obligations by making full disclosure and, indeed, went further by making Mr. Dorbyson available should either the judge order the Crown to call him or Mr. Cook choose to call him.

Analysis

17 Is there a mandatory duty resting upon the Crown to call certain witnesses as part of its case in chief? Surprisingly, despite several lengthy judicial pronouncements on this topic over the past 60 years it would appear that this issue is still the subject of some debate. While it could easily be argued that a number of cases have firmly rejected the notion of any Crown duty to call witnesses, a perusal of recent decisions demonstrates that propositions to the contrary can still be located, and that this continues to be a frequent ground of appeal. Hopefully, this judgment will tie up some of the remaining "loose ends".

18 I recognize, however, that this particular case brings a slightly different variable to the equation. Here, the witness who was not called was the very victim of the crime for which the respondent has been convicted. The respondent now alleges that the Crown's failure to call this witness prejudiced him, and led to an unfair trial.

19 At the outset of the analysis, I believe it is helpful to place the issue in its proper context. In essence, the rule suggested by the respondent

puisse avoir accès à des témoins qui pourraient lui être favorables. D'après le juge en chef Hoyt, grâce à la réorganisation du processus de divulgation opéré par l'arrêt *Stinchcombe*, ce type de problème ne risque plus de se produire. Il a conclu, aux pp. 64 et 65, par ce commentaire sur la présente affaire:

[TRADUCTION] ... la Couronne n'était pas obligée d'appeler M. Dorbyson à témoigner. Elle a pu avoir un certain nombre de motifs de ne pas l'appeler. Quel que soit ce motif, rien n'indique que la Couronne ait agi de mauvaise foi ou pour des motifs détournés. La Couronne a satisfait à ses obligations au moyen d'une pleine divulgation; elle a même été plus loin en donnant accès à M. Dorbyson pour que le juge puisse ordonner à la Couronne de l'appeler ou que M. Cook puisse décider de l'appeler, selon le cas.

Analyse

Dans la présentation de sa preuve principale, le ministère public a-t-il l'obligation incontournable de citer certains témoins? Il est surprenant de constater qu'en dépit de plusieurs décisions judiciaires qui se sont penchées longuement sur cette question au cours des 60 dernières années, celle-ci fait toujours l'objet de controverse. Bien qu'on puisse facilement avancer que de nombreux arrêts ont rejeté sans équivoque toute idée d'une obligation de la part du ministère public de citer des témoins, une lecture attentive de certaines décisions rendues récemment démontre que la position contraire peut encore être soutenue et que la question continue d'être fréquemment un moyen d'appel. Il est à espérer que le présent arrêt permettra de la clarifier une fois pour toutes.

Je reconnais, cependant, que la présente affaire introduit une variable un peu différente dans l'équation. En effet, en l'espèce, le témoin qui n'a pas été cité était la victime même du crime pour lequel l'intimé a été déclaré coupable. Ce dernier allègue maintenant que l'omission du ministère public de faire entendre ce témoin lui a causé un préjudice et a rendu son procès inéquitable.

Je crois qu'il est utile, dès le début de l'analyse, de placer la question dans son véritable contexte. Essentiellement, la règle invoquée par l'intimé for-

would force the Crown to call certain witnesses (assuming they were available and competent), regardless of their truthfulness, desire to testify, or of their ultimate effect on the trial. It is immediately apparent that such a duty, if it were to be established, would have a major impact upon the Crown's ability to conduct its own case. It would be a clear interference with the broad discretionary powers which are said to be within the purview of the Crown attorney, and which are at the very heart of the adversarial process. As a general principle, we have recognized that for our system of criminal justice to function well, the Crown must possess a fair deal of discretion. Moreover, this discretion extends to all aspects of the criminal justice system. As I stated for a unanimous court in *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749, at pp. 758-62:

There is no doubt that the Crown acting through the Attorney General, and in turn through his or her prosecutors, has a wide amount of discretion in the carriage of criminal cases.

... in the context of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, this Court had occasion to consider whether such discretion constituted an affront to the principles of fundamental justice. In *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 410, La Forest J., speaking for the Court, states:

The existence of the discretion conferred by the statutory provisions does not, in my view, offend principles of fundamental justice. Discretion is an essential feature of the criminal justice system. A system that attempted to eliminate discretion would be unworkably complex and rigid. Police necessarily exercise discretion in deciding when to lay charges, to arrest and to conduct incidental searches, as prosecutors do in deciding whether or not to withdraw a charge, enter a stay, consent to an adjournment, proceed by way of indictment or summary conviction, launch an appeal and so on.

cerait le ministère public à citer certains témoins (par hypothèse des témoins disponibles et habiles à témoigner), sans égard à leur crédibilité, à leur désir de témoigner ou à l'effet ultime de leur témoignage sur le procès. Il ressort immédiatement que cette obligation, si elle était reconnue telle, aurait une incidence majeure sur la capacité du ministère public de conduire sa cause. Cela constituerait clairement un empiétement sur les larges pouvoirs attribués aux substituts du procureur général, qui sont au cœur même du processus contradictoire. Nous avons reconnu comme principe général de bon fonctionnement de notre système de justice criminelle que le ministère public doit disposer d'un assez large pouvoir discrétionnaire. Qui plus est, ce pouvoir s'étend à tous les aspects du système de justice criminelle. Comme je l'ai affirmé dans l'arrêt unanime *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749, aux pp. 758 à 762:

Il ne fait aucun doute que le ministère public, agissant par l'entremise du procureur général, lequel agit à son tour par l'entremise de ses poursuivants, a un large pouvoir discrétionnaire dans la conduite des affaires criminelles.

... dans le contexte de la *Charte canadienne des droits et libertés*, notre Cour a eu l'occasion d'examiner si ce pouvoir discrétionnaire constituait une atteinte aux principes de justice fondamentale. Dans l'arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 410, le juge La Forest a exprimé ainsi le point de vue de la Cour:

L'existence d'un pouvoir discrétionnaire conféré par ces dispositions législatives ne porte pas atteinte, à mon avis, aux principes de justice fondamentale. Le pouvoir discrétionnaire est une caractéristique essentielle de la justice criminelle. Un système qui tenterait d'éliminer tout pouvoir discrétionnaire serait trop complexe et rigide pour fonctionner. Les forces policières exercent nécessairement un pouvoir discrétionnaire quand elles décident de porter des accusations, de procéder à une arrestation et aux fouilles et perquisitions qui en découlent, tout comme la poursuite quand elle décide de retirer une accusation, de demander une suspension, de consentir à un ajournement, de procéder par voie d'acte d'accusation plutôt que par voie de déclaration sommaire de culpabilité, de former appel, etc.

I also wish to refer to the judgment of Giesbrecht Prov. Ct. J. in *R. v. Poirier*, Man. Prov. Ct., June 7, 1989, unreported, at pp. 11-12:

In the criminal law process prosecutorial discretion exists throughout the entire process, from the initial investigation stage through to the conclusion of the trial.

I wish to be clear, however, that while the principle of prosecutorial discretion is an important precept in our criminal law, and exists for good reason, it is by no means absolute in its operation. It is now apparent, for example, that a stay of proceedings is available to prevent violations of the principles of fundamental justice and abuse of the court's process. [Emphasis added.]

See also: *Smythe v. The Queen*, [1971] S.C.R. 680; *R. v. Verrette*, [1978] 2 S.C.R. 838; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *United States of America v. Leon*, [1996] 1 S.C.R. 888.

20

By the same token, however, as I stated in *T. (V.)*, this discretion is not an absolute one. On the contrary, as this Court has stated on more than one occasion, the improper exercise of prosecutorial discretion can result in the finding of an abuse of process. This misconduct can take many different forms, and will often engage the rights set out in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, although the exact manner in which this occurs will depend on the particular circumstances in the case: *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411.

21

Nevertheless, while it is without question that the Crown performs a special function in ensuring that justice is served and cannot adopt a purely adversarial role towards the defence (*Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *Power*, *supra*, at p. 616), it is well recognized that the adversarial process is an important part of our judicial system and an accepted tool in our search for the truth: see, for example, *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, at p. 295, *per* L'Heureux-Dubé J. Nor should it be assumed that the Crown cannot act as a strong advocate within this adversarial process. In that regard, it is both permissible and desirable that it

Je désire également me référer au jugement du juge Giesbrecht dans l'affaire *R. c. Poirier*, C. prov. Man., 7 juin 1989, inédite, aux pp. 11 et 12:

[TRADUCTION] Le pouvoir discrétionnaire de la poursuite existe à toutes les étapes du processus pénal, de l'enquête initiale jusqu'à la fin du procès.

Je tiens à dire clairement, toutefois, que si le respect du pouvoir discrétionnaire de la poursuite est, dans notre droit criminel, un principe important dont l'existence est pleinement justifiée, son application n'a rien d'absolu. À titre d'exemple, il est maintenant apparent qu'un arrêt des procédures peut s'avérer possible pour prévenir la violation de principes de justice fondamentale et l'abus des procédures judiciaires. [Je souligne.]

Voir également: *Smythe c. La Reine*, [1971] R.C.S. 680; *R. c. Verrette*, [1978] 2 R.C.S. 838; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *États-Unis d'Amérique c. Leon*, [1996] 1 R.C.S. 888.

Dans la même veine, cependant, comme je l'ai aussi fait remarquer dans l'arrêt *T. (V.)*, ce pouvoir discrétionnaire n'est pas absolu. Au contraire, notre Cour a affirmé plus d'une fois que l'exercice irrégulier du pouvoir discrétionnaire de la poursuite peut mener à la conclusion qu'il y a eu abus de procédure. Cette inconduite peut prendre diverses formes et, souvent, elle empiétera sur les droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*, encore que la façon dont cela peut se produire variera en fonction des circonstances propres à chaque affaire: *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411.

Néanmoins, bien qu'il ne fasse aucun doute que le ministère exerce une fonction spéciale qui est d'assurer que justice soit rendue, et qu'il ne peut adopter une attitude purement contradictoire à l'égard de la défense (*Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *Power*, précité, à la p. 616), le processus contradictoire est bel et bien reconnu comme étant un élément important de notre système judiciaire et accepté comme moyen de recherche de la vérité: voir, par exemple, mes motifs dans l'arrêt *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, à la p. 295. On ne devrait pas non plus présumer que le ministère public ne peut pas se compor-

vigorously pursue a legitimate result to the best of its ability. Indeed, this is a critical element of this country's criminal law mechanism: *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *Boucher, supra*. In this sense, within the boundaries outlined above, the Crown must be allowed to perform the function with which it has been entrusted; discretion in pursuing justice remains an important part of that function.

It is in this light that I wish to examine the jurisprudence of the so-called Crown duty to call witnesses.

Duty to Call Witnesses

The duty of the Crown to call every available witness is said to have its genesis in the Privy Council case of *Seneviratne v. R.*, [1936] 3 All E.R. 36. In that case, the accused was charged with his wife's murder. The Crown, in the course of putting forward its case, called a number of eyewitnesses to testify. In addition, it attempted to tender hearsay evidence from a number of other individuals for the purpose of corroboration. These persons were all on the list of witnesses to be called for the defence.

The accused alleged that the Crown had a duty to call each of these persons as part of its case, as they were each eyewitnesses to the crime. While the Privy Council ultimately allowed the accused's appeal on a narrow ground which does not concern us here, they flatly rejected the accused's more general submission, indicating that as a rule the Crown did not have an obligation to call every eyewitness to the crime (at pp. 48-49):

Their Lordships do not desire to lay down any rules to fetter discretion on a matter such as this which is so

ter en rude adversaire dans le déroulement de ce processus contradictoire. À cet égard, il est à la fois permis et souhaitable qu'il s'engage vigoureusement et au mieux de ses habiletés dans la poursuite d'un but légitime. Il s'agit, en fait, d'un mécanisme essentiel au bon fonctionnement de la justice criminelle au Canada: *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *Boucher*, précité. En ce sens, à l'intérieur des limites définies ci-dessus, le ministère public doit pouvoir s'acquitter des fonctions qui lui sont confiées. Le pouvoir discrétionnaire exercé dans la recherche de la justice demeure un élément important de cette fonction.

C'est à partir de cette toile de fond que j'entends examiner la jurisprudence quant à une soi-disant obligation du ministère public de faire entendre des témoins.

L'obligation de faire entendre des témoins

On allègue que l'obligation du ministère public de citer tous les témoins disponibles tirerait son origine de l'arrêt du Conseil privé *Seneviratne c. R.*, [1936] 3 All E.R. 36. Dans cette affaire, l'accusé avait été inculpé pour le meurtre de son épouse. Le ministère public, dans le cours de la présentation de sa preuve, avait cité de nombreux témoins oculaires à témoigner. En plus, il avait tenté de présenter, à titre de corroboration, une preuve par ouï-dire provenant de nombreuses autres personnes. Celles-ci étaient toutes sur la liste des personnes que la défense avait l'intention de faire témoigner.

L'accusé avait allégué que le ministère public avait l'obligation de citer chacun de ces témoins comme partie de sa preuve, étant donné qu'ils étaient tous des témoins oculaires du crime. Bien que le Conseil privé ait finalement accueilli l'appel de l'accusé sur une question restreinte, non pertinente ici, il a carrément rejeté l'argument plus général de l'accusé et affirmé qu'il n'existait pas de règle imposant une obligation de citer tous les témoins oculaires d'un crime (aux pp. 48 et 49):

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries ne désirent pas établir de règle pour entraver l'exercice du pouvoir discrétion-

22

23

24

dependent on the particular circumstances of each case. Still less do they desire to discourage the utmost candour and fairness on the part of those conducting prosecutions; but at the same time they cannot, speaking generally, approve of an idea that a prosecution must call witnesses irrespective of considerations of number and of reliability, or that a prosecution ought to discharge the functions both of prosecution and defence. If it does so confusion is very apt to result, and never is it more likely to result than if the prosecution calls witnesses and then proceeds almost automatically to discredit them by cross-examination. Witnesses essential to the unfolding of the narratives on which the prosecution is based, must, of course, be called by the prosecution, whether in the result the effect of their testimony is for or against the case for the prosecution. [Emphasis added.]

25

This *obiter* ruling, apparently intended to clarify the existing law in this area, did not quite accomplish its desired task. Instead, it would seem to have heightened the level of confusion. It was primarily the combined effect of the two portions highlighted above which has given rise to the most concern. At first, the Privy Council appears to be approving of a broad discretion and a reluctance to impose a need for the Crown to call witnesses for both sides. In the second portion, however, it would seem that the Court is indicating that certain witnesses, those “essential to the . . . narrative”, must be called in every case. On the surface at least, these opposing comments are not easily reconcilable.

26

The Privy Council addressed the question again a few years later in *Adel Muhammed El Dabbah v. Attorney-General for Palestine*, [1944] A.C. 156. In this decision, the Privy Council appears to have resolved the issue in favour of the Crown’s discretion. Lord Thankerton, speaking for the court, went on in some detail about the Crown’s discretion in choosing which witnesses to call. Specifically, he noted at pp. 168-69:

. . . the prosecutor has a discretion as to what witnesses should be called for the prosecution, and the court will not interfere with the exercise of that discretion, unless, perhaps, it can be shown that the prosecutor has been

naire dans une affaire comme la présente, parce que chaque affaire est un cas d’espèce. Encore moins veulent-elles décourager ceux qui sont chargés des poursuites de faire preuve de la plus grande franchise et du plus grand sens de l’équité; mais, par ailleurs, elles ne peuvent pas, pour parler de façon générale, approuver l’idée que la poursuite doit citer tous les témoins, quels qu’en soient le nombre et la crédibilité, ou que la poursuite devrait se charger à la fois de poursuivre et de défendre. S’il en est ainsi, il en résultera de la confusion à coup sûr, surtout si la poursuite cite des témoins et qu’elle s’empresse presque automatiquement de les discrediter par un contre-interrogatoire. Les témoins essentiels pour la narration de l’histoire sur laquelle la poursuite se fonde doivent, évidemment, être cités par le ministère public, que le résultat de leur témoignage soit favorable ou non à la poursuite. [Je souligne.]

Cet *obiter* qui visait apparemment à clarifier le droit existant dans ce domaine, n’a pas eu entièrement l’effet escompté. Au contraire, il semble avoir créé encore davantage de confusion. Ce sont principalement les deux passages que j’ai soulignés qui ont donné lieu, lorsque mis en regard l’un de l’autre, aux plus grandes difficultés. Le Conseil privé paraît d’abord approuver un large pouvoir discrétionnaire et semble réticent à imposer au ministère public le besoin de citer des témoins pour les deux parties. Dans le deuxième passage, cependant, la cour semble indiquer que certains témoins, ceux qui sont «essentiels pour la narration de l’histoire», doivent toujours être cités. À première vue, ces remarques contradictoires ne semblent pas facilement conciliables.

Le Conseil privé a examiné la question à nouveau quelques années plus tard dans l’arrêt *Adel Muhammed El Dabbah c. Attorney-General for Palestine*, [1944] A.C. 156. Dans cet arrêt, le Conseil privé semble avoir tranché en faveur du pouvoir discrétionnaire du ministère public. Lord Thankerton, au nom de la cour, s’est exprimé assez longuement sur le pouvoir discrétionnaire du ministère public de choisir quels témoins citer. Il a fait remarquer tout particulièrement, aux pp. 168 et 169, que:

[TRADUCTION] . . . la poursuite a un pouvoir discrétionnaire quant à savoir quels témoins à charge devraient être cités, et la cour ne devrait pas empiéter sur l’exercice de ce pouvoir à moins que, peut-être, il puisse être

influenced by some oblique motive. . . . Reference should also be made to an interlocutory remark by Lord Hewart C.J. in *Rex v. Harris*, ([1927] 2 K.B. 587, at p. 590) to the effect that “in criminal cases the prosecution is bound to call all the material witnesses before the court, even though they give inconsistent accounts, in order that the whole of the facts may be before the jury.” In their Lordships’ view, the learned chief justice could not have intended to negate the long-established right of the prosecutor to exercise his discretion to determine who the material witnesses are.

In Canada, the issue came squarely before the Supreme Court in *Lemay*, *supra*. The accused in that case was charged with trafficking in narcotics and the main evidence for the Crown was given by an undercover police officer. It was adduced at trial by the officer that an informer had also viewed the transaction and additionally that a second person was at the table where the sale had taken place. Neither of these witnesses was called by the Crown.

The accused contended that the two witnesses were “essential to the . . . narrative” and that, relying upon *Seneviratne*, the Crown was under an obligation to call them to testify. The Court rejected this ground of appeal (Cartwright J. (as he then was) dissenting) and stated that no such rule existed as claimed by the accused. Indeed, Kerwin J. (as he then was), for the majority, stated that *Seneviratne*, taken together with the later decision in *Adel Muhammed*, made it clear that discretion was the operative rule and that witnesses should generally be called by the party that wanted their evidence. Kerwin J. concluded by stating, at p. 241:

Of course, the Crown must not hold back evidence because it would assist an accused but there is no suggestion that this was done in the present case or, to use the words of Lord Thankerton, “that the prosecutor had been influenced by some oblique motive.” It is idle to rely upon such expressions as this or the one used by Lord Roche [in *Seneviratne*] without relating them to the matters under discussion but the important thing is

démontré que la poursuite a agi pour des motifs inavoués. [. . .] Il faudrait aussi se référer à la remarque interlocutoire faite par le lord juge en chef Hewart dans l’arrêt *Rex c. Harris*, ([1927] K.B. 587, à la p. 590), selon laquelle «dans les affaires criminelles, le ministère public se doit de citer à témoigner devant la cour tous les témoins importants, même si leurs témoignages sont incompatibles, afin que le jury puisse prendre connaissance de l’ensemble des faits». De l’avis de Leurs Seigneuries, le juge en chef ne pouvait avoir l’intention de nier le droit traditionnel de la poursuite d’exercer son pouvoir discrétionnaire pour déterminer qui sont les témoins importants.

Au Canada, cette question s’est carrément posée dans l’arrêt *Lemay*, précité. Dans cette affaire, le chef d’accusation avait trait au trafic de stupéfiants et le principal élément de preuve présenté par le ministère public était le témoignage d’un agent d’infiltration. Au procès, ce policier a affirmé qu’un indicateur avait aussi été témoin de l’opération et qu’en plus, une autre personne était présente à la table où la vente avait eu lieu. Le ministère public n’avait fait entendre aucune de ces deux personnes.

L’accusé a soutenu que les deux témoins en question étaient «essentiels pour la narration de l’histoire» et, s’appuyant sur l’arrêt *Seneviratne*, il a fait valoir que le ministère public avait l’obligation de les citer. La Cour a rejeté ce moyen d’appel (le juge Cartwright, alors juge puîné, était dissident) et a statué que la règle qu’invoquait l’accusé n’existait pas. En fait, le juge Kerwin, alors juge puîné, a affirmé au nom des juges majoritaires que l’arrêt *Seneviratne*, interprété à la lumière de l’arrêt *Adel Muhammed* rendu subséquentement, établissait clairement que la règle applicable était le pouvoir discrétionnaire et que les témoins devraient généralement être cités par la partie qui désire obtenir leur témoignage. Le juge Kerwin a conclu en disant (à la p. 241):

[TRADUCTION] Évidemment, le ministère public ne doit pas dissimuler d’éléments de preuve pour le motif qu’ils aideraient l’accusé, mais on n’a pas donné à entendre que c’est le cas en l’espèce ou, pour emprunter les mots de lord Thankerton, «que la poursuite a agi pour des motifs inavoués». Il est oiseux d’invoquer des expressions comme celle-ci ou celle utilisée par lord Roche [dans *Seneviratne*] sans les placer dans leur contexte;

27

28

that unless there are some particular circumstances of the nature envisaged, the prosecutor is free to exercise his discretion to determine who are the material witnesses.

29 Despite what would seem to have been a rather clear statement on the issue, cases of this nature continued to arise with surprising regularity. It would seem that in spite of *Lemay*, the question of exactly who could be said to be “essential to the . . . narrative” was still seen as a rather live issue. In a number of decisions, the wide discretion mandated by *Lemay* was tailored, and the Crown was either ordered to call witnesses or statements were made to the effect that such an order could be made in an appropriate case: see for example, *R. v. Murdoch* (1978), 40 C.C.C. (2d) 97 (Man. C.A.), at p. 116 *per* O’Sullivan J.A., dissenting; *R. v. Jewell and Wiseman* (1980), 54 C.C.C. (2d) 286 (Sask. Q.B.); *R. v. Oliva*, [1965] 3 All E.R. 116 (C.C.A.).

30 The question of which witnesses were “essential to the . . . narrative” came before this Court again in *R. v. Yeves*, [1987] 2 S.C.R. 168. McIntyre J., for a unanimous bench, firmly rejected a tailoring of the Crown’s discretion and instead held that the term “essential to the . . . narrative”, at least in this context, meant no more and no less than that the Crown had to put forward enough witnesses so that the essential elements of the crime could be adequately proven. Hence, if the Crown decided not to call a witness it risked failing to meet the burden of proof incumbent upon it and losing the case. Specifically, McIntyre J. stated at pp. 190-91:

The remaining ground that the Crown failed to call a witness, Mrs. Yeves, essential to the unfolding of the narrative, must also fail in my view. The Crown has a discretion as to which witnesses it will call in presenting its case to the court. This discretion will not be interfered with unless the Crown has exercised it for some oblique or improper reason: see *Lemay v. The King*,

mais ce qui est important, c’est que, à moins qu’il n’y ait des circonstances particulières de la nature envisagée, la poursuite est libre d’exercer son pouvoir discrétionnaire pour déterminer qui sont les témoins importants.

Malgré ce qui semblerait avoir été une prise de position claire sur la question, celle-ci n’en a pas moins continué d’être soulevée avec une régularité étonnante. Il semblerait qu’en dépit de l’arrêt *Lemay*, la question de savoir exactement quel témoin est «essentiel pour la narration de l’histoire» ait continué d’être considérée comme controversée. Dans de nombreuses décisions, le large pouvoir discrétionnaire reconnu par l’arrêt *Lemay* a été restreint et ou bien le ministère public a été forcé de citer des témoins, ou bien des affirmations ont été faites voulant que le ministère public pourrait y être forcé dans certaines circonstances: voir, par exemple, *R. c. Murdoch* (1978), 40 C.C.C. (2d) 97, (C.A. Man.), à la p. 116, les motifs dissidents du juge O’Sullivan; *R. c. Jewell and Wiseman* (1980), 54 C.C.C. (2d) 286 (B.R. Sask.); *R. c. Oliva*, [1965] 3 All E.R. 116 (C.C.A.).

La question de savoir quels témoins sont «essentiels pour la narration de l’histoire» a été soulevée à nouveau devant notre Cour dans l’affaire *R. c. Yeves*, [1987] 2 R.C.S. 168. Le juge McIntyre, au nom de la Cour, a fermement rejeté une restriction du pouvoir discrétionnaire du ministère public mais a plutôt affirmé que l’expression «essentiel pour la narration de l’histoire», du moins dans le contexte de cette affaire, signifiait ni plus ni moins que le ministère public devait présenter assez de témoins pour prouver adéquatement les éléments essentiels du crime. Par conséquent, si le ministère public décidait de ne pas faire entendre un témoin, il s’exposerait à ne pas pouvoir s’acquitter de son fardeau de la preuve et à perdre sa cause. Plus précisément, le juge McIntyre a affirmé (aux pp. 190 et 191):

L’autre moyen portant que le ministère public n’a pas cité un témoin essentiel pour la narration de l’histoire, soit M^{me} Yeves, doit également échouer à mon avis. Le ministère public a le pouvoir discrétionnaire de choisir les témoins qui seront cités lorsqu’il présentera sa preuve à la cour. On ne doit pas intervenir à cet égard à moins que le ministère public ne l’ait exercé pour une

supra. No such improper motive is alleged here. While the Crown may not be required to call a given witness, the failure of the Crown to call a witness may leave a gap in the Crown's case which will leave the Crown's burden of proof undischarged and entitle the accused to an acquittal. It is in this sense that the Crown may be expected to call all witnesses essential to the unfolding of the narrative of events upon which the Crown's case is based. [Emphasis added.]

In my view, the reasoning in this passage is abundantly clear. "[E]ssential to the . . . narrative" does not mean, as many have attempted to suggest, that all witnesses with relevant testimony have to be called by the prosecution. On the contrary, it refers solely to the Crown's burden of proof in a criminal proceeding. Where the "narrative" of a given criminal act is not adequately set forth, elements of the offence might not be properly proven, and the Crown risks losing its case. Additionally, where certain witnesses are not called, this can become a factor for an appellate court to consider in reviewing a decision to determine if a verdict was unreasonable: *Whitehorn v. The Queen* (1983), 152 C.L.R. 657 (Austl. H.C.); *The Queen v. Apostilides* (1984), 154 C.L.R. 563 (Austl. H.C.).

I see no inherent flaw in this procedure and I believe it is supported by both law and policy. Given the strong preference this Court has shown for deferring to the Crown's discretionary authority, it would, in my view, take a strong opposing rationale to warrant the creation of a duty which so clearly impedes it. The main ground which has been put forth historically is that of fairness. It has been suggested that where the Crown fails to call a witness who has material knowledge of the facts in issue, the result could be, as Ryan J.A. stated at p. 50 in the case at bar, "excruciatingly close to trial by ambush". In addition, Ryan J.A. also mentioned the prejudice suffered by an accused forced to call a witness who should have been called by the Crown. In essence, this revolves around the accused's lack of opportunity to cross-examine the

raison détournée ou inappropriée: voir *Lemay v. The King*, précité. En l'espèce aucun motif inapproprié n'est allégué. Bien que le ministère public ne puisse pas être tenu de citer un témoin donné, l'omission de le faire peut créer une faille dans sa preuve, ce qui fera en sorte qu'il ne se sera pas déchargé de son fardeau de la preuve et permettra à l'accusé de demander un acquittement. C'est en ce sens que l'on peut s'attendre que le ministère public cite tous les témoins essentiels à la narration des événements sur lesquels sa preuve est fondée. [Je souligne.]

À mon avis, le raisonnement exprimé dans ce passage est tout à fait clair. L'expression «essentiel pour la narration de l'histoire» ne signifie pas, comme beaucoup ont tenté de le donner à entendre, que tous les témoins dont la déposition serait pertinente doivent être cités par la poursuite. Au contraire, il ne porte que sur la charge de la preuve qui incombe au ministère public dans une procédure criminelle. Lorsque la «narration» de la perpétration d'un acte criminel donné n'est pas adéquatement faite, des éléments de l'infraction peuvent ne pas être suffisamment prouvés et le ministère public risque de perdre sa cause. De plus, l'omission de citer certains témoins peut devenir un facteur dont une cour d'appel tiendra compte pour décider si le verdict rendu était déraisonnable: *Whitehorn c. The Queen* (1983), 152 C.L.R. 657 (H.C. Austr.); *The Queen c. Apostilides* (1984), 154 C.L.R. 563 (H.C. Austr.).

Je ne vois aucune faille dans cette procédure et je crois qu'elle s'appuie tant sur le droit que sur la politique judiciaire. Étant donné la préférence marquée de notre Cour en faveur de la reconnaissance du pouvoir discrétionnaire du ministère public, il faudrait, quant à moi, une raison primordiale pour aller à l'encontre de cette préférence et justifier la création d'une obligation qui empiéterait si manifestement sur ce pouvoir. Le principal moyen traditionnellement invoqué concerne l'équité. On a donné à entendre que, lorsque le ministère public omet de citer un témoin qui a une connaissance pertinente des faits en cause, [TRADUCTION] «on risque énormément de faire un retour aux arguments surprises présentés pendant le procès», comme l'a dit en l'espèce le juge Ryan, à la p. 90. De plus, le juge Ryan a mentionné le préjudice

31

32

witness. The respondent has also raised a third factor in this appeal: that forcing the accused to call the witness forces the accused to give up the right to address the jury last. I will examine each of these rationales in turn.

Trial by Ambush

33 While it may have been the case at one time that the failure to call witnesses resulted in some kind of unfairness to the accused in the sense that the accused was deprived of information crucial to his or her case, I feel little need to embark upon an examination of how this may have operated in the past as I believe recent changes to the law of disclosure and the accused's ability to call witnesses have reduced considerably the potential for unfairness. For the purposes of this appeal, it is not necessary to enter into a detailed assessment of the Crown's disclosure obligations. Suffice it to say that it is currently rather clear that the Crown has an obligation to disclose relevant information within its possession, as outlined by this court in *Stinchcombe, supra*.

34 Given this evolution in the law, I fail to see how a case could arise nowadays where the defence would be "ambushed" in the sense that it was unaware of potentially exculpatory evidence or material inconsistencies with a witness' story, discovered by the Crown. Were the Crown to come into possession of such information, it would be bound to disclose it.

35 Indeed, this change in the law was explicitly recognized in *Stinchcombe, supra*, at p. 338. In that case, Sopinka J. spoke at one point of the historical recognition the courts had made of openness and fairness on the part of the Crown. In determining that disclosure was a desirable and

subi par l'accusé qui est forcé de citer un témoin qui aurait dû l'être par le ministère public. Essentiellement, cela tourne autour de l'impossibilité pour l'accusé de contre-interroger le témoin. L'intimé a aussi soulevé un troisième facteur dans le présent pourvoi, soit que de forcer les accusés à faire eux-mêmes entendre le témoin les contraint à abandonner leur droit de s'adresser au jury en dernier. J'examinerai chacun de ces moyens à tour de rôle.

Pièges pendant le procès

Bien que dans le passé l'omission de citer des témoins ait pu constituer une certaine iniquité à l'égard de l'accusé, en ce sens que l'accusé a été privé de renseignements cruciaux pour sa défense, je crois peu utile d'examiner ce qui peut avoir eu lieu à l'époque, car j'estime que les modifications apportées récemment au droit en matière de divulgation et la possibilité pour l'accusé de faire entendre des témoins ont considérablement réduit le risque d'iniquité. Aux fins du présent pourvoi, il n'est pas nécessaire d'entreprendre une évaluation approfondie des obligations du ministère public en matière de divulgation. Il suffit de dire qu'il est maintenant plutôt clair que le ministère public a l'obligation de divulguer l'information pertinente en sa possession, tel que l'a exprimé notre Cour dans l'arrêt *Stinchcombe*, précité.

Compte tenu de cette évolution du droit, je n'arrive pas à voir comment la défense pourrait de nos jours être «prise par surprise», en ce sens qu'elle aurait ignoré l'existence d'éléments de preuve potentiellement exculpatoires ou d'incohérences graves dans le récit d'un témoin, découverts par le ministère public. Si le ministère public entrait en possession de telles informations, il serait tenu de les divulguer.

En fait, les modifications apportées au droit ont été explicitement reconnues dans l'arrêt *Stinchcombe*, précité, à la p. 338. Dans cet arrêt, le juge Sopinka a discuté à un certain moment de l'importance que les tribunaux avaient traditionnellement accordée à l'ouverture et à l'équité de la part du ministère public. En affirmant que la divulgation était une évolution souhaitable et naturelle

natural evolution of the law, he referred to the dissenting opinion of Cartwright J. in *Lemay, supra*:

In my opinion there is a wholly natural evolution of the law in favour of disclosure by the Crown of all relevant material. As long ago as 1951, Cartwright J. stated in *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232, at p. 257:

I wish to make it perfectly clear that I do not intend to say anything which might be regarded as lessening the duty which rests upon counsel for the Crown to bring forward evidence of every material fact known to the prosecution whether favourable to the accused or otherwise . . . [Emphasis added by Sopinka.]

This statement may have been in reference to the obligation resting on counsel for the Crown to call evidence rather than to disclose the material to the defence, but I see no reason why this obligation should not be discharged by disclosing the material to the defence rather than obliging the Crown to make it part of the Crown's case. [Emphasis by italics added.]

I agree with this analysis. In my view, any rationale compelling the Crown to call witnesses based on the need to bring all material facts forward was extinguished by developments in the law of disclosure. It is simply no longer correct to suggest that the defence will ever be “ambushed” by the Crown’s failure to call a material witness. If, for example, the Crown becomes aware that a given witness has made a statement inconsistent with his original one, it is perfectly proper not to call the witness to testify, especially where the Crown feels that the witness is likely to mislead the court: *R. v. Gallagher (D.N.)* (1994), 48 B.C.A.C. 139; *People v. Andre W.*, 404 N.Y.S.2d 578 (C.A. 1978). The defence will not be prejudiced by this decision, as the Crown will still have to turn over the statement to the defence, and the defence will have the option to call the witness.

In my view, there is simply no merit to the suggestion that the accused is “ambushed” by the fact that a given witness is not called. Any existing unfairness in this regard can be resolved through disclosure and existing remedies, coupled with the

du droit, il a renvoyé à l’opinion dissidente du juge Cartwright dans l’arrêt *Lemay*, précité:

À mon avis, le droit connaît une évolution tout à fait naturelle vers la divulgation par le ministère public de tous les renseignements pertinents. Déjà en 1951, le juge Cartwright disait dans l’arrêt *Lemay v. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232, à la p. 257:

[TRADUCTION] Je veux qu’on comprenne bien que je ne veux rien dire qui soit considéré comme une atténuation de l’obligation du substitut du procureur général de présenter la preuve de tout fait substantiel connu de la poursuite, qu’il soit favorable ou non à l’accusé . . . [Souligné par le juge Sopinka.]

Cette affirmation concerne peut-être l’obligation du substitut du procureur général de citer des témoins plutôt qu’une obligation de divulguer les renseignements à la défense, mais je ne vois aucune raison pour laquelle le ministère public ne devrait pas s’acquitter de l’obligation en question en divulguant ces renseignements à la défense au lieu de se voir contraint de les produire en preuve. [Italiques ajoutées.]

Je suis d’accord avec cette analyse. À mon avis, toute règle forçant le ministère public à citer certains témoins, fondée sur la nécessité de présenter tous les faits importants, a été abrogée par l’évolution du droit en matière de divulgation. Il n’est tout simplement plus exact de donner à entendre que la défense sera «prise par surprise» par l’omission du ministère public de citer un témoin important. Si, par exemple, le ministère public apprend qu’un certain témoin a fait une déclaration incompatible avec sa première déclaration, il est tout à fait approprié de ne pas citer ce témoin, spécialement si le ministère public croit que le témoin induira vraisemblablement la cour en erreur: *R. c. Gallagher (D.N.)* (1994), 48 B.C.A.C. 139; *People c. Andre W.*, 404 N.Y.S.2d 578 (C.A. 1978). La défense ne subira aucun préjudice en raison de cette décision, étant donné que le ministère public aura, de toute façon, l’obligation de remettre cette déclaration à la défense et que celle-ci aura la possibilité de faire entendre le témoin.

À mon avis, il n’y a simplement aucun fondement à l’allégation selon laquelle l’accusé est «pris par surprise» en raison du fait qu’un témoin donné n’est pas cité. Tout risque d’iniquité à cet égard est dissipé grâce à la divulgation et aux recours

accused's ability to call the witness: see Alan Mewett, *Witnesses* (1995), at p. 2-12; *R. v. V. (J.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 284 (Que. C.A.); *R. v. Franks* (1991), 67 C.C.C. (3d) 280 (B.C.C.A.).

Loss of the Ability to Cross-Examine

38 The respondent also contends that if the rule is not upheld, it would force an accused to call witnesses and lose the right to cross-examine them. Ryan J.A. agreed with this proposition. In addition, he found at p. 56 that the Crown Attorney should not be making decisions about a witness' credibility and depriving the trier of fact of the evidence:

Further, I would not be satisfied with an explanation by the prosecution that Dorbyson might be expected to testify that he fell and cut his arm on a beer bottle and therefore is an unreliable witness. Let the jury decide. It is the opportunity to cross-examine, not the fact of the cross-examination, that is crucial to the fairness of the hearing.

39 On this point, I must say that I much prefer the recent decision of LeBel J.A. in *V. (J.)*, *supra*, at pp. 287-88:

Crown counsel, of course, while bound by strict duties so as to ensure the preservation of the integrity of the criminal justice system, however must operate in the context of an adversarial procedure. Once he has satisfied the obligation to disclose the evidence, it is for him, in principle, to choose the witnesses necessary to establish the factual basis of his case. If he does not call the necessary witnesses or evidence, he exposes the prosecution to dismissal of the charge for having failed to establish its case completely and in accordance with the reasonable doubt rule. However, once this obligation has been met and if improper motives cannot be imputed to him, such as the desire, for example, to hide exculpatory evidence, as a general rule, he will be considered to have properly executed this part of his function in the criminal trial. The defence may, at that time, do its work and call its own witnesses, if it considers it appropriate to do so. In the tradition of the common law, on which Canadian criminal procedure is based, the case retains its adversarial nature and Crown counsel, while an officer of the court, does not act as defence counsel. [Emphasis added.]

existants, qui s'ajoutent au droit qu'a l'accusé de faire entendre le témoin: voir Alan Mewett, *Witnesses* (1995), à la p. 2-12; *R. c. V. (J.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 284 (C.A.Q.); *R. c. Franks* (1991), 67 C.C.C. (3d) 280 (C.A.C.-B.).

La perte de la possibilité de contre-interroger

L'intimé avance aussi que l'abandon de la règle forcerait l'accusé à citer lui-même les témoins et à perdre son droit de les contre-interroger. Le juge Ryan est en accord avec cette proposition. Il a aussi conclu (à la p. 56) que le substitut du procureur général ne devait pas tirer de conclusions sur la crédibilité d'un témoin et priver le juge des faits de cette preuve:

[TRADUCTION] En outre, je ne trouverais pas suffisant que la poursuite explique qu'on pourrait s'attendre à ce que Dorbyson témoigne qu'il est tombé et s'est coupé le bras sur une bouteille de bière et que, en conséquence, il est un témoin peu fiable. Que le jury en décide. C'est la possibilité de contre-interroger et non le fait de contre-interroger qui est essentielle à une audience équitable.

Sur ce point, je dois dire que je préfère de beaucoup les motifs du juge LeBel dans l'arrêt *V. (J.)*, précité, aux pp. 287 et 288:

Le procureur de la Couronne, tenu certes à des obligations strictes pour garantir la préservation de l'intégrité du système de justice pénale, œuvre cependant dans le contexte d'une procédure contradictoire. Une fois qu'il a satisfait à l'obligation de communication de preuve, il lui appartient, en principe, de choisir les témoins nécessaires pour établir la base factuelle de sa cause. S'il ne produit pas les témoins ou les éléments de preuve nécessaires, il expose la poursuite au rejet de l'accusation, faute de l'établir complètement et conformément à la règle du doute raisonnable. Cependant, une fois cette obligation remplie et si on ne peut lui imputer de motifs inadmissibles, comme la volonté, par exemple, de cacher une preuve à décharge, on estimera, en règle générale, qu'il a exécuté correctement cet aspect de sa fonction dans le procès pénal. De son côté, la défense pourra, à ce moment, faire son travail et produire ses propres témoins, si elle le juge à-propos. Dans la tradition de common law, sur laquelle se base la procédure pénale canadienne, le débat conserve son caractère contradictoire et le procureur de la Couronne, s'il est officier de justice, n'agit pas comme avocat de la défense. [Je souligne.]

I could not agree more. With respect, I fail to see why the defence should not have to call witnesses which are beneficial to its own case. The adversarial process functions on the premise that it is the obligation of the Crown to establish a case beyond a reasonable doubt against the accused. Once this threshold has been surpassed, however, it is up to the accused to call evidence or face conviction: *R. v. Noble*, [1997] 1 S.C.R. 874. The adversarial nature of the trial process has been recognized as a principle of fundamental justice (*R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933). As such it should be construed in a way that strikes a fair balance between the interests of the accused and those of society: *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, at p. 148; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486. In my view, placing an obligation upon the Crown to call all witnesses with information bearing on the case would disrupt the inherent balance of our adversary system. I note, however, that the accused is also not obliged to call the witness. As I propose to expand upon, there are other options which are available to the accused in an appropriate case including, but not limited to, asking the trial judge to call the witness, commenting in closing on the witness' absence, or asking the trial judge to comment.

The respondent also attempts to buttress his submission by claiming that there exists in Canada a "right to face one's accuser", and that denying an opportunity to cross-examine the victim of the crime deprives the accused of that right and makes a fair trial impossible.

On more than one occasion, this Court has clearly stated that the contemporaneous cross-examination of a witness is not necessary to guarantee a fair trial: *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *Levogiannis*, *supra*. Moreover, I cannot see how this right, even if it did exist, would be engaged in these circumstances. A witness who is not called at trial does not offer any evidence against an accused. In that sense, the witness is not

Je ne saurais être plus d'accord. Avec égards, je n'arrive pas à voir pourquoi la défense ne devrait pas avoir à citer les témoins qui favorisent sa propre thèse. Le processus du débat contradictoire se fonde sur la prémisse qu'il incombe au ministère public d'établir contre l'accusé une preuve de culpabilité hors de tout doute raisonnable. Une fois remplie cette condition préalable cependant, il incombe à l'accusé de présenter sa preuve ou de faire face à un verdict de culpabilité: *R. c. Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874. La nature contradictoire du processus judiciaire a été reconnue comme principe de justice fondamentale (*R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933). Ce principe devrait donc être interprété de manière à favoriser un équilibre entre les droits de l'accusé et ceux de la société: *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, à la p. 148; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486. À mon avis, forcer le ministère public à citer tous les témoins qui possèdent de l'information ayant un lien avec l'affaire romprait l'équilibre interne de notre système contradictoire. Je note, toutefois, que l'accusé non plus n'est pas obligé de citer le témoin. Comme je l'expliquerai plus en détail, l'accusé dispose d'autres moyens, dont, notamment, dans les cas qui s'y prêtent, celui de demander au juge du procès de citer lui-même le témoin, de commenter, lors de sa plaidoirie finale, l'absence du témoin ou de demander au juge du procès de faire un commentaire.

L'intimé tente aussi de renforcer son argumentation en affirmant qu'il existe au Canada un «droit de faire face à son accusateur» et que refuser à l'accusé la possibilité de contre-interroger la victime du crime c'est priver l'accusé de ce droit et rendre impossible la tenue d'un procès équitable.

Plus d'une fois, notre Cour a clairement établi que la contemporanéité du contre-interrogatoire d'un témoin n'est pas nécessaire pour garantir l'équité du procès: *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *Levogiannis*, précité. De plus, je ne vois pas comment ce droit, s'il existait effectivement, s'appliquerait dans les circonstances. Un témoin qui n'est pas cité au procès ne dépose pas contre l'accusé. En ce sens, le témoin n'est en fait aucune-

actually “an accuser” at all, and the accused’s actual ability to cross-examine has not been impeded in any way whatsoever. In this case, for example, the main witness was the complainant, Rebane. The respondent had an adequate opportunity to cross-examine her and the other Crown witnesses. In my view, there is no prejudice in the simple fact that the respondent did not get a free opportunity to cross-examine every potential witness in the case whether the Crown wished to call them or not. I find no merit to this submission.

42 It is also worth noting that an accused concerned about a deprivation of the opportunity to cross-examine would also be able to rely, in an appropriate case, upon the provisions of s. 9 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5. Suppose for example that the Crown chose not to call a witness because he or she had made statements inconsistent with the Crown’s case. If the defence wished to have this evidence at trial, it could call the witness. If he or she did not testify in a manner consistent with the pre-trial statements and gave evidence adverse to the defence, the defence could attempt to engage the *Canada Evidence Act* and cross-examine the witness. If, of course, the witness gave favourable testimony, there would be no need to cross-examine at all. This would suffice in the vast majority of cases. I recognize, however, that there may be rare cases in which the tactical disadvantage to the defence of calling a potentially hostile witness would be manifestly unfair. Where this occurred, the trial judge would be entitled to consider this factor in deciding whether to call the witness him- or herself.

43 In summary, I am of the view that existing procedures adequately protect against unfairness suffered by the accused in this regard. It cannot therefore be said, subject to the exception noted above, that the failure of the Crown to produce a witness unfairly deprives the accused of the ability to cross-examine.

Right to Address the Jury Last

44 Finally, the respondent has submitted that the Crown’s failure to call essential witnesses would

ment un «accusateur», et la capacité réelle de l’accusé de contre-interroger n’a en rien été diminuée. En l’espèce, par exemple, le témoin principal est la plaignante, Rebane. L’intimé a eu une possibilité adéquate de la contre-interroger de même que les autres témoins à charge. À mon avis, aucun préjudice n’a été causé du simple fait que l’intimé n’a pas eu le loisir de contre-interroger tous les témoins potentiels dans cette affaire, que le ministère public ait souhaité ou non les faire témoigner. Je ne trouve aucun fondement à cet argument.

De même, il vaut la peine de noter qu’un accusé croyant être privé de la possibilité de contre-interroger pourrait aussi invoquer, dans certaines circonstances, les dispositions de l’art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5. Supposons, par exemple, que le ministère public décide de ne pas faire entendre un témoin parce qu’il aurait fait des déclarations incompatibles avec la cause de la Couronne. Si la défense désirait avoir cette preuve au procès, elle pourrait faire entendre le témoin. Si la déposition du témoin n’était pas conforme avec ses déclarations antérieures au procès et était défavorable à la défense, la défense pourrait invoquer la *Loi sur la preuve au Canada* et contre-interroger le témoin. Évidemment, si le témoin rend un témoignage qui lui est favorable, il n’y a pas la moindre raison de le contre-interroger. Cela suffira dans la grande majorité des cas. Je reconnais, toutefois, qu’il se peut que, dans de rares cas, le désavantage tactique pour la défense de faire entendre un témoin potentiellement hostile soit manifestement inéquitable. Le cas échéant, le juge du procès aurait le droit de prendre en considération ce facteur pour décider s’il cite lui-même le témoin.

En résumé, je suis d’avis que les procédures existantes protègent adéquatement contre l’iniquité que pourrait subir un accusé à cet égard. Par conséquent, on ne peut, sous réserve de l’exception mentionnée ci-dessus, affirmer que l’omission par le ministère public de citer un témoin prive injustement l’accusé du pouvoir de le contre-interroger.

Le droit de s’adresser au jury en dernier

Finalement, l’intimé a affirmé que l’omission du ministère public de citer des témoins essentiels

force the defence to do so, and, as a result, effectively remove the right not to call evidence and address the jury last, as set out in s. 651(3) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. He contends that this would cause considerable prejudice.

In support, the respondent relies on a passage from *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, at p. 861, where Cory J., in speaking of the trial judge's discretion to call witnesses, stated for the majority at pp. 861-62:

In a case where the trial judge has found that the evidence in question should have been called by the Crown, the issue of who addresses the jury last is indeed relevant. If this were not so it would be open to the Crown not to call certain evidence in order to force the defence to give up its right to address the jury last.

This statement must, of course, be considered in its proper context. I do not agree with the respondent that Cory J. was proposing that, in all cases, failure of the Crown to call a witness will result in prejudice to the accused because of the resulting loss of the choice to address the jury last. On the contrary, Cory J. was clearly referring to the trial judge's ability to consider this reality as a factor to weigh in deciding whether to exercise his or her discretion to call a witness in a given case.

I am reluctant to embark upon a wholesale investigation into the exact degree of unfairness which can be suffered by an accused because of the order of closing addresses, especially given the conflicting judgments in the courts below and the fact that this issue will be before this Court shortly: see for example, *R. v. Guyatt* (1994), 35 C.R. (4th) 178 (B.C.S.C.); *R. v. Hutchinson* (1995), 99 C.C.C. (3d) 88 (N.S.C.A.); *R. v. Rose (J.)* (1996), 90 O.A.C. 193, leave to appeal granted February 6, 1997 (S.C.C.). In any event, it is not necessary to do so. It is clear that the degree to which an accused is prejudiced by the order of closing addresses will vary upon the facts of each case, and most importantly by whether or not he or she

forcerait la défense à les faire entendre et que, par conséquent, cela nierait de fait son droit de ne pas présenter de preuve et de s'adresser au jury en dernier en conformité avec le par. 651(3) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Il soutient que cela lui causerait un préjudice considérable.

Au soutien de son allégation, l'intimé invoque un passage de l'arrêt *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, à la p. 861, où le juge Cory, parlant du pouvoir discrétionnaire du juge du procès de citer des témoins, a affirmé au nom des juges majoritaires (aux pp. 861 et 862):

Lorsque le juge du procès a conclu que la preuve en question aurait dû être produite par le ministère public, la question de savoir qui s'adresse au jury en dernier est effectivement pertinente. Sinon, il serait loisible au ministère public de ne pas produire certains éléments de preuve afin de forcer la défense à abandonner son droit de s'adresser au jury en dernier.

Cette affirmation doit, évidemment, être examinée dans son véritable contexte. Je ne suis pas d'accord avec l'intimé pour dire que le juge Cory entendait que, dans tous les cas, l'omission du ministère public de citer un témoin causera un préjudice à l'accusé en raison de la perte de son droit de s'adresser au jury en dernier. Au contraire, le juge Cory faisait clairement référence à la capacité du juge du procès de tenir compte de cette réalité comme d'un facteur à prendre en considération dans sa décision d'exercer ou non son pouvoir discrétionnaire de citer un témoin dans un cas donné.

Je suis réticente à entreprendre un examen systématique visant à déterminer exactement le degré d'injustice que peut subir un accusé en raison de l'ordre de présentation des plaidoiries finales, compte tenu spécialement des décisions contradictoires des tribunaux d'instance inférieure et du fait que cette question sera prochainement examinée par notre Cour: voir, par exemple, *R. c. Guyatt* (1994), 35 C.R. (4th) 178 (C.S.C.-B.); *R. c. Hutchinson* (1995), 99 C.C.C. (3d) 88 (C.A.N.-É.); *R. c. Rose (J.)* (1996), 90 O.A.C. 193, autorisation de pourvoi accordée le 6 février 1997 (C.S.C.). De toute façon, il n'est pas nécessaire de le faire. Il est clair que l'importance du préjudice subi par l'accusé en raison de l'ordre de présentation des plai-

45

46

47

already planned to call witnesses. For this reason, I do not feel that this factor is sufficient to warrant impeding the Crown's discretion to produce witnesses as the Crown chooses. Rather, as *Finta* points out, it can be a factor for the trial judge to consider in deciding whether or not to call the witness him- or herself. In my view, this is a preferable, flexible solution. This process allows the trial judge to balance the competing factors carefully and assess the actual prejudice to an accused rather than merely speculating about potential harm. As such, I believe this is the route which should be followed.

Duty to Call the Victim

48

In light of the analysis set out above, it remains to be seen whether a different conclusion should be reached as regards the victim of the criminal act. Ryan J.A., for the majority of the Court of Appeal, felt at pp. 49-50 that the victim of a crime was in a particular position and should be exempted from the general rule set out in *Lemay*:

The complainant/alleged victim, Dorbyson, is not a collateral witness but the very subject of the indictment against Cook. The cases cited by the prosecution do not extend the discretionary power of the prosecution to cover the actual party from or around whom the complaint originates. An accused ought not to be placed in the untenable position of having to call the complainant as his or her own witness in order to obtain exculpatory or mitigating evidence that is not otherwise obtainable. To do so smacks excruciatingly close to trial by ambush. I say this irrespective of whether the prosecutor has an oblique motive in not calling the complainant. The prosecutor should call the complainant at least for the purpose of cross-examination by an accused.

49

In my view, this reasoning is directly contrary to the aforementioned cases of *Yebe*, *supra*, and *Lemay*, *supra*. Frankly, I am unable to see why the

doiries finales dépendra des faits dans chaque affaire, et principalement de la question de savoir s'il avait déjà prévu de citer des témoins. Pour ce motif, je ne crois pas que ce facteur suffise pour justifier une entrave au pouvoir discrétionnaire du ministère public de faire entendre les témoins de son choix. Il s'agit plutôt, comme le fait ressortir l'arrêt *Finta*, d'un facteur dont le juge du procès peut tenir compte pour décider s'il cite lui-même le témoin. À mon avis, cette solution souple est préférable. Ce processus permet au juge du procès de soupeser soigneusement le pour et le contre et d'évaluer réellement le préjudice que subirait l'accusé, plutôt que de simplement spéculer sur un préjudice éventuel. Par conséquent, je crois que c'est la voie qui devrait être suivie.

L'obligation de faire entendre la victime

Compte tenu de l'analyse qui précède, il reste à déterminer si une conclusion différente devrait être tirée en ce qui concerne la victime de l'acte criminel. Le juge Ryan, au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel, a considéré que la victime d'un crime était dans une position particulière et qu'elle devrait être exemptée de l'application de la règle générale établie dans l'arrêt *Lemay* (aux pp. 49 et 50):

[TRADUCTION] Dorbyson, plaignant et victime présumée, n'est pas un témoin accessoire, mais il est au cœur même de l'acte d'accusation porté contre Cook. Dans les affaires citées par la poursuite, le pouvoir discrétionnaire de la poursuite ne va pas jusqu'à s'appliquer à la partie même qui a porté plainte ou qui est au centre du litige. La personne accusée ne devrait pas être mise dans une position intenable où elle doit faire témoigner elle-même le plaignant pour obtenir une preuve justificative ou atténuante impossible à obtenir autrement. Dans de telles conditions, on risque énormément de faire un retour aux arguments surprises présentés pendant le procès, et ce, peu importe si le poursuivant a des motifs détournés en ne faisant pas témoigner le plaignant. Le poursuivant devrait appeler le plaignant à témoigner, ne serait-ce que pour permettre à l'accusé de le contre-interroger.

À mon avis, ce raisonnement est directement contraire aux arrêts *Yebe* et *Lemay*, précités. Franchement, je n'arrive pas à voir pourquoi le témoi-

testimony of the complainant or victim should be treated differently from that of any other witness.

Indeed, in the vast majority of cases, the Crown will ignore calling the complainant or victim at its own peril as this testimony would be crucial to prove the offence in question. This is, of course, the very essence of this Court's decision in *Yebe*s. The burden of proof beyond a reasonable doubt, as it is designed to, operates very much in the accused's favour in this regard.

Where the Crown adduces nothing at all from the complainant or victim in a given case, it goes without saying that the Crown will need some other evidence of a compelling nature to establish the accused's guilt beyond a reasonable doubt. This burden will be even more difficult to overcome where there appears to be no good reason for refusing to call the witness. I would think that, in many situations, legitimate questions would arise in the minds of the trier of fact where a victim was willing and able to testify, yet without any explanation, was not called on behalf of the Crown. Indeed, in a situation where the failure of the complainant or victim to testify was completely unexplained, I would think that it would be open to the trial judge if he or she so chose, to instruct the members of the jury that they could adversely consider this absence of testimony in deciding upon whether or not the Crown had proved its case. I wish to make it clear, however, that this would not be the case where the Crown satisfies the trial judge that the complainant or victim is unavailable to testify for legitimate reasons.

In summary, therefore, I see no unfairness from a Crown's decision to avoid calling a complainant or victim in an appropriate case. It is a tactical judgment which should properly be left to the discretion of the individual Crown.

gnage du plaignant ou de la victime devrait être traité différemment de celui de n'importe quel autre témoin.

En fait, dans la plupart des cas, ce sera à ses propres risques que le ministère public décidera de ne pas faire entendre le plaignant ou la victime, étant donné toute l'importance de leur témoignage pour l'établissement de la preuve de l'infraction en question. De toute évidence, c'est là l'essence même de l'arrêt *Yebe*s de notre Cour. Sur ce plan et comme il se doit, la charge de la preuve hors de tout doute raisonnable favorise de beaucoup l'accusé.

Lorsque, dans une affaire donnée, le ministère public ne présente absolument aucune déposition de la part du plaignant ou de la victime, il va sans dire que le ministère public aura besoin d'autres éléments particulièrement probants pour établir la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Il lui sera d'autant plus difficile d'y parvenir qu'il semblera n'y avoir aucune bonne raison de refuser de faire entendre le témoin. Je serais portée à croire que, dans un grand nombre de cas, cela soulèverait des questions légitimes dans l'esprit du juge des faits si la victime était disposée à témoigner et capable de le faire, mais que, sans explication, le ministère public se refusait à la citer. En fait, dans le cas où l'absence de témoignage de la part du plaignant ou de la victime ne ferait l'objet d'aucune explication, j'aurais tendance à croire qu'il serait loisible au juge du procès, dans sa discrétion, d'informer les membres du jury qu'ils pourraient tirer une conclusion défavorable de l'absence de témoignage en décidant si le ministère public a établi le bien-fondé de l'accusation. Je veux cependant qu'il soit bien clair que ce ne serait pas le cas si le ministère public convainquait le juge du procès que le plaignant ou la victime ne peut témoigner pour des motifs légitimes.

Donc, en résumé, je ne vois pas comment l'on pourrait qualifier d'inéquitable la décision du ministère public de ne pas faire entendre le plaignant ou la victime dans les cas qui s'y prêtent. C'est une décision tactique qui, chaque fois, devrait être laissée à la discrétion du ministère public.

50

51

52

*The Canadian Charter of Rights and Freedoms**La Charte canadienne des droits et libertés*

53 Strictly speaking, the *Charter* was not in issue before this Court; mention of it, however, was made by Ryan J.A. in the Court of Appeal where he stated at p. 50 that had they been raised, “formidable [*Charter*] arguments [could] be mustered in support of [the respondent’s] position that, if available and competent, the Crown must produce the complainant as a witness, at least for the purpose of cross-examination”.

Au sens strict, on n’a fait valoir devant nous aucun moyen s’appuyant sur la *Charte* bien qu’en Cour d’appel, le juge Ryan ait mentionné que, le cas échéant, [TRADUCTION] «des arguments très forts [s’appuyant sur la *Charte*] [auraient pu] être invoqués à l’appui de la position de [l’intimé], à savoir que, si le plaignant est disponible et habile à témoigner, la Couronne doit l’appeler à témoigner, au moins pour qu’il soit contre-interrogé» (à la p. 50).

54 While it was not raised as a separate avenue of argument, I would note that this Court has stated on more than one occasion that the development of the common law should reflect the values and principles of the *Charter*: *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, at p. 184; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 675. In addition, the main thrust of the respondent’s arguments was that the Crown’s failure to call the victim as a witness caused his trial to be unfair and impeded his right to make full answer and defence. I have rejected these submissions in so far as they support the establishment of a common law duty upon the Crown and, in my view, the reasoning set out above would likely be consistent with an analysis under the *Charter* as well, although I would leave this issue until it formally arises.

Bien que cela n’ait pas fait l’objet d’une argumentation distincte, je ferais remarquer que notre Cour a dit à plus d’une occasion que la common law devait refléter les principes et les valeurs qui sous-tendent la *Charte*: *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, à la p. 184; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, à la p. 675. En outre, l’argumentation de l’intimé portait principalement que l’omission du ministère public de faire entendre la victime avait rendu son procès inéquitable et avait porté atteinte à son droit de présenter une défense pleine et entière. J’ai rejeté ces arguments dans la mesure où ils impliquent qu’il existe une obligation de common law à cet égard de la part du ministère public, et, à mon avis, le raisonnement que j’ai exposé ci-dessus serait aussi vraisemblablement compatible avec une analyse fondée sur la *Charte*. J’estime cependant, qu’il n’y a pas lieu de se prononcer sur cette question avant qu’elle ne soit formellement soulevée.

*Summary on the Crown’s Duty to Call Witnesses**Résumé quant à l’obligation du ministère public de citer des témoins*

55 In summary, I conclude that there is no duty upon the Crown to call witnesses nor a more specific duty to call the complainant or victim. Decisions on how to present the case against an accused must be left to the Crown’s discretion absent evidence that this discretion is being abused.

En résumé, je conclus qu’il n’y a pas d’obligation de la part du ministère public de faire entendre des témoins ni, plus spécifiquement, de citer le plaignant ou la victime. Les décisions relatives à la façon de présenter la preuve contre l’accusé doivent être laissées à la discrétion du ministère public, en l’absence de preuve d’abus de ce pouvoir discrétionnaire.

56 It has also been suggested in at least two decisions (*R. v. Black* (1990), 55 C.C.C. (3d) 421 (N.S.C.A.); *R. v. Taylor* (1970), 1 C.C.C. (2d) 321

Il a aussi été suggéré qu’au moins deux arrêts (*R. c. Black* (1990), 55 C.C.C. (3d) 421 (C.A.N.-É.); *R. c. Taylor* (1970), 1 C.C.C. (2d) 321

(Man. C.A.) that the Crown might wish to call witnesses with material evidence and simply make them available for cross-examination. I would certainly not go so far as to impose such a requirement, nor do I think that a trial judge should ever order the Crown to produce a witness. If the Crown wished to adopt such a procedure in a given case, however, this would, of course, be within the legitimate exercise of its discretionary authority.

Before turning to the additional issue raised by the respondent, I wish to comment briefly upon the judicial term “oblique motive”. As seen from the analysis of the case law set out above, this term has garnered a prominent place in the jurisprudence. It seems to me that where the Crown does not call a given witness two potential problems can theoretically arise as a result. First, there could be a question about disclosure in that it is alleged that the Crown has discovered information, or perhaps some type of statement made by the witness which would damage its case, and has not disclosed it to the defence. In this scenario, the proper method of analysis is to apply the approach taken by this Court in cases where disclosure is not properly made: see *O'Connor, supra*.

A second possibility is where the Crown intentionally abuses its discretion in some manner by failing to call the witness. While this has traditionally been referred to as being an “oblique motive”, it would seem to have much in common with the doctrine of abuse of process. Indeed, given that the finding of an “oblique motive” by its very name implies improper conduct on the part of the Crown, I feel it is unlikely that such a finding could arise without there being a legitimate claim of an abuse of process. This does not, of course, preclude the trial judge from considering conduct of the Crown which, although falling short of an abuse, could be one factor influencing him- or her

(C.A. Man.) ont donné à entendre que le ministère public pourrait vouloir citer des témoins importants et simplement les rendre disponibles aux fins d'un contre-interrogatoire. Je n'irais certainement pas jusqu'à lui imposer une telle obligation, et je ne crois pas non plus que le juge du procès puisse jamais ordonner au ministère public de faire entendre un témoin. Si, toutefois, le ministère public désirait procéder de cette façon dans une affaire donnée, cela relèverait de l'exercice légitime de son pouvoir discrétionnaire.

Avant d'aborder la question additionnelle soulevée par l'intimé, je veux brièvement faire un commentaire sur l'expression juridique «motif inavoué». Comme il ressort de l'analyse ci-dessus, cette expression s'est taillé une place importante dans la jurisprudence. Il me semble que, lorsque le ministère public ne cite pas un témoin donné, deux difficultés peuvent théoriquement surgir. Premièrement, cela peut soulever la question de la divulgation. On pourrait soutenir qu'une information obtenue par le ministère public ou qu'une déclaration quelconque d'un témoin de nature à nuire à la thèse du ministère public n'a pas été divulguée à la défense. Dans cette hypothèse, la grille d'analyse appropriée est d'appliquer l'approche utilisée par notre Cour dans les cas où la divulgation n'a pas été faite de façon appropriée: voir *O'Connor*, précité.

La deuxième possibilité existe lorsque le ministère public intentionnellement abuse de quelque façon de son pouvoir discrétionnaire en s'abstenant de citer le témoin. Bien que cela ait été qualifié dans le passé de «motif inavoué», cela semblerait avoir de nombreux traits communs avec la doctrine de l'abus de procédure. En fait, compte tenu que la conclusion à l'existence d'un «motif inavoué» suppose en soi un acte d'inconduite de la part du ministère public, je crois qu'il est peu probable qu'une telle conclusion puisse être tirée sans que n'existe un cas d'abus de procédure. Évidemment, cela n'interdit pas au juge du procès de prendre en considération la conduite du ministère public qui, sans constituer un abus, pourrait l'inciter à exercer son pouvoir discrétionnaire de faire entendre le

to exercise the discretion to call the witness. It is, in fact, to the role of the trial judge that I now turn.

Role of the Trial Judge

59

In the alternative to his main submission, the respondent has also suggested that the majority of the Court of Appeal was correct in concluding that the trial judge erred in not inquiring into the reasons why the Crown chose not to call Dorbyson, despite no such demand being made. Ryan J.A. set out his reasoning as follows, at pp. 51-53:

In my opinion there is a duty on the trial judge to inquire why the complainant is not being called. Here, the trial judge asked "if" but not "why not". I think it was his duty to do so and that there was a corresponding duty on the prosecutor to satisfy the judge that his reason was not "oblique" as mentioned in all the precedents including *Lemay*.

In fact, many trial judges have ordered the prosecution to call certain witnesses and if refused, have called the witnesses themselves. Unless the judge or the judge and jury are informed of the reason for the failure to call such an obvious witness how can the court know the good faith of the prosecution or that the refusal or failure to call the complainant is not an attempt to unduly influence the jury? The prosecution must avoid giving any impression that it is endeavouring to obtain a conviction by the suppression of evidence favourable to the accused. . . .

In any event, I conclude that there is a duty on a trial judge to inquire why a complainant is not being called as a witness. Fortified with the answer the trial judge can determine the next step, that is, whether to order that the witness be called or to call the witness himself or herself.

Without this knowledge, the trial judge cannot make an informed decision as to whether the court should call a particular witness. There is, therefore, in my opinion, a duty on the trial judge to at least inquire why a complainant, if competent and available, is not called by the prosecution.

témoin, ce qui m'amène maintenant à examiner le rôle du juge du procès.

Le rôle du juge du procès

Subsidiairement, l'intimé allègue que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu raison de conclure que le juge du procès a commis une erreur en ne s'enquérant pas des motifs pour lesquels le ministère public avait décidé de ne pas citer Dorbyson, même si aucune demande ne lui avait été présentée à ce sujet. Le juge Ryan a exposé ses motifs de la façon suivante (aux pp. 51 à 53):

[TRADUCTION] Je suis d'avis que le juge du procès a le devoir de s'enquérir des motifs pour lesquels le plaignant n'est pas appelé à témoigner. En l'espèce, le juge du procès a demandé «si» le plaignant témoignerait mais non «pourquoi pas». Je pense qu'il avait le devoir de le demander et que la poursuite avait le devoir correspondant de convaincre le juge que ses motifs n'étaient pas «détournés», comme le mentionnent tous les précédents, y compris l'arrêt *Lemay*.

De fait, dans bien des cas, le juge du procès a ordonné à la poursuite d'appeler certains témoins et, en cas de refus, a appelé lui-même ces témoins. Si on n'informe pas le juge ou le jury des motifs pour lesquels un témoin si évident n'est pas appelé, comment la cour peut-elle savoir que la poursuite est de bonne foi ou que le refus ou le défaut d'appeler le plaignant à témoigner n'est pas une tentative visant à influencer indûment le jury? La poursuite doit éviter de donner l'impression qu'elle s'efforce d'obtenir une condamnation en supprimant des preuves favorables à l'accusé. . . .

De toute façon, je conclus que le juge du procès a le devoir de s'enquérir des motifs pour lesquels le plaignant n'est pas appelé à témoigner. La réponse permettra au juge du procès de passer à l'étape suivante: il doit décider s'il ordonnera que le témoin soit appelé ou s'il l'appellera lui-même.

S'il ignore ces motifs, le juge du procès ne peut pas décider de façon éclairée si la cour doit appeler un témoin donné. À mon avis, le juge du procès a, en conséquence, le devoir, au moins, de s'enquérir des motifs pour lesquels la poursuite n'appelle pas le plaignant, si celui-ci est habile à témoigner et disponible.

While this proposition might appear rather sound on the surface, I am of the view that it does not withstand close scrutiny. In essence, Ryan J.A. felt a mandatory inquiry on the part of the trial judge was necessary for two reasons: (1) to determine whether or not the Crown possesses an “oblique motive”, and (2) to get a full appreciation of whether he or she should exercise the discretion to call the witness.

With respect, I have difficulty with both of these concepts. Regarding the first proposition, I have already concluded that the concept of “oblique motive” is better understood as either an issue of a failure to disclose evidence or akin to an abuse of process. In both scenarios, it is abundantly clear that the onus to prove the Crown’s misconduct lies upon the accused. As Sopinka J. stated for a unanimous Court in *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at p. 743, with respect to disclosure:

Once the Crown alleges that it has fulfilled its obligation to produce it cannot be required to justify the non-disclosure of material the existence of which it is unaware or denies. Before anything further is required of the Crown, therefore, the defence must establish a basis which could enable the presiding judge to conclude that there is in existence further material which is potentially relevant. [Emphasis added.]

See also *O’Connor*, *supra*, at p. 477, *per* L’Heureux-Dubé J.

Similarly, it is clear that a finding of an abuse of process will only be available where the accused is able to establish such conduct on a balance of probabilities: *O’Connor*, *supra*, at p. 461. Given that onus, I fail to see why the trial judge should as a matter of course become involved in determining whether the Crown has acted improperly. Assuming it is possible to find an “oblique motive” without there being an abuse of process, I see no reason why the onus to demonstrate this motive should operate differently.

With regard to Ryan J.A.’s second concern, aside from the comments I have already made, I do

Je crois que si l’on y regarde de plus près, cette affirmation, en apparence bien fondée, ne résiste pas à l’examen. Essentiellement, le juge Ryan a cru que le juge du procès a l’obligation de s’informer pour deux motifs: 1) pour déterminer si le ministère public a agi pour un «motif inavoué» et 2) pour prendre une décision éclairée quant à savoir s’il doit exercer son pouvoir discrétionnaire et citer lui-même le témoin.

Avec égards, j’estime que ces deux concepts suscitent des difficultés. En ce qui concerne le premier, j’ai déjà conclu que l’expression «motif inavoué» renvoie soit à une question de non-divulgateion de la preuve ou à une question frisant l’abus de procédure. Dans l’une et l’autre hypothèses, il est plus que clair qu’il incombe à l’accusé de faire la preuve de l’inconduite du substitut du procureur général. Comme le juge Sopinka l’a affirmé dans l’arrêt unanime *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, au sujet de la divulgation, à la p. 743:

Du moment que le ministère public affirme avoir rempli son obligation de produire, on ne saurait le contraindre à justifier la non-divulgateion de renseignements dont il ignore ou nie l’existence. Le ministère public n’est donc tenu de rien faire d’autre tant que la défense n’a pas établi des motifs sur lesquels le juge qui préside peut se fonder pour conclure à l’existence d’autres renseignements qui sont peut-être pertinents. [Je souligne.]

Voir aussi mes motifs dans l’arrêt *O’Connor*, précité, à la p. 477.

De la même façon, il est clair qu’une conclusion d’abus de procédure ne peut être tirée que si l’accusé parvient à établir, par prépondérance de preuve, qu’il y a eu un tel abus: voir *O’Connor*, précité, à la p. 461. Compte tenu de cette charge de preuve, je n’arrive pas à voir pourquoi le juge du procès devrait lui-même, dans le cours ordinaire des choses, chercher à savoir si le ministère public n’a pas agi correctement. En supposant qu’il soit possible de conclure à l’existence d’un «motif inavoué» en l’absence d’un abus de procédure, je ne vois aucune raison pour laquelle la charge de prouver ce motif devrait obéir à des règles différentes.

En ce qui concerne la deuxième préoccupation du juge Ryan, à part les commentaires que j’ai déjà

60

61

62

63

not feel a need to expand at length upon the trial judge's discretion to call witnesses given that this issue was extensively canvassed by the reasons of Cory J. in *Finta, supra*. As he stated in that case, the calling of witnesses by the trial judge is a matter to be left to each judge's discretion, and that it should be exercised in rare cases so as to avoid overly interfering with the adversarial nature of the proceedings: *Finta, supra*, at p. 861. A number of factors, some of which I have already discussed, will have to be considered by the trial judge in determining whether or not to exercise this discretion, but the guiding principle is that in doing so it must be "essential . . . in order to do justice in the case".

64 A mandatory inquiry into the reasons for which the Crown decided not to call the witness does not seem to be in keeping with the intent and spirit of *Finta*. While such an inquiry might be appropriate in a given case, I would leave that to the discretion of the trial judge.

Application to the Facts of this Case

65 As I have stated above, the Crown has a complete discretion in deciding which witnesses it will call as part of its case. As a result, I can find no error in the fact that it chose not to call Dorbyson to testify against the respondent. No complaints were raised about the conduct of the Crown; nor were there any allegations of material non-disclosure.

66 In addition, I cannot conclude that the trial judge erred in failing to call the witness himself. As Cory J. stated in *Finta, supra*, at p. 857, this discretion "should only be exercised rarely and then with extreme care, so as not to interfere with the adversarial nature of the trial procedure or prejudice the accused". Applying the guidelines set out in that case, I cannot say that the trial judge erred in deciding not to call the witness. My conclusion is strengthened in this regard by the fact that defence counsel at trial made several references in his closing address to Dorbyson's failure to testify, and he

faits, je ne sens pas le besoin de m'étendre davantage sur la question du pouvoir discrétionnaire du juge du procès de citer des témoins, étant donné que le juge Cory l'a examinée en profondeur dans ses motifs, dans l'arrêt *Finta*, précité. Comme il l'a noté dans cet arrêt, la citation de témoins par le juge du procès est une question qui relève, dans chaque cas, du pouvoir discrétionnaire du juge, et ce pouvoir ne devrait être exercé que rarement pour ne pas porter indûment atteinte à la nature contradictoire de la procédure: *Finta*, précité, à la p. 861. Le juge du procès devra prendre en considération de nombreux facteurs, dont ceux que j'ai déjà analysés, pour déterminer s'il exerce ou non son pouvoir discrétionnaire, mais le principe directeur est que cela doit être «nécessaire [. . .] pour que justice soit rendue».

Forcer le juge à s'enquérir auprès du ministère public de ses motifs pour ne pas citer un témoin ne semble pas conforme à l'intention et à l'esprit de l'arrêt *Finta*. Je laisserais à la discrétion du juge la question de l'à-propos de s'enquérir de tels motifs.

Application aux faits de l'espèce

Comme je l'ai dit ci-dessus, le ministère public a complète discrétion pour décider quels témoins citer au soutien de sa cause. Par conséquent, je ne saurais trouver d'erreur dans le fait qu'il ait choisi de ne pas citer Dorbyson à témoigner contre l'intimé. Aucune plainte n'a été portée contre le ministère public pour sa conduite; aucune allégation de non-divulgaration relativement à un élément de preuve important n'a été faite non plus.

Par ailleurs, je ne peux conclure que le juge du procès a commis une erreur en ne citant pas lui-même le témoin. Comme le juge Cory l'a affirmé dans *Finta*, précité, à la p. 857, ce pouvoir discrétionnaire «ne devrait être exercé que rarement et, alors, avec une extrême prudence afin de ne pas entraver la nature contradictoire du procès ou de ne pas causer de préjudice à l'accusé». Appliquant les lignes directrices établies dans cet arrêt, je ne peux pas dire que le juge du procès a commis une erreur en décidant de ne pas citer le témoin. Ma conclusion est renforcée à cet égard par le fait qu'au pro-

exploited this factor to its utmost in urging the jury to find a reasonable doubt. In my view, this bolsters the conclusion that the respondent, in truth, suffered no prejudice from the Crown's failure to call the witness. Additionally, for the reasons set out above, there was no need for the trial judge to inquire into the Crown's motivations for not calling Dorbyson.

Finally, the respondent has argued, although not particularly strenuously, that the Crown's failure to call Dorbyson as a witness resulted in an "unsafe verdict" in that the "whole of the story" was not put before the jury. Essentially, he contends that this decision not to call Dorbyson makes it impossible to conclude that the Crown actually proved its case, and that the jury's verdict to the contrary was an unreasonable one. I am unable to agree with this submission. After a review of the material which was admitted in this case, I am of the view that there was a great deal of evidence upon which a reasonably instructed jury could conclude that the respondent had committed the crime for which he was charged.

Disposition

In the result, I conclude that the Court of Appeal erred in setting aside the jury's verdict. As was indicated at the oral hearing, I would accordingly allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the conviction.

Appeal allowed.

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

Solicitor for the respondent: Margaret Gallagher, Saint John.

cès, l'avocat de la défense a rappelé à de nombreuses reprises, dans sa plaidoirie finale, le défaut de témoigner de Dorbyson et qu'il a exploité ce facteur au maximum en pressant le jury de conclure à l'existence d'un doute raisonnable. À mon avis, cela renforce la conclusion que l'intimé, n'a en vérité, subi aucun préjudice du fait de l'omission par le ministère public de faire entendre le témoin. En outre, pour les motifs exposés ci-dessus, le juge n'avait aucune raison de s'enquérir des motifs pour lesquels le ministère public a décidé de ne pas citer Dorbyson.

Finalement, l'intimé a allégué, mais sans trop insister, que l'omission du ministère public de citer Dorbyson comme témoin avait entraîné le prononcé d'un [TRADUCTION] «verdict imprudent», en ce sens que le jury n'avait pas été informé de [TRADUCTION] «l'ensemble de l'histoire». Essentiellement, il allègue que la décision de ne pas faire entendre Dorbyson a fait en sorte qu'il est impossible de conclure que le ministère public a prouvé l'infraction et que, par conséquent, le verdict contraire rendu par le jury est déraisonnable. Je ne peux me rendre à cet argument. Après avoir examiné la preuve déposée dans la présente affaire, je suis d'avis qu'elle était suffisante pour permettre à un jury ayant reçu des directives raisonnables de conclure que l'intimé avait commis le crime dont il était accusé.

Dispositif

En définitive, je conclus que la Cour d'appel a commis une erreur en annulant le verdict du jury. Tel qu'il a été décidé à l'audience, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et la déclaration de culpabilité est rétablie.

Pourvoi accueilli.

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

Procureur de l'intimé: Margaret Gallagher, Saint-Jean.

67

68

Daniel Germain, Nicolas Bougoulias, Frank Scarpelli, Louise Coiteux Di Renzo and Julieta Sousa *Appellants*

v.

The Attorney General of Quebec *Respondent*

and

The City of Montreal *Mis en cause*

and

The Attorney General for Ontario *Intervener*

and between

Daniel Germain, Nicolas Bougoulias, Frank Scarpelli, Louise Coiteux Di Renzo and Julieta Sousa *Appellants*

v.

The City of Montreal *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec *Mis en cause*

and

The Attorney General for Ontario *Intervener*

INDEXED AS: GERMAIN v. MONTREAL (CITY)

File No.: 24964.

1997: April 23.

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

Daniel Germain, Nicolas Bougoulias, Frank Scarpelli, Louise Coiteux Di Renzo et Julieta Sousa *Appelants*

c.

Le procureur général du Québec *Intimé*

et

La ville de Montréal *Mise en cause*

et

Le procureur général de l'Ontario *Intervenant*

et entre

Daniel Germain, Nicolas Bougoulias, Frank Scarpelli, Louise Coiteux Di Renzo et Julieta Sousa *Appelants*

c.

La ville de Montréal *Intimée*

et

Le procureur général du Québec *Mis en cause*

et

Le procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: GERMAIN c. MONTRÉAL (VILLE)

N° du greffe: 24964.

1997: 23 avril.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Constitutional law — Division of powers — Taxation — Surtax on non-residential buildings within provincial jurisdiction since it is a direct tax raised for provincial purposes — Constitution Act, 1867, s. 92(2).

Municipal law — Taxation — Surtax on non-residential buildings falling into category of land taxes.

Cases Cited

Referred to: *Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education*, [1996] 2 S.C.R. 929.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, s. 92(2).

APPEALS from judgments of the Quebec Court of Appeal, [1995] R.J.Q. 2313, 30 M.P.L.R. (2d) 42, reversing a judgment of the Superior Court, [1993] R.J.Q. 2635, 17 M.P.L.R. (2d) 229, that had granted in part a petition for nullity and for a declaratory judgment concerning the constitutional validity of the provisions of the *Act respecting Municipal Taxation* and the municipal by-law of the City of Montreal respecting the surtax on non-residential buildings. Appeals dismissed.

Jérôme Choquette, Q.C., and *Julius H. Grey*, for the appellants.

Monique Rousseau, Marie-Andrée Gauthier and *Lucien Bélanger*, for the respondent/mis en cause the Attorney General of Quebec.

Serge Barrière, for the mis en cause/respondent the City of Montreal.

Michel Y. Hélie, for the intervenor.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

LA FOREST J. — We are all of the view that these appeals should be dismissed. The taxes whose validity is impugned are direct taxes raised

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Taxation — Surtaxe sur les immeubles non résidentiels de compétence provinciale puisqu'elle constitue une taxe directe prélevée pour des fins provinciales — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(2).

Droit municipal — Taxation — Surtaxe sur les immeubles non résidentiels relevant de la catégorie des taxes foncières.

Jurisprudence

Arrêt mentionné: *Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 R.C.S. 929.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(2).

POURVOIS contre des arrêts de la Cour d'appel du Québec, [1995] R.J.Q. 2313, 30 M.P.L.R. (2d) 42, qui ont infirmés un jugement de la Cour supérieure, [1993] R.J.Q. 2635, 17 M.P.L.R. (2d) 229, qui avait accueilli en partie une requête en nullité et en jugement déclaratoire relative à la validité constitutionnelle des dispositions de la *Loi sur la fiscalité municipale* et du règlement municipal de la ville de Montréal concernant la surtaxe sur les immeubles non résidentiels. Pourvois rejetés.

Jérôme Choquette, c.r., et *Julius H. Grey*, pour les appelants.

Monique Rousseau, Marie-Andrée Gauthier et *Lucien Bélanger*, pour l'intimé/mis en cause le procureur général du Québec.

Serge Barrière, pour la mise en cause/intimée la ville de Montréal.

Michel Y. Hélie, pour l'intervenant.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE LA FOREST — Nous sommes tous d'avis de rejeter ces pourvois. Les taxes dont la validité est attaquée sont des taxes directes préle-

for provincial purposes within the meaning of s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*.

² In the circumstances, these taxes fall into the category of true land taxes and can be distinguished from that in issue in *Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education*, [1996] 2 S.C.R. 929. We consider the other arguments raised to be without merit.

³ For these reasons the appeals are dismissed with costs.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants: Choquette Rhéaume, Montreal.

Solicitors for the respondent/mis en cause the Attorney General of Quebec: Bernard, Roy & Associés, Montreal.

Solicitors for the mis en cause/respondent the City of Montreal: Jalbert, Séguin, Verdon, Caron, Mahoney, Montreal.

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

vées pour des fins provinciales au sens du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Dans les circonstances, ces taxes relèvent de la catégorie des taxes foncières véritables et il y a lieu de les distinguer de celle qui a fait l'objet de l'arrêt *Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 R.C.S. 929. Quant aux autres moyens invoqués, nous les jugeons non fondés.

Pour ces motifs, les pourvois sont rejetés avec dépens.

Jugement en conséquence.

Procureurs des appelants: Choquette Rhéaume, Montréal.

Procureurs de l'intimé/mis en cause le procureur général du Québec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureurs de la mise en cause/intimée la ville de Montréal: Jalbert, Séguin, Verdon, Caron, Mahoney, Montréal.

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

Belmoaris Gilberto Coreas *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. COREAS

File No.: 25503.

1997: April 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Procedure — Trial judge stating conclusion before trial completed — Whether statement unfair to Crown.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, [1996] O.J. No. 2550 (QL), allowing an appeal from acquittal by Belobradic Prov. J. and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Todd Ducharme and John A. Sutherland, for the appellant.

Feroza Bhabha, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE — One consolation for Mr. Coreas is that he's very well represented and will be very well represented at his new trial. We are in agreement with the reasons of the Court of Appeal, [1996] O.J. No. 2550, in ordering a new trial. The appeal is therefore dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: John A. Sutherland, Toronto.

Belmoaris Gilberto Coreas *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. COREAS

N° du greffe: 25503.

1997: 25 avril.

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

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

Droit criminel — Procédure — Juge du procès énonçant sa conclusion avant la fin du procès — Cet énoncé est-il inéquitable pour le ministère public?

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, [1996] O.J. No. 2550 (QL), qui a accueilli l'appel d'un verdict d'acquiescement prononcé par le juge Belobradic de la Cour provinciale, et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Todd Ducharme et John A. Sutherland, pour l'appelant.

Feroza Bhabha, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF — Monsieur Coreas peut se consoler en se disant qu'il est très bien représenté et qu'il sera très bien représenté à son nouveau procès. Nous souscrivons aux motifs exposés par la Cour d'appel, [1996] O.J. No. 2550, en ordonnant un nouveau procès. Le pourvoi est donc rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: John A. Sutherland, Toronto.

*Solicitor for the respondent: The Attorney
General for Ontario, Toronto.*

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

American Home Assurance Co. Appellant

v.

Brkich & Brkich Enterprises Ltd. and Mel Hotels Ltd., doing business as The Commercial Hotel Respondents

INDEXED AS: BRKICH & BRKICH ENTERPRISES LTD. v. AMERICAN HOME ASSURANCE CO.

File No.: 24959.

1997: April 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Insurance — Replacement cost — Property destroyed by fire insured for replacement value only — Insured signing contract for reconstruction of hotel and then selling property to third party on condition that hotel would be rebuilt according to terms of contract — Policy requirement that insured effect replacement satisfied — Insured entitled to recover replacement cost under policy.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1995), 8 B.C.L.R. (3d) 1, 127 D.L.R. (4th) 115, [1995] 8 W.W.R. 363, 62 B.C.A.C. 186, 103 W.A.C. 186, 31 C.C.L.I. (2d) 160, [1996] I.L.R. ¶1-3263, reversing a judgment of the British Columbia Supreme Court (1993), 84 B.C.L.R. (2d) 184, [1994] 1 W.W.R. 532, 18 C.C.L.I. (2d) 85, [1993] I.L.R. ¶1-2291, dismissing the respondents' action on an insurance policy. Appeal dismissed.

William M. Holburn, Q.C., and Judith P. Kennedy, for the appellant.

Alan E. Farber and Stephen Tick, for the respondents.

American Home Assurance Co. Appellante

c.

Brkich & Brkich Enterprises Ltd. et Mel Hotels Ltd., faisant affaires sous le nom de The Commercial Hotel Intimées

RÉPERTORIÉ: BRKICH & BRKICH ENTERPRISES LTD. c. AMERICAN HOME ASSURANCE CO.

N° du greffe: 24959.

1997: 28 avril.

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

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

Assurance — Coût de remplacement — Propriété détruite par le feu protégée par une assurance valeur de remplacement seulement — Assuré signant un contrat de reconstruction de l'hôtel et vendant ensuite cette propriété à un tiers à la condition qu'elle soit reconstruite conformément au contrat — Respect de la condition de la police que l'assuré effectue le remplacement — Assuré ayant droit au coût de remplacement en vertu de la police.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1995), 8 B.C.L.R. (3d) 1, 127 D.L.R. (4th) 115, [1995] 8 W.W.R. 363, 62 B.C.A.C. 186, 103 W.A.C. 186, 31 C.C.L.I. (2d) 160, [1996] I.L.R. ¶1-3263, qui a infirmé un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1993), 84 B.C.L.R. (2d) 184, [1994] 1 W.W.R. 532, 18 C.C.L.I. (2d) 85, [1993] I.L.R. ¶1-2291, qui avait rejeté l'action des intimées fondée sur une police d'assurance. Pourvoi rejeté.

William M. Holburn, c.r., et Judith P. Kennedy, pour l'appellante.

Alan E. Farber et Stephen Tick, pour les intimées.

The judgment of the Court was delivered orally
by

Version française du jugement de la Cour rendu
oralement par

¹ LA FOREST J. — We are all of the view that the appeal should be dismissed for the reasons given by Finch J.A. in the Court of Appeal. Accordingly, the appeal is dismissed with costs throughout.

LE JUGE LA FOREST — Nous sommes tous d'avis qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi pour les motifs exposés par le juge Finch en Cour d'appel. En conséquence, le pourvoi est rejeté avec dépens dans toutes les cours.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant: Alexander, Holburn, Beaudin & Lang, Vancouver.

Procureurs de l'appelante: Alexander, Holburn, Beaudin & Lang, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Oreck, Chernoff, Tick & Farber, Vancouver.

Procureurs des intimées: Oreck, Chernoff, Tick & Farber, Vancouver.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

1. Fishing licences — Authorization — Minister of Fisheries and Oceans authorizing issuance of lobster licences to appellant — Minister later deciding not to issue licences — Whether Minister had authority to revoke authorization — Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, s. 7.

COMEAU'S SEA FOODS LTD. V. CANADA (MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS), 12.

2. Standard of review — Ontario Municipal Board — Standard of review applicable to Board's decision.

TORONTO AREA TRANSIT OPERATING AUTHORITY V. DELL HOLDINGS LTD., 32.

3. Statutory appeals — Tribunal composed of economic, commercial and legal experts — Tribunal's decision not protected by privative clause — Standard of appellate review — Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, s. 92(1) — Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985, c. 19 (2nd Supp.), ss. 12, 13.

CANADA (DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH) V. SOUTHAM INC., 748.

4. Natural justice — Transcript of hearing — Conseil des services essentiels — Council making remedial order preventing certain municipal employees from collectively refusing to work overtime for duration of holiday weekend — Council failing to make machine recording of hearing giving rise to order — Whether resulting lack of transcript of hearing violates rules of natural justice.

CANADIAN UNION OF PUBLIC EMPLOYEES, LOCAL 301 V. MONTREAL (CITY), 793.

APPEALS

Appeals to Supreme Court of Canada — Mootness — Court not exercising discretion to hear appeal notwithstanding mootness — Appeal quashed.

GOODSWIMMER V. CANADA (MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT), 309.

ARBITRATION

Stay of proceedings — Arbitration agreement not inoperative — Order staying court action restored.

BURLINGTON NORTHERN RAILROAD CO. V. CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO., 5.

BANKS AND BANKING OPERATIONS

Security — Company's inventory subject to fixed charge and to Bank Act security — Employee source deductions not paid by company in receivership — Whether bank had priority to proceeds of sale of inventory over statutory trust in favour of Her Majesty — Bank Act, S.C. 1991, c. 46, s. 427 — Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 153, 227(4), (5) — Personal Property Security Act, S.A. 1988, c. P-4.05, s. 28(1).

ROYAL BANK OF CANADA V. SPARROW ELECTRIC CORP., 411.

CIVIL PROCEDURE

Trial — Jury — Discharge — References made during trial to possibility of defendant's being insured — Judge discharging jury and plaintiffs electing to proceed by judge alone — Whether trial judge erred in discharging the jury because of the references to insurance — If in error, whether the plaintiffs entitled to a new trial despite their election to continue — Supreme Court Rules, B.C. Reg. 310/76, Rule 41(6).

HAMSTRA (GUARDIAN AD LITEM OF) V. BRITISH COLUMBIA RUGBY UNION, 1092.

COMPETITION LAW

Remedy — Tribunal investigating substantial lessening of competition — Tribunal ordering divestment of one business at owner's option — Whether remedial order should be set aside — Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, s. 92(1) — Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985, c. 19 (2nd Supp.), ss. 12, 13.

CANADA (DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH) V. SOUTHAM INC., 748.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Trial within reasonable time — No violation of accused's right to be tried within reasonable time — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

R. V. FINN, 10.

2. Charter of Rights — Fundamental justice — Full answer and defence — Disclosure — Destruction of evidence by third party — Complainant interviewed by sexual assault crisis centre social worker — Accused later charged with gross indecency — Notes made by social worker during interview with complainant destroyed by centre prior to court ordering production of complainant's file — Whether failure to produce notes breached accused's right to full answer and defence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

R. V. CAROSELLA, 80.

3. Charter of Rights — Remedy — Destruction of evidence by third party — Complainant interviewed by sexual assault crisis centre social worker — Accused later charged with gross indecency — Notes made by social worker during interview with complainant destroyed by centre prior to court ordering production of complainant's file — Accused's right to full answer and defence breached — Whether stay of proceedings appropriate remedy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1).

R. V. CAROSELLA, 80.

4. Charter of Rights — Right to be informed without unreasonable delay of specific offence — Twenty-month interval between issuance of arrest warrant and actual arrest — No proof of prejudice to accused from delay in being informed of offence — Trial judge erred in ordering stay of proceedings.

R. V. DELARONDE, 213.

5. Charter of Rights — Detention or imprisonment — Accused detained for questioning by police following death of his severely disabled daughter — Whether accused under de facto arrest — Whether accused's detention arbitrary — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 9.

R. V. LATIMER, 217.

6. Charter of Rights — Right to be informed of reasons for detention — Accused detained for questioning by police following death of his severely disabled daughter — Whether failure to inform accused that he had been "arrested" and could be charged with murder infringed his right to be informed of reasons for detention — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(a).

R. V. LATIMER, 217.

7. Charter of Rights — Right to counsel — Accused detained for questioning by police following death of his severely disabled daughter — Whether police adequately informed accused of means

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

to access available duty counsel services — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

R. V. LATIMER, 217.

8. Charter of Rights — Equality rights — Physical disability — Child with physical disabilities identified as being an "exceptional pupil" — Child placed in neighbourhood school on trial basis — Child's best interests later determined to be placement in special education class — Whether placement in special education class and process of doing so absent parental consent infringing child's s. 15 (equality) Charter rights — If so, whether infringement justifiable under s. 1 — Whether Court of Appeal erred in considering constitutional issues absent notice required by Courts of Justice Act — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15 — Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 109(1) — Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, ss. 1(1), 8(3) — R.R.O. 1990, Reg. 305, s. 6.

EATON V. BRANT COUNTY BOARD OF EDUCATION, 241.

9. Charter of Rights — Fundamental justice — Fair trial — Trial judge correct in finding that accused's right to make full answer and defence breached — Stay of proceedings restored.

R. V. MACDONNELL, 305.

10. Charter of Rights — Remedy — Violation of accused's right to make full answer and defence — Notwithstanding breach of right to make full answer and defence, adjournment the appropriate remedy rather than a stay of proceedings.

R. V. WICKSTED, 307.

11. Charter of Rights — Equality rights — Citizenship — Children born abroad before February 15, 1977 of Canadian fathers granted citizenship on application but those of Canadian mothers required to undergo security check and to take citizenship oath — U.S.-born son of a Canadian mother denied citizenship because of criminal charges — Whether applying s. 15(1) of Charter involves illegitimate retroactive or retrospective application — If not, whether the treatment accorded to children born abroad to Canadian mothers before February 15, 1977 by the Citizenship Act offending s. 15(1) — If so, whether saved by s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 3(1), 4(3), 5(1)(b), (2)(b), 12(2), (3), 22(1)(b), (d), (2)(b) — Citizenship Regulations, C.R.C., c. 400, s. 20(1).

BENNER V. CANADA (SECRETARY OF STATE), 358.

12. Charter of Rights — Search and seizure — Police taking hair samples, buccal swabs and teeth impressions from accused without his consent while he was in custody — Whether accused's right against unreasonable search and seizure infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

R. V. STILLMAN, 607.

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

13. Charter of Rights — Search and seizure — Accused in custody not consenting to taking of any bodily samples — Police seizing from wastebasket in police station discarded tissue used by accused to blow his nose — Whether accused's right against unreasonable search and seizure infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

R. V. STILLMAN, 607.

14. Charter of Rights — Security of person — Fundamental justice — Police taking hair samples, buccal swabs and teeth impressions from accused without his consent while he was in custody — Whether accused's right to security of person infringed in manner not consistent with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

R. V. STILLMAN, 607.

15. Charter of Rights — Admissibility of evidence — Police taking hair samples, buccal swabs and teeth impressions from accused without his consent while he was in custody — Police also seizing from wastebasket in police station discarded tissue used by accused to blow his nose — Whether evidence obtained in violation of accused's Charter rights — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. V. STILLMAN, 607.

16. Charter of Rights — Admissibility of evidence — Proper approach to s. 24(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms when evidence affects fairness of trial — Whether such evidence must be excluded regardless of other factors.

R. V. STILLMAN, 607.

17. Division of powers — Taxation — Surtax on non-residential buildings within provincial jurisdiction since it is a direct tax raised for provincial purposes — Constitution Act, 1867, s. 92(2).

GERMAIN V. MONTREAL (CITY), 1144.

CONTRACTS

Writing requirement — Crown expropriating land and agreeing to right to cross highway as part of compensation package — Statute requiring Minister to issue written permit — Crown performing work required to effect and maintain highway crossing — Crown denying grant of interest in land because writing requirement not met — Whether Crown can rely on absence of written permit to deny creation of interest to cross the highway — Public Highways Act, R.S.N.S. 1954, c. 235, s. 21.

HILL V. NOVA SCOTIA (ATTORNEY GENERAL), 69.

CRIMINAL LAW

1. Powers of court of appeal — Acquittal — Evidence not allowing reasonable jury properly instructed to find accused guilty beyond reasonable doubt.

R. V. HINSE, 3.

2. Indictment — Severance of counts — Appellate court should interfere with exercise of trial judge's discretion respecting severance of counts in indictment only if trial judge acted unjudicially or if ruling resulted in injustice — Court of Appeal correct in holding that neither circumstance present here.

R. V. C. (D.A.), 8.

3. Abuse of process — Purpose of prosecution not to advance civil interest of complainant to recover debt — Trial judge erring in finding abuse of process.

R. V. FINN, 10.

4. Trial — Jury — Accused convicted of second degree murder after confessing to killing his severely disabled daughter — Whether Crown counsel's interference with prospective jurors warrants new trial.

R. V. LATIMER, 217.

5. Evidence — Police-informer privilege — Anonymous informer — Police investigating accused following Crime Stoppers tip that drugs were being grown in his house — Tip mentioned in information to obtain warrant to search accused's house — Search resulting in accused being charged with drug offences — Crown refusing accused's request to produce tip sheet on ground of informer privilege — Whether trial judge erred in ordering production of edited tip sheet.

R. V. LEIPERT, 281.

6. Evidence — Police-informer privilege — Exception — Whether right to disclosure of documents in Crown's possession and Charter right to make full answer and defence creating new exception to informer privilege rule.

R. V. LEIPERT, 281.

7. Search and seizure — Validity of search warrant — Police investigating accused following Crime Stoppers tip that drugs were being grown in his house — Tip mentioned in information to obtain warrant to search accused's house — Search resulting in accused being charged with drug offences — Crown refusing accused's request to produce tip sheet on ground of informer privilege — Whether Crown entitled to sustain validity of search warrant without reference to tip in absence of defence consent — Whether accused entitled to disclosure of tip sheet.

R. V. LEIPERT, 281.

CRIMINAL LAW—Continued

8. Appeals to Supreme Court of Canada — Appeal as of right — Appeal not based on question of law alone — Appeal quashed.

R. v. JENSEN, 304.

9. Committal for trial — Accused committed to stand trial on charge of possession of marijuana for purposes of trafficking — Sufficient evidence to commit to trial — Certiorari denied.

R. v. THOMPSON, 311.

10. Charge to jury — Presumption that person living with a prostitute living off the avails of prostitution — Charge explaining terms of the section but not the meaning of “evidence to the contrary” — No error committed — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 212(3).

R. v. NAUD, 312.

11. Trial — Charge to jury — Mental disorder — Murder — Trial judge canvassing accused’s mental disorder evidence at length when discussing insanity defence — Whether trial judge erred in simply referring to this evidence when addressing “planning and deliberation” element of first degree murder — Whether jury properly charged on how accused’s mental disorder evidence applied to issues of “planning and deliberation” and “intent”.

R. v. JACQUARD, 314.

12. Trial — Charge to jury — Mental disorder — Murder — Trial judge relating accused’s mental disorder evidence to issue of “intention to commit murder” as part of his instructions regarding other offences and not earlier when issue arose — Whether trial judge’s instructions on intent adequate.

R. v. JACQUARD, 314.

13. Trial — Charge to jury — Consciousness of guilt — Accused charged with first degree murder — Murder weapon found by police hidden under skateboard ramp with no fingerprints on it — Accused admitting actus reus of offence — Whether trial judge properly instructed jury on inferences to be drawn from accused’s concealment of murder weapon — If not, whether curative proviso applicable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. JACQUARD, 314.

14. Trial — Charge to jury — Approach to be adopted by appellate courts when reviewing charges.

R. v. JACQUARD, 314.

15. Motor vehicles — Dangerous driving causing death — Trial judge properly applying elements of offence — Conviction affirmed.

R. v. RUSSELL, 356.

CRIMINAL LAW—Continued

16. Full answer and defence — Accused appealing his conviction for first degree murder on ground that he was denied right to make full answer and defence by ineffective representation of counsel — Conviction upheld.

R. v. HALNUCK, 533.

17. Trial — Evidence — Trial judge excluding key Crown witness from testifying on ground that his evidence was tainted — Accused acquitted of first degree murder — Trial judge erring in concluding that tainting was question of admissibility rather than weight — Court of Appeal judgment ordering new trial upheld.

R. v. BURIC, 535.

18. Trial — Reasonable apprehension of bias — Trial judge making private phone call to head of public prosecution service asking for removal of lead Crown counsel from case otherwise he would take steps to “secure that end” — Trial judge denying Crown’s motion for recusal and later allowing accused’s motion for stay of proceedings on manslaughter charges on basis of Crown’s failure to disclose relevant evidence — Whether trial judge’s conduct and words creating reasonable apprehension of bias.

R. v. CURRAGH INC., 537.

19. Costs — Delays and legal costs incurred arising from systemic problems beyond control of accused — Problems largely occasioned by trial judge’s conduct which gave rise to apprehension of bias — Accused should recover their reasonable legal costs of proceedings to date and be paid reasonable legal costs incurred in new trial.

R. v. CURRAGH INC., 537.

20. Trial — Charge to jury — Reasonable doubt — Whether trial judge’s charge on evidence and on assessment of testimony of accused and defence witnesses misled jury.

R. v. HAROUN, 593.

21. Trial — Procedure — Reply evidence — Whether Crown erroneously permitted to call reply evidence in breach of collateral fact rule — If so, whether no substantial wrong or miscarriage of justice occasioned by reply evidence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. MELNICHUK, 602.

22. Trial — Fraud — Presentation of Crown case — Reply evidence admitted to rebut accused’s allegation that mortgage was to be second mortgage — Whether Crown improperly splitting its case.

R. v. MELNICHUK, 602.

23. Power of search incidental to arrest — Scope of power — Police taking hair samples, buccal swabs and teeth impressions

CRIMINAL LAW—Concluded

from accused without his consent while he was in custody — Whether common law power incidental to arrest can be extended to permit seizure of bodily samples and impressions.

R. v. STILLMAN, 607.

24. Evidence — Inferences — Failure to testify — Accused charged with breaking and entering and possession of instrument suitable for breaking into motor vehicle — Trial judge convicting accused on basis of driver's licence he had provided as identification at time of offence and his failure to testify — Whether trial judge erred in drawing adverse inference from accused's failure to give evidence.

R. v. NOBLE, 874.

25. Sentencing — Appeals — Sexual assault — Accused pleading guilty to two counts of sexual assault — Trial judge sentencing accused to 12 months' incarceration for first offence and to six months for second offence, to be served concurrently — Court of Appeal finding assaults to be major sexual assaults and raising sentence for first offence to four years' incarceration and sentence for second offence to one year, to be served consecutively — Whether Court of Appeal erred in overturning sentences imposed by trial judge.

R. v. McDONNELL, 948.

26. Sentencing — Appeals — Applicable standard of review of sentencing decisions.

R. v. McDONNELL, 948.

27. Sentencing — Sexual assault — Starting-point approach.

R. v. McDONNELL, 948.

28. Duties of Crown in conducting its case — Crown not calling victim of attack as witness — Facts established through other witnesses — Whether Crown required to call certain witnesses as part of its case in chief — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 651(3).

R. v. COOK, 1113.

29. Procedure — Trial judge stating conclusion before trial completed — Whether statement unfair to Crown.

R. v. COREAS, 1147.

CROWN

1. Torts — Negligence — Minister of Fisheries and Oceans authorizing issuance of lobster licences to appellant — Minister

CROWN—Concluded

later deciding not to issue licences — Whether Minister liable in negligence for appellant's economic loss — Whether duty of care and breach of requisite standard established.

COMEAU'S SEA FOODS LTD. v. CANADA (MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS), 12.

2. Priority — Employee source deductions not paid by company in receivership — Company's inventory subject to fixed charge and to Bank Act security — Whether bank had priority to proceeds of sale of inventory over statutory trust in favour of Her Majesty — Bank Act, S.C. 1991, c. 46, s. 427 — Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 153, 227(4), (5) — Personal Property Security Act, S.A. 1988, c. P-4.05, s. 28(1).

ROYAL BANK OF CANADA v. SPARROW ELECTRIC CORP., 411.

EVIDENCE

Disclosure — Counselling records — Victim bringing civil action for damage allegedly caused by defendant's sexual conduct — Defendant seeking production of psychiatrist's counselling records and notes — Whether documents privileged — Whether records and notes should be produced — British Columbia Supreme Court Rules, Rule 26(11).

M. (A.) v. RYAN, 157.

EXPROPRIATION

1. Compensation — Disturbance damages — Company involved in land development in Ontario suffering financial loss as result of delay in expropriation process on portion of its land — Whether loss compensable as disturbance damages under provincial expropriation legislation — Expropriations Act, R.S.O. 1980, c. 148, ss. 13(2)(b), 18(1).

TORONTO AREA TRANSIT OPERATING AUTHORITY v. DELL HOLDINGS LTD., 32.

2. Crown expropriating land and agreeing to right to cross highway as part of compensation package — Statute requiring Minister to issue written permit — Crown performing work required to effect and maintain highway crossing — Crown denying grant of interest in land because writing requirement not met — Whether Crown can rely on absence of written permit to deny creation of interest to cross the highway — Public Highways Act, R.S.N.S. 1954, c. 235, s. 21.

HILL v. NOVA SCOTIA (ATTORNEY GENERAL), 69.

EXTRADITION

Extraditable offence — “Punishable” — Accused wanted in U.S. for immigration offences — Extradition crimes limited to those punishable by mandatory imprisonment in excess of one year — Similar offences in Canada punishable by fine or imprisonment under 2 years or both — Offence extraditable — “Punishable” meaning “subject to” punishment.

CANADA V. BARRIENTOS, 531.

INSURANCE

Replacement cost — Property destroyed by fire insured for replacement value only — Insured signing contract for reconstruction of hotel and then selling property to third party on condition that hotel would be rebuilt according to terms of contract — Policy requirement that insured effect replacement satisfied — Insured entitled to recover replacement cost under policy.

BRKICH & BRKICH ENTERPRISES LTD. V. AMERICAN HOME ASSURANCE CO., 1149.

JUDICIAL REVIEW

Standard of review — Conseil des services essentiels.

CANADIAN UNION OF PUBLIC EMPLOYEES, LOCAL 301 V. MONTREAL (CITY), 793.

JURISDICTION

Supreme Court — Issue not raising question of law alone — Court without jurisdiction to hear appeal.

R. V. OSVATH, 7.

LABOUR LAW

1. Essential services — Union instructing certain municipal employees to refuse to work overtime for duration of holiday weekend — Conseil des services essentiels ordering employees to report to work if requested by employer and ordering union representatives to take all necessary steps to ensure employees did so — Council order suspending collective agreement provision allowing employees to refuse to work overtime without giving reason —

LABOUR LAW—Concluded

Whether council exceeded jurisdiction in making order — Whether order patently unreasonable.

CANADIAN UNION OF PUBLIC EMPLOYEES, LOCAL 301 V. MONTREAL (CITY), 793.

2. Constructive dismissal — Changes by employer to terms of employee’s contract of employment as part of company restructuring — Employer offering regional manager the position of manager of single branch, with no guaranteed base salary — Whether unilateral changes made by employer to employment contract amounted to constructive dismissal — Admissibility of evidence of events subsequent to employer’s offer.

FARBER V. ROYAL TRUST CO., 846.

3. Identification of real employer in tripartite relationship — Relevant criteria — Temporary employee hired by city through employment agency — Inclusion of employee in union’s bargaining unit — Labour Court finding that employee’s real employer was city and not agency — Whether Labour Court’s decision patently unreasonable.

POINTE-CLAIRE (CITY) V. QUEBEC (LABOUR COURT), 1015.

LABOUR RELATIONS

Grievance arbitration — Judicial review — Standard of review — Teacher discharged by education board after writing abusive and threatening letters — Teacher filing grievance alleging that he had been disciplined without just cause — Majority of arbitration board ordering teacher’s conditional reinstatement — Whether arbitration board’s decision patently unreasonable.

TORONTO (CITY) BOARD OF EDUCATION V. O.S.S.T.F., DISTRICT 15, 487.

MUNICIPAL LAW

Taxation — Surtax on non-residential buildings falling into category of land taxes.

GERMAIN V. MONTREAL (CITY), 1144.

INDEX

APPELS

Appels devant la Cour suprême du Canada — Caractère théorique — Cour n'exerçant pas son pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel en dépit de son caractère théorique — Appel annulé.

GOODSWIMMER C. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN), 309.

ARBITRAGE

Suspension des procédures — Convention d'arbitrage non inopérante — Rétablissement de l'ordonnance enjoignant de suspendre les procédures judiciaires.

BURLINGTON NORTHERN RAILROAD CO. C. COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA, 5.

ASSURANCE

Coût de remplacement — Propriété détruite par le feu protégée par une assurance valeur de remplacement seulement — Assuré signant un contrat de reconstruction de l'hôtel et vendant ensuite cette propriété à un tiers à la condition qu'elle soit reconstruite conformément au contrat — Respect de la condition de la police que l'assuré effectue le remplacement — Assuré ayant droit au coût de remplacement en vertu de la police.

BRKICH & BRKICH ENTERPRISES LTD. C. AMERICAN HOME ASSURANCE CO., 1149.

BANQUES ET OPÉRATIONS BANCAIRES

Garantie — Biens figurant dans l'inventaire de la compagnie assujettis à un privilège fixe et à une garantie de la Loi sur les banques — Retenues sur la paye d'employés non versées par la compagnie sous séquestre — La banque avait-elle priorité de rang sur la fiducie légale constituée en faveur de Sa Majesté relativement au produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire — Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 427 — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.), art. 153, 227(4), (5)

BANQUES ET OPÉRATIONS BANCAIRES—Fin

— Personal Property Security Act, S.A. 1988, ch. P-4.05, art. 28(1).

BANQUE ROYALE DU CANADA C. SPARROW ELECTRIC CORP., 411.

COMPÉTENCE

Cour suprême — Question en litige ne soulevant pas une question de droit seulement — Cour incompétente pour entendre l'appel.

R. C. OSVATH, 7.

CONTRATS

Exigence d'un écrit — Expropriation de terres par la Couronne et concession du droit de traverser la route comme partie de l'indemnité — Permis écrit du ministre requis par la loi — Construction et entretien par la Couronne des ouvrages nécessaires pour traverser la route — La Couronne nie avoir accordé un intérêt foncier pour le motif que l'exigence d'un écrit n'a pas été respectée — La Couronne peut-elle invoquer l'absence de permis écrit pour nier la création du droit de traverser la route? — Public Highways Act, R.S.N.S. 1954, ch. 235, art. 21.

HILL C. NOUVELLE-ÉCOSSE (PROCUREUR GÉNÉRAL), 69.

CONTRÔLE JUDICIAIRE

Norme de contrôle — Conseil des services essentiels.

SYNDICAT CANADIEN DE LA FONCTION PUBLIQUE, SECTION LOCALE 301 C. MONTRÉAL (VILLE), 793.

COURONNE

1. Responsabilité délictuelle — Négligence — Autorisation du ministre des Pêches et des Océans de délivrer à l'appelante des permis de pêche du homard — Décision ultérieure du Ministre de

COURONNE—Fin

ne pas délivrer les permis — Le Ministre est-il responsable pour cause de négligence de la perte financière de l'appelante? — A-t-on établi l'existence d'une obligation de diligence et d'un manquement à l'obligation requise en la matière?

COMEAU'S SEA FOODS LTD. C. CANADA (MINISTRE DES PÊCHES ET DES OCÉANS), 12.

2. Priorité de rang — Retenues sur la paye d'employés non versées par la compagnie sous séquestre — Biens figurant dans l'inventaire de la compagnie assujettis à un privilège fixe et à une garantie de la Loi sur les banques — La banque avait-elle priorité de rang sur la fiducie légale constituée en faveur de Sa Majesté relativement au produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire — Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 427 — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.), art. 153, 227(4), (5) — Personal Property Security Act, S.A. 1988, ch. P-4.05, art. 28(1).

BANQUE ROYALE DU CANADA C. SPARROW ELECTRIC CORP., 411.

DROIT ADMINISTRATIF

1. Permis de pêche — Autorisation — Autorisation du ministre des Pêches et des Océans de délivrer à l'appelante des permis de pêche du homard — Décision ultérieure du Ministre de ne pas délivrer les permis — Le Ministre pouvait-il révoquer l'autorisation? — Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 7.

COMEAU'S SEA FOODS LTD. C. CANADA (MINISTRE DES PÊCHES ET DES OCÉANS), 12.

2. Norme de contrôle — Commission des affaires municipales de l'Ontario — Norme de contrôle applicable à la décision de la Commission.

RÉGIE DES TRANSPORTS EN COMMUN DE LA RÉGION DE TORONTO C. DELL HOLDINGS LTD., 32.

3. Appels prévus par la loi — Tribunal composé de spécialistes en économie, en commerce et en droit — La décision du Tribunal n'est pas protégée par une clause privative — Norme de contrôle applicable à l'appel — Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 92(1) — Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. (1985), ch. 19 (2^e suppl.), art. 12, 13.

CANADA (DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES) C. SOUTHAM INC., 748.

4. Justice naturelle — Transcription de l'audience — Conseil des services essentiels — Ordonnance réparatrice du Conseil interdisant à certains employés municipaux de refuser collectivement de faire du temps supplémentaire pendant une fin de semaine de congé — Le Conseil n'a pas enregistré l'audience qui a donné lieu

DROIT ADMINISTRATIF—Fin

à l'ordonnance — L'absence de transcription en résultant viole-t-elle les règles de justice naturelle?

SYNDICAT CANADIEN DE LA FONCTION PUBLIQUE, SECTION LOCALE 301 C. MONTRÉAL (VILLE), 793.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Aucune violation du droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

R. C. FINN, 10.

2. Charte des droits — Justice fondamentale — Défense pleine et entière — Divulgarion — Destruction d'éléments de preuve par un tiers — Plaignante interrogée par une travailleuse sociale d'un centre d'aide aux victimes d'agression sexuelle — Accusé inculpé par la suite de grossière indécence — Notes prises par la travailleuse sociale durant l'entretien avec la plaignante détruites par le centre avant que la cour n'ordonne la production du dossier de la plaignante — Le défaut de produire les notes a-t-il eu pour effet de violer le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

R. C. CAROSELLA, 80.

3. Charte des droits — Réparation — Destruction d'éléments de preuve par un tiers — Plaignante interrogée par une travailleuse sociale d'un centre d'aide aux victimes d'agression sexuelle — Accusé inculpé par la suite de grossière indécence — Notes prises par la travailleuse sociale durant l'entretien avec la plaignante détruites par le centre avant que la cour n'ordonne la production du dossier de la plaignante — Violation du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière — L'arrêt des procédures constitue-t-il la réparation convenable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1).

R. C. CAROSELLA, 80.

4. Charte des droits — Droit d'être informé sans délai anormal de l'infraction précise reprochée — Délai de 20 mois écoulé entre la délivrance du mandat d'arrestation et l'arrestation elle-même — Aucune preuve de préjudice causé à l'accusé en raison du délai écoulé avant qu'il soit informé de l'infraction reprochée — Juge du procès ayant commis une erreur en ordonnant l'arrêt des procédures.

R. C. DELARONDE, 213.

5. Charte des droits — Détention ou emprisonnement — Accusé détenu pour être interrogé par la police à la suite du décès de sa fille gravement handicapée — L'accusé était-il en état d'arrestation de fait? — La détention de l'accusé était-elle arbitraire? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9.

R. C. LATIMER, 217.

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

6. Charte des droits — Droit d'être informé des motifs de sa détention — Accusé détenu pour être interrogé par la police à la suite du décès de sa fille gravement handicapée — Le défaut d'informer l'accusé qu'il avait été «arrêté» et pouvait être accusé de meurtre violait-il son droit d'être informé des motifs de sa détention? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10a).

R. C. LATIMER, 217.

7. Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Accusé détenu pour être interrogé par la police à la suite du décès de sa fille gravement handicapée — Les policiers ont-ils adéquatement informé l'accusé des moyens de contacter les services d'avocats de garde disponibles? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

R. C. LATIMER, 217.

8. Charte des droits — Droits à l'égalité — Déficience physique — Enfant atteinte de déficiences physiques et identifiée comme étant une «élève en difficulté» — Enfant placée à l'essai dans une école de son voisinage — Décision prise par la suite qu'il serait dans l'intérêt de l'enfant de la placer dans une classe pour élèves en difficulté — Le placement dans une classe pour élèves en difficulté sans le consentement des parents viole-t-il les droits à l'égalité garantis à l'enfant par l'art. 15 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation peut-elle se justifier selon l'article premier? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en examinant des questions constitutionnelles en l'absence de l'avis requis par la Loi sur les tribunaux judiciaires? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15 — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 109(1) — Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2, art. 1(1), 8(3) — R.R.O. 1990, Règl. 305, art. 6.

EATON C. CONSEIL SCOLAIRE DU COMTÉ DE BRANT, 241.

9. Charte des droits — Justice fondamentale — Procès équitable — Juge du procès ayant raison de conclure à l'existence d'une atteinte au droit de l'accusée à une défense pleine et entière — Arrêt des procédures rétabli.

R. C. MACDONNELL, 305.

10. Charte des droits — Réparation — Violation du droit de l'accusée de présenter une défense pleine et entière — Malgré la violation de ce droit, la réparation convenable était l'ajournement et non l'arrêt des procédures.

R. C. WICKSTED, 307.

11. Charte des droits — Droits à l'égalité — Citoyenneté — Citoyenneté attribuée sur demande aux enfants nés à l'étranger avant le 15 février 1977 d'un père canadien, alors que ceux nés d'une mère canadienne sont tenus de se soumettre à une enquête de sécurité et de prêter le serment de citoyenneté — Refus, en raison de l'existence d'accusations criminelles, d'accorder la citoyenneté à un enfant né aux États-Unis d'une mère canadienne — Le fait d'appliquer le par. 15(1) de la Charte entraîne-t-il l'application

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

rétroactive ou rétrospective illégitime de ce texte — Si la réponse est non, le traitement appliqué par la Loi sur la citoyenneté aux enfants nés à l'étranger d'une mère canadienne avant le 15 février 1977 viole-t-il le par. 15(1)? — Dans l'affirmative, peut-il être sauvegardé par l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 3(1), 4(3), 5(1b), (2)b, 12(2), (3), 22(1b), (2)b — Règlement sur la citoyenneté, C.R.C., ch. 400, art. 20(1).

BENNER C. CANADA (SECRÉTAIRE D'ÉTAT), 358.

12. Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies — Police obtenant des échantillons de cheveux et de poils, des prélèvements dans la bouche et les empreintes dentaires de l'accusé sans le consentement de ce dernier et alors qu'il était détenu — Le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives a-t-il été violé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. C. STILLMAN, 607.

13. Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies — Accusé sous garde ne consentant à aucun prélèvement de substances corporelles — Policier saisissant dans une poubelle du poste de police un papier-mouchoir dont l'accusé s'était servi pour se moucher — Le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives a-t-il été violé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. C. STILLMAN, 607.

14. Charte des droits — Sécurité de la personne — Justice fondamentale — Police obtenant des échantillons de cheveux et de poils, des prélèvements dans la bouche et les empreintes dentaires de l'accusé sans le consentement de ce dernier et alors qu'il était détenu — Le droit de l'accusé à la sécurité de sa personne a-t-il été violé d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

R. C. STILLMAN, 607.

15. Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Police obtenant des échantillons de cheveux et de poils, des prélèvements dans la bouche et les empreintes dentaires de l'accusé sans le consentement de ce dernier et alors qu'il était détenu — Policier saisissant aussi dans une poubelle du poste de police un papier-mouchoir dont l'accusé s'était servi pour se moucher — Les éléments de preuve ont-ils été obtenus en violation des droits garantis à l'accusé par la Charte? — Dans l'affirmative, ces éléments de preuve devraient-ils être écartés? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. C. STILLMAN, 607.

16. Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Façon d'aborder l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés lorsque des éléments de preuve compromettent l'équité du procès

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

— Ces éléments de preuve doivent-ils être écartés sans égard à d'autres facteurs?

R. C. STILLMAN, 607.

17. Partage des compétences — Taxation — Surtaxe sur les immeubles non résidentiels de compétence provinciale puisqu'elle constitue une taxe directe prélevée pour des fins provinciales — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(2).

GERMAIN C. MONTRÉAL (VILLE), 1144.

DROIT CRIMINEL

1. Pouvoirs d'une cour d'appel — Acquittement — Preuve ne permettant pas à un jury raisonnable et correctement instruit de conclure hors de tout doute raisonnable à la culpabilité de l'accusé.

R. C. HINSE, 3.

2. Acte d'accusation — Séparation des chefs — Cour d'appel ne devant s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, relativement à la séparation des chefs dans un acte d'accusation, que si le juge du procès n'a pas agi judiciairement ou si sa décision a causé une injustice — Cour d'appel concluant à juste titre que ni l'une ni l'autre situation n'existe en l'espèce.

R. C. C. (D.A.), 8.

3. Abus de procédure — Poursuites ne visant pas à favoriser l'intérêt qu'a la plaignante, en droit civil, de recouvrer le montant d'une créance — Le juge du procès a commis une erreur en concluant à l'abus de procédure.

R. C. FINN, 10.

4. Procès — Jury — Accusé déclaré coupable de meurtre au second degré après avoir avoué avoir tué sa fille gravement handicapée — L'intervention du substitut du procureur général auprès des candidats jurés justifie-t-elle un nouveau procès?

R. C. LATIMER, 217.

5. Preuve — Privilège relatif aux indicateurs de police — Indicateur anonyme — Accusé faisant l'objet d'une enquête policière à la suite de la communication à l'Échec au crime d'une information que de la drogue était cultivée dans sa maison — Information mentionnée dans la dénonciation en vue d'obtenir un mandat autorisant à perquisitionner dans la maison de l'accusé — Perquisition à l'origine d'accusations d'infraction en matière de drogue portées contre l'accusé — Ministère public invoquant le privilège relatif aux indicateurs de police pour refuser de faire droit à la requête de l'accusé visant à obtenir la production de la fiche de l'information communiquée — Le juge du procès a-t-il commis

DROIT CRIMINEL—Suite

une erreur en ordonnant la production de la fiche révisée de l'information communiquée par l'indicateur?

R. C. LEIPERT, 281.

6. Preuve — Privilège relatif aux indicateurs de police — Exception — Le droit à la divulgation des documents en la possession du ministère public et le droit à une défense pleine et entière garanti par la Charte créent-ils une nouvelle exception à la règle du privilège relatif aux indicateurs de police?

R. C. LEIPERT, 281.

7. Perquisition et saisie — Validité d'un mandat de perquisition — Accusé faisant l'objet d'une enquête policière à la suite de la communication à l'Échec au crime d'une information que de la drogue était cultivée dans sa maison — Information mentionnée dans la dénonciation en vue d'obtenir un mandat autorisant à perquisitionner dans la maison de l'accusé — Perquisition à l'origine d'accusations d'infraction en matière de drogue portées contre l'accusé — Ministère public invoquant le privilège relatif aux indicateurs de police pour refuser de faire droit à la requête de l'accusé visant à obtenir la production de la fiche de l'information communiquée — En l'absence de consentement de la défense, le ministère public a-t-il le droit de plaider la validité du mandat sans mentionner l'information communiquée par l'indicateur? — L'accusé a-t-il droit à la divulgation de la fiche de l'information communiquée par l'indicateur?

R. C. LEIPERT, 281.

8. Appels devant la Cour suprême du Canada — Appel de plein droit — Appel ne reposant pas sur une question de droit seulement — Appel annulé.

R. C. JENSEN, 304.

9. Renvoi à procès — Accusé renvoyé à procès relativement à une accusation de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic — Preuve suffisante pour justifier le renvoi à procès — Certiorari refusé.

R. C. THOMPSON, 311.

10. Exposé au jury — Présomption que la personne qui vit avec un prostitué ou une prostituée vit des produits de la prostitution — Exposé expliquant le texte de l'article mais non le sens de l'expression «preuve contraire» — Absence d'erreur — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 212(3).

R. C. NAUD, 312.

11. Procès — Exposé au jury — Troubles mentaux — Meurtre — Juge du procès procédant à une analyse détaillée de la preuve des troubles mentaux de l'accusé en examinant le moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en se contentant de mentionner cette preuve en abordant l'élément «préméditation et propos délibéré» du meurtre au premier degré? — Le jury a-t-il reçu des directives appropriées

DROIT CRIMINEL—Suite

sur la façon dont la preuve des troubles mentaux de l'accusé s'appliquait aux questions d'«intention» et de «préméditation et propos délibéré»?

R. C. JACQUARD, 314.

12. Procès — Exposé au jury — Troubles mentaux — Meurtre — Juge du procès établissant un lien entre la preuve des troubles mentaux de l'accusé et la question de l'«intention de commettre un meurtre» dans le cadre de ses directives sur d'autres infractions et non avant lorsque cette question s'est posée — Les directives du juge du procès sur la question de l'intention étaient-elles suffisantes?

R. C. JACQUARD, 314.

13. Procès — Exposé au jury — Conscience de culpabilité — Accusé inculpé de meurtre au premier degré — Arme du crime découverte par la police sous une rampe de planche à roulettes et ne portant aucune empreinte digitale — Accusé admettant avoir accompli l'actus reus de l'infraction — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives appropriées sur les conclusions qu'il pouvait tirer de la dissimulation de l'arme du crime par l'accusé? — Dans la négative, la disposition réparatrice est-elle applicable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b(iii).

R. C. JACQUARD, 314.

14. Procès — Exposé au jury — Méthode devant être adoptée par les cours d'appel pour examiner des exposés au jury.

R. C. JACQUARD, 314.

15. Véhicules à moteur — Conduite dangereuse causant la mort — Application correcte des éléments de l'infraction par le juge du procès — Déclaration de culpabilité confirmée.

R. C. RUSSELL, 356.

16. Défense pleine et entière — Accusé interjetant appel contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré pour le motif qu'il a été privé de son droit à une défense pleine et entière en raison d'une représentation inefficace par un avocat — Déclaration de culpabilité confirmée.

R. C. HALNUCK, 533.

17. Procès — Preuve — Exclusion par le juge du procès de la déposition d'un témoin clé du ministère public pour le motif que cette déposition était viciée — Accusé acquitté de l'infraction de meurtre au premier degré — Le juge du procès a fait erreur en concluant que la question du caractère vicié du témoignage concernait l'admissibilité de cet élément de preuve plutôt que son poids — Arrêt de la Cour d'appel ordonnant un nouveau procès confirmé.

R. C. BURIC, 535.

DROIT CRIMINEL—Suite

18. Procès — Crainte raisonnable de partialité — Appel téléphonique privé du juge du procès au chef du Service des poursuites publiques demandant le retrait du procureur principal de la poursuite à défaut de quoi il prendrait des mesures «pour arriver à cette fin» — Le juge du procès a rejeté la requête en récusation présentée par le ministère public et a plus tard accueilli la requête des accusés visant à obtenir l'arrêt des procédures relatives aux accusations d'homicide involontaire coupable parce que le ministère public avait omis de divulguer des éléments de preuve pertinents — La conduite et les propos du juge du procès ont-ils créé une crainte raisonnable de partialité?

R. C. CURRAGH INC., 537.

19. Dépens — Délais et frais de justice découlant de problèmes systémiques indépendants de la volonté des accusés — Problèmes résultant dans une large mesure de la conduite du juge du procès qui a suscité une crainte de partialité — Les accusés devraient recouvrer les dépens raisonnables qu'ils ont engagés jusqu'à ce jour pour les procédures, ainsi que les dépens raisonnables qu'ils engageront dans le cadre du nouveau procès.

R. C. CURRAGH INC., 537.

20. Procès — Exposé au jury — Doute raisonnable — Les directives du juge du procès concernant la preuve et l'évaluation du témoignage de l'accusé et des témoins de la défense ont-elles induit le jury en erreur?

R. C. HAROUN, 593.

21. Procès — Procédure — Contre-preuve — Le ministère public a-t-il été autorisé à tort à présenter une contre-preuve en violation de la règle relative aux faits incidents? — Dans l'affirmative, la contre-preuve a-t-elle causé un tort important ou une erreur judiciaire grave? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b(iii).

R. C. MELNICHUK, 602.

22. Procès — Fraude — Présentation de la preuve à charge — Contre-preuve admise pour repousser une allégation de l'accusé que l'hypothèque consentie devait être une hypothèque de deuxième rang — Le ministère public a-t-il irrégulièrement scindé sa preuve?

R. C. MELNICHUK, 602.

23. Pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation — Étendue du pouvoir — Police obtenant des échantillons de cheveux et de poils, des prélèvements dans la bouche et les empreintes dentaires de l'accusé sans le consentement de ce dernier et alors qu'il était détenu — Le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation peut-il être élargi de manière à permettre la saisie d'empreintes et d'échantillons de substances corporelles?

R. C. STILLMAN, 607.

DROIT CRIMINEL—Fin

24. Preuve — Conclusions — Défaut de témoigner — Accusé inculpé d'introduction par effraction et de possession d'un instrument pouvant servir à pénétrer par effraction dans un véhicule à moteur — Accusé déclaré coupable par le juge du procès sur la foi du permis de conduire présenté par le premier comme pièce d'identité au moment de l'infraction, et sur la foi de son défaut de témoigner — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en tirant une conclusion défavorable du défaut de témoigner de l'accusé?

R. C. NOBLE, 874.

25. Détermination de la peine — Appels — Agression sexuelle — Accusé plaidant coupable relativement à deux chefs d'agression sexuelle — Juge du procès infligeant à l'accusé une peine de 12 mois d'incarcération pour la première infraction et une peine concurrente de six mois pour la deuxième infraction — Cour d'appel jugeant que les agressions commises constituent des agressions sexuelles graves et haussant la peine pour la première infraction à quatre ans d'incarcération et la peine pour la deuxième infraction à un an, à purger consécutivement — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en écartant les peines infligées par le juge du procès?

R. C. MCDONNELL, 948.

26. Détermination de la peine — Appels — Norme de contrôle applicable aux décisions en matière de peine.

R. C. MCDONNELL, 948.

27. Détermination de la peine — Agression sexuelle — Méthode du point de départ.

R. C. MCDONNELL, 948.

28. Obligations du ministère public dans la conduite de sa cause — Le ministère public n'a pas cité à témoigner la victime de l'attaque — Établissement des faits grâce à d'autres témoins — Dans la présentation de sa preuve principale, le ministère public a-t-il l'obligation de citer certains témoins? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 651(3).

R. C. COOK, 1113.

29. Procédure — Juge du procès énonçant sa conclusion avant la fin du procès — Cet énoncé est-il inéquitable pour le ministère public?

R. C. COREAS, 1147.

DROIT DE LA CONCURRENCE

Mesure de redressement — Le Tribunal s'est demandé s'il y avait diminution sensible de la concurrence — Il a ordonné le dessaisissement d'une entreprise, au choix du propriétaire — Convient-il d'annuler la mesure de redressement ordonnée? — Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 92(1) — Loi sur le

DROIT DE LA CONCURRENCE—Fin

Tribunal de la concurrence, L.R.C. (1985), ch. 19 (2^e suppl.), art. 12, 13.

CANADA (DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES) C. SOUTHAM INC., 748.

DROIT DU TRAVAIL

1. Services essentiels — Syndicat donnant ordre à certains employés municipaux de refuser de faire du temps supplémentaire pendant une fin de semaine de congé — Ordonnance du Conseil des services essentiels enjoignant aux employés de se présenter au travail si leur présence est requise par l'employeur et enjoignant aux représentants syndicaux de prendre toutes les mesures nécessaires pour que les employés se présentent au travail — Ordonnance du Conseil suspendant la disposition de la convention collective qui permettait aux employés de refuser de faire du temps supplémentaire sans donner de raison — Le Conseil a-t-il excédé sa compétence en rendant l'ordonnance? — L'ordonnance est-elle manifestement déraisonnable?

SYNDICAT CANADIEN DE LA FONCTION PUBLIQUE, SECTION LOCALE 301 C. MONTRÉAL (VILLE), 793.

2. Congédiement déguisé — Modification par l'employeur des conditions du contrat d'emploi de l'employé lors de la restructuration de l'entreprise — Employeur offrant à un gérant régional la gérance d'une simple succursale sans salaire de base garanti — Les modifications unilatérales apportées par l'employeur au contrat d'emploi constituent-elles un congédiement déguisé? — Admissibilité de la preuve de faits subséquents à l'offre de l'employeur.

FARBER C. CIE TRUST ROYAL, 846.

3. Identification du véritable employeur dans une relation tripartite — Critères pertinents — Employée temporaire engagée par une ville par le biais d'une agence de placement — Inclusion de cette employée dans l'unité d'accréditation du syndicat — Tribunal du travail concluant que le véritable employeur de l'employée est la ville et non l'agence — La décision du Tribunal du travail est-elle manifestement déraisonnable?

POINTE-CLAIRE (VILLE) C. QUÉBEC (TRIBUNAL DU TRAVAIL), 1015.

DROIT MUNICIPAL

Taxation — Surtaxe sur les immeubles non résidentiels relevant de la catégorie des taxes foncières.

GERMAIN C. MONTRÉAL (VILLE), 1144.

EXPROPRIATION

1. Indemnité — Dommages imputables à des troubles de jouissance — Une entreprise faisant de l'aménagement foncier en Ontario a subi des pertes financières en raison de la lenteur du processus d'expropriation d'une partie de son bien-fonds — Cette perte est-elle indemnisable au titre des dommages imputables à des troubles de jouissance en vertu de la loi provinciale sur l'expropriation? — Expropriations Act, R.S.O. 1980, ch. 148, art. 13(2)b), 18(1).

RÉGIE DES TRANSPORTS EN COMMUN DE LA RÉGION DE TORONTO C. DELL HOLDINGS LTD., 32.

2. Expropriation de terres par la Couronne et concession du droit de traverser la route comme partie de l'indemnité — Permis écrit du ministre requis par la loi — Construction et entretien par la Couronne des ouvrages nécessaires pour traverser la route — La Couronne nie avoir accordé un intérêt foncier pour le motif que l'exigence d'un écrit n'a pas été respectée — La Couronne peut-elle invoquer l'absence de permis écrit pour nier la création du droit de traverser la route? — Public Highways Act, R.S.N.S. 1954, ch. 235, art. 21.

HILL C. NOUVELLE-ÉCOSSE (PROCURER GÉNÉRAL), 69.

EXTRADITION

Infraction justifiant l'extradition — «Punissable» — Accusé recherché aux É.-U. pour des infractions en matière d'immigration — Seules justifient l'extradition les infractions punissables d'une peine d'emprisonnement obligatoire de plus d'un an — Infractions similaires au Canada punissables d'une amende et d'une peine d'emprisonnement de moins de deux ans, ou de l'une de ces peines — L'infraction en cause justifie l'extradition — «Punissable» signifie «passible» d'une peine.

CANADA C. BARRIENTOS, 531.

PREUVE

Divulgateion — Dossiers de consultation — Poursuites civiles intentées par la victime pour le préjudice que lui aurait causé la

PREUVE—Fin

conduite sexuelle du défendeur — Demande du défendeur visant à obtenir la production des notes et des dossiers de consultation du psychiatre — Ces documents sont-ils privilégiés? — Les dossiers et les notes devraient-ils être produits? — British Columbia Supreme Court Rules, art. 26(11).

M. (A.) C. RYAN, 157.

PROCÉDURE CIVILE

Procès — Jury — Libération — Allusions durant le procès à la possibilité que la défenderesse soit assurée — Juge libérant le jury et demandeurs optant pour la poursuite de leur procès devant le juge seul — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en libérant le jury à cause des allusions à une assurance? — S'il y a eu erreur, les demandeurs ont-ils droit à un nouveau procès malgré leur choix de poursuivre le procès? — Supreme Court Rules, B.C. Reg. 310/76, art. 41(6).

HAMSTRA (TUTEUR À L'INSTANCE DE) C. BRITISH COLUMBIA RUGBY UNION, 1092.

RELATIONS DE TRAVAIL

Arbitrage de grief — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Enseignant congédié par le conseil de l'éducation après avoir écrit des lettres injurieuses et menaçantes — Dépôt par l'enseignant d'un grief invoquant l'application de mesures disciplinaires sans cause juste — Réintégration conditionnelle de l'enseignant ordonnée par le conseil d'arbitrage à la majorité — La décision du conseil d'arbitrage est-elle manifestement déraisonnable?

CONSEIL DE L'ÉDUCATION DE TORONTO (CITÉ) C. F.E.E.E.S.O., DISTRICT 15, 487.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canadian Government Publishing
PWGSC
Ottawa, Canada
K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Les Éditions du gouvernement du Canada
TPSGC
Ottawa, Canada
K1A 0S9