



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 1, 2004 Vol. 3**

**1<sup>er</sup> cahier, 2004 Vol. 3**

**Cited as [2004] 3 S.C.R. 3-194**

**Renvoi [2004] 3 R.C.S. 3-194**

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe  
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef  
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

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

STEPHEN BALOGH	Jurilinguists / Jurilinguistes CHRISTIAN C.-DESPRÉS	ROSALIE TO-THANH-HIEN
RICHARD BERBERI	JACQUES GAGNÉ	CLAIRE VALLÉE

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

SUZANNE AUDET	Technical Revisors / Réviseurs techniques GINETTE MIGNEAULT	PETER O'DOHERTY
PAULINE MCTAVISH	ANNE-MARIE NOËL	

Legal Assistant / Adjointe juridique  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif  
CHANTAL CORBEIL

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

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



## CONTENTS

<b>Anderson v. Amoco Canada Oil and Gas</b> .....	3
Real property — Split Title Lands — Oil and gas — Petroleum rights reserved by railway company in sale of land to settlers in early twentieth century — Effect of reservation of petroleum rights on present entitlement to oil and gas from lands encumbered by reservation — Determination of respective rights of “petroleum owners” and “non-petroleum owners” — Whether initial conditions of natural underground reservoir govern relative ownership between parties to original contracts — Rule of capture.	
<b>Gilles E. Néron Communication Marketing Inc. v. Chambre des notaires du Québec</b> .....	95
Civil liability — Defamation — Television network — Public affairs program citing only erroneous portions of letter sent by communications consultant to director of program to request right of reply — Contents of letter presented in incomplete and misleading manner — Whether broadcast legitimate given the public’s right to be informed and freedom of expression — Whether broadcast fell short of professional standards of reasonable journalist — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1457.	
Civil liability — Defamation — Damages — Television network held liable in defamation solidarily with professional order — Damages difficult to divide between parties — Whether trial judge erred in imposing solidary liability — Whether liability in solidum should be ordered.	
<b>Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)</b> .....	152
Pensions — Pension plans — Partial wind-up — Rights and benefits on partial wind-up — Surplus — Whether pension benefits legislation requiring distribution of proportional share of actuarial surplus when defined benefit pension plan partially wound up — Pension Benefits Act, R.S.O. 1990, c. P.8, s. 70(6).	
Administrative law — Judicial review — Standard of review — Financial Services Tribunal — Standard of review applicable to Tribunal’s interpretation of s. 70(6) of Pension Benefits Act, R.S.O. 1990, c. P.8.	
<b>Nova Scotia Power Inc. v. Canada</b> .....	53
Crown — Crown agent — Immunity — Provincial power corporation — Whether corporation entitled to immunity from legislation — Whether corporation was agent of Crown acting within its purposes — Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 17 — Power Corporation Act, S.N.S. 1973, c. 47, ss. 4, 6.	
<b>R. v. Mann</b> .....	59
Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Police officers approaching scene of reported crime	

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

<b>Anderson c. Amoco Canada Oil and Gas</b> .....	3
Biens réels — Terres à titres partagés — Pétrole et gaz — Droits relatifs aux hydrocarbures réservés par la compagnie de chemin de fer lors de la vente de terres aux colons au début du XX <sup>e</sup> siècle — Effet d’une réserve des droits relatifs aux hydrocarbures sur les droits actuels à l’égard du pétrole et du gaz présents dans les terrains grevés de cette réserve — Détermination des droits respectifs des « propriétaires du pétrole » et des « propriétaires des autres minéraux » — Les conditions initiales du réservoir naturel souterrain régissent-elles la propriété respective des parties aux contrats initiaux? — Règle du captage.	
<b>Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec</b> .....	95
Responsabilité civile — Diffamation — Réseau de télévision — Émission d’affaires publiques ne rapportant que des passages erronés d’une lettre dans laquelle un consultant en communication demande un droit de réplique à la réalisatrice de l’émission — Contenu de la lettre présenté de manière incomplète et trompeuse — Le reportage diffusé était-il légitime compte tenu du droit du public à l’information et de la liberté d’expression? — Le reportage allait-il à l’encontre des normes professionnelles du journaliste raisonnable? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1457.	
Responsabilité civile — Diffamation — Dommages-intérêts — Réseau de télévision et ordre professionnel tenus responsables solidairement — Dommages difficiles à répartir entre les parties — Le juge de première instance a-t-il eu tort de conclure à la responsabilité solidaire? — Y a-t-il lieu de conclure à la responsabilité in solidum?	
<b>Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)</b> .....	152
Pensions — Régimes de retraite — Liquidation partielle — Droits et prestations à la liquidation partielle — Excédent — La législation sur les régimes de retraite exige-t-elle que l’excédent actuariel d’un régime de retraite à prestations déterminées soit réparti au moment de sa liquidation partielle en proportion de la partie liquidée du régime? — Loi sur les régimes de retraite, L.R.O. 1990, ch. P.8, art. 70(6).	
Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Tribunal des services financiers — Norme de contrôle applicable à l’interprétation que le Tribunal a donnée de l’art. 70(6) de la Loi sur les régimes de retraite, L.R.O. 1990, ch. P.8.	
<b>Nova Scotia Power Inc. c. Canada</b> .....	53
Couronne — Mandataire de l’État — Immunité — Société provinciale d’électricité — La société avait-elle droit à l’immunité à l’égard de l’application des lois? —	

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

and stopping and detaining individual matching suspect's description — Officer feeling soft object in individual's pocket during pat-down search — Officer reaching into pocket and finding marijuana — Individual charged with possession of marijuana for purposes of trafficking — Whether search of individual's pocket unreasonable — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

Criminal law — Investigative detention — Search power incidental to investigative detention — Whether police have a common law power to detain individuals for investigative purposes — If so, whether there is a power to search incidental to detention at common law.

Police — Police powers — Investigative detention — Search incidental to investigative detention — Scope of search.

### **R. v. Raponi .....35**

Criminal law — Detention of things seized — Further detention — Crown applying for extension of time for detention of money seized by police — Defence responding by filing motion for return of money on ground of unlawful seizure — Whether Provincial Court judge has jurisdiction to order return of money under s. 490(2) of Criminal Code or on some other basis — If not, proper procedure to be followed to obtain order for return of money.

Criminal law — Detention of things seized — Further detention — Crown applying for extension of time for detention of money seized by police — Provincial Court judge ordering return of money on ground of unlawful seizure — Whether Provincial Court judge had jurisdiction to make such an order under s. 490(2) of Criminal Code or on some other basis — If not, proper procedure to be followed to challenge order of Provincial Court judge — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 490(2).

## SOMMAIRE (Fin)

Était-elle un mandataire de l'État agissant dans le cadre de ses objectifs? — Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 17 — Power Corporation Act, S.N.S. 1973, ch. 47, art. 4, 6.

### **R. c. Mann.....59**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Interception et détention par des policiers s'approchant de la scène d'un crime d'une personne correspondant à la description du suspect — Policier sentant un objet mou dans la poche de cette personne lors de la fouille par palpation — Policier glissant la main dans cette poche et y trouvant de la marijuana — Personne accusée de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic — La fouille de la poche de cette personne était-elle abusive? — Dans l'affirmative, l'élément de preuve doit-il être écarté? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Droit criminel — Détention aux fins d'enquête — Pouvoir de fouille accessoire à la détention aux fins d'enquête — Existe-t-il, en common law, un pouvoir habilitant les policiers à détenir une personne aux fins d'enquête? — Dans l'affirmative, existe-t-il, en common law, un pouvoir de fouille accessoire à une détention aux fins d'enquête?

Police — Pouvoirs des policiers — Détention aux fins d'enquête — Fouille accessoire aux détentions pour fins d'enquête — Étendue de la fouille.

### **R. c. Raponi .....35**

Droit criminel — Détention de choses saisies — Prolongation de la détention — Requête du ministère public en prolongation de la détention d'une somme d'argent saisie par les policiers — Défense répondant par le dépôt d'une requête en restitution de l'argent pour cause d'illégalité de la saisie — Le juge de la Cour provinciale a-t-il compétence pour ordonner la restitution de l'argent sous le régime de l'art. 490(2) du Code criminel ou sur un autre fondement? — Dans la négative, quelle est la procédure à suivre pour obtenir une ordonnance de restitution de l'argent?

Droit criminel — Détention de choses saisies — Prolongation de la détention — Requête du ministère public en prolongation de la détention d'une somme d'argent saisie par les policiers — Ordonnance de restitution de l'argent pour cause d'illégalité de la saisie rendue par le juge de la Cour provinciale — Le juge de la Cour provinciale avait-il compétence pour rendre une ordonnance de cette nature sous le régime de l'art. 490(2) du Code criminel ou sur un autre fondement? — Dans la négative, quelle est la procédure à suivre pour contester l'ordonnance du juge de la Cour provinciale? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 490(2).

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Volume 3, 2004**

**3<sup>e</sup> volume, 2004**



**Carl Anderson** *Appellant*

v.

**Amoco Canada Oil and Gas, Amoco Canada Resources Ltd., Amoco Canada Energy Ltd., 3061434 Canada Ltd., Empress Gas Corp. Ltd., Encor Energy Corporation Inc., Gulf Canada Resources Limited, Home Oil Company Limited, Imperial Oil Resources, Imperial Oil Resources Limited, Imperial Oil Resources Production Limited, Jethro Development Ltd., Kerr-McGee Canada Ltd., McColl-Frontenac Inc., Mobil Oil Canada, Morgan Hydrocarbons Inc., Murphy Oil Company Ltd., Petro-Canada, Royal Trust Energy Resources II Corporation, RTEC One Resources Inc. and Suncor Inc.** *Respondents*

and between

**Carl Anderson and Richard W. C. Anderson, Co-executors of the Estate of Chris Anderson, deceased, Carl Anderson, Laureen Anderson, Richard W. C. Anderson, Gonda Humble, Margaret May Newland, Mary Ross and Lillian Rowles** *Appellants*

v.

**Amoco Canada Oil and Gas, Amoco Canada Resources Ltd., Amoco Canada Energy Ltd., 3061434 Canada Ltd., Canol Resources Ltd., Dominion Explorers Inc., Empress Gas Corp. Ltd., Gentra One Resources Inc., Gulf Canada Resources Limited, Home Oil Company Limited, International Oiltex Ltd., Jethro Development Ltd., Kerr-McGee Canada Ltd., Mobil Oil Canada, Mobil Oil Canada Ltd., Mobil Resources Ltd., Murphy Oil Company Ltd., Ocelot Energy Inc., Petro-Canada, Suncor Inc., Talisman Energy Inc. and Westrock Energy Resources II Corporation** *Respondents*

**Carl Anderson** *Appellant*

c.

**Amoco Canada Oil and Gas, Amoco Canada Resources Ltd., Amoco Canada Energy Ltd., 3061434 Canada Ltd., Empress Gas Corp. Ltd., Encor Energy Corporation Inc., Ressources Gulf Canada Limitée, Home Oil Company Limited, Pétrolière Impériale Ressources, Pétrolière Impériale Ressources Limitée, Pétrolière Impériale Production des Ressources Limitée, Jethro Development Ltd., Kerr-McGee Canada Ltd., McColl-Frontenac Inc., Mobil Oil Canada, Morgan Hydrocarbons Inc., Murphy Oil Company Ltd., Petro-Canada, Royal Trust Energy Resources II Corporation, RTEC One Resources Inc. et Suncor Inc.** *Intimées*

et entre

**Carl Anderson et Richard W. C. Anderson en qualité d'exécuteurs de la succession de Chris Anderson, décédé, Carl Anderson, Laureen Anderson, Richard W. C. Anderson, Gonda Humble, Margaret May Newland, Mary Ross et Lillian Rowles** *Appellants*

c.

**Amoco Canada Oil and Gas, Amoco Canada Resources Ltd., Amoco Canada Energy Ltd., 3061434 Canada Ltd., Canol Resources Ltd., Dominion Explorers Inc., Empress Gas Corp. Ltd., Gentra One Resources Inc., Ressources Gulf Canada Limitée, Home Oil Company Limited, International Oiltex Ltd., Jethro Development Ltd., Kerr-McGee Canada Ltd., Mobil Oil Canada, Mobil Oil Canada Ltd., Mobil Resources Ltd., Murphy Oil Company Ltd., Ocelot Energy Inc., Petro-Canada, Suncor Inc., Société d'énergie Talisman Inc. et Westrock Energy Resources II Corporation** *Intimées*

and between

**Marguerite J. Bouskill, Executrix of the Estate of Thomas Charles Bouskill, deceased, Marguerite J. Bouskill, Geraldine Sadie McArthur and May Eleanor Winter** *Appellants*

v.

**Canadian Fina Oil Limited, Home Oil Company Limited, Petrofina Canada Ltd., Petro-Canada Enterprises Inc., Petro-Canada Inc. and Petro-Canada** *Respondents*

and between

**Bruce Wesley Burns, Executor of the Estate of Wycliffe Thomas Burns, deceased, Bruce Wesley Burns, Robert Lyle Burns and Stanley Roy Burns** *Appellants*

v.

**Amoco Canada Oil and Gas, Amoco Canada Resources Ltd., Amoco Canada Energy Ltd., 3061434 Canada Ltd., Apache Corporation, Canadian Gulf Oil Company, Canadian Pacific Limited, Empress Gas Corp. Ltd., Encor Energy Corporation Inc., Gulf Canada Limited, Gulf Canada Properties Limited, Gulf Canada Resources Limited, Home Oil Company Limited, Imperial Oil Resources, Jethro Development Ltd., Kerr-McGee Canada Ltd., Mobil Oil Canada, Morgan Hydrocarbons Inc., Murphy Oil Company Ltd., PanCanadian Petroleum Limited, Petro-Canada, Royal Trust Energy Resources II Corporation, RTEC One Resources Inc. and Suncor Inc.** *Respondents*

and between

et entre

**Marguerite J. Bouskill en qualité d'exécutrice de la succession de Thomas Charles Bouskill, décédé, Marguerite J. Bouskill, Geraldine Sadie McArthur et May Eleanor Winter** *Appelantes*

c.

**Canadian Fina Oil Limited, Home Oil Company Limited, Petrofina Canada Ltd., Entreprises Petro-Canada Inc., Petro-Canada Inc. et Petro-Canada** *Intimées*

et entre

**Bruce Wesley Burns en qualité d'exécuteur de la succession de Wycliffe Thomas Burns, décédé, Bruce Wesley Burns, Robert Lyle Burns et Stanley Roy Burns** *Appelants*

c.

**Amoco Canada Oil and Gas, Amoco Canada Resources Ltd., Amoco Canada Energy Ltd., 3061434 Canada Ltd., Apache Corporation, Canadian Gulf Oil Company, Canadien Pacifique Limitée, Empress Gas Corp. Ltd., Encor Energy Corporation Inc., Gulf Canada Limitée, Gulf Canada Properties Limited, Ressources Gulf Canada Limitée, Home Oil Company Limited, Pétrolière Impériale Ressources, Jethro Development Ltd., Kerr-McGee Canada Ltd., Mobil Oil Canada, Morgan Hydrocarbons Inc., Murphy Oil Company Ltd., PanCanadian Petroleum Limited, Petro-Canada, Royal Trust Energy Resources II Corporation, RTEC One Resources Inc. et Suncor Inc.** *Intimées*

et entre

**Roy Hoven and Adolph Hoven,  
Co-executors of the Estate of Theresa  
Hoven, deceased** *Appellants*

v.

**Amoco Canada Oil and Gas, Amoco Canada Resources Ltd., Amoco Canada Energy Ltd., 3061434 Canada Ltd., Canol Resources Ltd., Canadian Gulf Oil Company, Dominion Explorers Inc., Empress Gas Corp. Ltd., Gulf Canada Limited, Gulf Canada Properties Limited, Gulf Canada Resources Limited, Home Oil Company Limited, International Oiltex Ltd., Jethro Development Ltd., Kerr-McGee Canada Ltd., Mobil Oil Canada, Morgan Hydrocarbons Inc., Murphy Oil Company Ltd., Ocelot Energy Inc., Petro-Canada, Royal Trust Energy Resources II Corporation, RTEC One Resources Inc., Suncor Inc. and Talisman Energy Inc.** *Respondents*

and between

**Robert John Fielding King, Executor of the Estate of Dorothy Jessie Walker, deceased, and Robert John Fielding King** *Appellants*

v.

**Amoco Canada Oil and Gas, Amoco Canada Resources Ltd., Amoco Canada Energy Ltd., 3061434 Canada Ltd., Apache Corporation, Canadian Gulf Oil Company, Canadian Pacific Limited, Empress Gas Corp. Ltd., Encor Energy Corporation Inc., Gulf Canada Limited, Gulf Canada Properties Limited, Gulf Canada Resources Limited, Home Oil Company Limited, Imperial Oil Resources, Jethro Development Ltd., Kerr-McGee Canada Ltd., Mobil Oil Canada, Morgan Hydrocarbons Inc., Murphy Oil Company**

**Roy Hoven et Adolph Hoven en qualité d'exécuteurs de la succession de Theresa Hoven, décédée** *Appellants*

c.

**Amoco Canada Oil and Gas, Amoco Canada Resources Ltd., Amoco Canada Energy Ltd., 3061434 Canada Ltd., Canol Resources Ltd., Canadian Gulf Oil Company, Dominion Explorers Inc., Empress Gas Corp. Ltd., Gulf Canada Limitée, Gulf Canada Properties Limited, Ressources Gulf Canada Limitée, Home Oil Company Limited, International Oiltex Ltd., Jethro Development Ltd., Kerr-McGee Canada Ltd., Mobil Oil Canada, Morgan Hydrocarbons Inc., Murphy Oil Company Ltd., Ocelot Energy Inc., Petro-Canada, Royal Trust Energy Resources II Corporation, RTEC One Resources Inc., Suncor Inc. et Société d'énergie Talisman Inc.** *Intimées*

et entre

**Robert John Fielding King en qualité d'exécuteur de la succession de Dorothy Jessie Walker, décédée, et Robert John Fielding King** *Appellants*

c.

**Amoco Canada Oil and Gas, Amoco Canada Resources Ltd., Amoco Canada Energy Ltd., 3061434 Canada Ltd., Apache Corporation, Canadian Gulf Oil Company, Canadien Pacifique Limitée, Empress Gas Corp. Ltd., Encor Energy Corporation Inc., Gulf Canada Limitée, Gulf Canada Properties Limited, Ressources Gulf Canada Limitée, Home Oil Company Limited, Pétrolière Impériale Ressources, Jethro Development Ltd., Kerr-McGee Canada Ltd., Mobil Oil Canada, Morgan Hydrocarbons Inc., Murphy Oil**

**Ltd., PanCanadian Petroleum Limited, Petro-Canada, Royal Trust Energy Resources II Corporation, RTEC One Resources Inc. and Suncor Inc. Respondents**

and between

**Robert Michael Logan, Executor of the Estate of Wilbert Logan, deceased Appellant**

v.

**Amoco Canada Oil and Gas, Amoco Canada Resources Ltd., Amoco Canada Energy Ltd., 3061434 Canada Ltd., Canol Resources Ltd., Dominion Explorers Inc., Empress Gas Corp. Ltd., Gulf Canada Resources Limited, Home Oil Company Limited, Imperial Oil Limited, International Oiltex Ltd., Jethro Development Ltd., Kerr-McGee Canada Ltd., Mobil Oil Canada, Morgan Hydrocarbons Inc., Murphy Oil Company Ltd., Ocelot Energy Inc., Petro-Canada, Royal Trust Energy Resources II Corporation, RTEC One Resources Inc., Suncor Inc. and Talisman Energy Inc. Respondents**

and between

**Angus McNeil Appellant**

v.

**Amoco Canada Oil and Gas, Amoco Canada Resources Ltd., Amoco Canada Energy Ltd., 3061434 Canada Ltd., Canadian Gulf Oil Company, Canadian Pacific Limited, Empress Gas Corp. Ltd., Encor Energy Corporation Inc., Gascan Resources Ltd., Gulf Canada Limited, Gulf Canada Properties Limited, Gulf Canada Resources Limited, Home Oil Company Limited, Imperial Oil Resources, Imperial Oil Resources Limited, Imperial**

**Company Ltd., PanCanadian Petroleum Limited, Petro-Canada, Royal Trust Energy Resources II Corporation, RTEC One Resources Inc. et Suncor Inc. Intimées**

et entre

**Robert Michael Logan en qualité d'exécuteur de la succession de Wilbert Logan, décédé Appellant**

c.

**Amoco Canada Oil and Gas, Amoco Canada Resources Ltd., Amoco Canada Energy Ltd., 3061434 Canada Ltd., Canol Resources Ltd., Dominion Explorers Inc., Empress Gas Corp. Ltd., Ressources Gulf Canada Limitée, Home Oil Company Limited, Compagnie Pétrolière Impériale Limitée, International Oiltex Ltd., Jethro Development Ltd., Kerr-McGee Canada Ltd., Mobil Oil Canada, Morgan Hydrocarbons Inc., Murphy Oil Company Ltd., Ocelot Energy Inc., Petro-Canada, Royal Trust Energy Resources II Corporation, RTEC One Resources Inc., Suncor Inc. et Société d'énergie Talisman Inc. Intimées**

et entre

**Angus McNeil Appellant**

c.

**Amoco Canada Oil and Gas, Amoco Canada Resources Ltd., Amoco Canada Energy Ltd., 3061434 Canada Ltd., Canadian Gulf Oil Company, Canadien Pacifique Limitée, Empress Gas Corp. Ltd., Encor Energy Corporation Inc., Gascan Resources Ltd., Gulf Canada Limitée, Gulf Canada Properties Limited, Ressources Gulf Canada Limitée, Home Oil Company Limited, Pétrolière Impériale Ressources, Pétrolière**



**Oil Resources Production Limited, Jethro Development Ltd., Kerr-McGee Canada Ltd., Lincoln-McKay Development Company Ltd., McColl-Frontenac Inc., Mobil Oil Canada, Morgan Hydrocarbons Inc., Murphy Oil Company Ltd., PanCanadian Petroleum Limited, Petro-Canada, Royal Trust Energy Resources II Corporation, RTEC One Resources Inc. and Suncor Inc. Respondents**

and between

**David Lloyd McNeil Appellant**

v.

**Amoco Canada Oil and Gas, Amoco Canada Resources Ltd., Amoco Canada Energy Ltd., 3061434 Canada Ltd., Canol Resources Ltd., Dominion Explorers Inc., Empress Gas Corp. Ltd., Gulf Canada Resources Limited, Home Oil Company Limited, Imperial Oil Resources Limited, International Oiltex Ltd., Jethro Development Ltd., Kerr-McGee Canada Ltd., Mobil Oil Canada, Morgan Hydrocarbons Inc., Murphy Oil Company Ltd., Ocelot Energy Inc., Petro-Canada, Royal Trust Energy Resources II Corporation, RTEC One Resources Inc., Suncor Inc., Talisman Energy Inc. and Union Pacific Resources Inc. Respondents**

and between

**James William Murdoch and Andrew John Murdoch Appellants**

v.

**Amoco Canada Oil and Gas, Amoco Canada Resources Ltd., Amoco Canada Energy Ltd., 3061434 Canada Ltd., Canadian Gulf Oil Company, Canadian Pacific Limited, Empress**

**Impériale Ressources Limitée, Pétrolière Impériale Production des Ressources Limitée, Jethro Development Ltd., Kerr-McGee Canada Ltd., Lincoln-McKay Development Company Ltd., McColl-Frontenac Inc., Mobil Oil Canada, Morgan Hydrocarbons Inc., Murphy Oil Company Ltd., PanCanadian Petroleum Limited, Petro-Canada, Royal Trust Energy Resources II Corporation, RTEC One Resources Inc. et Suncor Inc. Intimées**

et entre

**David Lloyd McNeil Appellant**

c.

**Amoco Canada Oil and Gas, Amoco Canada Resources Ltd., Amoco Canada Energy Ltd., 3061434 Canada Ltd., Canol Resources Ltd., Dominion Explorers Inc., Empress Gas Corp. Ltd., Ressources Gulf Canada Limitée, Home Oil Company Limited, Pétrolière Impériale Ressources Limitée, International Oiltex Ltd., Jethro Development Ltd., Kerr-McGee Canada Ltd., Mobil Oil Canada, Morgan Hydrocarbons Inc., Murphy Oil Company Ltd., Ocelot Energy Inc., Petro-Canada, Royal Trust Energy Resources II Corporation, RTEC One Resources Inc., Suncor Inc., Société d'énergie Talisman Inc. et Union Pacific Resources Inc. Intimées**

et entre

**James William Murdoch et Andrew John Murdoch Appellants**

c.

**Amoco Canada Oil and Gas, Amoco Canada Resources Ltd., Amoco Canada Energy Ltd., 3061434 Canada Ltd., Canadian Gulf Oil Company, Canadien Pacifique**

**Gas Corp. Ltd., Encor Energy Corporation Inc., Gascan Resources Ltd., Gulf Canada Limited, Gulf Canada Properties Limited, Gulf Canada Resources Limited, Home Oil Company Limited, Imperial Oil Resources, Imperial Oil Resources Limited, Imperial Oil Resources Production Limited, Jethro Development Ltd., Kerr-McGee Canada Ltd., Lincoln-McKay Development Company Ltd., McColl-Frontenac Inc., Mobil Oil Canada, Morgan Hydrocarbons Inc., Murphy Oil Company Ltd., PanCanadian Petroleum Limited, Petro-Canada, Royal Trust Energy Resources II Corporation, RTEC One Resources Inc. and Suncor Inc. *Respondents***

and between

**Andrew Patterson Murray *Appellant***

*v.*

**Amoco Canada Oil and Gas, Amoco Canada Resources Ltd., Amoco Canada Energy Ltd., 3061434 Canada Ltd., Empress Gas Corp. Ltd., Encor Energy Corporation Inc., Gulf Canada Resources Limited, Home Oil Company Limited, Imperial Oil Resources, Imperial Oil Resources Limited, Imperial Oil Resources Production Limited, Jethro Development Ltd., Kerr-McGee Canada Ltd., McColl-Frontenac Inc., Mobil Oil Canada, Morgan Hydrocarbons Inc., Murphy Oil Company Ltd., Petro-Canada, Royal Trust Energy Resources II Corporation, RTEC One Resources Inc. and Suncor Inc. *Respondents***

and between

**David Lloyd McNeil, Executor of the Estate of Ada McNeil, deceased, David Lloyd**

**Limitée, Empress Gas Corp. Ltd., Encor Energy Corporation Inc., Gascan Resources Ltd., Gulf Canada Limitée, Gulf Canada Properties Limited, Ressources Gulf Canada Limitée, Home Oil Company Limited, Pétrolière Impériale Ressources, Pétrolière Impériale Ressources Limitée, Pétrolière Impériale Production des Ressources Limitée, Jethro Development Ltd., Kerr-McGee Canada Ltd., Lincoln-McKay Development Company Ltd., McColl-Frontenac Inc., Mobil Oil Canada, Morgan Hydrocarbons Inc., Murphy Oil Company Ltd., PanCanadian Petroleum Limited, Petro-Canada, Royal Trust Energy Resources II Corporation, RTEC One Resources Inc. et Suncor Inc. *Intimées***

et entre

**Andrew Patterson Murray *Appellant***

*c.*

**Amoco Canada Oil and Gas, Amoco Canada Resources Ltd., Amoco Canada Energy Ltd., 3061434 Canada Ltd., Empress Gas Corp. Ltd., Encor Energy Corporation Inc., Ressources Gulf Canada Limitée, Home Oil Company Limited, Pétrolière Impériale Ressources, Pétrolière Impériale Ressources Limitée, Pétrolière Impériale Production des Ressources Limitée, Jethro Development Ltd., Kerr-McGee Canada Ltd., McColl-Frontenac Inc., Mobil Oil Canada, Morgan Hydrocarbons Inc., Murphy Oil Company Ltd., Petro-Canada, Royal Trust Energy Resources II Corporation, RTEC One Resources Inc. et Suncor Inc. *Intimées***

et entre

**David Lloyd McNeil en qualité d'exécuteur de la succession d'Ada McNeil, décédée, David**

**McNeil, Evelyn McNeil, Beatrice Ann Philips  
and Ethel Ada Thornton** *Appellants*

v.

**Amoco Canada Oil and Gas, Amoco Canada  
Resources Ltd., Amoco Canada Energy Ltd.,  
3061434 Canada Ltd., Canol Resources  
Ltd., Dominion Explorers Inc., Empress  
Gas Corp. Ltd., Gentra One Resources Inc.,  
Gulf Canada Resources Limited, Home Oil  
Company Limited, International Oiltex  
Ltd., Jethro Development Ltd., Kerr-McGee  
Canada Ltd., Mobil Oil Canada, Mobil Oil  
Canada Ltd., Mobil Resources Ltd., Murphy  
Oil Company Ltd., Ocelot Energy Inc.,  
Petro-Canada, Suncor Inc., Talisman Energy  
Inc. and Westrock Energy Resources II  
Corporation** *Respondents*

and between

**Elias Dyrland** *Appellant*

v.

**227096 Oil & Gas Ltd., Atlantic Richfield  
Company, Canadian Gulf Oil Company, Gulf  
Canada Limited, Gulf Canada Properties  
Limited, Gulf Canada Resources Limited,  
Husky Oil Operations Ltd., Conwest  
Exploration Company Limited, Canadian  
Pacific Limited, PanCanadian Petroleum  
Limited and Petro-Canada** *Respondents*

and between

**Roy Edward Engen, Executor of the Estate of  
Oscar Huseby, deceased, Roy Edward Engen  
and Allan Henri Posti** *Appellants*

v.

**Atlantic Richfield Company, Canadian  
Pacific Limited, Crestar Energy, Gulf**

**Lloyd McNeil, Evelyn McNeil, Beatrice Ann  
Philips et Ethel Ada Thornton** *Appellants*

c.

**Amoco Canada Oil and Gas, Amoco Canada  
Resources Ltd., Amoco Canada Energy Ltd.,  
3061434 Canada Ltd., Canol Resources Ltd.,  
Dominion Explorers Inc., Empress Gas Corp.  
Ltd., Gentra One Resources Inc., Ressources  
Gulf Canada Limitée, Home Oil Company  
Limited, International Oiltex Ltd., Jethro  
Development Ltd., Kerr-McGee Canada  
Ltd., Mobil Oil Canada, Mobil Oil Canada  
Ltd., Mobil Resources Ltd., Murphy Oil  
Company Ltd., Ocelot Energy Inc., Petro-  
Canada, Suncor Inc., Société d'énergie  
Talisman Inc. et Westrock Energy Resources  
II Corporation** *Intimées*

et entre

**Elias Dyrland** *Appellant*

c.

**227096 Oil & Gas Ltd., Atlantic Richfield  
Company, Canadian Gulf Oil Company, Gulf  
Canada Limitée, Gulf Canada Properties  
Limited, Ressources Gulf Canada Limitée,  
Husky Oil Operations Ltd., Conwest  
Exploration Company Limited, Canadien  
Pacifique Limitée, PanCanadian Petroleum  
Limited et Petro-Canada** *Intimées*

et entre

**Roy Edward Engen en qualité d'exécuteur  
de la succession d'Oscar Huseby, décédé,  
Roy Edward Engen et Allan Henri  
Posti** *Appellants*

c.

**Atlantic Richfield Company, Canadien  
Pacifique Limitée, Crestar Energy,**

**Canada Resources Limited, Lincoln-McKay Development Company Ltd., PanCanadian Petroleum Limited, Petro-Canada and Sulpetro Limited** *Respondents*

and between

**Ronald Hall and Leanne Hall, Executors of the Estate of Constance Huseby, deceased, Dorothy Jean Matthews and Norma June Cherniak, Executors of the Estate of Muriel Engen, deceased, Violet Carroll, Norma June Cherniak, Holly Muriel French, Harvey Raymond Huseby, Kelly Marlene Judson and Dorothy Jean Matthews** *Appellants*

v.

**Atlantic Richfield Company, Canadian Pacific Limited, Crestar Energy, Gulf Canada Resources Limited, Lincoln-McKay Development Company Ltd., PanCanadian Petroleum Limited and Petro-Canada** *Respondents*

and between

**Alick Lawton, Executor of the Estate of Roger Lawton, deceased, and Alick Lawton** *Appellants*

v.

**227096 Oil & Gas Ltd., Atlantic Richfield Company, Canadian Gulf Oil Company, Gulf Canada Limited, Gulf Canada Properties Limited, Gulf Canada Resources Limited, Husky Oil Operations Ltd., Conwest Exploration Company Limited, Canadian Pacific Limited, PanCanadian Petroleum Limited and Petro-Canada** *Respondents*

and between

**Ressources Gulf Canada Limitée, Lincoln-McKay Development Company Ltd., PanCanadian Petroleum Limited, Petro-Canada et Sulpetro Limited** *Intimées*

et entre

**Ronald Hall et Leanne Hall en qualité d'exécuteurs de la succession de Constance Huseby, décédée, Dorothy Jean Matthews et Norma June Cherniak en qualité d'exécutrices de la succession de Muriel Engen, décédée, Violet Carroll, Norma June Cherniak, Holly Muriel French, Harvey Raymond Huseby, Kelly Marlene Judson et Dorothy Jean Matthews** *Appellants*

c.

**Atlantic Richfield Company, Canadien Pacifique Limitée, Crestar Energy, Ressources Gulf Canada Limitée, Lincoln-McKay Development Company Ltd., PanCanadian Petroleum Limited et Petro-Canada** *Intimées*

et entre

**Alick Lawton en qualité d'exécuteur de la succession de Roger Lawton, décédé, et Alick Lawton** *Appellants*

c.

**227096 Oil & Gas Ltd., Atlantic Richfield Company, Canadian Gulf Oil Company, Gulf Canada Limitée, Gulf Canada Properties Limited, Ressources Gulf Canada Limitée, Husky Oil Operations Ltd., Conwest Exploration Company Limited, Canadien Pacifique Limitée, PanCanadian Petroleum Limited et Petro-Canada** *Intimées*

et entre

**Russell E. Thorp and William J. Thorp, Co-executors of the Estates of Hilmer Magnus Thorp and Pearl Mary Thorp, deceased, Russell E. Thorp and William J. Thorp** *Appellants*

v.

**227096 Oil & Gas Ltd., Atlantic Richfield Company, Canadian Gulf Oil Company, Gulf Canada Limited, Gulf Canada Properties Limited, Gulf Canada Resources Limited, Husky Oil Operations Ltd., Conwest Exploration Company Limited, Canadian Pacific Limited, PanCanadian Petroleum Limited and Petro-Canada** *Respondents*

and between

**Ada Irene McKenzie and Robert Douglas Wallace, Executors of the Estate of Elizabeth D. Wallace, deceased** *Appellants*

v.

**Canadian Pacific Limited, Canadian Rampart Oil & Gas Ltd., J & K Petroleum Land Management Ltd., LL & E Canada Holdings Inc., PanCanadian Petroleum Limited, Rocky River Resources Ltd. and Sunlite Oil Company Limited** *Respondents*

and between

**Mary Diane Peterson, Executrix of the Estate of Evelyn Lucinda Macey, deceased, Mary Diane Peterson, Larry John Macey and Lorna Jean Macey** *Appellants*

v.

**Canada Northwest Energy Limited, Canadian Pacific Limited, Canpar Holdings Ltd., PanCanadian Petroleum Limited and Serenpet Exploration Inc.** *Respondents*

**Russell E. Thorp et William J. Thorp en qualité d'exécuteurs des successions de Hilmer Magnus Thorp et de Pearl Mary Thorp, décédés, Russell E. Thorp et William J. Thorp** *Appellants*

c.

**227096 Oil & Gas Ltd., Atlantic Richfield Company, Canadian Gulf Oil Company, Gulf Canada Limitée, Gulf Canada Properties Limited, Ressources Gulf Canada Limitée, Husky Oil Operations Ltd., Conwest Exploration Company Limited, Canadien Pacifique Limitée, PanCanadian Petroleum Limited et Petro-Canada** *Intimées*

et entre

**Ada Irene McKenzie et Robert Douglas Wallace en qualité d'exécuteurs de la succession d'Elizabeth D. Wallace, décédée** *Appellants*

c.

**Canadien Pacifique Limitée, Canadian Rampart Oil & Gas Ltd., J & K Petroleum Land Management Ltd., LL & E Canada Holdings Inc., PanCanadian Petroleum Limited, Rocky River Resources Ltd. et Sunlite Oil Company Limited** *Intimées*

et entre

**Mary Diane Peterson en qualité d'exécutrice de la succession d'Evelyn Lucinda Macey, décédée, Mary Diane Peterson, Larry John Macey et Lorna Jean Macey** *Appellants*

c.

**Canada Northwest Energy Limited, Canadien Pacifique Limitée, Canpar Holdings Ltd., PanCanadian Petroleum Limited et Serenpet Exploration Inc.** *Intimées*

and between

**Violet Anne Safron** *Appellant*

v.

**Apache Corporation, Sunray DX Northern Oil Co. Ltd., Sun Oil Company Limited and Suncor Inc.** *Respondents*

and between

**Verdie Ann Lian and Janet Lee Ann Kostiw, Executrices of the Estate of Marjorie E. Stone, deceased** *Appellants*

v.

**Bralorne Resources Limited, Bonanza Oil & Gas Ltd., Canadian Hunter Exploration Ltd., Lochend Partnership, Lochwest Resources Ltd., Serenpet Exploration Inc., Serenpet Inc., Serenpet Partnership and Shiningbank Energy Ltd.** *Respondents*

and

**Freehold Petroleum & Natural Gas Owners Association** *Intervener*

**INDEXED AS: ANDERSON v. AMOCO CANADA OIL AND GAS**

**Neutral citation: 2004 SCC 49.**

File No.: 29370.

2004: April 22; 2004: July 16.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA**

*Real property — Split Title Lands — Oil and gas — Petroleum rights reserved by railway company in sale of*

et entre

**Violet Anne Safron** *Appelante*

c.

**Apache Corporation, Sunray DX Northern Oil Co. Ltd., Sun Oil Company Limited et Suncor Inc.** *Intimées*

et entre

**Verdie Ann Lian et Janet Lee Ann Kostiw en qualité d'exécutrices de la succession de Marjorie E. Stone, décédée** *Appelantes*

c.

**Bralorne Resources Limited, Bonanza Oil & Gas Ltd., Canadian Hunter Exploration Ltd., Lochend Partnership, Lochwest Resources Ltd., Serenpet Exploration Inc., Serenpet Inc., Serenpet Partnership et Shiningbank Energy Ltd.** *Intimées*

et

**Freehold Petroleum & Natural Gas Owners Association** *Intervenante*

**RÉPERTOIRÉ : ANDERSON c. AMOCO CANADA OIL AND GAS**

**Référence neutre : 2004 CSC 49.**

N° du greffe : 29370.

2004 : 22 avril; 2004 : 16 juillet.

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

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

*Biens réels — Terres à titres partagés — Pétrole et gaz — Droits relatifs aux hydrocarbures réservés par*

*land to settlers in early twentieth century — Effect of reservation of petroleum rights on present entitlement to oil and gas from lands encumbered by reservation — Determination of respective rights of “petroleum owners” and “non-petroleum owners” — Whether initial conditions of natural underground reservoir govern relative ownership between parties to original contracts — Rule of capture.*

For connecting the west coast with the rest of Canada, the Canadian Pacific Railway (CPR) was paid in money and land by the Canadian government. The CPR then entered into agreements with settlers for the transfer of title to this land. Under these agreements the CPR reserved its right to petroleum, creating “Split Title Lands”. This appeal deals with contracts entered into between 1907 and 1912 and with the ownership of hydrocarbons produced from wells drilled on Split Title Lands. A natural underground reservoir (“pool”) may contain hydrocarbons in both liquid and gas phases. Prior to human intervention, a pool will be under relatively stable pressure and temperature conditions, and the ratio of gas phase to liquid phase hydrocarbons will remain fairly constant. When a pool is drilled into, the pressure changes, causing phase changes which alter this ratio. Some of the hydrocarbons originally found in liquid phase will, if there is a reduction in pressure, “evolve” into gas phase. Once this evolution happens it is impossible to distinguish evolved gas from those hydrocarbons which were originally in a gas phase. Depending on the initial pool conditions and other factors including production techniques, the amount of hydrocarbons that change phase can be quite significant.

In determining the respective subsurface rights of “petroleum owners” and “non-petroleum owners” under the Split Title Lands, the Alberta Court of Queen’s Bench held that the “non-petroleum owners” were entitled to: (1) primary gas cap gas; (2) primary gas cap gas which migrates from adjoining lands; and (3) condensate and natural gas liquids that derive from primary gas cap gas. The court further held that the “petroleum owners” were entitled to: (1) secondary gas cap gas; (2) secondary gas cap gas which migrates from adjoining lands; (3) solution gas that emerges from connate water; and (4) condensate and natural gas liquids that derive from secondary gas cap gas. “Primary gas cap gas” refers to those hydrocarbons in gaseous phase in a pool containing an accumulation of both gaseous and liquid hydrocarbon solutions prior to human intervention, while “secondary gas cap gas” or “evolved gas” refers to gaseous hydrocarbons which

*la compagnie de chemin de fer lors de la vente de terres aux colons au début du XX<sup>e</sup> siècle — Effet d’une réserve des droits relatifs aux hydrocarbures sur les droits actuels à l’égard du pétrole et du gaz présents dans les terrains grevés de cette réserve — Détermination des droits respectifs des « propriétaires du pétrole » et des « propriétaires des autres minéraux » — Les conditions initiales du réservoir naturel souterrain régissent-elles la propriété respective des parties aux contrats initiaux? — Règle du captage.*

Pour relier la côte ouest au reste du pays, le Canadien Pacifique (CP) a reçu du gouvernement du Canada de l’argent ainsi que des terres. Le CP a alors conclu des ententes avec des colons pour le transfert du titre de ces terres. Aux termes de ces ententes, le CP réservait son droit de propriété du pétrole, créant ainsi les « terres à titres partagés ». Le présent pourvoi porte sur des contrats conclus entre 1907 et 1912 et sur la propriété des hydrocarbures produits d’un puits foré sur des terres à titres partagés. Un réservoir naturel souterrain (« gisement ») peut contenir des hydrocarbures à la fois en phase liquide et gazeuse. Avant l’intervention humaine, un gisement connaît des conditions de pression et de température relativement stables, et la proportion des hydrocarbures en phase gazeuse par rapport aux hydrocarbures en phase liquide reste relativement constante. Lorsqu’un forage est fait dans un gisement, la pression change et cause des changements de phase qui modifient cette proportion. Si la pression diminue, certains hydrocarbures qui se trouvent à l’origine en phase liquide passeront de la phase liquide à la phase gazeuse. Dès que cela se produit, il est impossible de distinguer le gaz ainsi « dégagé » des hydrocarbures qui étaient initialement en phase gazeuse. Selon les conditions initiales du gisement et d’autres facteurs, notamment certaines techniques de production, la quantité d’hydrocarbures qui change de phase peut être très importante.

En déterminant les droits souterrains respectifs des « propriétaires du pétrole » et des « propriétaires des autres minéraux » sur les terres à titres partagés, la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta a conclu que les « propriétaires des autres minéraux » avaient droit (1) au gaz de couverture primaire; (2) au gaz de couverture primaire provenant de terrains adjacents; (3) au condensat et aux liquides du gaz naturel provenant du gaz de couverture primaire. La cour a conclu en outre que les « propriétaires du pétrole » avaient droit (1) au gaz de couverture secondaire; (2) au gaz de couverture secondaire provenant de terrains adjacents; (3) au gaz en solution qui se dégage de l’eau captive; (4) au condensat et aux liquides du gaz naturel provenant du gaz de couverture secondaire. On entend par « gaz de couverture primaire » les hydrocarbures en phase gazeuse dans un gisement contenant une accumulation

were originally liquid. The Court of Appeal dismissed the appeal, except that it did not agree that the petroleum owner was entitled to the gas from connate water; that issue is not before this Court.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The courts below were correct to find that *Borys v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1953] 2 D.L.R. 65 (P.C.), decided the reservation of petroleum included all hydrocarbons which were in liquid phase in the ground at the time of the transaction. The reservation of petroleum divided the ownership interest in oil and gas on the basis of the phase the hydrocarbon was in under initial conditions at the time of the contract for the sale of the property. Any phase changes which occurred after a well is drilled into a pool do not alter the ratio of ownership created by the reservation. This applies to the parties to the original contract and also applies to those who derive their interest from these parties. Accordingly, the non-petroleum owner is entitled to all hydrocarbons which were in gas phase, and the petroleum owner to all hydrocarbons which were in liquid phase, at initial pool conditions, regardless of the phase they are in at the time of recovery. This division will apply to hydrocarbons which migrate from under other lands, subject to any regulatory mitigation of the rule of capture. Dividing ownership based upon original conditions will not lead to great uncertainty in quantifying respective interests. The entire industry relies on estimates of what is under the surface, and these estimates have to suffice for dividing up ownership as well.

A broad ownership theory is not required to be determined in this appeal. Irrespective of any other rights the parties may have in relation to the hydrocarbons in the ground, they chose to divide their interest by contract. It is not open to a party to argue later that division was meaningless on the basis that no rights can attach until the substance is reduced to possession. When the substance, which was not in their possession at the time of the contract, is reduced to possession the date and terms of the contract govern their relative entitlement.

de solutions d'hydrocarbures tant gazeux que liquides avant intervention humaine, alors que l'on entend par « gaz de couverture secondaire » ou « gaz dégagé » les hydrocarbures gazeux qui étaient à l'origine en phase liquide. La Cour d'appel a rejeté l'appel, sauf en ce qui a trait à la conclusion suivant laquelle le propriétaire du pétrole avait droit au gaz provenant de l'eau captive; cette question n'est pas en litige en l'espèce.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Les cours d'instance inférieure ont eu raison de conclure que l'arrêt *Borys c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1953] 2 D.L.R. 65 (C.P.), avait établi que la réserve relative au pétrole incluait tous les hydrocarbures présents dans le sol en phase liquide au moment de la transaction. La réserve à l'égard du pétrole a partagé les droits de propriété sur le pétrole et le gaz en fonction de la phase dans laquelle se trouvaient les hydrocarbures aux conditions initiales lorsqu'a été conclu le contrat de vente du bien-fonds. Les changements de phase survenus après le forage d'un puits dans un gisement ne modifient pas la proportion de propriété créée par la réserve. Ce partage s'applique aux parties au contrat initial ainsi qu'aux tiers qui tiennent leur intérêt de ces parties. Par conséquent, le propriétaire des autres minéraux a droit à tous les hydrocarbures qui étaient en phase gazeuse, et le propriétaire du pétrole a droit à tous les hydrocarbures qui étaient en phase liquide aux conditions initiales du gisement, indépendamment de la phase dans laquelle ils se trouvent lors de leur extraction. Ce partage s'appliquera aux hydrocarbures qui proviennent d'autres terrains, sous réserve de toute limitation réglementaire de la règle du captage. Le partage de la propriété selon les conditions initiales n'engendrera pas une grande part d'incertitude en ce qui concerne la quantification des intérêts respectifs. L'industrie tout entière s'appuie sur des estimations de ce que contient le sous-sol, et ces estimations doivent également suffire pour partager la propriété.

Il n'est pas nécessaire de se prononcer dans le présent pourvoi sur une théorie générale de la propriété. Quels que soient les autres droits que les parties peuvent avoir à l'égard des hydrocarbures présents dans le sol, elles ont choisi de partager leurs intérêts par contrat. Il n'est pas loisible à une partie de soutenir ultérieurement que ce partage était sans effet parce qu'aucun droit ne peut s'y attacher tant qu'il n'y a pas eu prise de possession de la substance. Au moment du contrat, les parties n'avaient pas la substance en leur possession, mais lorsqu'elles en prennent possession, leurs droits respectifs sont régis selon la date et les conditions du contrat.



Lastly, the rule of capture does not apply to the division of ownership by phase as it does to divisions of ownership based on surface land ownership. Applying this rule to parties who have agreed to divide their interest under the same tract of land would defeat the purpose of the contract.

### Cases Cited

**Applied:** *Borys v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1953] 2 D.L.R. 65, aff'g [1952] 3 D.L.R. 218, rev'g in part [1951] 4 D.L.R. 427; **referred to:** *Bank of Montreal v. Dynex Petroleum Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 146, 2002 SCC 7.

### Statutes and Regulations Cited

*Land Titles Act*, R.S.A. 2000, c. L-4.  
*Oil and Gas Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. O-6.  
*Water Act*, R.S.A. 2000, c. W-3.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (2002), 5 Alta. L.R. (4th) 54, 312 A.R. 116, 214 D.L.R. (4th) 272, [2003] 1 W.W.R. 174, [2002] A.J. No. 829 (QL), 2002 ABCA 162, affirming in part a judgment of the Court of Queen's Bench (1998), 63 Alta. L.R. (3d) 1, 225 A.R. 277, [1999] 3 W.W.R. 255, [1998] A.J. No. 805 (QL), 1998 ABQB 620. Appeal dismissed.

*Norman K. Machida and Timothy S. Meagher*, for the appellants.

*Lenard M. Sali, Q.C.*, for the respondents Amoco Canada Oil and Gas, Amoco Canada Resources Ltd., Amoco Canada Energy Ltd., 3061434 Canada Ltd. and Ocelot Energy Inc.

*Randall W. Block and Karen A. McHugh*, for the respondents Gulf Canada Resources Limited, Morgan Hydrocarbons Inc., Murphy Oil Company Ltd., Canadian Gulf Oil Company, Gulf Canada Limited and Gulf Canada Properties Limited.

*Gwen K. Randall, Q.C.*, for the respondents Petro-Canada, Canol Resources Ltd., Dominion Explorers Inc., International Oiltex Ltd., Canadian Fina Oil Limited, Petrofina Canada Ltd., Petro-Canada Enterprises Inc. and Petro-Canada Inc.

*Mary E. Comeau*, for the respondents Talisman Energy Inc. and Encor Energy Corporation.

Enfin, la règle du captage ne s'applique pas au partage de la propriété fondé sur la phase de la même façon qu'elle le fait pour le partage de la propriété fondé sur la propriété des terres en surface. L'application de cette règle à des personnes qui ont accepté de partager leur intérêt à l'égard de la même parcelle de terrain irait à l'encontre de l'objectif que visait le contrat.

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *Borys c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1953] 2 D.L.R. 65, conf. [1952] 3 D.L.R. 218, inf. en partie [1951] 4 D.L.R. 427; **arrêt mentionné :** *Banque de Montréal c. Dynex Petroleum Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 146, 2002 CSC 7.

### Lois et règlements cités

*Land Titles Act*, R.S.A. 2000, ch. L-4.  
*Oil and Gas Conservation Act*, R.S.A. 2000, ch. O-6.  
*Water Act*, R.S.A. 2000, ch. W-3.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (2002), 5 Alta. L.R. (4th) 54, 312 A.R. 116, 214 D.L.R. (4th) 272, [2003] 1 W.W.R. 174, [2002] A.J. No. 829 (QL), 2002 ABCA 162, qui a infirmé en partie un jugement de la Cour du Banc de la Reine (1998), 63 Alta. L.R. (3d) 1, 225 A.R. 277, [1999] 3 W.W.R. 255, [1998] A.J. No. 805 (QL), 1998 ABQB 620. Pourvoi rejeté.

*Norman K. Machida et Timothy S. Meagher*, pour les appelants.

*Lenard M. Sali, c.r.*, pour les intimées Amoco Canada Oil and Gas, Amoco Canada Resources Ltd., Amoco Canada Energy Ltd., 3061434 Canada Ltd. et Ocelot Energy Inc.

*Randall W. Block et Karen A. McHugh*, pour les intimées Ressources Gulf Canada Limitée, Morgan Hydrocarbons Inc., Murphy Oil Company Ltd., Canadian Gulf Oil Company, Gulf Canada Limitée et Gulf Canada Properties Limited.

*Gwen K. Randall, c.r.*, pour les intimées Petro-Canada, Canol Resources Ltd., Dominion Explorers Inc., International Oiltex Ltd., Canadian Fina Oil Limited, Petrofina Canada Ltd., Entreprises Petro-Canada Inc. et Petro-Canada Inc.

*Mary E. Comeau*, pour les intimées Société d'énergie Talisman Inc. et Encor Energy Corporation.

*William R. Pieschel, Q.C.*, for the respondents Canadian Pacific Limited and PanCanadian Petroleum Limited.

No one appeared for the respondents Empress Gas Corp. Ltd., Union Pacific Resources Inc., Crestar Energy, Sulpetro Limited, Canadian Rampart Oil & Gas Ltd., J & K Petroleum Land Management Ltd., LL & E Canada Holdings Inc., Rocky River Resources Ltd., Sunlite Oil Company Limited, Sunray DX Northern Oil Co. Ltd., Sun Oil Company Limited, Bralorne Resources Limited, Bonanza Oil & Gas Ltd., Canadian Hunter Exploration Ltd., Lochend Partnership, Lochwest Resources Ltd., Serenpet Inc., Serenpet Partnership and Shiningbank Energy Ltd.

*L. Douglas Rae and W. Tibor Osvath*, for the interveners.

The judgment of the Court was delivered by

1 MAJOR J. — This appeal reviews the effect a reservation of petroleum rights from a sale of land that took place almost 100 years ago has on the present entitlement to oil and gas from lands encumbered by the same reservation.

2 These reasons rely on the definitions used by the trial judge. The Appendix contains the entirety of these definitions. The following two definitions are used frequently:

“Phase” — a distinct physical state of matter; all matter exists in one or more of three physical states: gas, liquid or solid;

“Pool” — a natural underground Reservoir containing or appearing to contain an accumulation of Gaseous or Liquid Hydrocarbon Solutions or both, and separated or appearing to be separated from any other accumulation.

### I. Facts

3 The completion of a national railway across Canada during the latter part of the nineteenth century was an endeavour that many view as one of the

*William R. Pieschel, c.r.*, pour les intimées Canadien Pacifique Limitée et PanCanadian Petroleum Limited.

Personne n’a comparu pour les intimées Empress Gas Corp. Ltd., Union Pacific Resources Inc., Crestar Energy, Sulpetro Limited, Canadian Rampart Oil & Gas Ltd., J & K Petroleum Land Management Ltd., LL & E Canada Holdings Inc., Rocky River Resources Ltd., Sunlite Oil Company Limited, Sunray DX Northern Oil Co. Ltd., Sun Oil Company Limited, Bralorne Resources Limited, Bonanza Oil & Gas Ltd., Canadian Hunter Exploration Ltd., Lochend Partnership, Lochwest Resources Ltd., Serenpet Inc., Serenpet Partnership et Shiningbank Energy Ltd.

*L. Douglas Rae et W. Tibor Osvath*, pour l’intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — Le présent pourvoi porte sur l’effet d’une réserve des droits relatifs aux hydrocarbures, prévue dans un contrat de vente de terres conclu il y a près de 100 ans, sur les droits actuels à l’égard du pétrole et du gaz présents dans les terrains grevés de cette même réserve.

Les présents motifs s’appuient sur les définitions employées par la juge de première instance. Ces définitions sont reproduites intégralement à l’annexe. Les deux définitions suivantes sont souvent utilisées :

[TRADUCTION] « phase » — État physique distinct de la matière; toute matière existe dans un ou plus d’un des trois états physiques que sont le gaz, le liquide et le solide;

« gisement » — Réservoir naturel souterrain contenant ou paraissant contenir une accumulation de solutions d’hydrocarbures gazeux et liquides, ou une accumulation de l’une de ces solutions, séparée ou paraissant être séparée de toute autre accumulation.

### I. Faits

Le parachèvement d’un chemin de fer national d’un bout à l’autre du pays à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle constitue pour plusieurs un des moments marquants

defining moments in Canadian history. As this case demonstrates, effects of this project still linger. For connecting the west coast with the rest of Canada, the Canadian Pacific Railway (“CPR”) was paid in money and land by the Canadian government.

Canada transferred to the CPR not only the surface rights but the entire legal interest in the land. This included all subsurface resources. At the time, the CPR saw the main value of the land as the ability it gave them to encourage settlement near the railway. Settlement was viewed as key to the economic success of the railroad, and the CPR entered into agreements with settlers for the transfer of title to this land. The first of these contracts transferred the CPR’s entire interest in the plots of land to the settlers.

It was approximately 1904 when the CPR recognized the underground value of the land they owned. As a result, they began to exclude the valuable subsurface minerals from the title when they sold land. Initially the CPR reserved only coal from the transfer but by 1912 they were reserving rights to all mines and minerals. This division of title created “Split Title Lands” which are recognized under the Torrens land registration system in Alberta, and two or more separate interests reflecting ownership of surface and subsurface rights can be registered under the *Land Titles Act*, R.S.A. 2000, c. L-4.

The current appeal deals with contracts entered into between 1907 and 1912, even though the structure of the purchase and sale agreements resulted in some of the actual transfers not being executed and registered until later. Under these agreements, the CPR reserved its right to petroleum in addition to just coal, or coal and valuable stone. It is a reasonable assumption that the settlers were primarily interested in the surface rights because of their intended use for farming which, to the extent any is needed, explains their agreement to the split title reservations.

Over time the substances reserved by the CPR varied. This appeal is only about the reservation

de l’histoire canadienne. Comme la présente affaire le démontre, les effets de ce projet se font toujours sentir. Pour relier la côte ouest au reste du pays, le Canadien Pacifique (« CP ») a reçu du gouvernement du Canada de l’argent ainsi que des terres.

Le Canada a transféré au CP non seulement les droits de superficie mais la totalité de l’intérêt en common law sur les terres, ce qui incluait toutes les ressources du sous-sol. À l’époque, le CP considérait que la principale valeur de ces terres était qu’elles lui permettaient d’encourager les colons à s’installer à proximité du chemin de fer. Le peuplement était considéré comme la clé du succès économique du chemin de fer, et le CP a conclu des ententes avec des colons pour le transfert du titre de ces terres. Dans les premiers contrats, le CP a cédé aux colons la totalité de ses intérêts sur les lots.

C’est vers 1904 que le CP a pris conscience de la valeur du sous-sol des terres qui lui appartenaient. Il a donc commencé à exclure des titres des lots vendus les minéraux souterrains ayant de la valeur. Au début, le CP ne se réservait lors des transferts que la propriété du charbon, mais, à partir de 1912, il s’est réservé des droits sur toutes les mines et tous les minéraux. Ce partage du titre a donné naissance aux « terres à titres partagés » que reconnaît le régime Torrens d’enregistrement foncier de l’Alberta. En vertu de la *Land Titles Act*, R.S.A. 2000, ch. L-4, deux intérêts distincts ou plus peuvent être enregistrés à l’égard de la propriété des droits de superficie et des droits souterrains.

Le présent pourvoi porte sur des contrats conclus entre 1907 et 1912 même si, en raison de la structure des ententes d’achat et de vente, certains transferts n’ont été véritablement réalisés et enregistrés que plus tard. Aux termes de ces ententes, le CP réservait son droit de propriété du pétrole en plus de celui du charbon et de la pierre ayant une valeur. Il est raisonnable de supposer que les colons s’intéressaient avant tout aux droits de superficie parce qu’ils avaient l’intention de s’adonner à l’agriculture, ce qui explique, si besoin est, qu’ils aient accepté les réserves qui ont créé les titres partagés.

Avec le temps, les substances réservées par le CP ont changé. Le présent pourvoi ne vise que la réserve

4

5

6

7

of “petroleum”. The dispute over the meaning of “petroleum” is not new. Its meaning in a reservation similar to those at the core of this appeal was considered by the Judicial Committee of the Privy Council: *Borys v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1953] 2 D.L.R. 65, aff’g [1952] 3 D.L.R. 218 (Alta. C.A.), rev’g in part [1951] 4 D.L.R. 427 (Alta. S.C.).

à l’égard du « pétrole ». Le différend au sujet de la signification du terme « pétrole » n’est pas nouveau. Le Comité judiciaire du Conseil privé a examiné la signification de ce terme dans une clause de réserve semblable à celle visée par le présent pourvoi dans l’arrêt *Borys c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1953] 2 D.L.R. 65, conf. [1952] 3 D.L.R. 218 (C.A. Alb.), inf. en partie [1951] 4 D.L.R. 427 (C.S. Alb.).

8 The parties agree that in the *Borys* appeal the Privy Council decided that because “petroleum” included liquid hydrocarbons but not gaseous ones, ownership was governed by the phase of the hydrocarbon in the ground. They disagree on when the Privy Council said the determination of the phase was to be made. The appellants submit *Borys* held that the determination should be made when a molecule enters the well bore under ground, and the phase of the hydrocarbon at that point in time should be determinative. The respondents reply that the determination should be made at initial pool conditions, at the time of purchase prior to development. The respondents submit that the Supreme Court of Alberta, the Appellate Division and the Privy Council in *Borys* have already decided that phase changes should not alter relative ownership.

Les parties conviennent que dans l’arrêt *Borys*, le Conseil privé a statué que la propriété était régie par la phase de l’hydrocarbure présent dans le sol parce que le terme « pétrole » visait les hydrocarbures liquides mais non gazeux. Elles ne s’entendent pas sur le moment où il faudrait, selon le Conseil privé, déterminer la phase. Les appelants soutiennent que, aux termes de l’arrêt *Borys*, la détermination de la phase devrait être faite au moment où une molécule entre dans le puits de forage souterrain, et la phase dans laquelle se trouve l’hydrocarbure à ce moment-là devrait être déterminante. Les intimés répondent que la détermination devrait être faite aux conditions initiales du gisement, lors de l’achat avant l’exploitation. Elles font valoir que dans l’arrêt *Borys*, la Division d’appel de la Cour suprême de l’Alberta et le Conseil privé ont déjà décidé que des changements de phase ne devraient pas modifier la propriété respective de chacun.

9 When ownership is determined by the phase of a substance, as *Borys* held was the case for hydrocarbons, the moment in time that phase is examined becomes important. This is because an underground pool may contain hydrocarbons in both liquid and gas phases. Before the pool is perforated by drilling, the pressure and temperature remain relatively constant; so does the ratio of gas to liquid. But once the pool is invaded by drilling, the pressure in the pool changes, usually decreasing. This has a number of effects; the one of primary concern to this appeal is that some of the hydrocarbons in a liquid phase will “evolve” into a gas phase. Once this evolution happens, it is impossible to distinguish evolved gas from those hydrocarbons which were originally in a gas phase. Depending on the initial pool conditions and other factors including production techniques, the amount of hydrocarbons that change phase can

Lorsque la propriété est déterminée en fonction de la phase d’une substance, comme c’est le cas pour les hydrocarbures selon l’arrêt *Borys*, le moment où cette phase est examinée devient important. En effet, un gisement souterrain peut contenir des hydrocarbures à la fois en phase liquide et gazeuse. Avant un forage dans un gisement, la pression et la température restent relativement constantes. La proportion de gaz par rapport au liquide l’est également. Mais dès qu’un forage perce le gisement, la pression du gisement change; en règle générale, elle diminue. Un certain nombre de conséquences se produisent alors. Celle qui nous intéresse particulièrement dans le présent pourvoi est qu’une certaine quantité d’hydrocarbures passent de la phase liquide à la phase gazeuse. Dès que cela se produit, il devient impossible de distinguer le gaz ainsi « dégagé » des hydrocarbures qui étaient initialement en phase gazeuse.

be quite significant. The appellants would prefer the determination of ownership based on phase to be made as late as possible to give more hydrocarbons the opportunity to evolve into a gas phase as it would maximize their entitlement. The *Borys* decision was that the petroleum reservation did not include those hydrocarbons naturally in a gas phase.

## II. Judicial History

Eighty-four separate law suits were filed by parties in relation to land once owned by the CPR, twenty-one were selected as test cases, and fifteen of those cases directly involved this particular type of split title issue. On July 10, 1997, Moore C.J. of the Alberta Court of Queen's Bench, set out a preliminary question of law to determine the respective subsurface rights of the "Petroleum Owner" (the party owning petroleum, or coal and petroleum within or under the Split Title Lands) and the "Non-Petroleum owner" (the party owning all mines and minerals except petroleum, or coal and petroleum, within or under the Split Title Lands).

At trial, Fruman J. found the non-petroleum owners were entitled to: (1) primary gas cap gas; (2) primary gas cap gas which migrates from adjoining lands; (3) condensate and natural gas liquids that derive from primary gas cap gas: (1998), 63 Alta. L.R. (3d) 1. Primary gas cap gas refers to those hydrocarbons in gaseous phase in a mixed pool prior to human intervention while secondary gas cap gas refers to gaseous hydrocarbons which were originally liquid. She also held that the petroleum owners were entitled to: (1) evolved gas; (2) secondary gas cap gas which migrates from adjoining lands; (3) solution gas that emerges from connate water; and (4) condensate and natural gas liquids that derive from secondary gas cap gas.

Selon les conditions initiales du gisement et d'autres facteurs, notamment certaines techniques de production, la quantité d'hydrocarbures qui change de phase peut être très importante. Les appelants préféreraient que la détermination de la propriété en fonction de la phase soit faite le plus tardivement possible pour qu'une plus grande quantité d'hydrocarbures passe à la phase gazeuse, ce qui maximiserait leurs droits. Selon l'arrêt *Borys*, la réserve relative au pétrole n'incluait pas les hydrocarbures naturellement présents en phase gazeuse.

## II. Historique des procédures judiciaires

Quatre-vingt-quatre poursuites judiciaires distinctes ont été intentées à l'égard des terres ayant déjà appartenu au CP; vingt et une ont été sélectionnées en tant que causes types et parmi celles-ci, quinze portaient directement sur cette question particulière du titre partagé. Le 10 juillet 1997, le juge en chef Moore de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a formulé une question de droit préliminaire pour déterminer les droits souterrains respectifs du « propriétaire du pétrole » (le propriétaire du pétrole, ou du charbon et du pétrole, présent sur le sol ou dans le sous-sol des terres à titres partagés) et du « propriétaire des autres minéraux » (le propriétaire de toutes les mines et tous les minéraux à l'exception du pétrole, ou du charbon et du pétrole, présents sur le sol ou dans le sous-sol des terres à titres partagés).

En première instance, la juge Fruman a conclu que les propriétaires des autres minéraux avaient droit (1) au gaz de couverture primaire; (2) au gaz de couverture primaire provenant de terrains adjacents; (3) au condensat et aux liquides du gaz naturel provenant du gaz de couverture primaire : (1998), 63 Alta. L.R. (3d) 1. Par gaz de couverture primaire, on entend les hydrocarbures en phase gazeuse dans un gisement mixte avant intervention humaine, alors que l'on entend par gaz de couverture secondaire les hydrocarbures gazeux qui étaient à l'origine en phase liquide. La juge a également dit que les propriétaires du pétrole avaient droit (1) au gaz dégagé; (2) au gaz de couverture secondaire provenant de terrains adjacents; (3) au gaz en solution qui se dégage de l'eau captive; (4) au condensat et aux liquides du gaz naturel provenant du gaz de couverture secondaire.

10

11

12 The Court of Appeal dismissed the appeal except to the extent they did not agree that the petroleum owner was entitled to the gas from connate water: (2002), 5 Alta. L.R. (4th) 54. It said (at para. 53):

However, we do not agree with the trial judge's conclusion that gas which emerges from connate water belongs to the petroleum owner. The reservation did not reserve water. Therefore, gas which was in solution within connate water at initial reservoir conditions does not belong to the petroleum owner. [Emphasis added.]

13 The Court of Appeal did not determine who owned the hydrocarbons from connate water. It appears that in Alberta this water is owned by the province as a result of the *Water Act*, R.S.A. 2000, c. W-3. All of the parties to this appeal were content with this disposition by the Court of Appeal so that a determination of who is entitled to any hydrocarbons recovered from the connate water is no longer an issue here.

### III. Issues

14 The two preliminary questions set by Moore C.J. were:

- (a) the ownership of hydrocarbons produced from a well drilled on Split Title Lands (as defined below) and the respective rights of:
  - (i) the Petroleum Owner (the party owning petroleum, or coal and petroleum within or under the Split Title Lands); and
  - (ii) the Non-Petroleum Owner (the party owning all mines and minerals except petroleum, or coal and petroleum, within or under the Split Title Lands); and
- (b) the obligation of any lessee to account to the owner of the respective mineral interest for hydrocarbons produced.

“Split Title Lands” are lands in which all petroleum, or all coal and petroleum, was reserved unto the Petroleum Owner in a transfer to the Non-Petroleum owner prior to human disturbance of any subsurface reservoirs containing hydrocarbons within or under the lands.

La Cour d'appel a rejeté l'appel, sauf en ce qui a trait à la conclusion suivant laquelle les propriétaires du pétrole avaient droit au gaz provenant de l'eau captive dans le gisement : (2002), 5 Alta. L.R. (4th) 54. Les juges ont dit ce qui suit (par. 53) :

[TRADUCTION] Toutefois, nous n'acceptons pas la conclusion de la juge de première instance selon laquelle le gaz qui se dégage de l'eau captive appartient au propriétaire du pétrole. La réserve ne visait pas l'eau. Par conséquent, le gaz qui était en solution dans l'eau captive aux conditions initiales du réservoir n'appartient pas au propriétaire du pétrole. [Je souligne.]

La Cour d'appel n'a pas indiqué à qui appartiennent les hydrocarbures provenant de l'eau captive. Il appert que la province de l'Alberta est propriétaire de ces eaux en vertu de la *Water Act*, R.S.A. 2000, ch. W-3. Toutes les parties au présent pourvoi se sont accommodées de ce dispositif de la Cour d'appel, de sorte que la question de savoir qui a droit aux hydrocarbures extraits de l'eau captive n'est pas en litige devant notre Cour.

### III. Questions en litige

Le juge en chef Moore avait formulé les deux questions préliminaires suivantes :

[TRADUCTION]

- a) la propriété des hydrocarbures produits d'un puits foré sur des terres à titres partagés (définies plus loin) et les droits respectifs
  - (i) du propriétaire du pétrole (à qui appartient le pétrole, ou le charbon et le pétrole, présent sur les terres ou dans le sous-sol des terres à titres partagés);
  - (ii) du propriétaire des autres minéraux (à qui appartiennent toutes les mines et tous les minéraux sauf le pétrole, ou le charbon et le pétrole, présents sur les terres ou dans le sous-sol des terres à titres partagés);
- b) l'obligation de tout locataire de rendre compte des hydrocarbures produits au propriétaire respectif des minéraux.

Les « terres à titres partagés » sont des terres où tout le pétrole, ou tout le charbon et le pétrole, a été réservé au propriétaire du pétrole lors du transfert au propriétaire des autres minéraux, et ce avant toute ingérence humaine dans un réservoir souterrain contenant des hydrocarbures sur les terres ou dans leur sous-sol.

Only part (a) was addressed by the courts below and is the only question in this appeal.

#### IV. Analysis

The history that led to these Split Title Lands has been previously outlined. In addition, the scientific evidence of the characteristics of hydrocarbons in the ground is also worthy of brief review.

##### A. *The Science*

The expert evidence was that the substances that are often referred to as oil and gas are actually both similar hydrocarbons, and the general distinction is the phase they exist at under what is referred to as Standard Temperature and Pressure (“STP”). At temperatures and pressures higher than STP, some “gas” will actually be found in liquid phase. The word gas is used to describe both the actual hydrocarbon substance and the phase of a substance, which understandably leads to some confusion when reading the cases. In addition, the substance gas referred to is properly described as natural gas and is not the petroleum product used to fuel most vehicle engines.

In the ground, pools may initially contain only liquid hydrocarbons (oil pools), only gaseous hydrocarbons (gas pools), or a mixture of both (mixed pools). In addition to the hydrocarbons, a layer of water is also usually found on the bottom of all three types of pools. This water is referred to as connate water.

Prior to human intervention, a pool will be under relatively stable pressure and temperature conditions, and the ratio of gas phase to liquid phase hydrocarbons also remains fairly constant. When a pool is drilled into, the pressure changes, causing phase changes which alter this ratio. Some of the hydrocarbons originally found in liquid phase will, if there is a reduction in pressure, “evolve” into gas phase. As in the courts below, I refer to this as “evolved gas”. This evolved gas is, technically, natural gas — it would tend to be in gas phase at

15  
Seule la partie a) a été examinée par les cours d’instance inférieure et le présent pourvoi ne porte que sur cette question.

#### IV. Analyse

16  
Nous avons déjà tracé l’historique de ces terres à titres partagés. Il convient également de faire un bref survol de la preuve scientifique relative aux caractéristiques des hydrocarbures présents dans le sol.

##### A. *La science*

17  
Selon la preuve d’expert, les substances que l’on appelle souvent pétrole et gaz sont en fait des hydrocarbures de même type qui se distinguent par la phase dans laquelle ils se trouvent à température et pression normales (« TPN »). À des températures et pressions plus élevées que la TPN, une certaine quantité de « gaz » se trouvera en fait en phase liquide. Le mot gaz est utilisé pour décrire tant la substance même de l’hydrocarbure que la phase d’une substance, ce qui porte naturellement quelque peu à confusion lorsqu’on lit les décisions. De plus, la substance gazeuse à laquelle on renvoie est correctement décrite comme étant le gaz naturel. Il ne s’agit pas du produit pétrolier utilisé comme combustible pour la plupart des moteurs automobiles.

18  
Dans le sol, les gisements peuvent initialement contenir uniquement des hydrocarbures liquides (gisements de pétrole), uniquement des hydrocarbures gazeux (gisements de gaz) ou un mélange des deux (gisements mixtes). En plus des hydrocarbures, on trouve aussi généralement une couche d’eau au fond des trois types de gisements; c’est ce qu’on appelle l’eau captive.

19  
Avant l’intervention humaine, un gisement connaît des conditions de pression et de température relativement stables, et la proportion des hydrocarbures en phase gazeuse par rapport aux hydrocarbures en phase liquide est également relativement constante. Lorsqu’un forage est fait dans un gisement, la pression change et cause des changements de phase qui modifient cette proportion. Si la pression diminue, certains hydrocarbures qui se trouvent à l’origine en phase liquide passeront de la phase liquide à la phase gazeuse. À l’instar des cours

STP. But in the pool, prior to human intervention, the “evolved gas” was in liquid phase. The dispute in *Borys* was about entitlement to all natural gas in the pool, while the current dispute centres on this evolved gas.

#### B. *What Did Borys Decide?*

20 In the late 1940s, significant amounts of oil were found near Leduc, Alberta, production and exploration was at a high pitch, and oil and gas law was in its infancy but evolving. Borys was a farmer who obtained title to his land from the CPR subject to a petroleum reservation similar to the one at issue in these appeals. When Imperial Oil Ltd. (“Imperial”) began drilling on his lands, Borys sued to determine a question that had been inevitable from the moment both oil and gas were discovered under Split Title Lands — what was included in the reservation of “petroleum”?

21 Borys’ argument was that gas was not included in the reservation of petroleum. He challenged Imperial’s right to produce oil, arguing it would interfere with his natural gas. Imperial counter-claimed and submitted that petroleum be given one of the following three progressively less inclusive definitions: (1) petroleum included all hydrocarbons in the pool, regardless of phase; (2) if the reservation did not include the ownership of the gas, it did include the right to work, win or carry away the gas; and (3) at the very least, the petroleum reservation included the right to all liquid hydrocarbons in the ground.

22 Howson C.J.T.D. decided the vernacular, not the scientific, meaning of petroleum was to govern what was reserved from the transfer. He found petroleum included only “mineral oil”, by which it can be assumed he meant crude oil and not the medication. He decided Borys was entitled to all natural

d’instance inférieure, j’utiliserai le terme « gaz dégagé » pour désigner ces hydrocarbures. En principe, le gaz dégagé est du gaz naturel — il serait normalement en phase gazeuse à la TPN. Mais dans le gisement, avant l’intervention humaine, le « gaz dégagé » se trouvait en phase liquide. Dans l’affaire *Borys*, le litige portait sur le droit à tout le gaz naturel présent dans le gisement, alors que le présent litige porte particulièrement sur ce gaz dégagé.

#### B. *Qu’est-ce que l’arrêt Borys a décidé?*

À la fin des années 40, on a trouvé de grandes quantités de pétrole près de Leduc en Alberta; la production et l’exploration étaient en ébullition et le droit naissant en matière d’hydrocarbures était déjà en évolution. Borys, un fermier, avait obtenu du CP le titre de ses terres, et ce titre était grevé d’une réserve relative au pétrole semblable à celle en litige dans les présents pourvois. Quand la Compagnie pétrolière Impériale Ltée (« Impérial ») a commencé à forer ses terres, Borys a engagé une action en justice pour trancher une question devenue incontournable le jour même où l’on a découvert du pétrole et du gaz sur des terres à titres partagés — que comprenait la réserve à l’égard du « pétrole »?

Borys a fait valoir que la réserve relative au pétrole ne comprenait pas le gaz. Il a contesté le droit d’Impérial d’extraire du pétrole, soutenant que cela serait préjudiciable à son droit sur le gaz naturel. En demande reconventionnelle, Impérial a plaidé qu’il fallait donner au terme pétrole l’une des trois définitions suivantes, chacune plus restrictive que la précédente : (1) le terme pétrole incluait tous les hydrocarbures présents dans le gisement, indépendamment de leur phase; (2) si la réserve ne visait pas la propriété du gaz, elle comprenait par contre le droit d’exploiter, d’extraire ou d’emporter le gaz; (3) la réserve relative au pétrole incluait à tout le moins le droit sur tous les hydrocarbures liquides se trouvant dans le sol.

En première instance, le juge en chef Howson a décidé que la signification usuelle, et non scientifique, du terme pétrole devait régir l’interprétation de ce qui était réservé dans le transfert. Il a conclu que le terme pétrole incluait seulement l’huile minérale — on peut supposer qu’il voulait dire le pétrole



gas under his land even if it was in solution with the liquid, and that Imperial could not continue drilling if it would interfere with the natural gas in any way (pp. 443-44).

Parlee J.A. for the majority on appeal agreed with the trial judge that the vernacular meaning of petroleum at the time of the transfer was to govern its interpretation. But he did not agree that this limited CPR's rights to actual mineral oil. He determined that the reservation gave CPR rights to all liquid hydrocarbons in the ground, regardless of any subsequent phase changes (p. 230). He also found the petroleum owners had the right to work and recover their oil, even if it interfered with Borys' gas (p. 237).

The Judicial Committee of the Privy Council agreed with the Alberta courts that in determining "the meaning which is to be attributed to 'petroleum' in the original reservation", the vernacular meaning at the time of the transfer should be used, if one could be discerned (p. 70). Their Lordships recognized that the meaning of petroleum could "vary according to the circumstances in which it is used", and then defined it only for the purposes of the reservation (p. 71). The Privy Council had to decide what petroleum meant in relation to a substance in the ground. On that, they concluded that it reserved to the CPR all liquid hydrocarbons in the ground (p. 74). They also upheld the Appellate Division's finding that the reservation included an implied right to work and produce the petroleum (p. 79).

The parties agree that three points were determined by *Borys*:

- (1) the petroleum owner is entitled to all liquid hydrocarbons in the pool, while the non-petroleum owner is entitled to all hydrocarbons in gas phase;

brut et non le médicament. Il a conclu que Borys avait droit à tout le gaz naturel présent dans le sous-sol de ses terres, même si ce gaz se trouvait en solution avec le liquide, et qu'Impérial ne pouvait pas continuer à forer si cela devait de quelque façon avoir des répercussions sur son gaz naturel (p. 443-444).

Au nom de la majorité en appel, le juge Parlee a conclu comme le juge de première instance que pour l'interprétation du terme pétrole, il fallait donner à ce terme son sens usuel au moment du transfert. Il n'a cependant pas accepté que cela limitait les droits du CP sur l'huile minérale même. Il a statué que la réserve donnait au CP des droits à l'égard de tous les hydrocarbures liquides présents dans le sol, indépendamment de tout changement subséquent de phase (p. 230). Il a également conclu que les propriétaires du pétrole avaient le droit d'exploiter et d'extraire leur pétrole, même si cela avait des répercussions sur le gaz de Borys (p. 237).

Le Comité judiciaire du Conseil privé a accepté comme les cours albertaines que, pour déterminer [TRADUCTION] « le sens à donner au terme "pétrole" utilisé à l'origine dans la clause de réserve », il fallait retenir le sens usuel de ce terme au moment du transfert, si on pouvait le dégager (p. 70). Leurs Seigneuries ont reconnu que la signification du terme « pétrole » pouvait [TRADUCTION] « varier selon les circonstances dans lesquelles il est utilisé », et elles l'ont ensuite défini uniquement pour les besoins de la réserve (p. 71). Le Conseil privé devait déterminer le sens du terme pétrole relativement à la substance présente dans le sol. Il a conclu à cet égard que la réserve du CP visait tous les hydrocarbures liquides présents dans le sol (p. 74). Le Conseil privé a également confirmé la conclusion de la Division d'appel selon laquelle la réserve incluait un droit implicite d'exploiter et de produire le pétrole (p. 79).

Les parties acceptent que l'arrêt *Borys* avait réglé trois questions :

- (1) le propriétaire du pétrole a droit à tous les hydrocarbures liquides présents dans le gisement, alors que le propriétaire des autres minéraux a droit à tous les hydrocarbures en phase gazeuse;

23

24

25

- (2) the determination of ownership based on phase is to be made in the ground; and
- (3) the petroleum reservation included an implied right to work and produce the product.

- (2) la détermination de la propriété en fonction de la phase doit se faire dans le sol;
- (3) la réserve relative au pétrole incluait un droit implicite d'exploiter et de produire le pétrole.

26 The parties disagree in their interpretation of *Borys* over what mistakenly appears to be a minor detail but which in fact is of significant economic importance. The dispute is over what point the Privy Council found was the appropriate time to determine what phase a molecule of hydrocarbon was in and therefore to whom it belonged.

Dans leur interprétation de l'arrêt *Borys*, les parties ne s'entendent pas sur ce qui, par erreur, paraît être un détail mineur mais est un point d'une grande importance économique. Le litige porte sur le moment approprié, selon le Conseil privé, pour déterminer la phase dans laquelle se trouvait une molécule d'hydrocarbure et, par conséquent, qui en était propriétaire.

27 The appellants submit that in *Borys* the Privy Council decided ownership is to be determined based on the phase of the hydrocarbon only at the time of recovery in the ground. They interpret this as the point in time when the hydrocarbon first enters the well bore. As the pressure in a pool decreases after development, more liquid evolves into gas phase over time. The interpretation of *Borys* sought by the appellants would maximize their entitlement because the hydrocarbons within the pool will have the most opportunity to evolve into gas phase.

Les appelants font valoir que dans l'arrêt *Borys*, le Conseil privé a statué que la propriété doit être déterminée en fonction de la phase dans laquelle se trouve l'hydrocarbure lors de son extraction. Selon leur interprétation, il s'agit du moment où l'hydrocarbure entre pour la première fois dans le puits de forage. Comme la pression dans le gisement diminue à la suite de la reconnaissance du gisement, une plus grande quantité de liquide passe en phase gazeuse. L'interprétation de l'arrêt *Borys* préconisée par les appelants maximiserait leurs droits parce que davantage d'hydrocarbures présents dans le gisement auraient la possibilité de passer à la phase gazeuse.

28 The respondents contend, and I agree, that both the Appellate Division and the Privy Council held that the time for interpreting petroleum and determining relative ownership was at the time of the contract as opposed to the time of development. The rationale for this was that the pools had not been interfered with by human contact at the time of the reservations, and it is therefore the appropriate time to determine the phase of the hydrocarbons.

Les intimées prétendent, et je suis d'accord avec elles, que tant la Division d'appel que le Conseil privé ont établi que le moment propice pour interpréter le terme pétrole et déterminer la propriété respective de chacun était le moment de la conclusion du contrat, par opposition au moment de la reconnaissance du gisement. Cette prétention se justifie du fait que, au moment où les réserves ont été établies, il n'y avait pas eu d'ingérence humaine dans les gisements. Il s'agit donc du moment approprié pour déterminer la phase des hydrocarbures.

29 Parlee J.A. held that petroleum included all liquid hydrocarbons in a pool and expressly stated that this ownership should not be affected by subsequent phase changes (at p. 230):

Le juge Parlee a statué que le pétrole incluait tous les hydrocarbures liquides présents dans le gisement et a expressément affirmé que cette propriété ne devrait pas être modifiée par des changements de phase subséquents (p. 230) :

The trial Judge found that petroleum and natural gas were, by common usage, two different substances, and that conclusion ought not to be disturbed. I am, however,

[TRADUCTION] Le juge de première instance a conclu que le pétrole et le gaz naturel étaient, selon l'usage courant, deux substances différentes, et il ne faut pas

with respect, unable to agree with him that the reservation "petroleum" did not include gas in solution in the liquid as it exists in the earth. What was reserved to the railway company was petroleum in the earth and not a substance when it reached the surface. It is true that by change of pressure and temperature, gas is released from solution when the liquid is brought to the surface but such a change ought not to affect the original ownership.

In other words, petroleum includes oil and any other hydrocarbons and natural gas existing in its natural condition in strata.

In my opinion, all the petroleum reserved, including all hydrocarbons in solution or contained in the liquid in the ground, is the property of the defendants who are entitled to do as they like with it, subject, of course, to the observance of all relevant [statutory] provisions and regulations.

All gas not included in the reservation of petroleum as indicated is the property of the plaintiff. [Emphasis added.]

The appellants isolated certain words and phrases from this passage in an attempt to support their argument. They pointed to "exists" and "existing" as an indication that Parlee J.A. intended the phase of the hydrocarbons was to be determined from time to time, and argued that if he wanted the ownership ratio to remain fixed in the past he would have used "existed". The appellants make a similar argument in relation to the phrase "original ownership". They submit this acknowledges that ownership may change over time, and argue this supports their view that relative ownership is not decided until the substance is reduced to possession. I agree with the rejection of these arguments by the courts below. The tense of the word "exists" that Parlee J.A. chose to use does not negate the fact that he was focussed on determining the meaning of petroleum at the time of the reservation and must be read in the context of the entire judgment. The use of the phrase "original ownership" indicates that Parlee J.A. was only interested in determining what interest each party received as a result of the transfer, and not the effects of any subsequent transfers of those interests.

modifier cette conclusion. En toute déférence, je ne puis cependant accepter comme lui que le « pétrole » que vise la réserve n'incluait pas le gaz en solution dans le liquide tel qu'il existe dans la terre. Ce qui était réservé à la compagnie de chemin de fer était le pétrole présent dans la terre et non la substance au moment où elle atteint la surface. Il est vrai que, par un changement de pression et de température, le gaz se dégage de la solution lorsque le liquide est amené à la surface, mais un tel changement ne doit pas avoir d'incidence sur la propriété initiale.

Autrement dit, le terme « pétrole » inclut le pétrole et tout autre hydrocarbure et gaz naturel existant dans son état naturel dans la strate.

À mon avis, tout le pétrole visé par la réserve, y compris tous les hydrocarbures en solution ou contenus dans le liquide présent dans le sol, appartient aux défendresses qui ont le droit d'en faire ce qu'elles veulent, sous réserve, bien sûr, du respect de toutes les dispositions [législatives] et réglementaires applicables.

Tout le gaz non inclus dans la réserve relative au pétrole, comme je l'ai indiqué, est la propriété du demandeur. [Je souligne.]

Les appelants ont isolé certains mots et expressions de cet extrait dans le but d'étayer leur argumentation. Ils ont relevé les mots « existe » et « existant » pour faire valoir que le juge Parlee voulait dire que la phase des hydrocarbures devait être déterminée selon les besoins, et ont prétendu que s'il avait voulu que la proportion de propriété soit fixée à une date passée, il aurait utilisé le mot « existait ». Les appelants avancent un argument semblable en ce qui concerne l'expression « propriété initiale ». Ils prétendent qu'elle confirme que la propriété peut changer avec le temps et soutiennent que cela appuie leur point de vue selon lequel la propriété respective de chacun n'est pas établie tant que chacun n'a pas pris possession de la substance. Je pense comme les cours d'instance inférieure que ces arguments doivent être rejetés. Le temps du verbe « exister » que le juge Parlee a choisi d'employer ne change rien au fait qu'il cherchait avant tout à déterminer la signification du terme « pétrole » au moment où la réserve a été établie, et ce verbe doit être interprété dans le contexte de l'ensemble du jugement. L'utilisation de l'expression « propriété initiale » indique que le juge Parlee ne cherchait qu'à déterminer l'intérêt que chaque partie avait reçu en conséquence du transfert, et non les effets de tout transfert subséquent de ces intérêts.

31 The Privy Council recognized the complications that could be caused by phase change and sought to minimize these by determining ownership based upon the most stable conditions possible. Lord Porter found that the most stability and certainty would be while the substances were still in the ground. Because he was fully aware of the phase changes that occur in a pool once it was drilled into, it is implicit that he intended relative ownership to be based on conditions in the ground prior to human intervention. This is the only interpretation that is consistent with his desire for stability (at p. 71):

To discriminate between two substances, found in solution, one from the other is difficult enough in any case, but when changes of temperature and pressure can alter the respective relative quantities of one and the other, the difficulty is enhanced. In the ground there is a distinction, one is then liquid and the other gaseous and the liquid may naturally be called petroleum and the gaseous gas. Any other distinction must depend on a purely conventional assumption that liquid at a particular temperature and pressure corresponding more or less to that found on the surface of the earth is petroleum and the rest of the substance is gas. This is a purely chemical formula and in no way elucidates the meaning which the word bears on the lips of landowners, business men or engineers, and except as a convenient conventional formula has no logical basis. [Emphasis added.]

32 The Privy Council determined that the evidence provided at the trial was not directed to determining the vernacular meaning of petroleum in the ground. As a result, Lord Porter said they had to “form their own opinion purely as a matter of construction as to the meaning which the word ‘petroleum’ bears when the substance referred to is *in situ* in a container below ground” (p. 73). Their Lordships expressly agreed with the above passage from Parlee J.A.’s judgment on the meaning of petroleum (pp. 73-74).

33 While plain English has its admirers, Lord Porter’s use of the latin phrase “*in situ*” provides a precise indication that his focus was on the

Le Conseil privé a reconnu que le changement de phase pouvait compliquer les choses et a cherché à minimiser les problèmes en déterminant la propriété en fonction des conditions les plus stables possibles. Lord Porter a estimé que les conditions de stabilité et de certitude sont les meilleures lorsque les substances se trouvent encore dans le sol. Comme il était pleinement conscient des changements de phase qui surviennent dans un gisement lorsqu’un forage l’atteint, il est implicite qu’il entendait que la propriété respective de chacun soit déterminée en fonction des conditions dans le sol avant l’intervention humaine. Il s’agit de la seule interprétation compatible avec son désir de stabilité. Il a affirmé ce qui suit (p. 71) :

[TRADUCTION] Il est déjà assez difficile dans tous les cas d’établir une distinction entre deux substances en solution, mais lorsque des changements de température et de pression peuvent modifier les quantités relatives respectives de ces substances, la difficulté croît encore. Dans le sol, il existe une distinction : l’une est alors liquide et l’autre gazeuse, et on peut naturellement appeler celle qui est liquide, pétrole, et celle qui est gazeuse, gaz. Toute autre distinction doit reposer sur une supposition purement conventionnelle selon laquelle le liquide à une température et une pression particulières correspondant plus ou moins à celles trouvées à la surface de la terre est du pétrole, et le reste de la substance est du gaz. Il s’agit d’une formule purement chimique qui ne nous éclaire d’aucune façon sur la signification que le mot revêt pour les propriétaires fonciers, les hommes d’affaires ou les ingénieurs et, sauf en tant que formule conventionnelle pratique, elle n’a aucun fondement logique. [Je souligne.]

Le Conseil privé a statué que la preuve fournie au procès ne visait pas à déterminer le sens usuel de pétrole présent dans le sol. Par conséquent, lord Porter a dit que leurs Seigneuries devaient [TRADUCTION] « former leur propre opinion pour interpréter le sens du mot “pétrole” lorsque cette substance se trouve *in situ* dans un contenant souterrain » (p. 73). Leurs Seigneuries ont expressément exprimé leur accord avec le passage ci-dessus du jugement du juge Parlee au sujet de la signification du terme pétrole (p. 73-74).

Certains sont adeptes de l’anglais courant, mais l’emploi par lord Porter de l’expression latine « *in situ* » indique clairement qu’il parlait des substances

substances in their original position. This pre-development position was in the ground, in a pool that had never been subjected to human intervention.

There is no doubt that the Privy Council was concerned with what was included in the reservation of petroleum at the time of the transfer. When the contracts for the transfer of land in *Borys* and in the current appeals were agreed to, the pools of hydrocarbons under the lands had not been disturbed. *Borys* should be read as indicating it is the initial conditions of the pool that govern the relative ownership between the parties to those original contracts. As Lord Porter recognized, “petroleum” can have many meanings. For the purposes of these reservations, “petroleum” includes all hydrocarbons in liquid phase under the tract of land prior to any development. Phase changes that occur once a pool is drilled into do not affect the ratio of hydrocarbons the petroleum owner and the non-petroleum owner are entitled to.

### C. *Ownership Theory*

The traditional categories of property law may not easily match the realities of oil and gas ownership, a problem this Court acknowledged in *Bank of Montreal v. Dynex Petroleum Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 146, 2002 SCC 7. The traditional categories of property law are not to be indiscriminately applied; similarly a new view of global ownership theory for oil and gas must be subject to the same caution. There is no need to determine an overarching ownership theory in this appeal because the question posed by Moore C.J. simply asks for a determination of the respective rights of the petroleum and non-petroleum owners. *Borys* decided that the reservation of petroleum determined the parties’ interest at the time of the transfer. The appellants raise two ownership theory arguments based on possession, and these need to be considered to see if they distinguish this case from the *Borys* decision.

dans leur position initiale. Cette position antérieure à l’exploitation était le sous-sol, dans un gisement où il n’y avait jamais eu d’ingérence humaine.

Il ne fait pas de doute que le Conseil privé était préoccupé par ce que comprenait la réserve relative au pétrole au moment du transfert. Lorsque les parties ont conclu les contrats de transfert de terres en cause dans l’affaire *Borys* et dans les présents pourvois, les gisements d’hydrocarbures souterrains étaient encore intacts. Il faut interpréter l’arrêt *Borys* comme indiquant que ce sont les conditions initiales du gisement qui régissent la propriété respective des parties à ces contrats initiaux. Comme lord Porter l’a reconnu, le terme « pétrole » peut avoir plusieurs sens. Pour le besoin de ces réserves, ce terme inclut tous les hydrocarbures en phase liquide présents sous la parcelle de terrain avant toute exploitation. Les changements de phase qui surviennent dès qu’un gisement est foré n’ont pas d’incidence sur la proportion d’hydrocarbures à laquelle ont droit le propriétaire du pétrole et le propriétaire des autres minéraux.

### C. *Théorie de la propriété*

Les catégories traditionnelles du droit des biens correspondent parfois difficilement aux réalités de la propriété en matière d’hydrocarbures, un problème que notre Cour a reconnu dans l’arrêt *Banque de Montréal c. Dynex Petroleum Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 146, 2002 CSC 7. Les catégories traditionnelles du droit des biens ne doivent pas être appliquées sans discernement; de même, une nouvelle conception de la théorie globale de la propriété en matière d’hydrocarbures doit être élaborée avec prudence. Il n’est pas nécessaire d’ébaucher une théorie générale de la propriété dans le présent pourvoi parce que la question posée par le juge en chef Moore ne vise que la détermination des droits respectifs des propriétaires du pétrole et des propriétaires des autres minéraux. L’arrêt *Borys* a établi que la réserve relative au pétrole déterminait les intérêts des parties au moment du transfert. Les appelants soulèvent au sujet de la théorie de la propriété deux arguments fondés sur la possession, lesquels doivent être examinés pour voir s’ils établissent une distinction entre la présente affaire et l’arrêt *Borys*.

34

35

36

The appellants submitted that Canada is not an ownership *in situ* jurisdiction and therefore no rights vest in hydrocarbons until they are reduced to possession. They relied on this ownership theory as support for their position that it is not until the time of possession that the phase of the hydrocarbon becomes important for determining ownership, because no one has any rights before that. This is the type of broad ownership theory that is not required to be determined in this appeal. Irrespective of any other rights the parties may have in relation to the hydrocarbons in the ground, they chose to divide their interest by contract. It is not open to later argue that division was meaningless on the basis that no rights can attach until the substance is reduced to possession. When the substance, which was not in their possession at the time of the contract, is reduced to possession, the date and terms of the contract govern their relative entitlement.

37

The appellants also relied upon the “rule of capture” to support their position that evolved gas belonged to them. The rule of capture developed as a rule of non-liability between owners of separate tracts of land. Since underground pools often extend beyond a single tract of land, it prevents A from having a valid claim against B when B captures from under his land a substance that was originally under A’s land. In *Borys*, Lord Porter found this rule would apply to oil and gas and A’s only remedy was to drill its own well and begin production. The unhindered application of this rule would lead to a race to produce, and because this uncontrolled development actually reduces overall hydrocarbon recovery, that rule has been subsumed by the regulatory environmental reserve and preservation provisions of legislation such as the *Oil and Gas Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. O-6.

Les appelants ont fait valoir que le Canada n’est pas un pays de propriété *in situ* et, par conséquent, que personne n’est investi de droits sur les hydrocarbures tant qu’il n’y a pas eu prise de possession des hydrocarbures. Ils ont invoqué cette théorie de la propriété pour étayer leur position suivant laquelle ce n’est qu’au moment de la prise de possession que la phase de l’hydrocarbure devient importante pour déterminer la propriété parce que personne n’a de droits avant cela. Il n’est pas nécessaire de se prononcer dans le présent pourvoi sur ce type de théorie générale de la propriété. Quels que soient les autres droits qu’elles peuvent avoir à l’égard des hydrocarbures présents dans le sol, les parties ont choisi de partager leurs intérêts par contrat. Il ne leur est pas loisible de soutenir ultérieurement que ce partage était sans effet parce qu’aucun droit ne peut s’y attacher tant qu’il n’y a pas eu prise de possession de la substance. Au moment du contrat, les parties n’avaient pas la substance en leur possession, mais lorsqu’elles en prennent possession, leurs droits respectifs sont régis selon la date et les conditions du contrat.

Les appelants ont également invoqué la « règle du captage » pour faire valoir que le gaz dégagé leur appartient. Cette règle a évolué en une règle de non-responsabilité applicable entre propriétaires de parcelles de terrain distinctes. Comme les gisements souterrains s’étendent souvent à plus d’une parcelle de terrain, cette règle empêche A d’avoir une réclamation valide contre B lorsque B extrait du sous-sol de son terrain une substance qui se trouvait à l’origine dans le sous-sol du terrain de A. Dans l’arrêt *Borys*, lord Porter a statué que cette règle s’appliquerait au pétrole et au gaz et le seul recours de A était de forer son propre puits et de commencer la production. L’application sans restriction de cette règle mènerait à une course à la production. Comme une telle exploitation incontrôlée réduirait en fait l’ensemble de la production d’hydrocarbures, on a assujéti la règle aux réserves réglementaires en matière d’environnement et aux dispositions de conservation prévues dans des textes de loi tels que la *Oil and Gas Conservation Act*, R.S.A. 2000, ch. O-6.

The appellants did not seek an unbridled application of the rule of capture to phase changes that occur in the ground but instead a modified extension of this rule. They submitted that when hydrocarbons which were initially in liquid form enter the well bore in gas phase, they should be said to be “captured” by the gas owner, regardless of whose well it is. In essence, they would like the rule of capture to only apply until that point in time when the phase change occurs. This illogical use of the rule cannot be right. If the rule were applied to defeat the original ownership division based on phase, it follows that all ownership based on phase could be defeated.

The rule of capture does not apply to the division of ownership by phase as it does to divisions of ownership based on surface land ownership. Applying the rule of capture to parties who have agreed to divide their interest under the same tract of land would defeat the purpose of the contract. This is because if it applied, the party who reduced the substance to possession by drilling the well and producing the hydrocarbons would be entitled to all of them, and the other party would have no claim. At the time the CPR sold the land to the settler they agreed to divide the property on certain terms. To hold that either party could later take the other party’s property with impunity would defeat the purpose of the reservation.

#### D. Application

The appellants submit that dividing ownership based upon original conditions will lead to great uncertainty in quantifying their respective interests. Fruman J. answered this concern by explaining that the entire industry relies on estimates of what is under the surface, and these estimates have to suffice for dividing up ownership as well. The fact that modern estimation techniques are more advanced and more accurate than those

Les appelants n’ont pas cherché à appliquer inconditionnellement la règle du captage aux changements de phase qui surviennent dans le sol, mais plutôt à modifier cette règle en l’élargissant. Ils ont soutenu qu’il faudrait considérer que les hydrocarbures initialement sous forme liquide qui entrent en phase gazeuse dans le puits de forage sont « captés » par le propriétaire du gaz, indépendamment de la question de savoir à qui appartient le puits. En somme, ils souhaiteraient que la règle du captage ne commence à s’appliquer qu’au moment du changement de phase. Cette utilisation illogique de la règle ne peut être correcte. Si on appliquait la règle pour faire échec au partage initial de la propriété fondé sur la phase, on ferait échec à tout droit de propriété fondé sur la phase.

La règle du captage ne s’applique pas au partage de la propriété fondé sur la phase de la même façon qu’elle le fait pour le partage de la propriété fondé sur la propriété des terres en surface. L’application de la règle du captage à des personnes qui ont accepté de partager leur intérêt à l’égard de la même parcelle de terrain irait à l’encontre de l’objectif que visait le contrat. En effet, cela permettrait à la partie qui a la possession de la substance après avoir foré le puits et produit les hydrocarbures d’avoir droit à la totalité des hydrocarbures, et l’autre n’aurait aucun recours. Au moment où le CP a vendu la terre au colon, ils ont convenu de partager la propriété à certaines conditions. Statuer que l’une ou l’autre partie pourrait ultérieurement s’arroger en toute impunité le bien de l’autre partie serait contraire à l’objectif visé lorsque la réserve a été établie.

#### D. Application

Les appelants font valoir que le partage de la propriété selon les conditions initiales engendrera une grande part d’incertitude en ce qui concerne la quantification de leurs intérêts respectifs. En réponse à cette préoccupation, la juge Fruman a expliqué que l’industrie tout entière s’appuie sur des estimations de ce que contient le sous-sol, et que ces estimations doivent également suffire pour partager la propriété. La conclusion de la juge de

38

39

40

in existence in 1953 when the Privy Council first determined that original conditions in the ground governed relative ownership supports the trial judge's conclusion.

41 In addition, while the estimates will no doubt be the subject of some debate, no system is flawless and a determination made at the time of recovery could be subject to manipulation by a dishonest producer. Improved production techniques help to accurately monitor the evolution of liquid hydrocarbons into gas phase, but for the foreseeable future this measurement will also lack perfection.

42 In my opinion the courts below were correct to find that *Borys* decided the reservation of petroleum included all hydrocarbons which were in liquid phase in the ground at the time of the transaction. The Alberta courts' answer to the preliminary questions posed by Moore C.J. was:

- (a) The petroleum owner is entitled to all hydrocarbons which were in liquid phase at initial pool conditions, regardless of the phase they are in when recovered.
- (b) The non-petroleum owner is entitled to all hydrocarbons which were in gas phase at initial pool conditions, regardless of the phase they are in at time of recovery.

This division will apply to hydrocarbons which migrate from under other lands, subject of course to any regulatory mitigation of the rule of capture. The only hydrocarbons in the well which this decision does not deal with are those which are dissolved in the connate water at initial conditions.

#### E. Costs

43 The trial judge considered the issue of costs in detail and as this was within her discretion no variation to her order should be made. We agree with the

première instance s'appuie sur le fait que les techniques d'estimation modernes sont plus avancées et plus précises que celles qui existaient en 1953, quand le Conseil privé a statué pour la première fois que les conditions initiales dans le sol régissaient la propriété respective de chacun.

De plus, alors que les estimations vont sans doute faire l'objet d'un certain débat, aucune méthode n'est infaillible et une détermination de la phase au moment de l'extraction pourrait donner lieu à des manipulations par un producteur malhonnête. Les techniques de production améliorées aident à surveiller avec précision l'évolution des hydrocarbures liquides passant à la phase gazeuse, mais dans un avenir prévisible, ces mesures resteront imparfaites.

À mon avis, les cours d'instance inférieure ont eu raison de conclure que l'arrêt *Borys* avait établi que la réserve relative au pétrole incluait tous les hydrocarbures présents dans le sol en phase liquide au moment de la transaction. Les cours albertaines ont répondu comme suit à la question préliminaire posée par le juge en chef Moore :

- (a) Le propriétaire du pétrole a droit à tous les hydrocarbures qui étaient en phase liquide aux conditions initiales du gisement, indépendamment de la phase dans laquelle ils se trouvent lors de leur extraction.
- (b) Le propriétaire des autres minéraux a droit à tous les hydrocarbures qui étaient en phase gazeuse aux conditions initiales du gisement, indépendamment de la phase dans laquelle ils se trouvent lors de leur extraction.

Ce partage s'appliquera aux hydrocarbures qui proviennent d'autres terrains, sous réserve bien sûr de toute limitation réglementaire de la règle du captage. Les seuls hydrocarbures présents dans le puits dont ne traite pas le présent pourvoi sont ceux qui sont dissous dans l'eau captive aux conditions initiales.

#### E. Dépens

La juge de première instance a examiné en détail la question des dépens et, comme cette question relevait de son pouvoir discrétionnaire, il ne



Court of Appeal that she made no reviewable error in exercising this discretion.

## V. Conclusion

In the Split Title Lands at issue in this appeal, the reservation of petroleum divided the ownership interest in oil and gas on the basis of the phase the hydrocarbon was in under initial conditions at the time of the contract for the sale of the property. Any phase changes which occur after the well is drilled into a pool does not alter the ratio of ownership created by the reservation. This applies between the parties to the original contract and to those who derive their interest from these parties. As a result, the appeal is dismissed with costs to the respondents.

## APPENDIX

### Glossary of Terms

#### (1) *Agreed Terms (from trial judgment, at para. 15)*

“Compound” — any substance containing two or more elements chemically combined in specific proportions.

“Hydrocarbon” — a Compound made up of the elements carbon and hydrogen which may or may not contain traces of the elements sulphur, nitrogen and oxygen.

“Phase” — a distinct physical state of matter; all matter exists in one or more of three physical states: gas, liquid or solid.

“Fluid” — a substance which has a low resistance to flow and a tendency to assume the shape of its container.

“Liquid” — a Fluid which occupies a definite volume. A liquid Fluid is the more dense of two equilibrium Phase Fluids separated by an interface or any single Phase Fluid having properties such as density, viscosity, etc. similar to those normally associated with the more dense of two equilibrium Phase Fluids.

“Gaseous” — a Fluid which expands to occupy its container. A gaseous Fluid is the less dense of two equilibrium Phase Fluids separated by an interface or any single

convient pas de modifier son ordonnance. Nous sommes d'accord avec la Cour d'appel que la juge n'a commis aucune erreur donnant ouverture à révision en exerçant ce pouvoir discrétionnaire.

## V. Conclusion

Dans les terres à titres partagés en cause dans le présent pourvoi, la réserve à l'égard du pétrole a partagé les droits de propriété sur le pétrole et le gaz en fonction de la phase dans laquelle se trouvaient les hydrocarbures aux conditions initiales lorsqu'a été conclu le contrat de vente du bien-fonds. Les changements de phase survenus après le forage du puits dans un gisement ne modifient pas la proportion de propriété créée par la réserve. Ce partage s'applique aux parties au contrat initial et aux tiers qui tiennent leur intérêt de ces parties. L'appel est par conséquent rejeté avec dépens en faveur des intimées.

## ANNEXE

### Glossaire

#### (1) *Termes dont la définition est admise (tirés du jugement de première instance, par. 15)*

#### [TRADUCTION]

« composé » — Toute substance formée par la combinaison chimique de deux éléments ou plus dans des proportions précises.

« hydrocarbure » — Composé formé d'éléments de carbone et d'hydrogène et pouvant contenir ou non des traces de soufre, d'azote et d'oxygène.

« phase » — État physique distinct de la matière; toute matière existe dans un ou plus d'un des trois états physiques que sont le gaz, le liquide et le solide.

« fluide » — Substance ayant peu de résistance à l'écoulement et ayant tendance à épouser la forme de son contenant.

« liquide » — Fluide qui occupe un volume défini. Un liquide fluide est le plus dense de deux fluides en équilibre séparés par une interface ou un fluide en phase unique ayant des propriétés — p. ex. densité, viscosité, etc. — semblables à celles normalement associées au plus dense des deux fluides en équilibre.

« gazeux » — Fluide qui se dilate pour occuper son contenant. Un fluide gazeux est le moins dense de deux fluides en équilibre séparés par une interface ou un fluide en

Phase Fluid having properties such as density, viscosity, etc. similar to those normally associated with the less dense of two equilibrium Phase Fluids.

“Hydrocarbon Solution” — a mixture of Hydrocarbons in a single Phase Fluid.

“Reservoir” — a porous, permeable rock formation or formations capable of containing and transmitting Fluids.

“Pool” — a natural underground Reservoir containing or appearing to contain an accumulation of Gaseous or Liquid Hydrocarbon Solutions or both, and separated or appearing to be separated from any other accumulation.

“Standard Temperature and Pressure” — temperature and pressure used for reporting Hydrocarbon Solution volumes (15 degrees C. and 101.325 kPa, respectively).

“Mixed Pool” — a Pool containing or appearing to contain an accumulation of both Gaseous and Liquid Hydrocarbon Solutions.

(2) *Other Defined Terms (not agreed to by the parties, but defined by the trial judge, at para. 17)*

“Solution gas” means gas which is dissolved in liquid hydrocarbons in the pool prior to human disturbance, but emerges as gas at the surface.

“Evolved gas” or “secondary gas cap gas” means solution gas which emerges from liquid hydrocarbons in the pool due to changes in pressure.

“Free gas” or “primary gas cap gas” means hydrocarbons in a gaseous phase in the pool under initial reservoir conditions. I do not include any solution gas, evolved gas or secondary gas cap gas in this definition.

“Condensate” means hydrocarbons which are in gaseous phase in the pool, dissolved in primary gas cap gas or secondary gas cap gas, but are recovered in liquid phase at surface pressure and temperature.

“Natural gas liquids” means hydrocarbons which are in a gaseous phase in the pool, dissolved in primary gas cap gas or secondary gas cap gas, are still in gaseous phase at surface pressure and temperature, but are recovered in processing plants as liquids under higher

phase unique ayant des propriétés — p. ex. densité, viscosité, etc. — semblables à celles normalement associées au moins dense des deux fluides en équilibre.

« solution d’hydrocarbures » — Mélange d’hydrocarbures dans un fluide en phase unique.

« réservoir » — Formation rocheuse poreuse et perméable ou formation pouvant contenir ou transmettre des fluides.

« gisement » — Réservoir naturel souterrain contenant ou paraissant contenir une accumulation de solutions d’hydrocarbures gazeux et liquides, ou une accumulation de l’une de ces solutions, séparée ou paraissant être séparée de toute autre accumulation.

« température et pression normales » — Température et pression utilisées pour caractériser les volumes d’une solution d’hydrocarbures (15°C et 101.325 kPa, respectivement).

« gisement mixte » — Gisement contenant ou paraissant contenir une accumulation de solutions d’hydrocarbures tant gazeux que liquides.

(2) *Autres termes (dont la définition n’est pas admise mais que la juge de première instance a définis, par. 17)*

[TRADUCTION]

« gaz en solution » — Le gaz dissous en hydrocarbures liquides dans un gisement avant ingérence humaine, mais qui se trouve en phase gazeuse en surface.

« gaz dégagé » ou « gaz de couverture secondaire » — Le gaz en solution qui se dégage des hydrocarbures liquides présents dans le gisement en raison de changements de pression.

« gaz libre » ou « gaz de couverture primaire » — Les hydrocarbures en phase gazeuse dans le gisement aux conditions initiales du réservoir. Je n’inclus pas dans cette définition le gaz en solution, le gaz dégagé ou le gaz de couverture secondaire.

« condensat » — Les hydrocarbures en phase gazeuse dans le gisement, dissous en gaz de couverture primaire ou en gaz de couverture secondaire, mais qui sont extraits en phase liquide aux pression et température de la surface.

« liquides du gaz naturel » — Les hydrocarbures en phase gazeuse dans le gisement, dissous en gaz de couverture primaire ou en gaz de couverture secondaire, toujours en phase gazeuse aux pression et température de la surface, mais extraits dans les usines de traitement en tant

pressure or lower temperature than surface conditions.

“Connate water” means all water present in a pool. It includes water present within the voids or pores, edge water and bottom water.

The terms “initial reservoir conditions”, “virgin reservoir conditions”, “prior to human disturbance” and “prior to human intervention” are used interchangeably. Because of the distinction the parties have made between “reservoir” and “pool” in the glossary of agreed terms, initial or virgin reservoir conditions also mean initial or virgin pool conditions.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Machida Mack Shewchuk, Calgary.*

*Solicitors for the respondents Amoco Canada Oil and Gas, Amoco Canada Resources Ltd., Amoco Canada Energy Ltd., 3061434 Canada Ltd. and Ocelot Energy Inc.: Bennett Jones, Calgary.*

*Solicitors for the respondents Gulf Canada Resources Limited, Morgan Hydrocarbons Inc., Murphy Oil Company Ltd., Canadian Gulf Oil Company, Gulf Canada Limited and Gulf Canada Properties Limited: Borden Ladner Gervais, Calgary.*

*Solicitors for the respondents Petro-Canada, Canol Resources Ltd., Dominion Explorers Inc., International Oiltex Ltd., Canadian Fina Oil Limited, Petrofina Canada Ltd., Petro-Canada Enterprises Inc. and Petro-Canada Inc.: Davis & Company, Calgary.*

*Solicitors for the respondents Talisman Energy Inc. and Encor Energy Corporation: MacLeod Dixon, Calgary.*

*Solicitors for the respondents Canadian Pacific Limited and PanCanadian Petroleum Limited: Parlee McLaws, Calgary.*

*Solicitors for the respondents Home Oil Company Limited, 227096 Oil & Gas Ltd., Husky Oil Operations Ltd., Conwest Exploration Company Limited, Canada Northwest Energy Limited and*

que liquides à des pressions plus élevées ou à des températures plus basses que les conditions de surface.

« eau captive » — Toute eau qui se trouve dans un gisement, y compris l'eau interstitielle dans des vides ou pores, l'eau de bordure et l'eau de fond.

Les termes « conditions initiales du réservoir », « conditions du réservoir vierge », « avant ingérence humaine » et « avant l'intervention humaine » sont utilisés indifféremment. En raison de la distinction faite par les parties entre « réservoir » et « gisement » dans le glossaire des termes admis, les conditions initiales du réservoir ou les conditions du réservoir vierge signifient également les conditions initiales du gisement et les conditions du gisement vierge.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs des appelants : Machida Mack Shewchuk, Calgary.*

*Procureurs des intimées Amoco Canada Oil and Gas, Amoco Canada Resources Ltd., Amoco Canada Energy Ltd., 3061434 Canada Ltd. et Ocelot Energy Inc. : Bennett Jones, Calgary.*

*Procureurs des intimées Ressources Gulf Canada Limitée, Morgan Hydrocarbons Inc., Murphy Oil Company Ltd., Canadian Gulf Oil Company, Gulf Canada Limitée et Gulf Canada Properties Limited : Borden Ladner Gervais, Calgary.*

*Procureurs des intimées Petro-Canada, Canol Resources Ltd., Dominion Explorers Inc., International Oiltex Ltd., Canadian Fina Oil Limited, Petrofina Canada Ltd., Entreprises Petro-Canada Inc. et Petro-Canada Inc. : Davis & Company, Calgary.*

*Procureurs des intimées Société d'énergie Talisman Inc. et Encor Energy Corporation : MacLeod Dixon, Calgary.*

*Procureurs des intimées Canadien Pacifique Limitée et PanCanadian Petroleum Limited : Parlee McLaws, Calgary.*

*Procureurs des intimées Home Oil Company Limited, 227096 Oil & Gas Ltd., Husky Oil Operations Ltd., Conwest Exploration Company Limited, Canada Northwest Energy Limited et Serenpet*

*Serenpet Exploration Inc.: Carscallen Lockwood Cormie, Calgary.*

*Solicitors for the respondents Imperial Oil Limited, Imperial Oil Resources, Imperial Oil Resources Limited, Imperial Oil Resources Production Limited, McColl-Frontenac Inc. and Atlantic Richfield Company: Gowling Lafleur Henderson, Calgary.*

*Solicitors for the respondents Jethro Development Ltd., Kerr-McGee Canada Ltd., Gascan Resources Ltd. and Lincoln-McKay Development Company Ltd.: Fraser Milner Casgrain, Calgary.*

*Solicitors for the respondents Mobil Oil Canada, Mobil Oil Canada Ltd., Royal Trust Energy Resources II Corporation, RTEC One Resources Inc., Suncor Inc., Gentra One Resources Inc., Westrock Energy Resources II Corporation, Mobil Resources Ltd. and Canpar Holdings Ltd.: Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.*

*Solicitors for the respondent Apache Corporation: Peacock Linder & Halt, Calgary.*

*Solicitors for the intervenor: Rae and Company, Calgary.*

*Exploration Inc.: Carscallen Lockwood Cormie, Calgary.*

*Procureurs des intimées Compagnie pétrolière Impériale Limitée, Pétrolière Impériale Ressources, Pétrolière Impériale Ressources Limitée, Pétrolière Impériale Production des Ressources Limitée, McColl-Frontenac Inc. et Atlantic Richfield Company : Gowling Lafleur Henderson, Calgary.*

*Procureurs des intimées Jethro Development Ltd., Kerr-McGee Canada Ltd., Gascan Resources Ltd. et Lincoln-McKay Development Company Ltd. : Fraser Milner Casgrain, Calgary.*

*Procureurs des intimées Mobil Oil Canada, Mobil Oil Canada Ltd., Royal Trust Energy Resources II Corporation, RTEC One Resources Inc., Suncor Inc., Gentra One Resources Inc., Westrock Energy Resources II Corporation, Mobil Resources Ltd. et Canpar Holdings Ltd. : Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.*

*Procureurs de l'intimée Apache Corporation : Peacock Linder & Halt, Calgary.*

*Procureurs de l'intervenante : Rae and Company, Calgary.*

**Walter Raponi** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. RAPONI**

**Neutral citation: 2004 SCC 50.**

File No.: 29769.

2004: May 17; 2004: July 16.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, Arbour,\* Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Detention of things seized — Further detention — Crown applying for extension of time for detention of money seized by police — Defence responding by filing motion for return of money on ground of unlawful seizure — Whether Provincial Court judge has jurisdiction to order return of money under s. 490(2) of Criminal Code or on some other basis — If not, proper procedure to be followed to obtain order for return of money.*

*Criminal law — Detention of things seized — Further detention — Crown applying for extension of time for detention of money seized by police — Provincial Court judge ordering return of money on ground of unlawful seizure — Whether Provincial Court judge had jurisdiction to make such an order under s. 490(2) of Criminal Code or on some other basis — If not, proper procedure to be followed to challenge order of Provincial Court judge — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 490(2).*

The appellant brought nearly \$35,000, in the form of a bag filled with cash, for the release of his client on bail. The police confiscated the bag as “offence-related property” pursuant to s. 11 of the *Controlled Drugs and Substances Act*, without warrant or demonstration of reasonable grounds. With the approach of the three-month detention limit for items detained by the Crown provided

\* Arbour J. took no part in the judgment.

**Walter Raponi** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. RAPONI**

**Référence neutre : 2004 CSC 50.**

N° du greffe : 29769.

2004 : 17 mai; 2004 : 16 juillet.

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

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

*Droit criminel — Détention de choses saisies — Prolongation de la détention — Requête du ministère public en prolongation de la détention d'une somme d'argent saisie par les policiers — Défense répondant par le dépôt d'une requête en restitution de l'argent pour cause d'illégalité de la saisie — Le juge de la Cour provinciale a-t-il compétence pour ordonner la restitution de l'argent sous le régime de l'art. 490(2) du Code criminel ou sur un autre fondement? — Dans la négative, quelle est la procédure à suivre pour obtenir une ordonnance de restitution de l'argent?*

*Droit criminel — Détention de choses saisies — Prolongation de la détention — Requête du ministère public en prolongation de la détention d'une somme d'argent saisie par les policiers — Ordonnance de restitution de l'argent pour cause d'illégalité de la saisie rendue par le juge de la Cour provinciale — Le juge de la Cour provinciale avait-il compétence pour rendre une ordonnance de cette nature sous le régime de l'art. 490(2) du Code criminel ou sur un autre fondement? — Dans la négative, quelle est la procédure à suivre pour contester l'ordonnance du juge de la Cour provinciale? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 490(2).*

L'appelant a apporté près de 35 000 \$ en argent comptant déposé dans un sac pour obtenir la mise en liberté sous caution de son client. Les policiers ont saisi le sac comme un « bien infractionnel » en vertu de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, sans être munis d'un mandat ni avoir démontré l'existence de motifs raisonnables. La période maximale de

\* La juge Arbour n'a pas pris part au jugement.

for by s. 490 of the *Criminal Code*, the police applied to a Provincial Court judge for an extension under s. 490(2). The appellant in response filed a motion for return of the money on the ground that it had been improperly seized contrary to ss. 8 and 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Provincial Court judge dismissed the Crown's application and ordered the money returned to the appellant on the basis that it had been improperly seized and the Crown's possession was unlawful. The Court of Queen's Bench upheld the order, holding that there was no appeal from a s. 490(2) finding and even if the Provincial Court judge may be assumed to have acted under s. 490(9), which deals with return or forfeiture of detained items, the Crown had not established that the appellant's possession had been unlawful. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal, vacated the orders of the Provincial Court and Court of Queen's Bench, and directed that a hearing be conducted under s. 490(9) of the *Code* to determine whether the money should be returned to the appellant or forfeited to the Crown.

*Held*: The appeal should be allowed.

The seizure of money in this case failed to comply with s. 11 of the *Controlled Drugs and Substances Act* and is hence unlawful, but the Provincial Court judge could not order the return of goods on the grounds of unlawful seizure under s. 490(2) of the *Criminal Code*. Under that provision, the only question to be considered by a Provincial Court judge is whether continued detention is required by a proceeding that has been instituted or by an investigation. Since a Provincial Court judge has no power to order the return of the money outside the *Code*, it follows that the order was made without jurisdiction. Given that all the motions in this case were brought under s. 490(2), consideration of the precise powers of a Provincial Court judge under s. 490(9) should be left for another day.

The proper procedure (1) for obtaining an order for return of the monies was an application for replevin to the Court of Queen's Bench; and (2) for challenging the Provincial Court judge's order was a motion for *certiorari* seeking to vacate the order for lack of jurisdiction. The appellant did not follow the proper procedure and although the Provincial Court judge made an order for

trois mois prévue par l'art. 490 du *Code criminel* pour la détention de biens par le ministère public devant expirer prochainement, les policiers ont demandé à un juge de la Cour provinciale de prolonger la détention en vertu du par. 490(2). L'appelant a répondu par le dépôt d'une requête en restitution de l'argent au motif que celui-ci avait été saisi irrégulièrement en contravention des art. 8 et 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge de la Cour provinciale a débouté le ministère public et ordonné la restitution de l'argent à l'appelant pour cause d'irrégularité de la saisie et d'illégalité de la détention par le ministère public. La Cour du Banc de la Reine a confirmé cette ordonnance, statuant qu'une conclusion tirée sous le régime du par. 490(2) n'était pas susceptible d'appel et que, même si on pouvait supposer que le juge de la Cour provinciale avait agi en vertu du par. 490(9), qui prévoit la remise ou la confiscation des choses détenues, le ministère public n'avait pas établi que la possession de l'argent par l'appelant était illégale. La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public, annulé les ordonnances de la Cour provinciale et de la Cour du Banc de la Reine et ordonné la tenue d'une nouvelle audition en application du par. 490(9) du *Code* sur la question de savoir si l'argent devait être restitué à l'appelant ou confisqué au profit de Sa Majesté.

*Arrêt* : Le pourvoi est accueilli.

En l'espèce, la saisie de l'argent ne satisfaisait pas aux exigences de l'art. 11 de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* et elle était de ce fait illégale, mais le juge de la Cour provinciale ne pouvait pas ordonner la restitution des biens pour cause d'illégalité de la saisie sous le régime du par. 490(2) du *Code criminel*. Le juge de la Cour provinciale ne doit trancher qu'une question en application de cette disposition, soit celle de savoir si la prolongation de la détention du bien est requise pour les besoins d'une procédure engagée ou d'une enquête. Un juge de la Cour provinciale n'ayant pas le pouvoir d'ordonner la restitution de l'argent hors du cadre établi par le *Code*, le juge n'avait pas compétence pour rendre l'ordonnance qu'il a prononcée. Comme toutes les requêtes en l'espèce ont été déposées en vertu du par. 490(2), l'examen des pouvoirs précis que peut exercer un juge de la Cour provinciale sous le régime du par. 490(9) doit être reporté.

La procédure à suivre pour obtenir une ordonnance de restitution de l'argent était une action en replevin, qui doit être intentée devant la Cour du Banc de la Reine; la procédure qu'il convenait d'engager pour contester l'ordonnance du juge de la Cour provinciale était une requête en *certiorari* demandant l'annulation de l'ordonnance pour défaut de compétence. L'appelant

the return of the money, that order under s. 490(2) is a nullity. The *Code* provides no appeal from an order under s. 490(2) and the Court of Appeal had therefore no jurisdiction to set aside the Provincial Court's erroneous order or the order of the Court of Queen's Bench, which was not properly seized of an appeal. Since it has not been validly appealed, the Provincial Court judge's order for the return of the money remains in force, but it could be set aside if the proper procedure is followed.

### Cases Cited

**Referred to:** *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81; *R. v. Hynes*, [2001] 3 S.C.R. 623, 2001 SCC 82; *R. v. Daley* (2001), 156 C.C.C. (3d) 225, 2001 ABCA 155.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 8, 9, 24.  
*Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, ss. 11, 13.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 489.1 [ad. c. 27 (1st Suppl.), s. 72; am. 1993, c. 40, s. 17; am. 1997, c. 18, s. 49], 490 [rep. & sub. c. 27 (1st Suppl.), s. 73; am. 1994, c. 44, s. 38; am. 1997, c. 18, s. 50], 812.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (2003), 174 C.C.C. (3d) 397, [2003] 10 W.W.R. 75, 18 Alta. L.R. (4th) 34, 106 C.R.R. (2d) 119, 327 A.R. 271, [2003] A.J. No. 457 (QL), 2003 ABCA 128, allowing an appeal from a judgment of Langston J. (2002), 91 C.R.R. (2d) 361, [2002] A.J. No. 92 (QL), 2002 ABQB 67, dismissing an appeal from a judgment of Stevens-Guille Prov. Ct. J. (2001), 291 A.R. 139, [2001] A.J. No. 175 (QL), 2001 ABPC 30, dismissing the Crown's motion to extend detention of seized funds and allowing the appellant's cross-motion for the return of the seized funds. Appeal allowed.

*Peter J. Royal, Q.C.*, and *Deborah R. Hatch*, for the appellant.

*Robert J. Frater* and *Marian Bryant*, for the respondent.

n'a pas procédé de manière appropriée et, bien que le juge de la Cour provinciale ait ordonné la restitution de l'argent, cette ordonnance fondée sur le par. 490(2) est frappée de nullité. Le *Code* ne prévoit pas d'appel à l'encontre d'une ordonnance fondée sur le par. 490(2) et la Cour d'appel n'avait donc pas compétence pour annuler l'ordonnance erronée rendue par la Cour provinciale ni le jugement de la Cour du Banc de la Reine, qui n'avait pas été saisie régulièrement d'un appel. Comme elle n'a pas été valablement portée en appel, l'ordonnance du juge de la Cour provinciale portant restitution de l'argent demeure en vigueur, mais elle pourrait être annulée à l'issue d'une procédure appropriée.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81; *R. c. Hynes*, [2001] 3 R.C.S. 623, 2001 CSC 82; *R. c. Daley* (2001), 156 C.C.C. (3d) 225, 2001 ABCA 155.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 9, 24.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 489.1 [aj. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 72; mod. 1993, ch. 40, art. 17; mod. 1997, ch. 18, art. 49], 490 [abr. & rempl. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 73; mod. 1994, ch. 44, art. 38; mod. 1997, ch. 18, art. 50], 812.  
*Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, art. 11, 13.

POURVOI contre un jugement de la Cour d'appel de l'Alberta (2003), 174 C.C.C. (3d) 397, [2003] 10 W.W.R. 75, 18 Alta. L.R. (4th) 34, 106 C.R.R. (2d) 119, 327 A.R. 271, [2003] A.J. No. 457 (QL), 2003 ABCA 128, accueillant l'appel d'un jugement du juge Langston (2002), 91 C.R.R. (2d) 361, [2002] A.J. No. 92 (QL), 2002 ABQB 67, qui avait confirmé un jugement du juge Stevens-Guille de la Cour provinciale (2001), 291 A.R. 139, [2001] A.J. No. 175 (QL), 2001 ABPC 30, rejetant la requête du ministère public en prolongation de la détention d'une somme d'argent saisie et accueillant la requête reconventionnelle de l'appelant en restitution de l'argent. Pourvoi accueilli.

*Peter J. Royal, c.r.*, et *Deborah R. Hatch*, pour l'appelant.

*Robert J. Frater* et *Marian Bryant*, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

THE CHIEF JUSTICE —

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

I. Introduction

1 This case demonstrates how a confusing statutory process, compounded by human error, can produce a procedural conundrum the unraveling of which has required the attention of the courts of this country at every level. One bag of money has occupied the judicial process for four years. And as we will see, the end is not yet in sight.

Le présent pourvoi illustre comment un processus légal confus, combiné à l'erreur humaine, a pu mener à un imbroglio procédural dont le dénouement a nécessité l'intervention des tribunaux de ce pays à tous les niveaux. Un sac d'argent a occupé le processus judiciaire pendant quatre ans et, comme nous le verrons dans les paragraphes qui suivent, la fin de cette histoire n'est toujours pas en vue.

2 The saga begins with a normally routine transaction — the posting of bail. The only thing out of the ordinary was that the detainee's lawyer, Mr. Raponi, presented almost \$35,000 for the release of his client in the form of a bag filled with cash. The police seized the bag as "offence-related property" pursuant to s. 11 of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 ("CDSA"). The police had no warrant; nor have they demonstrated that they had reasonable grounds to believe the money was proceeds of crime, as required by s. 11 of the *CDSA*. All they had was a suspicion.

La saga commence avec ce qui aurait normalement constitué une opération courante — soit le dépôt d'un cautionnement. Seul fait inhabituel, l'avocat du détenu, M<sup>e</sup> Raponi, a présenté, pour obtenir la libération de son client, un sac contenant près de 35 000 \$ en argent comptant. Estimant qu'il s'agissait d'un « bien infractionnel », les policiers ont saisi le sac en vertu de l'art. 11 de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19 (la « Loi »). Ils n'étaient munis d'aucun mandat et n'ont pas démontré l'existence de motifs raisonnables de croire que l'argent était un bien infractionnel comme l'exigeait l'art. 11 de la Loi. Ils n'avaient que des soupçons.

3 Section 13 of *CDSA* makes ss. 489.1 and 490 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, applicable to "any thing seized under the [*CSDA*]". Under s. 490 of the *Code*, nothing can be detained by the Crown for more than three months unless an application under s. 490(2) to extend the period is granted. The expiry date approaching, the Crown applied to a Provincial Court judge under s. 490(2) of the *Code* to extend the detention. Raponi in response filed a motion for return of the money on the ground that it had been improperly seized contrary to ss. 8 and 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

L'article 13 de la Loi prévoit que les art. 489.1 et 490 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, s'appliquent à « toute chose saisie aux termes de la [Loi] ». En application de l'art. 490 du *Code*, rien ne peut être détenu par le ministère public au-delà d'une période de trois mois à moins qu'une ordonnance de prolongation soit accordée en vertu du par. 490(2). L'expiration de cette période approchant, le ministère public a saisi un juge de la Cour provinciale d'une demande de prolongation en vertu du par. 490(2) du *Code*. M<sup>e</sup> Raponi a répondu par le dépôt d'une requête sollicitant la restitution de l'argent au motif que celui-ci avait été saisi irrégulièrement en contravention des art. 8 et 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

4 Stevens-Guille Prov. Ct. J. dismissed the Crown's application: (2001), 291 A.R. 139, 2001

Le juge Stevens-Guille de la Cour provinciale a débouté le ministère public : (2001), 291 A.R.



ABPC 30. The money had, in his view, been seized without reasonable grounds and the resulting illegal detention could not be extended under s. 490(2). Crown counsel took the position that “once the police are not entitled to further detention, [the money] must go back.” Stevens-Guille Prov. Ct. J. therefore ordered the money returned to Raponi. On an appeal by the Crown to the Court of Queen’s Bench, Langston J. held that there was no appeal from the finding of Stevens-Guille Prov. Ct. J. that further detention was not warranted under s. 490(2), and that the Crown had not established jurisdictional error: (2002), 91 C.R.R. (2d) 361, 2002 ABQB 67. Even if the Provincial Court judge may be assumed to have acted under s. 490(9), said Langston J., the Crown had not established that Raponi’s possession had been unlawful, and the Provincial Court judge therefore committed no error in ordering return of the money to Raponi.

The Alberta Court of Appeal rejected Raponi’s argument that the appeal was improperly brought, allowed the Crown’s appeal, vacated the orders of Stevens-Guille Prov. Ct. J. and Langston J., and directed that a hearing be conducted under s. 490(9) of the *Code* to determine whether the money should be returned to the appellant or forfeited to the Crown: (2003), 174 C.C.C. (3d) 397, 2003 ABCA 128.

Raponi now appeals to this Court. At issue are the powers of Provincial Court judges to make orders such as this one, the proper way to proceed when a seizure like this is disputed, and what appeals, if any, lie from the initial order of the Provincial Court.

The subject of all this litigation, the bag of money, remains in the hands of the Crown four years after its seizure. No charges have been laid against

139, 2001 ABPC 30. À son avis, la saisie avait été effectuée en l’absence de motifs raisonnables, de sorte que l’argent était détenu illégalement et que la prolongation visée au par. 490(2) ne pouvait être accordée. Le procureur du ministère public a alors adopté la thèse selon laquelle [TRADUCTION] « une fois que les policiers n’ont plus le droit de détenir l’argent, celui-ci doit être restitué ». Le juge Stevens-Guille a donc ordonné que l’argent soit restitué à M<sup>e</sup> Raponi. Le ministère public ayant interjeté appel de l’ordonnance de restitution auprès de la Cour du Banc de la Reine, le juge Langston a statué que la conclusion du juge Stevens-Guille selon laquelle la prolongation de la détention n’était pas justifiée au regard du par. 490(2) n’était pas susceptible d’appel et que le ministère public n’avait pas établi l’existence d’une erreur juridictionnelle : (2002), 91 C.R.R. (2d) 361, 2002 ABQB 67. Selon le juge Langston, même si on pouvait supposer que le juge de la Cour provinciale avait agi en vertu du par. 490(9), le ministère public n’avait pas établi que la possession de l’argent par M<sup>e</sup> Raponi était illégale. Le juge de la Cour provinciale n’avait donc commis aucune erreur en ordonnant la restitution de l’argent à M<sup>e</sup> Raponi.

La Cour d’appel de l’Alberta a rejeté l’argument de M<sup>e</sup> Raponi selon lequel l’appel n’avait pas été formé régulièrement. Elle a accueilli l’appel du ministère public, annulé les ordonnances des juges Stevens-Guille et Langston et ordonné la tenue d’une audience en application du par. 490(9) du *Code* sur la question de savoir si l’argent devait être restitué à l’appellant ou confisqué au profit de Sa Majesté : (2003), 174 C.C.C. (3d) 397, 2003 ABCA 128.

M<sup>e</sup> Raponi se pourvoit aujourd’hui devant notre Cour. Le litige porte sur le pouvoir des juges de la Cour provinciale de rendre une ordonnance de cette nature, sur la procédure à suivre pour contester une telle saisie et sur le droit, le cas échéant, d’interjeter appel de l’ordonnance initiale émanant de la Cour provinciale.

L’objet du litige, soit le sac d’argent, demeure entre les mains du ministère public, quatre ans après sa saisie. Aucune accusation n’a été portée contre

5

6

7

Raponi, and we still do not know whether the money is in fact connected to a crime.

## II. The Code Procedure for Dealing With the Proceeds of Crime

8 The *Code* sets up a procedural scheme for dealing with the seizure, detention and release of the proceeds of crime. It also applies to seizures made under the *CDSA*.

9 Section 11(7) of the *CDSA* permits a peace officer to search a place and seize controlled drug-related evidence without a warrant “if the conditions for obtaining a warrant exist but by reason of exigent circumstances it would be impracticable to obtain one”. The required condition for obtaining a warrant is the existence of reasonable grounds (s. 11(1)).

10 Section 489.1 requires the police officer, if he or she believes that there is a dispute as to who is lawfully entitled to possession of the thing, or that its continued detention is required for the purposes of an investigation or proceeding, to make a report to a justice.

11 Section 490(1) requires the justice to whom the report is made either to order the return of the thing or order its detention if satisfied that it is required for the purposes of investigation or for a proceeding.

12 Section 490(2) provides that nothing shall be detained for more than three months, unless detention is warranted “having regard to the nature of the investigation” or for a proceeding that has been instituted. An order can then be made for further detention.

13 Section 490(7) permits an application by the person from whom a thing was seized for the return of the items seized after three months, and s. 490(8) permits this before expiry of the three-month period upon proof of hardship.

M<sup>e</sup> Raponi, et nous ignorons toujours si l’argent a effectivement un lien avec la perpétration d’une infraction.

## II. La procédure applicable aux produits de la criminalité

Le *Code* établit un régime procédural applicable à la saisie, à la détention et à la restitution des produits de la criminalité. Ce régime s’applique également aux saisies effectuées en vertu de la Loi.

Le paragraphe 11(7) de la Loi permet à un agent de la paix de perquisitionner dans un lieu et de saisir une chose pouvant servir de preuve de la perpétration d’une infraction liée à une substance désignée sans être muni d’un mandat « lorsque l’urgence de la situation rend son obtention difficilement réalisable, sous réserve que les conditions de délivrance en soient réunies ». La délivrance d’un mandat est assujettie à la condition qu’il existe des motifs raisonnables (par. 11(1)).

L’article 489.1 oblige le policier à faire rapport au juge de paix s’il croit qu’il y a contestation quant à la légitimité de la possession du bien ou que sa détention est nécessaire pour les besoins d’une enquête ou d’une procédure.

Selon le par. 490(1), le juge de paix à qui rapport est fait doit soit ordonner la remise du bien saisi, soit en ordonner la détention s’il est convaincu que cela est nécessaire pour les besoins d’une enquête ou d’une procédure.

Le paragraphe 490(2) prévoit que rien ne peut être détenu au-delà d’une période de trois mois à moins que la prolongation de la détention ne soit justifiée « compte tenu de la nature de l’enquête » ou pour les besoins d’une procédure qui a été engagée. Une ordonnance de prolongation de détention peut alors être délivrée.

La personne qui avait la possession de la chose saisie au moment de la saisie peut demander qu’elle lui soit restituée en vertu du par. 490(7), à l’expiration d’une période de trois mois, ou en vertu du par. 490(8), avant l’expiration de cette période, à condition de prouver qu’un préjudice sera causé si elle ne lui est pas restituée.

Section 490(9) permits the Crown to apply for forfeiture and a cross-application for return of the property to the person who is lawfully entitled to possess it. If possession of it by the person from whom it was seized is unlawful or if it was seized when not in the possession of any person, and the lawful owner is unknown, the judge may order that the item be forfeited to the Crown. Section 490(9) says nothing about returning the item seized on the basis that it was unlawfully seized.

Section 490(10) permits a person who claims to be lawfully entitled to the thing but who is not the person from whom it was seized to make an application for its return at any time upon three clear days notice.

In summary, the *Code* provides a number of mechanisms for the return of property in different circumstances: ss. 490(7), (8), (9) and (10). However, s. 490(2) is not one of them. Nor is there an appeal from an order made under s. 490(2). Section 490(17) provides for appeals from orders made under s. 490(9) but not from s. 490(2). The appeal is to be brought before an appeal court as defined in s. 812 of the *Code*. For Alberta, this is the Court of Queen's Bench.

It should be noted that this statutory scheme does not preclude the possibility of recourse to the plenary jurisdiction of the Court of Queen's Bench, as will be discussed later.

### III. The Anatomy of the Case

The procedures followed in this case failed to comply with the statutory scheme in a number of respects.

First, the police officer who made the seizure without warrant did not comply with the requirements of s. 11 of the *CDSA*. He lacked reasonable grounds to believe that the money in the bag was obtained in the commission of an offence or would

14 Le paragraphe 490(9) permet au ministère public de demander la confiscation de la chose saisie et à la personne qui a droit à la possession de cette chose d'en obtenir la restitution par voie de demande reconventionnelle. En cas d'illégalité de la possession de la chose par la personne entre les mains de qui elle a été saisie, ou si nul n'en avait la possession au moment de la saisie, et lorsque le propriétaire légitime de cette chose n'est pas connu, le juge peut ordonner qu'elle soit confisquée au profit de Sa Majesté. Le paragraphe 490(9) ne prévoit pas la restitution de la chose saisie pour cause d'illégalité de la saisie.

15 En vertu du par. 490(10), la personne qui prétend être le propriétaire légitime de la chose saisie, mais qui n'en avait pas la possession au moment de la saisie, peut, à tout moment, après avis de trois jours francs, demander que la chose saisie lui soit rendue.

16 Bref, plusieurs dispositions du *Code* établissent un mécanisme permettant la restitution des biens dans différentes circonstances : par. 490(7), (8), (9) et (10). Le paragraphe 490(2) n'en fait toutefois pas partie. De plus, les ordonnances rendues en vertu du par. 490(2) ne sont pas susceptibles d'appel. Le paragraphe 490(17) confère un droit d'appel à l'encontre des ordonnances rendues en vertu du par. 490(9), mais non du par. 490(2). L'appel est entendu par une cour d'appel au sens de l'art. 812 du *Code*. En Alberta, il s'agit de la Cour du Banc de la Reine.

17 Il faut souligner que le régime législatif n'écarte pas la possibilité d'un recours à la compétence absolue de la Cour du Banc de la Reine, comme nous le verrons plus loin.

### III. Anatomie du dossier

18 Les procédures suivies dans ce pourvoi dérogent au cadre légal à plusieurs égards.

19 Premièrement, le policier qui a procédé à la saisie sans mandat n'a pas satisfait aux exigences de l'art. 11 de la Loi. Il n'avait aucun motif raisonnable de croire que l'argent contenu dans le sac avait été obtenu au moyen d'une infraction ou pouvait

afford evidence of the commission of an offence. All he had was suspicion, as he indicated in his affidavit in support of the s. 490(2) application. Without reasonable grounds, the seizure did not comply with s. 11 of the *CDSA*. There is no real dispute about this.

20 The Crown brought an application before the Provincial Court to extend the time of detention beyond three months under s. 490(2). This is the correct section under which to apply for an extension and the Provincial Court was the right place to go, acting under that section, assuming for the purpose of argument that unlawfully seized things fall under s. 490 of the *Code*. However, Raponi questions whether s. 490(2) applied. The argument is that since the money was not seized lawfully, it does not fall under the *Code*'s scheme.

21 Raponi's cross-application in Provincial Court asking for the return of the money on the ground it had been improperly seized contrary to ss. 8 and 9 of the *Charter* is more problematic. His application took place in the context of a s. 490(2) hearing. Stevens-Guille Prov. Ct. J., acting on the s. 490(2) application, held that s. 490 was not engaged at all because the seizure was unlawful. The judge did not rely on the *Charter* in reaching this conclusion. He held that "implicitly, if not expressly, the *Criminal Code of Canada* confer[red] on [him a] jurisdiction to make an order for the return of what is found not to be lawfully detained" (para. 45). The difficulty, of course, is that the judge's exercise of jurisdiction required a basis in the *Code*. However, s. 490(2) says nothing about the return of things or remedies for unlawful seizure, and only grants power to order an extension of time.

22 The Crown takes the position that notwithstanding that they had thought they were proceeding under s. 490(2), the order was really made under s. 490(9), which refers to the return of seized property.

servir de preuve de la perpétration d'une infraction. Il n'avait que des soupçons, a-t-il indiqué dans son affidavit à l'appui de sa demande fondée sur le par. 490(2). En l'absence de motifs raisonnables, la saisie n'était pas conforme à l'art. 11 de la Loi. Personne ne conteste vraiment cet élément du dossier.

Le ministère public a demandé à la Cour provinciale de prolonger la période de détention au-delà de trois mois, en application du par. 490(2). C'est effectivement cette disposition qui régit les demandes de prolongation et la Cour provinciale était l'instance appropriée pour en être saisie, à supposer, pour fins de discussion, que les choses saisies illégalement soient visées par l'art. 490 du *Code*. Or, M<sup>e</sup> Raponi conteste l'application du par. 490(2) en faisant valoir que l'argent, parce qu'il a été saisi illégalement, n'est pas assujéti au régime établi par le *Code*.

La requête reconventionnelle présentée par M<sup>e</sup> Raponi en Cour provinciale pour que lui soit restitué l'argent pour cause d'illégalité de la saisie, qui aurait été effectuée en contravention des art. 8 et 9 de la *Charte*, est plus problématique. Il a présenté sa demande dans le cadre d'une audience tenue en application du par. 490(2). Statuant sur la demande fondée sur le par. 490(2), le juge de la Cour provinciale a estimé que l'art. 490 ne s'appliquait carrément pas, parce que la saisie était illégale. Il ne s'est pas appuyé sur la *Charte* pour tirer cette conclusion. Il a conclu que [TRADUCTION] « le *Code criminel du Canada* [lui] conf[érait] implicitement, sinon expressément, le pouvoir d'ordonner la restitution des biens dont l'illégalité de la détention est établie » (par. 45). Le problème qui se pose tient évidemment au fait que l'exercice de la compétence du juge doit avoir une assise dans le *Code*. Or, le par. 490(2) ne traite pas de la restitution des choses saisies illégalement ni des recours possibles à leur égard; il ne confère que le pouvoir de prolonger la période de détention.

Même s'il croyait procéder sous le régime du par. 490(2), le ministère public prétend que l'ordonnance a été rendue en réalité en application du par. 490(9), qui prévoit la remise des choses

The Crown says this despite the fact that s. 490(9) does not purport to deal with the return of goods on the ground of unlawful seizure. Asserting the order was made under s. 490(9) permits the Crown to argue that it had a right of appeal from the order under s. 490(17), which it would not have from an order under s. 490(2). The Crown argues that this supposed s. 490(9) order must be set aside because it received no notice that the Raponi was proceeding under s. 490(9) — hardly surprising since Raponi himself did not think he was proceeding under s. 490(9) — and that the Crown thus had no opportunity to cross-apply for forfeiture. Raponi argues that the idea the order was made under s. 490(9) is pure fiction, and that the Crown's appeals are consequently invalid since there is no appeal from a s. 490(2) order.

The submission the Provincial Court judge was really acting under s. 490(9) raises the further question of whether a Provincial Court judge has the power under this section to consider the issue of unlawfulness and *Charter* breach, and grant a remedy under s. 24 of the *Charter*. If the Provincial Court judge were found to have this power, the Crown argues that he did not exercise it since he did not even consider s. 24 in making his decision to order the money returned.

Raponi too asks us to enter the world of fiction. While seeking to benefit from the lack of statutory appeal from s. 490(2) orders, he now says the Provincial Court judge was acting neither under s. 490 of the *Code* nor under the *Charter*, but simply on the basis of a common law power inherent in any judge to order the return of goods that have been wrongfully taken.

The Crown appealed to the Court of Queen's Bench from the Provincial Court's order for the

saisies. Le ministère public fait valoir cet argument en dépit du fait que le par. 490(9) n'a pas pour objet de régir la restitution des biens pour cause d'illégalité de la saisie. Affirmer que l'ordonnance a été rendue en vertu du par. 490(9) permet au ministère public de soutenir qu'il avait le droit de la porter en appel en vertu du par. 490(17), alors qu'il n'aurait pas pu interjeter appel d'une ordonnance fondée sur le par. 490(2). Selon le ministère public, il y a lieu d'annuler l'ordonnance censément prononcée en vertu du par. 490(9), parce qu'il n'a pas été avisé du fait que la demande de M<sup>e</sup> Raponi s'appuyait sur le par. 490(9) — ce qui n'est guère surprenant puisque M<sup>e</sup> Raponi lui-même ne pensait pas recourir à cette disposition — et qu'il n'a pas eu l'occasion de présenter une requête reconventionnelle en confiscation du bien. M<sup>e</sup> Raponi dit que la thèse voulant que l'ordonnance ait été rendue en application du par. 490(9) relève de la pure fiction et que les appels du ministère public sont de ce fait irréguliers, car les ordonnances fondées sur le par. 490(2) ne sont pas susceptibles d'appel.

La prétention selon laquelle le juge de la Cour provinciale agissait en réalité en application du par. 490(9) soulève par ailleurs la question de savoir si un juge de la Cour provinciale est habilité par cette disposition à examiner la légalité de la saisie et sa conformité avec la *Charte*, et à accorder une réparation en vertu de l'art. 24 de la *Charte*. Si l'on conclut par l'affirmative à cette question, le ministère public prétend que le juge de la Cour provinciale n'a pas exercé son pouvoir puisqu'il n'a même pas tenu compte de l'art. 24 dans sa décision d'ordonner la restitution de l'argent.

M<sup>e</sup> Raponi nous demande lui aussi d'entrer dans le monde de la fiction. Tout en cherchant à bénéficier de l'absence de droit d'appel des ordonnances fondées sur le par. 490(2), il affirme maintenant que le juge de la Cour provinciale n'agissait ni sur le fondement de l'art. 490 du *Code* ni sur celui de la *Charte*, mais bien en vertu du pouvoir dont dispose chaque juge en common law d'ordonner la restitution de biens pris illégitimement.

Le ministère public a interjeté appel devant la Cour du Banc de la Reine de l'ordonnance de

23

24

25

return of the money. The Court of Queen's Bench confirmed the order. The difficulty concerning under what authority the Provincial Court judge was acting — common law or s. 490(9) — is replicated at this stage. If the Provincial Court judge were acting under s. 490(2), as he purported to be, there was no appeal from his order. If the Provincial Court judge's order were made under s. 490(9), then the appeal was properly brought under s. 490(17). Langston J. held that the order must be treated as made under s. 490(9), that the Provincial Court judge could consider unlawfulness under that section, and that his conclusion that the money should be returned was correct.

restitution de l'argent rendue par la Cour provinciale. La Cour du Banc de la Reine a confirmé l'ordonnance. La question de la source de la compétence du juge de la Cour provinciale — la common law ou le par. 490(9) — se pose encore une fois à ce stade. Si le juge de la Cour provinciale a agi en application du par. 490(2), comme il en avait l'intention, son ordonnance ne pouvait être portée en appel. Si son ordonnance s'appuyait plutôt sur le par. 490(9), l'appel a été interjeté à juste titre en application du par. 490(17). Le juge Langston a conclu que l'ordonnance devait être traitée comme si elle avait été rendue en vertu du par. 490(9), que cette disposition permettait au juge de la Cour provinciale d'examiner la question de la légalité de la saisie et que sa conclusion que l'argent devait être restitué était correcte.

26

The Court of Appeal, like Langston J., held that the order must be treated as though it had been made under s. 490(9), and that a judge under s. 490(9) is entitled to consider the lawfulness of the seizure but must then consider if he or she has jurisdiction to order s. 24(2) *Charter* remedies. It further held that the Crown had been deprived of the right to argue for forfeiture by lack of notice that the matter was proceeding under s. 490(9). It concluded that the lack of notice and the Provincial Court judge's failure to consider s. 24(2) of the *Charter* required a s. 490(9) rehearing.

À l'instar du juge Langston, la Cour d'appel a statué que l'ordonnance devait être traitée comme si elle avait été prononcée sous le régime du par. 490(9) et que le juge saisi d'une demande fondée sur le par. 490(9) peut se pencher sur la légalité de la saisie, mais doit ensuite déterminer s'il a compétence pour accorder une réparation sous le régime du par. 24(2) de la *Charte*. Elle a en outre estimé que le ministère public avait été privé de son droit de plaider pour obtenir la confiscation du bien parce qu'il n'avait pas été avisé que l'instance était instruite en vertu du par. 490(9). La Cour d'appel a conclu qu'il y avait lieu d'ordonner la tenue d'une nouvelle audition sous le régime du par. 490(9), vu l'absence d'avis et l'omission par le juge de la Cour provinciale de tenir compte du par. 24(2) de la *Charte*.

#### IV. Legal Analysis of the Issues

#### IV. Analyse juridique des questions en litige

27

The preceding discussion suggests the following issues.

De la discussion qui précède, ressortent les questions en litige suivantes.

1. Can a Provincial Court judge order the return of goods on the grounds of unlawful seizure under s. 490 of the *Code*?
  - (a) under s. 490(2)?
  - (b) under s. 490(9)?

1. Un juge de la Cour provinciale peut-il ordonner la restitution de biens pour cause d'illégalité de la saisie sous le régime de l'art. 490 du *Code*?
  - (a) en application du par. 490(2)?
  - (b) en application du par. 490(9)?

2. If a Provincial Court judge has no power to order return of property for unlawfulness under s. 490 of the *Code*, can he or she do so on some other basis?
  3. If the answer to these questions is no, what was the proper procedure and what should be done now?
- A. *Can a Provincial Court Judge Order the Return of Goods on the Grounds of Unlawful Seizure Under Section 490 of the Code?*
2. Si un juge de la Cour provinciale n'a pas compétence pour ordonner la restitution d'un bien pour cause d'illégalité de la saisie sous le régime de l'art. 490 du *Code*, peut-il l'ordonner sur un autre fondement?
  3. Si la réponse à ces questions est négative, quelle était la procédure à suivre et comment faut-il procéder maintenant?
- A. *Un juge de la Cour provinciale peut-il ordonner la restitution de biens pour cause d'illégalité de la saisie sous le régime de l'art. 490 du Code?*

Section 490, while purporting to provide a complete scheme for dealing with property seized in connection with crime, does not tell us what happens when the seizure fails to comply with the requirement of reasonable grounds and is hence unlawful.

The first question is whether a Provincial Court judge can order improperly seized items returned under s. 490(2). The short answer to this question is no. While the Provincial Court judge acted in a s. 490(2) hearing, that section deals only with extending the time of detention beyond three months. The only question to be considered by the Provincial Court judge is whether continued detention is required by a proceeding that has been instituted or by an investigation.

The next question is whether a Provincial Court judge can order improperly seized items returned under s. 490(9). The Court of Queen's Bench and the Court of Appeal answered affirmatively. Section 490(9) permits return of items where (1) the time for detention has expired and proceedings have not been instituted, or (2) where the time has not expired but the item is not required for an investigation or proceeding — basically property management functions that do not raise the propriety of the seizure of property. I do not foreclose the possibility that in an appropriate case a judge acting “under s. 490(9) might be a court of competent jurisdiction” to grant remedies under s. 24

Bien qu'il vise à établir un régime complet à l'égard des biens saisis en rapport avec la criminalité, l'art. 490 ne dit mot sur la marche à suivre lorsque la saisie est effectuée en l'absence de motifs raisonnables et est de ce fait illégale.

La première question à trancher est celle de savoir si un juge de la Cour provinciale a, en vertu du par. 490(2), le pouvoir d'ordonner la restitution des choses saisies irrégulièrement. En bref, la réponse est non. Le juge de la Cour provinciale a agi dans le cadre d'une audience tenue en application du par. 490(2), mais cette disposition ne prévoit que la prolongation de la période de détention au-delà de trois mois. Le juge de la Cour provinciale ne doit trancher qu'une question, soit celle de savoir si la prolongation de la détention du bien est requise pour les besoins d'une procédure engagée ou d'une enquête.

Il faut ensuite déterminer si un juge de la Cour provinciale a, en vertu du par. 490(9), le pouvoir d'ordonner la restitution des choses saisies irrégulièrement. La Cour du Banc de la Reine et la Cour d'appel ont répondu par l'affirmative. Le paragraphe 490(9) permet que la chose saisie soit restituée si (1) la période de détention est expirée et aucune procédure n'a été engagée, ou si (2) cette période n'est pas expirée mais la chose saisie n'est pas requise pour les besoins d'une enquête ou d'une procédure — ce sont là essentiellement des fonctions liées à la gestion des biens qui ne mettent pas en cause la régularité de la saisie. Je n'écarte pas la possibilité que, dans un cas qui s'y

28

29

30

of the *Charter*: see *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81; and *R. v. Hynes*, [2001] 3 S.C.R. 623, 2001 SCC 82. Here the Crown conceded, on the basis of *R. v. Daley* (2001), 156 C.C.C. (3d) 225, 2001 ABCA 155, that *Charter* claims can be considered at s. 490(9) hearings. Consequently, the issue as to whether a justice on a s. 490(9) hearing constitutes a “court of competent jurisdiction” for the purpose of *Charter* motions was not argued. This, plus the fact that all motions in this case were brought under s. 490(2) and not under s. 490(9), suggests that consideration of the precise powers of a Provincial Court judge under s. 490(9) should be left for another day.

prête, un juge agissant « sur le fondement du par. 490(9) puisse être un tribunal compétent » pour accorder réparation sous le régime de l’art. 24 de la *Charte* : voir *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81; et *R. c. Hynes*, [2001] 3 R.C.S. 623, 2001 CSC 82. En l’occurrence, s’appuyant sur l’affaire *R. c. Daley* (2001), 156 C.C.C. (3d) 225, 2001 ABCA 155, le ministère public a admis que des demandes fondées sur la *Charte* pouvaient être instruites dans le cadre d’audiences tenues en application du par. 490(9). Par conséquent, la question de savoir si un juge siégeant dans le cadre d’une audience tenue en application du par. 490(9) constitue un « tribunal compétent » pour statuer sur une requête fondée sur la *Charte* n’a pas été débattue. Cet élément, ajouté au fait que toutes les requêtes dans la présente instance ont été déposées en vertu du par. 490(2) plutôt qu’en vertu du par. 490(9), indique que l’examen des pouvoirs précis que peut exercer un juge de la Cour provinciale sous le régime du par. 490(9) doit être reporté.

31 I conclude that the Provincial Court judge in this case had no power under s. 490(2) of the *Code* to order the money returned for unlawful seizure.

Je conclus que le juge de la Cour provinciale n’avait pas, en l’espèce, le pouvoir d’ordonner la restitution de l’argent pour cause d’illégalité de la saisie en application du par. 490(2) du *Code*.

B. *Can a Provincial Court Judge Order the Return of Goods Unlawfully Seized on Some Other Basis?*

B. *Un juge de la Cour provinciale peut-il ordonner la restitution d’un bien pour cause d’illégalité de la saisie sur un autre fondement?*

32 Raponi’s initial motion was a cross-application on a Crown motion under s. 490(2) of the *Code*. It was styled as an application for *Charter* relief. However, Raponi now seeks to support the order for return of the money on a different basis. He argues that because the seizure did not comply with the statutory requirements for warrantless searches, it falls outside the scheme the *Code* sets up for dealing with crime-related property and must be judged on the basis of common law powers. He asserts that at common law adjudicators confronted with a situation where property has been taken unlawfully have the power to order the property returned to its rightful possessor. Raponi’s argument reflects the Provincial Court judge’s holding that he possessed

M<sup>e</sup> Raponi a présenté sa demande initiale sous forme de requête reconventionnelle en réponse à une requête du ministère public fondée sur le par. 490(2) du *Code*. Elle était formulée comme une demande de réparation fondée sur la *Charte*. Cependant, M<sup>e</sup> Raponi cherche maintenant à invoquer un autre fondement à l’appui de l’ordonnance de restitution. Il fait valoir que la saisie, ne satisfaisant pas aux conditions légales de validité d’une saisie effectuée sans mandat, n’est pas assujettie au régime établi par le *Code* relativement aux biens liés à la criminalité et doit être examinée sur le fondement des pouvoirs conférés par la common law. Il soutient que les décideurs ont, en common law, le pouvoir d’ordonner la restitution, à leur propriétaire légitime, des biens



an implied power to order the return of unlawfully seized goods under the *Code*.

A number of objections can be raised to this position. First, it ignores the fact that before a judge can make any order, there must be a legal substratum or vehicle to support the order. The legal vehicle for the return of goods unlawfully taken or held is the civil action of replevin before the Court of Queen's Bench. Another vehicle might be a *Charter* application to a judge of the Court of Queen's Bench. Yet other possibilities may exist. The point is simply that a claim must be grounded in a legal cause of action that permits the judge to grant a remedy.

Second, even if the difficulty of a proper cause of action or source of law could be met, a Provincial Court judge has no jurisdiction to deal with such an action, since the Provincial Court is a court of statutory not inherent jurisdiction. No remedy was available to Raponi in Provincial Court: any cause of action of which he could have availed himself would have been located in a superior court.

I conclude that the Provincial Court judge had no power to order the return of the money outside the *Code*. Even though it has not been validly challenged and hence stands for the time being, the Provincial Court judge's order for the return of the money to Raponi was made without jurisdiction, and is liable to be set aside in an appropriate proceeding.

C. *What Was the Proper Procedure and What Should Be Done Now?*

The proper procedure for obtaining an order for return of the monies was an application for

dont il a été dépossédé illégalement. L'argument de M<sup>e</sup> Raponi fait écho à la conclusion du juge de la Cour provinciale selon laquelle il a le pouvoir implicite d'ordonner la restitution des biens saisis illégalement sous le régime du *Code*.

On peut opposer un certain nombre d'arguments à cette opinion. Premièrement, elle ne tient pas compte du fait qu'un juge ne peut rendre aucune ordonnance qui ne reposerait pas sur une base ou un mécanisme juridique quelconque. Le mécanisme juridique à utiliser pour récupérer des biens saisis ou détenus illégalement est l'action civile en replevin qui doit être intentée devant la Cour du Banc de la Reine. Une autre façon de procéder pourrait consister à engager une contestation fondée sur la *Charte* devant un juge de la Cour du Banc de la Reine. Il pourrait aussi exister d'autres possibilités. L'important, c'est simplement qu'une demande doit être fondée sur une cause d'action légale qui permette au juge d'accorder une réparation.

Deuxièmement, même si on surmontait la difficulté liée à l'existence d'une cause d'action ou d'une source de droit appropriée, un juge de la Cour provinciale ne pouvait instruire une action de cette nature, car la Cour provinciale est un tribunal qui n'est investi d'aucune compétence inhérente, mais uniquement de la compétence que lui confère la loi. M<sup>e</sup> Raponi ne pouvait pas obtenir réparation en s'adressant à la Cour provinciale : toute cause d'action qu'il aurait pu invoquer relevait d'une cour supérieure.

Je conclus que le juge de la Cour provinciale n'était pas habilité à ordonner la restitution de l'argent hors du cadre établi par le *Code*. L'ordonnance de restitution de l'argent à M<sup>e</sup> Raponi n'a pas été contestée valablement et demeure donc en vigueur, mais le juge de la Cour provinciale n'avait pas compétence pour la prononcer et elle pourrait être annulée à l'issue d'une procédure appropriée.

C. *Quelle était la procédure à suivre et comment faut-il procéder maintenant?*

Pour obtenir une ordonnance de restitution de l'argent, il aurait fallu engager une procédure en

33

34

35

36

replevin to the Court of Queen's Bench. The appellant Raponi did not make such an application. (The proceedings by way of appeal to the Queen's Bench cannot be considered to be such an application.)

replevin devant la Cour du Banc de la Reine. L'appelant, M<sup>c</sup> Raponi, n'a pas présenté de demande de cette nature. (On ne peut assimiler l'instance introduite par voie d'appel devant la Cour du Banc de la Reine à une telle demande.)

37 The proper procedure by which to challenge the order of the Provincial Court judge was a motion for *certiorari* seeking to vacate the order for lack of jurisdiction. The Crown failed to make such a motion, purporting instead to appeal under s. 490(9).

La procédure qu'il convenait d'engager pour contester l'ordonnance du juge de la Cour provinciale était une requête en *certiorari* demandant l'annulation de l'ordonnance pour défaut de compétence. Au lieu de présenter une telle requête, le ministère public a choisi d'interjeter appel sur le fondement du par. 490(9).

38 Both parties proceeded on the wrong basis.

Les procédures engagées par les deux parties étaient inappropriées.

39 The appellant did not follow the proper procedure and although the Provincial Court judge made an order for the return of the money, later upheld in the Court of Queen's Bench, that order under s. 490(2) must be a nullity. An order for the return of the money requires an application to a court of competent jurisdiction, of the sort mentioned earlier, and not under s. 490(2). The order in this appeal was made pursuant to s. 490(2) and it cannot now be treated as though it were made on a different basis.

L'appelant n'a pas procédé de manière appropriée et, bien que le juge de la Cour provinciale ait ordonné la restitution de l'argent — décision confirmée par la suite par la Cour du Banc de la Reine —, cette ordonnance fondée sur le par. 490(2) est frappée de nullité. Une ordonnance portant restitution de l'argent ne saurait découler que d'une demande de la nature des recours mentionnés précédemment, présentée à un tribunal compétent, et non de l'application du par. 490(2). L'ordonnance en cause dans le présent pourvoi a été rendue sous le régime du par. 490(2) et ne peut être considérée aujourd'hui comme si elle reposait sur un autre fondement.

40 The question then is whether the Court of Appeal had jurisdiction to set aside the orders. The *Code* provides no appeal from an order under s. 490(2). It follows that the Court of Appeal had no jurisdiction to set aside the Provincial Court's erroneous order or the judgment of the Court of Queen's Bench, which was not properly seized of an appeal.

Il s'agit alors de savoir si la Cour d'appel avait compétence pour annuler les ordonnances. Le *Code* ne prévoit pas d'appel à l'encontre d'une ordonnance fondée sur le par. 490(2). La Cour d'appel n'avait donc pas compétence pour annuler l'ordonnance erronée rendue par la Cour provinciale ni le jugement de la Cour du Banc de la Reine, qui n'avait pas été saisie régulièrement d'un appel.

41 Since it has not been validly appealed, the Provincial Court judge's order for the return of the money to Raponi remains in force. The Crown should have instituted an action for *certiorari* seeking to have the Provincial Court judge's order set aside for want of jurisdiction.

Comme elle n'a pas été valablement portée en appel, l'ordonnance du juge de la Cour provinciale portant restitution de l'argent à M<sup>c</sup> Raponi demeure en vigueur. Le ministère public aurait dû déposer une requête en *certiorari* demandant l'annulation de l'ordonnance du juge de la Cour provinciale pour défaut de compétence.

I add this. It is regrettable that an improper seizure of money which even today the Crown cannot say is connected to any crime, has occasioned so much expense and consumed so much energy. Both parties took the wrong procedures. Had the appellant brought an action for replevin or *Charter* review to the Court of Queen's Bench instead of his cross-motion under s. 490(2), things might have been otherwise. The fault of the Crown is even greater: first it seized the money, and then when an order was made for its return, followed a non-existent route of appeal. The point is not to cast blame, but to seek to improve this aspect of the administration of justice. Parliament may well wish to consider whether s. 490 should be amended to provide a clear route of challenge and appeal where it is alleged that property is seized in an unlawful manner.

## V. Conclusion

The appeal is allowed, and the order of the Court of Appeal set aside without prejudice to the parties' rights to proceed in the proper manner. Each party will bear its own costs.

## APPENDIX

### Legislative Provisions

*Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19.

11. (1) A justice who, on *ex parte* application, is satisfied by information on oath that there are reasonable grounds to believe that

- (a) a controlled substance or precursor in respect of which this Act has been contravened,
- (b) any thing in which a controlled substance or precursor referred to in paragraph (a) is contained or concealed,
- (c) offence-related property, or
- (d) any thing that will afford evidence in respect of an offence under this Act

J'ajouterai ceci. Il est regrettable qu'une saisie irrégulière d'argent — que le ministère public, encore aujourd'hui, est incapable de relier à une quelconque activité criminelle — ait occasionné autant de dépenses et consommé autant d'énergie. Les parties ont toutes deux engagé des procédures inappropriées. Si l'appelant avait intenté une action en replevin ou engagé une contestation fondée sur la *Charte* devant la Cour du Banc de la Reine, plutôt que de présenter une requête reconventionnelle sous le régime du par. 490(2), il aurait pu en être autrement. La faute imputable au ministère public est encore plus grave : il a tout d'abord saisi l'argent et, lorsque l'ordonnance de restitution a été délivrée, il a emprunté une voie d'appel inexistante. L'idée n'est pas de blâmer qui que ce soit, mais d'essayer d'améliorer cet aspect de l'administration de la justice. Le législateur pourrait bien envisager de modifier l'art. 490 pour préciser les voies de contestation et d'appel applicables dans le cas où des biens ont censément été saisis illégalement.

## V. Conclusion

Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance de la Cour d'appel est annulée, sans préjudice du droit des parties de procéder de manière appropriée. Chaque partie assumera ses propres dépenses.

## ANNEXE

### Dispositions législatives

*Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19

11. (1) Le juge de paix qui, sur demande *ex parte*, est convaincu sur la foi d'une dénonciation faite sous serment qu'il existe des motifs raisonnables de croire à la présence, en un lieu, d'un ou de plusieurs des articles énumérés ci-dessous peut délivrer à un agent de la paix un mandat l'autorisant, à tout moment, à perquisitionner en ce lieu et à les y saisir :

- a) une substance désignée ou un précurseur ayant donné lieu à une infraction à la présente loi;
- b) une chose qui contient ou recèle une substance désignée ou un précurseur visé à l'alinéa a);
- c) un bien infractionnel;

is in a place may, at any time, issue a warrant authorizing a peace officer, at any time, to search the place for any such controlled substance, precursor, property or thing and to seize it.

. . .

(5) Where a peace officer who executes a warrant issued under subsection (1) has reasonable grounds to believe that any person found in the place set out in the warrant has on their person any controlled substance, precursor, property or thing set out in the warrant, the peace officer may search the person for the controlled substance, precursor, property or thing and seize it.

. . .

(7) A peace officer may exercise any of the powers described in subsection (1), (5) or (6) without a warrant if the conditions for obtaining a warrant exist but by reason of exigent circumstances it would be impracticable to obtain one.

**13.** (1) Subject to subsections (2) and (3), sections 489.1 and 490 of the *Criminal Code* apply to any thing seized under this Act.

(2) Where a thing seized under this Act is offence-related property, sections 489.1 and 490 of the *Criminal Code* apply subject to sections 16 to 22 of this Act.

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46

**490.** (1) Subject to this or any other Act of Parliament, where, pursuant to paragraph 489.1(1)(b) or subsection 489.1(2), anything that has been seized is brought before a justice or a report in respect of anything seized is made to a justice, the justice shall,

(a) where the lawful owner or person who is lawfully entitled to possession of the thing seized is known, order it to be returned to that owner or person, unless the prosecutor, or the peace officer or other person having custody of the thing seized, satisfies the justice that the detention of the thing seized is required for the purposes of any investigation or a preliminary inquiry, trial or other proceeding; or

(b) where the prosecutor, or the peace officer or other person having custody of the thing seized, satisfies the justice that the thing seized should be detained for a reason set out in paragraph (a), detain the thing seized or order that it be detained, taking reasonable care to ensure that it is preserved until the conclusion of any

d) une chose qui servira de preuve relativement à une infraction à la présente loi.

. . .

(5) L'exécutant du mandat peut fouiller toute personne qui se trouve dans le lieu faisant l'objet de la perquisition en vue de découvrir et, le cas échéant, de saisir des substances désignées, des précurseurs ou tout autre bien ou chose mentionnés au mandat, s'il a des motifs raisonnables de croire qu'elle en a sur elle.

. . .

(7) L'agent de la paix peut exercer sans mandat les pouvoirs visés aux paragraphes (1), (5) ou (6) lorsque l'urgence de la situation rend son obtention difficilement réalisable, sous réserve que les conditions de délivrance en soient réunies.

**13.** (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), les articles 489.1 et 490 du *Code criminel* s'appliquent à toute chose saisie aux termes de la présente loi.

(2) Dans le cas de biens infractionnels, les articles 489.1 et 490 du *Code criminel* s'appliquent sous réserve des articles 16 à 22 de la présente loi.

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46

**490.** (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, lorsque, en vertu de l'alinéa 489.1(1)(b) ou du paragraphe 489.1(2), des choses qui ont été saisies sont apportées devant un juge de paix ou lorsqu'un rapport à l'égard de choses saisies est fait à un juge de paix, celui-ci doit :

a) lorsque le propriétaire légitime ou la personne qui a droit à la possession légitime des choses saisies est connu, ordonner qu'elles lui soient remises à moins que le poursuivant, l'agent de la paix ou toute personne qui en a la garde ne le convainque que leur détention est nécessaire aux fins d'une enquête, d'une enquête préliminaire, d'un procès ou de toute autre procédure;

b) lorsque le poursuivant, l'agent de la paix ou la personne qui en a la garde convainc le juge de paix que la chose saisie devrait être détenue pour un motif énoncé à l'alinéa a), détenir cette chose ou en ordonner la détention, en prenant raisonnablement soin d'en assurer la conservation jusqu'à la conclusion de toute

investigation or until it is required to be produced for the purposes of a preliminary inquiry, trial or other proceeding.

(2) Nothing shall be detained under the authority of paragraph (1)(b) for a period of more than three months after the day of the seizure, or any longer period that ends when an application made under paragraph (a) is decided, unless

(a) a justice, on the making of a summary application to him after three clear days notice thereof to the person from whom the thing detained was seized, is satisfied that, having regard to the nature of the investigation, its further detention for a specified period is warranted and the justice so orders; or

(b) proceedings are instituted in which the thing detained may be required.

(9) Subject to this or any other Act of Parliament, if

(a) a judge referred to in subsection (7), where a judge ordered the detention of anything seized under subsection (3), or

(b) a justice, in any other case,

is satisfied that the periods of detention provided for or ordered under subsections (1) to (3) in respect of anything seized have expired and proceedings have not been instituted in which the thing detained may be required or, where those periods have not expired, that the continued detention of the thing seized will not be required for any purpose mentioned in subsection (1) or (4), he shall

(c) if possession of it by the person from whom it was seized is lawful, order it to be returned to that person, or

(d) if possession of it by the person from whom it was seized is unlawful and the lawful owner or person who is lawfully entitled to its possession is known, order it to be returned to the lawful owner or to the person who is lawfully entitled to its possession,

and may, if possession of it by the person from whom it was seized is unlawful, or if it was seized when it was not in the possession of any person, and the lawful owner or person who is lawfully entitled to its possession is not known, order it to be forfeited to Her Majesty, to be

enquête ou jusqu'à ce que sa production soit requise aux fins d'une enquête préliminaire, d'un procès ou de toute autre procédure.

(2) Rien ne peut être détenu sous l'autorité de l'alinéa (1)b) au-delà soit de l'expiration d'une période de trois mois après la saisie, soit de la date, si elle est postérieure, où il est statué sur la demande visée à l'alinéa a), à moins que :

a) un juge de paix convaincu, à la suite d'une demande sommaire qui lui a été faite après avis de trois jours francs à la personne qui, au moment de la saisie, avait la possession de la chose détenue, que, compte tenu de la nature de l'enquête, la prolongation de sa détention pendant une période spécifiée est justifiée ordonne une telle prolongation;

b) des procédures ont été engagées au cours desquelles la chose détenue peut être requise.

(9) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale :

a) le juge visé au paragraphe (7), lorsqu'un juge a ordonné la détention d'une chose saisie en application du paragraphe (3);

b) le juge de paix, dans tout autre cas,

qui est convaincu que les périodes de détention prévues aux paragraphes (1) à (3) ou ordonnées en application de ceux-ci sont terminées et que des procédures à l'occasion desquelles la chose détenue peut être requise n'ont pas été engagées ou, si ces périodes ne sont pas terminées, que la détention de la chose saisie ne sera pas requise pour quelque fin mentionnée au paragraphe (1) ou (4), doit :

c) en cas de légalité de la possession de cette chose par la personne entre les mains de qui elle a été saisie, ordonner qu'elle soit retournée à cette personne;

d) en cas d'illégalité de la possession de cette chose par la personne entre les mains de qui elle a été saisie, ordonner qu'elle soit retournée au propriétaire légitime ou à la personne ayant droit à la possession de cette chose, lorsqu'ils sont connus;

en cas d'illégalité de la possession de cette chose par la personne entre les mains de qui elle a été saisie, ou si nul n'en avait la possession au moment de la saisie, et lorsque ne sont pas connus le propriétaire légitime ni la personne ayant droit à la possession de cette chose, le juge peut

disposed of as the Attorney General directs, or otherwise dealt with in accordance with the law.

en outre ordonner qu'elle soit confisquée au profit de Sa Majesté; il en est alors disposé selon les instructions du procureur général, ou de quelque autre façon en conformité avec la loi.

. . .

. . .

(17) A person who feels aggrieved by an order made under subsection (8), (9), (9.1) or (11) may appeal from the order to the appeal court, as defined in section 812, and for the purposes of the appeal the provisions of sections 814 to 828 apply with such modifications as the circumstances require.

(17) Une personne qui s'estime lésée par une ordonnance rendue aux termes du paragraphe (8), (9), (9.1) ou (11) peut en appeler à la cour d'appel, au sens de l'article 812 et, pour les fins de l'appel, les dispositions des articles 814 à 828 s'appliquent avec les adaptations nécessaires.

*Appeal allowed.*

*Pourvoi accueilli.*

*Solicitors for the appellant: Royal, McCrum, Duckett & Glancy, Edmonton.*

*Procureurs de l'appelant: Royal, McCrum, Duckett & Glancy, Edmonton.*

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

*Procureur de l'intimée: Procureur général du Canada, Ottawa.*

**Nova Scotia Power Inc.** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: NOVA SCOTIA POWER INC. v. CANADA**

**Neutral citation: 2004 SCC 51.**

File No.: 29649.

Hearing and judgment: June 11, 2004.

Reasons delivered: July 16, 2004.

Present: McLachlin C.J. and Major, Binnie, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Crown — Crown agent — Immunity — Provincial power corporation — Whether corporation entitled to immunity from legislation — Whether corporation was agent of Crown acting within its purposes — Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 17 — Power Corporation Act, S.N.S. 1973, c. 47, ss. 4, 6.*

The issue in this appeal is whether the Nova Scotia Power Corporation (“NSPC”), created by the province of Nova Scotia, was an agent of the province and thereby immune from the *Income Tax Act* by virtue of s. 17 of the federal *Interpretation Act*. The Tax Court of Canada found that the province did not exercise sufficient control over NSPC for it to be a Crown agent. The Federal Court of Appeal set aside the decision, holding that NSPC was an agent of the Crown acting within its purposes and was therefore entitled to Crown immunity.

**Held:** The appeal should be dismissed.

NSPC is entitled to immunity from legislation as provided by s. 17 of the *Interpretation Act*. Section 4 of the *Nova Scotia Power Corporation Act* expressly makes NSPC an agent of the Crown and, in view of s. 6 of that Act, by acquiring and owning the assets at issue in this case, NSPC was acting within the purposes for which it was made a Crown agent.

**Nova Scotia Power Inc.** *Appelante*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : NOVA SCOTIA POWER INC. c. CANADA**

**Référence neutre : 2004 CSC 51.**

N° du greffe : 29649.

Audition et jugement : 11 juin 2004.

Motifs déposés : 16 juillet 2004.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Couronne — Mandataire de l'État — Immunité — Société provinciale d'électricité — La société avait-elle droit à l'immunité à l'égard de l'application des lois? — Était-elle un mandataire de l'État agissant dans le cadre de ses objectifs? — Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 17 — Power Corporation Act, S.N.S. 1973, ch. 47, art. 4, 6.*

Le pourvoi soulève la question de savoir si la Nova Scotia Power Corporation (« NSPC »), constituée par la Nouvelle-Écosse, était un mandataire de la province et échappait de ce fait à l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en raison de l'art. 17 de la *Loi d'interprétation* fédérale. La Cour canadienne de l'impôt a conclu que le degré de contrôle exercé par la province n'était pas suffisant pour faire de la NSPC un mandataire de l'État. La Cour d'appel fédérale a annulé la décision, statuant que la NSPC était un mandataire de l'État agissant dans le cadre des objectifs sous-tendant sa désignation et avait donc droit à l'exception prévue au bénéfice de l'État.

**Arrêt :** Le pourvoi est rejeté.

La NSPC bénéficie de l'immunité prévue à l'art. 17 de la *Loi d'interprétation* à l'égard de l'application des lois. L'article 4 de la *Power Corporation Act* de la Nouvelle-Écosse la désigne expressément mandataire de l'État et, compte tenu de l'art. 6 de cette loi, en acquérant et en possédant les éléments d'actif visés en l'espèce, la NSPC agissait dans le cadre des objectifs pour lesquels elle avait été désignée mandataire de l'État.

**Cases Cited**

**Applied:** *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551; *Canadian Broadcasting Corp. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 339; *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225.

**Statutes and Regulations Cited**

*Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.).  
*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 17.  
*Nova Scotia Power Privatization Act*, S.N.S. 1992, c. 8.  
*Power Corporation Act*, S.N.S. 1973, c. 47, ss. 4, 6.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2003] 2 C.T.C. 180, 2003 D.T.C. 5090, 299 N.R. 374, [2003] F.C.J. No. 79 (QL), 2003 FCA 33, setting aside a decision of the Tax Court of Canada, [2002] 1 C.T.C. 2276, 2002 D.T.C. 1432, [2002] T.C.J. No. 53 (QL). Appeal dismissed.

*Warren J. A. Mitchell, Q.C.*, and *Douglas H. Mathew*, for the appellant.

*Urszula Kaczmarczyk and Michael J. Lema*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

1 MAJOR J. — This case was launched over disputed tax deductions. It now, as Mr. Mitchell, counsel for the appellant, accurately observed, has evolved into a dispute about Crown agency. Tax deductibility is not the subject of this appeal.

2 The issue is whether the Nova Scotia Power Corporation (“NSPC”), created by the Province of Nova Scotia, was an agent of the Province of Nova Scotia and thereby entitled to immunity from legislation provided by s. 17 of the federal *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21.

3 The Federal Court of Appeal decided that the express statutory provisions of the provincial legislation defining NSPC as an agent of the province prevailed. We agree and the appeal is dismissed with costs.

**Jurisprudence**

**Arrêts appliqués :** *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551; *Société Radio-Canada c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 339; *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225.

**Lois et règlements cités**

*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 17.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.).  
*Nova Scotia Power Privatization Act*, S.N.S. 1992, ch. 8.  
*Power Corporation Act*, S.N.S. 1973, ch. 47, art. 4, 6.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [2003] 2 C.T.C. 180, 2003 D.T.C. 5090, 299 N.R. 374, [2003] A.C.F. n° 79 (QL), 2003 CAF 33, qui a infirmé une décision de la Cour canadienne de l'impôt, [2002] 1 C.T.C. 2276, 2002 D.T.C. 1432, [2002] A.C.I. n° 53 (QL). Pourvoi rejeté.

*Warren J. A. Mitchell, c.r.*, et *Douglas H. Mathew*, pour l'appelante.

*Urszula Kaczmarczyk et Michael J. Lema*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — Le refus de déductions fiscales est à l'origine du présent litige. Or, comme l'a souligné avec justesse l'avocat de l'appelante, M<sup>e</sup> Mitchell, le litige porte maintenant sur le statut de mandataire de l'État. Ainsi, la déductibilité fiscale n'est pas l'objet du présent pourvoi.

La question est de savoir si la Nova Scotia Power Corporation (« NSPC »), constituée par la Nouvelle-Écosse, était un mandataire de la province et bénéficiait de ce fait de l'immunité prévue à l'art. 17 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, à l'égard de l'application des lois.

La Cour d'appel fédérale a conclu que les dispositions de la loi provinciale désignant expressément la NSPC mandataire de la province réglaient la question. Nous partageons cet avis et rejetons le pourvoi avec dépens.



## I. Facts

This case started by a reference to the Tax Court of Canada. The parties relied upon an agreed statement of facts, found in the lower court decisions. The key events in summary are as follows.

In 1973, with the *Power Corporation Act*, S.N.S. 1973, c. 47, the Government of Nova Scotia created NSPC to generate and supply electricity to the province. In 1992, the government privatized NSPC, and passed the *Nova Scotia Power Privatization Act*, S.N.S. 1992, c. 8, which provided for the sale of the assets of NSPC to the appellant, Nova Scotia Power Incorporated.

The terms of the *Nova Scotia Power Privatization Act* set the appellant's capital cost for the assets it purchased as equivalent to the original cost to NSPC. Prior to 1992, NSPC had not filed tax returns, had not claimed depreciation for their assets, and had not added the interest paid on the money borrowed to acquire the assets to the capital cost of those assets.

After the purchase the appellant deducted capital cost allowance for the assets they had acquired. To increase the size of the deduction, the appellant wanted to maximize the initial capital cost of the assets and attempted to do so by causing NSPC to file tax returns for the years 1980 to 1992 in which they made the election required to add the interest cost to the capital cost.

The Minister of National Revenue denied the deductions created by this increase to the capital cost on the basis that, as a Crown agent, NSPC was immune from income tax legislation because of s. 17 of the *Interpretation Act*. The appellant disagreed and the parties referred the following two questions to the Tax Court of Canada.

[Up until] the period [in] 1992 when it disposed of its assets:

## I. Faits

La présente affaire a commencé par un renvoi à la Cour canadienne de l'impôt. Les parties se sont fondées sur l'exposé conjoint des faits reproduit dans les décisions des tribunaux inférieurs. Voici le résumé des faits importants.

En 1973, par l'adoption de la *Power Corporation Act*, S.N.S. 1973, ch. 47, le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a constitué la NSPC pour la production et la distribution d'électricité dans la province. En 1992, le gouvernement a privatisé la NSPC en adoptant la *Nova Scotia Power Privatization Act*, S.N.S. 1992, ch. 8, qui prévoyait la vente des éléments d'actif de la NSPC à l'appelante, la Nova Scotia Power Incorporated.

Suivant la *Nova Scotia Power Privatization Act*, le coût en capital des biens acquis par l'appelante équivalait à leur coût d'origine pour la NSPC. Avant 1992, cette dernière n'avait ni produit de déclarations de revenus ni déduit l'amortissement de ses éléments d'actif ni imputé à leur coût en capital les intérêts payés sur les sommes empruntées pour les acquérir.

Après leur achat, l'appelante a déduit l'amortissement des éléments d'actif qu'elle avait acquis. Afin d'accroître le montant de la déduction, l'appelante désirait maximiser le coût en capital initial des biens et entendait y parvenir en faisant en sorte que la NSPC produise des déclarations de revenus pour les années 1980 à 1992 et y effectue le choix permettant d'imputer les frais d'intérêt au coût en capital.

Le ministre du Revenu national a refusé les déductions découlant de l'augmentation du coût en capital au motif que l'art. 17 de la *Loi d'interprétation* soustrayait la NSPC, à titre de mandataire de l'État, à l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.). L'appelante a signifié son désaccord et les parties ont soumis à la Cour canadienne de l'impôt les deux questions suivantes :

[TRADUCTION] [J]usqu'en 1992, année où elle s'est desaisie de ses éléments d'actif :

4

5

6

7

8

- (1) Did Nova Scotia Power Corporation conduct its principal income-earning activities as an agent of Her Majesty the Queen such that section 2 of the *Income Tax Act* (including ancillary provisions such as section 21 of the Act) did not apply to it? And
- (2) If the answer to (1) is no, was Nova Scotia Power Corporation an agent of Her Majesty the Queen with respect to the ownership of assets used in its business such that section 21 of the *Income Tax Act* did not apply to depreciable assets acquired by it?

## II. Judicial History

9 Bowman A.C.J., at the Tax Court of Canada, relied on the common law control tests for agency and determined that the Province of Nova Scotia did not exercise sufficient control over NSPC for it to be a Crown agent. He found the company was by its activity a principal and not an agent: [2002] 1 C.T.C. 2276.

10 The appeal from this decision was allowed by the Federal Court of Appeal: [2003] 2 C.T.C. 180, 2003 FCA 33. Pelletier J.A. decided the legislature's express designation of NSPC as an agent of the Crown had to be given effect. The proper question to him was not whether NSPC was an agent of the Crown, but for what purposes it had been made a Crown agent. He concluded NSPC was an agent of the Crown acting within its purposes and was therefore entitled to Crown immunity.

## III. Issues

- 11 (1) Does s. 4 of the *Power Corporation Act* make NSPC an agent of the Crown?
- (2) Was NSPC acting within the purposes for which it was made an agent?

## IV. Analysis

12 There are two ways in which an entity can become an agent of the Crown. The first is when the

- (1) La Nova Scotia Power Corporation a-t-elle exercé ses principales activités productrices de revenus en tant que mandataire de Sa Majesté la Reine, de sorte que l'article 2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (y compris les dispositions accessoires telles que l'article 21 de la Loi) ne s'y appliquait pas?
- (2) Dans la négative, la Nova Scotia Power Corporation était-elle mandataire de Sa Majesté la Reine à l'égard de la propriété des éléments d'actif utilisés au sein de son entreprise, de sorte que l'article 21 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne s'appliquait pas aux biens amortissables acquis par la société?

## II. Historique judiciaire

S'appuyant sur les critères de contrôle établis en common law pour déterminer si une entité est mandataire de l'État, le juge en chef adjoint Bowman, de la Cour canadienne de l'impôt, a conclu que le degré de contrôle exercé par la province de la Nouvelle-Écosse n'était pas suffisant pour faire de la NSPC un mandataire de l'État. Au vu de ses activités, il a estimé que la société n'était pas un mandataire, mais agissait pour son propre compte : [2002] 1 C.T.C. 2276.

La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel de cette décision : [2003] C.T.C. 180, 2003 CAF 33. Le juge Pelletier a conclu qu'il fallait donner effet à la désignation expresse de la NSPC à titre de mandataire de l'État. Selon lui, la question n'était pas de savoir si la NSPC était mandataire de l'État, mais bien quels objectifs sous-tendaient sa désignation. Il a conclu que la NSPC était un mandataire de l'État agissant dans le cadre de ses objectifs, de sorte qu'elle avait droit à l'exception prévue au bénéfice de l'État.

## III. Questions en litige

- (1) L'article 4 de la *Power Corporation Act* fait-il de la NSPC un mandataire de l'État?
- (2) La NSPC agissait-elle dans le cadre des objectifs pour lesquels elle avait été désignée mandataire de l'État?

## IV. Analyse

Une entité peut être mandataire de l'État dans deux cas. Dans le premier, l'État exerce sur elle un

Crown exercises sufficient control over it so that it can be said to be in *de jure* control, which requires a careful examination of the relationship between the parties: see *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551, at pp. 573-74. The respondent Minister conceded before the Federal Court of Appeal that the *de jure* control test would not be met by the degree of control the Province of Nova Scotia exercised over NSPC.

The second way is for the legislature to expressly legislate it to be an agent: *Eldorado Nuclear*, *supra*, at pp. 575-76. This is what happened here. The Nova Scotia legislature presumably did not want to leave the finding of agency to the common law and so included s. 4(1) of the *Power Corporation Act*, which reads:

4 (1) The Commission shall continue as a body corporate and as agent of Her Majesty the Queen in the right of the Province under the name of “Nova Scotia Power Corporation” and shall consist of a Board of Directors comprised of a Chairman, President and not more than twelve other Directors. [Emphasis added.]

The respondent submitted that NSPC, as an agent of the Crown, is immune from the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), by virtue of s. 17 of the *Interpretation Act*. But the jurisprudence imposes a second requirement before immunity from the statute in question will inure to the Crown agent. Immunity from legislation only exists where the entity was acting within the purposes for which the legislature made it an agent of the Crown: see *Eldorado Nuclear*, *supra*; *Canadian Broadcasting Corp. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 339; *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225.

The appellant submitted that the purposes for which Crown agency status was granted to NSPC could not be determined only by examining the designation of agency in s. 4(1) of the *Power Corporation Act*. The reading of the statute demonstrates the legislative intent that NSPC conduct its earning activities and acquire the necessary assets as principal and not as agent. It contended that since

contrôle suffisant pour que l’on puisse dire qu’elle est soumise à un contrôle de droit, ce qui exige un examen attentif de la relation entre les parties : voir *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551, p. 573-574. Le ministre intimé a concédé devant la Cour d’appel fédérale que le degré de contrôle exercé par la province de la Nouvelle-Écosse sur la NSPC ne satisfait pas au critère du contrôle de droit.

Dans le deuxième cas, le législateur désigne expressément l’entité mandataire de l’État : *Eldorado Nucléaire*, précité, p. 575-576. C’est ce qu’il a fait en l’espèce. Il semble que la législature de la Nouvelle-Écosse n’ait pas voulu que le statut de la société soit déterminé par la common law, d’où le par. 4(1) de la *Power Corporation Act* :

[TRADUCTION]

4 (1) La Commission est maintenue comme personne morale et mandataire de Sa Majesté du chef de la province sous le nom de Nova Scotia Power Corporation et se compose d’un conseil d’administration formé de son président, du directeur général et d’au plus douze autres administrateurs. [Je souligne.]

L’intimée soutient que, en raison de l’art. 17 de la *Loi d’interprétation*, la NSPC, à titre de mandataire de l’État, échappe à l’application de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Or, la jurisprudence prévoit une deuxième condition pour qu’un mandataire de l’État bénéficie d’une telle immunité. L’entité doit agir dans le cadre des objectifs pour lesquels le législateur l’a désignée mandataire de l’État : voir *Eldorado Nucléaire*, précité; *Société Radio-Canada c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 339; *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225.

L’appelante fait valoir que le seul examen du par. 4(1), qui désigne la NSPC mandataire de l’État, ne permet pas de déterminer les objectifs sous-tendant cette désignation. Il appert, à la lecture de la loi, que l’intention du législateur était que la NSPC exerce ses activités productrices de revenus et fasse l’acquisition des éléments d’actif nécessaires à titre de mandant, et non de mandataire. Selon

13

14

15

the designation was not made for all purposes, the scope must be determined from the statute as a whole.

l'appelante, la désignation ne valant pas pour tous objectifs, la portée du mandat doit être dégagée de la loi dans son ensemble.

16 The respondent countered that the purposes for which NSPC was made a Crown agent did not need to be distilled from the statute, as they are expressly stated in s. 6 of the *Power Corporation Act*. In my view the respondent is correct and the purposes of NSPC are clear from s. 6:

L'intimée rétorque que ces objectifs n'ont pas à être dégagés de la loi : ils sont énoncés expressément à l'art. 6 de la *Power Corporation Act*. J'estime que l'intimée a raison et que les objectifs de la NSPC ressortent de l'art. 6 :

6 The object of the Corporation is to develop for Nova Scotia the maximum use of power on an economic and efficient basis and for this purpose to engage in Nova Scotia and elsewhere in the development, generation, production, transmission, distribution, supply and use of electricity, water, steam, gas, oil or other products or things used or useful in the production of power.

[TRADUCTION]

6 La société est chargée de développer pour la Nouvelle-Écosse l'utilisation maximale de l'énergie de façon économique et efficace et, à cette fin, elle peut, en Nouvelle-Écosse et ailleurs, s'occuper de la production, du transport, de la distribution, de l'approvisionnement et de l'utilisation de l'électricité, de l'eau, de la vapeur, du gaz, du pétrole et d'autres produits utilisés ou utiles dans la production d'énergie.

17 There was no evidence that NSPC, by acquiring and owning the assets at issue in this appeal, was acting outside the scope of s. 6.

Aucune preuve n'a été avancée selon laquelle, en acquérant et en possédant les éléments d'actif visés en l'espèce, la NSPC n'a pas respecté les objectifs fixés à l'art. 6.

18 NSPC was an agent of the Crown acting within the purposes for which it was made a Crown agent. As a result the appeal is dismissed with costs.

La NSPC était un mandataire de l'État agissant dans le cadre des objectifs pour lesquels ce statut lui avait été conféré. Le présent pourvoi est donc rejeté avec dépens.

*Appeal dismissed with costs.*

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Solicitors for the appellant: Thorsteinssons, Toronto.*

*Procureurs de l'appelante : Thorsteinssons, Toronto.*

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

*Procureur de l'intimée : Sous-procureur général du Canada, Toronto.*

**Philip Henry Mann** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario, Canadian Association of Chiefs of Police, Criminal Lawyers' Association (Ontario) and Canadian Civil Liberties Association** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. MANN

Neutral citation: 2004 SCC 52.

File No.: 29477.

2004: March 26; 2004: July 23.\*

Present: Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Police officers approaching scene of reported crime and stopping and detaining individual matching suspect's description — Officer feeling soft object in individual's pocket during pat-down search — Officer reaching into pocket and finding marijuana — Individual charged with possession of marijuana for purposes of trafficking — Whether search of individual's pocket unreasonable — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).*

*Criminal law — Investigative detention — Search power incidental to investigative detention — Whether police have a common law power to detain individuals for investigative purposes — If so, whether there is a power to search incidental to detention at common law.*

*Police — Police powers — Investigative detention — Search incidental to investigative detention — Scope of search.*

\* An application for a rehearing was dismissed on October 28, 2004. This judgment amended para. 40 of the French version. The amendment is included in these reasons. Iacobucci J. took no part in the rehearing.

**Philip Henry Mann** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario, Association canadienne des chefs de police, Criminal Lawyers' Association (Ontario) et Association canadienne des libertés civiles** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. MANN

Référence neutre : 2004 CSC 52.

N<sup>o</sup> du greffe : 29477.

2004 : 26 mars; 2004 : 23 juillet\*.

Présents : Les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps et Fish.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Interception et détention par des policiers s'approchant de la scène d'un crime d'une personne correspondant à la description du suspect — Policier sentant un objet mou dans la poche de cette personne lors de la fouille par palpation — Policier glissant la main dans cette poche et y trouvant de la marijuana — Personne accusée de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic — La fouille de la poche de cette personne était-elle abusive? — Dans l'affirmative, l'élément de preuve doit-il être écarté? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).*

*Droit criminel — Détention aux fins d'enquête — Pouvoir de fouille accessoire à la détention aux fins d'enquête — Existe-t-il, en common law, un pouvoir habilitant les policiers à détenir une personne aux fins d'enquête? — Dans l'affirmative, existe-t-il, en common law, un pouvoir de fouille accessoire à une détention aux fins d'enquête?*

*Police — Pouvoirs des policiers — Détention aux fins d'enquête — Fouille accessoire aux détentions pour fins d'enquête — Étendue de la fouille.*

\* Une requête en nouvelle audition a été rejetée le 28 octobre 2004. Ce jugement a modifié le par. 40 de la version française. La modification a été incorporée dans les présents motifs. Le juge Iacobucci n'a pas pris part à la nouvelle audition.

As two police officers approached the scene of a reported break and enter, they observed M, who matched the description of the suspect, walking casually along the sidewalk. They stopped him. M identified himself and complied with a pat-down search of his person for concealed weapons. During the search, one officer felt a soft object in M's pocket. He reached into the pocket and found a small plastic bag containing marijuana. He also found a number of small plastic baggies in another pocket. M was arrested and charged with possession of marijuana for the purpose of trafficking. The trial judge found that the search of M's pocket contravened s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He held that the police officer was justified in his search of M for security reasons, but that there was no basis to infer that it was reasonable to look inside M's pocket for security reasons. The evidence was excluded under s. 24(2) of the *Charter*, as its admission would interfere with the fairness of the trial, and the accused was acquitted. The Court of Appeal set aside the acquittal and ordered a new trial, finding that the detention and the pat-down search were authorized by law and were reasonable in the circumstances.

*Held* (Bastarache and Deschamps JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the acquittal restored.

*Per* Iacobucci, Major, Binnie, LeBel and Fish JJ.: The police were entitled to detain M for investigative purposes and to conduct a pat-down search to ensure their safety, but the search of M's pockets was unjustified and the evidence discovered therein must be excluded.

Although there is no general power of detention for investigative purposes, police officers may detain an individual if there are reasonable grounds to suspect in all the circumstances that the individual is connected to a particular crime and that the detention is reasonably necessary on an objective view of the circumstances. These circumstances include the extent to which the interference with individual liberty is necessary to the performance of the officer's duty, to the liberty interfered with, and to the nature and extent of the interference. At a minimum, individuals who are detained for investigative purposes must be advised, in clear and simple language, of the reasons for the detention. Investigative detentions carried out in accordance with the common law power recognized in this case will not infringe the detainee's rights under s. 9 of the *Charter*. They should be brief in duration, so compliance with

Deux policiers s'approchant de la scène d'une introduction par effraction ont aperçu M qui marchait tranquillement sur le trottoir. Ce dernier correspondait à la description du suspect. Ils l'ont intercepté. M s'est identifié et s'est plié à une fouille par palpation visant à déterminer s'il était en possession d'une arme dissimulée. Le policier qui effectuait la fouille a senti un objet mou à l'intérieur de la poche de M. Il a glissé sa main dans cette poche et y a trouvé un petit sac en plastique contenant de la marijuana. Dans une autre poche, il a trouvé un certain nombre de sachets en plastique. M a été arrêté et accusé de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic. Le juge du procès a conclu que la fouille de la poche de M avait contrevenu à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a estimé que le policier avait été justifié de fouiller l'appelant pour des raisons de sécurité, mais que rien ne permettait d'inférer qu'il était raisonnable d'examiner l'intérieur de la poche pour des raisons de sécurité. La preuve a été écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*, son utilisation étant susceptible de compromettre l'équité du procès, et l'accusé a été acquitté. La Cour d'appel a annulé l'acquittement et ordonné la tenue d'un nouveau procès, concluant que la détention et la fouille par palpation étaient autorisées par la loi et n'étaient pas abusives dans les circonstances.

*Arrêt* (les juges Bastarache et Deschamps sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et l'acquittement est rétabli.

*Les juges* Iacobucci, Major, Binnie, LeBel et Fish : Les policiers étaient habilités à détenir M aux fins d'enquête et à le soumettre à une fouille par palpation pour assurer leur sécurité, mais la fouille des poches de M était injustifiée et la preuve découverte dans celles-ci doit être écartée.

Bien qu'il n'existe pas de pouvoir général de détention aux fins d'enquête, les policiers peuvent détenir une personne aux fins d'enquête s'ils ont des motifs raisonnables de soupçonner, à la lumière de toutes les circonstances, que cette personne est impliquée dans un crime donné et qu'il est raisonnablement nécessaire de la détenir suivant une considération objective des circonstances. Parmi ces circonstances, mentionnons la mesure dans laquelle il est nécessaire au policier de porter atteinte à une liberté individuelle afin d'accomplir son devoir, la liberté à laquelle il est porté atteinte, ainsi que la nature et l'étendue de cette atteinte. Une personne détenue aux fins d'enquête doit au minimum être informée en langage clair et simple des motifs de la détention. Une détention aux fins d'enquête exécutée conformément au pouvoir fondé sur la common law reconnu en l'espèce ne porte pas

s. 10(b) will not excuse prolonging, unduly and artificially, any such detention. Investigative detentions do not impose an obligation on the detained individual to answer questions posed by the police. Where a police officer has reasonable grounds to believe that his safety or the safety of others is at risk, the officer may engage in a protective pat-down search of the detained individual. The investigative detention and protective search power must be distinguished from an arrest and the incidental power to search on arrest.

In this case, the seizure of the marijuana contravened s. 8 of the *Charter*. The officers had reasonable grounds to detain M and to conduct a protective search, but no reasonable basis for reaching into M's pocket. This more intrusive part of the search was an unreasonable violation of M's reasonable expectation of privacy in respect of the contents of his pockets. Moreover, the Crown has not shown on the balance of probabilities that the search was carried out in a reasonable manner.

The evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. The trial judge erred in ruling the evidence inadmissible on the basis of trial unfairness because the marijuana was non-conscriptive, but his decision to exclude it was correct. The search went beyond what was required to mitigate concerns about the officer's safety and reflects a serious breach of M's protection against unreasonable search and seizure. When the officer reached into M's pocket, the purpose of the search shifted from safety to the detection and collection of evidence, and the search became one for evidence absent reasonable grounds. While a frisk search is a minimally intrusive search, the search of M's inner pocket must be weighed against the absence of any reasonable basis for justification. The good faith of the officer is but one factor to be considered alongside other factors which speak to the seriousness of the breach, and good faith cannot be claimed if a *Charter* violation is committed on the basis of a police officer's unreasonable error or ignorance as to the scope of his authority. Lastly, although exclusion of the evidence would substantially diminish, if not eliminate altogether, the Crown's case against M and possession of marijuana for the purpose of trafficking is a serious offence, the nature of the fundamental rights at issue and the lack of a reasonable foundation for the search suggest that

atteinte aux droits que l'art. 9 de la *Charte* garantit à la personne détenue. Les détentions effectuées aux fins d'enquête doivent être brèves et l'observation des conditions prescrites par l'al. 10b) ne saurait être utilisée comme une excuse pour prolonger indûment et artificiellement de telles détentions. Les personnes détenues aux fins d'enquête n'ont pas l'obligation de répondre aux questions des policiers. Le policier qui possède des motifs raisonnables de croire que sa sécurité ou celle d'autrui est menacée peut soumettre la personne qu'il détient à une fouille par palpation préventive. Il convient de distinguer les détentions aux fins d'enquête ainsi que le pouvoir de fouille préventive y afférent des arrestations et du pouvoir de fouille y afférent.

En l'espèce, la saisie de la marijuana a contrevenu à l'art. 8 de la *Charte*. Les policiers possédaient des motifs raisonnables de détenir M et d'effectuer une fouille préventive, mais ils n'avaient aucun motif raisonnable de fouiller la poche de M. Cet aspect plus envahissant de la fouille a constitué une violation abusive des attentes raisonnables de M en matière de respect de sa vie privée à l'égard du contenu de ses poches. Qui plus est, le ministère public ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la fouille n'avait pas été effectuée de manière abusive.

La preuve doit être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*. Comme la marijuana n'avait pas été obtenue en mobilisant M contre lui-même, le juge du procès a commis une erreur en déclarant la preuve inadmissible pour le motif que son utilisation compromettrait l'équité du procès, mais sa décision d'écarter cette preuve était fondée. La fouille a excédé ce qui était nécessaire pour atténuer les inquiétudes relatives à la sécurité du policier et révèle une atteinte grave au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garantie à M. Lorsque le policier a glissé sa main à l'intérieur de la poche du vêtement de M, la fouille a changé d'objet. Elle a cessé d'être axée sur des considérations de sécurité pour viser plutôt la détection et la cueillette d'éléments de preuve, devenant ainsi une fouille effectuée en vue de trouver des preuves, et ce en l'absence de motifs raisonnables et probables. Bien qu'une fouille par palpation soit une procédure peu envahissante, la fouille de la poche intérieure du vêtement de M doit être mise en balance avec l'absence de tout motif raisonnable la justifiant. La bonne foi du policier n'est qu'un des facteurs de l'analyse. Elle doit être examinée en corrélation avec d'autres facteurs touchant à la gravité de l'atteinte et elle ne peut être invoquée lorsque la violation de la *Charte* découle d'une erreur déraisonnable d'un agent de police ou de la méconnaissance de l'étendue de son pouvoir. Enfin, bien

inclusion of the evidence would adversely affect the administration of justice.

*Per Bastarache and Deschamps JJ. (dissenting):* There is a common law power to detain and search those who the police have an articulable cause to believe have been or will be involved in the commission of a criminal offence. In formulating the standard which must be met in order to give rise to the common law power to detain, the term “articulable cause” is preferable to the term “reasonable grounds to detain”. It is a criterion which Canadian courts are familiar with and which they have had little difficulty applying. More importantly, using the term “reasonable grounds” could lead to the erroneous conclusion that the same degree of justification is required to detain as to arrest, which would undermine the very purpose of the common law power to detain. A search incidental to detention has to be rationally connected to the purpose of the initial detention and reasonably necessary to either to ensure the security of police officers or the public, to preserve evidence or to prevent the escape of an offender. Under appropriate circumstances, other goals might be permissible. However, since the power of search incidental to detention is less extensive than the power of search incidental to arrest, the objective of discovering evidence of a crime could not justify a search incidental to investigative detention.

While the search of M’s pocket violated s. 8 of the *Charter*, the evidence should not be excluded pursuant to s. 24(2). First, the evidence obtained by the police was not conscriptive and would not affect the fairness of the trial. Second, the *Charter* violation was not serious. The search was conducted in good faith, and the evidence was found during a search which was so closely related to a legal search that it amounted to a minuscule departure from what would have been permissible. Third, M is charged with a serious offence and the evidence is essential to the Crown’s case. Here, it is the exclusion of the evidence, not its inclusion, which would bring the administration of justice into disrepute.

que l’exclusion de la preuve affaiblisse considérablement la preuve de la Couronne contre l’appelant, voire la réduise à néant, et que la possession de marijuana en vue d’en faire le trafic soit une infraction grave, la nature des droits fondamentaux en cause et l’absence de fondement raisonnable justifiant la fouille tendent à indiquer que l’inclusion de la preuve déconsidérerait l’administration de la justice.

*Les juges Bastarache et Deschamps (dissidents) :* Il existe en common law un pouvoir autorisant les policiers à détenir et à fouiller une personne lorsqu’ils ont des motifs concrets de croire que celle-ci a participé ou participera à la perpétration d’une infraction criminelle. Dans la formulation de la norme qui doit être respectée pour que naisse le pouvoir de détention reconnu par la common law, il faut préférer l’expression « motifs concrets » à l’expression « motifs raisonnables de détention ». Il s’agit d’un critère avec lequel les tribunaux canadiens sont familiers et qu’ils éprouvent peu de difficulté à appliquer. Facteur plus important, l’emploi de l’expression « motifs raisonnables » pourrait amener à conclure erronément que le degré de justification requis à l’égard d’une détention est le même qu’à l’égard d’une arrestation, situation qui contrecarrerait l’objectif même du pouvoir de détention reconnu par la common law. Toute fouille accessoire à une détention doit comporter un lien logique avec l’objectif de la détention initiale et être raisonnablement nécessaire pour assurer la sécurité des policiers ou du public, pour préserver des éléments de preuve ou pour empêcher l’évasion d’un prévenu. Selon les circonstances, d’autres objectifs pourraient être acceptables. Comme le pouvoir de fouille accessoire à une détention est moins étendu que le pouvoir de fouille accessoire à une arrestation, l’objectif consistant à découvrir des éléments de preuve d’un crime ne saurait justifier une fouille accessoire à une détention aux fins d’enquête.

Bien que la fouille de la poche du vêtement de M ait violé l’art. 8 de la *Charte*, la preuve ne devrait pas être écartée en application du par. 24(2). Premièrement, la preuve recueillie par les policiers n’a pas été obtenue en mobilisant M contre lui-même et son utilisation ne compromettrait pas l’équité du procès. Deuxièmement, il n’y a pas eu violation grave de la *Charte*. La fouille a été exécutée de bonne foi et les éléments de preuve ont été trouvés au cours d’une fouille qui était si intimement liée à une fouille légale qu’elle n’a constitué qu’une violation minime. Troisièmement, M est accusé d’une infraction grave et les éléments recueillis sont essentiels à la preuve de la Couronne. En l’espèce, c’est l’exclusion de la preuve, et non son inclusion, qui déconsidérerait l’administration de la justice.



**Cases Cited**

By Iacobucci J.

**Referred to:** *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311; *R. v. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182; *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197; *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312; *R. v. Asante-Mensah*, [2003] 2 S.C.R. 3, 2003 SCC 38; *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); *United States v. Cortez*, 449 U.S. 411 (1981); *Adams v. Williams*, 407 U.S. 143 (1972); *United States v. Mendenhall*, 446 U.S. 544 (1980); *United States v. Hensley*, 469 U.S. 221 (1985); *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30; *R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83; *Minnesota v. Dickerson*, 508 U.S. 366 (1993); *U.S. v. Casado*, 303 F.3d 440 (2002); *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341.

By Deschamps J. (dissenting)

*R. v. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182; *R. v. Davis* (2004), 346 A.R. 141, 2004 ABCA 33; *R. v. Campbell* (2003), 175 C.C.C. (3d) 452, 2003 MBCA 76; *R. v. Bernard*, [2003] Q.J. No. 5394 (QL); *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *R. v. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30; *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8.

**Statutes and Regulations Cited**

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 8, 9, 10(a), (b), 24.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 494, 495, 504.  
*Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, s. 5(2).

**Authors Cited**

Coughlan, Steve. "Search Based on Articulate Cause: Proceed with Caution or Full Stop?" (2002), 2 C.R. (6th) 49.

**Jurisprudence**

Citée par le juge Iacobucci

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311; *R. c. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182; *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197; *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312; *R. c. Asante-Mensah*, [2003] 2 R.C.S. 3, 2003 CSC 38; *Terry c. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); *United States c. Cortez*, 449 U.S. 411 (1981); *Adams c. Williams*, 407 U.S. 143 (1972); *United States c. Mendenhall*, 446 U.S. 544 (1980); *United States c. Hensley*, 469 U.S. 221 (1985); *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30; *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, 2001 CSC 83; *Minnesota c. Dickerson*, 508 U.S. 366 (1993); *U.S. c. Casado*, 303 F.3d 440 (2002); *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341.

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

*R. c. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182; *R. c. Davis* (2004), 346 A.R. 141, 2004 ABCA 33; *R. c. Campbell* (2003), 175 C.C.C. (3d) 452, 2003 MBCA 76; *R. c. Bernard*, [2003] J.Q. n° 5394 (QL); *Terry c. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *R. c. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30; *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8.

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 9, 10a), b), 24.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 494, 495, 504.  
*Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, art. 5(2).

**Doctrine citée**

Coughlan, Steve. « Search Based on Articulate Cause : Proceed with Caution or Full Stop? » (2002), 2 C.R. (6th) 49.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

Stribopoulos, James. "A Failed Experiment? Investigative Detention: Ten Years Later" (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 335.

Young, Alan. "All Along the Watchtower: Arbitrary Detention and the Police Function" (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 329.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal, [2002] 11 W.W.R. 435, 166 Man. R. (2d) 260, 169 C.C.C. (3d) 272, 5 C.R. (6th) 305, 101 C.R.R. (2d) 25, [2002] M.J. No. 380 (QL), 2002 MBCA 121, setting aside the accused's acquittal and ordering a new trial. Appeal allowed, Bastarache and Deschamps JJ. dissenting.

*Amanda Sansregret* and *Bruce F. Bonney*, for the appellant.

*S. David Frankel, Q.C.*, and *François Lacasse*, for the respondent.

*Michal Fairburn*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Greg Preston* and *Brad Mandrusiak*, for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police.

*Maureen D. Forestell*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Christopher D. Brecht* and *Elissa M. Goodman*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of Iacobucci, Major, Binnie, LeBel and Fish JJ. was delivered by

IACOBUCCI J. —

## I. Introduction

<sup>1</sup> This appeal presents fundamental issues on the right of individuals to walk the streets free from state interference, but in recognition of the necessary role of the police in criminal investigation. As such, this case offers another opportunity to consider the delicate balance that must be struck in adequately

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

Stribopoulos, James. « A Failed Experiment? Investigative Detention : Ten Years Later » (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 335.

Young, Alan. « All Along the Watchtower : Arbitrary Detention and the Police Function » (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 329.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba, [2002] 11 W.W.R. 435, 166 Man. R. (2d) 260, 169 C.C.C. (3d) 272, 5 C.R. (6th) 305, 101 C.R.R. (2d) 25, [2002] M.J. No. 380 (QL), 2002 MBCA 121, qui a annulé l'acquiescement de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, les juges Bastarache et Deschamps sont dissidents.

*Amanda Sansregret* et *Bruce F. Bonney*, pour l'appelant.

*S. David Frankel, c.r.*, et *François Lacasse*, pour l'intimée.

*Michal Fairburn*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Greg Preston* et *Brad Mandrusiak*, pour l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police.

*Maureen D. Forestell*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Christopher D. Brecht* et *Elissa M. Goodman*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement des juges Iacobucci, Major, Binnie, LeBel et Fish rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

## I. Introduction

Le présent pourvoi soulève des questions fondamentales concernant le droit des citoyens de circuler dans les rues sans être dérangés par l'État, compte tenu toutefois du rôle nécessaire que joue la police dans les enquêtes criminelles. Nous avons donc en l'espèce une autre occasion d'examiner l'équilibre

protecting individual liberties and properly recognizing legitimate police functions.

In particular, the following issues are squarely before the Court: (i) whether there exists, at common law, a police power to detain individuals for investigative purposes; and (ii) if so, whether there exists a concomitant common law power of search incident to such investigative detentions. Additionally, I consider (iii) whether any existing detention and/or search power was properly exercised; and (iv) if the appellant's rights were violated, whether the evidence ought to be excluded under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

As explained in the reasons that follow, I conclude that the police in this case were empowered at common law to detain the appellant and to search him for protective purposes. Like the trial judge, however, I believe that their search fell outside the ambit of what is permissible, and that the unconstitutionally obtained evidence was properly excluded. Accordingly, I would allow the appeal and restore the acquittal entered at trial.

## II. Facts

On December 23, 2000, shortly before midnight, two police officers received a radio dispatch message detailing a break and enter in progress in a neighbouring district of downtown Winnipeg. The suspect was described as a 21-year-old aboriginal male, approximately five feet eight inches tall, weighing about 165 pounds, clad in a black jacket with white sleeves, and thought to be one "Zachary Parisienne".

As the officers approached the scene of the reported crime, they observed an individual walking casually along the sidewalk. They testified that this individual matched the description of the suspect "to the tee". The officers stopped the appellant, Philip Mann, and asked him to identify

délicat qui doit être établi pour protéger adéquatement les libertés individuelles et reconnaître comme il se doit des fonctions légitimes de la police.

Plus précisément, notre Cour est directement saisie des questions suivantes : (i) Existe-t-il, en common law, un pouvoir habilitant les policiers à détenir une personne aux fins d'enquête? (ii) Dans l'affirmative, ces détentions aux fins d'enquête sont-elles assorties d'un pouvoir de fouille accessoire concomitant, lui aussi reconnu par la common law? En outre, eu égard aux faits du présent pourvoi, je vais répondre aux questions suivantes : (iii) Si un tel pouvoir de détention, de fouille ou de détention et de fouille existe, les policiers étaient-ils justifiés de l'exercer? (iv) S'il y a eu atteinte aux droits de l'appelant, la preuve recueillie doit-elle être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Comme il sera expliqué dans les motifs qui suivent, j'estime qu'en l'espèce les policiers étaient habilités par la common law à détenir l'appelant et à le fouiller à des fins préventives. Toutefois, à l'instar du juge du procès, je suis d'avis que la fouille effectuée par les policiers a dépassé les limites de l'acceptable et que la preuve obtenue de façon inconstitutionnelle a été écartée à bon droit. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'acquiescement inscrit au procès.

## II. Les faits

Le 23 décembre 2000, peu avant minuit, deux policiers ont reçu du répartiteur radio un message leur signalant qu'une introduction par effraction était en cours dans un quartier voisin du centre-ville de Winnipeg. Le suspect était décrit comme étant un homme autochtone âgé de 21 ans, mesurant approximativement 5 pi 8 po, pesant 165 lb et portant un blouson noir à manches blanches; on pensait qu'il s'agissait d'un certain « Zachary Parisienne ».

En s'approchant de la scène du crime, les policiers ont aperçu un individu qui marchait tranquillement sur le trottoir. D'après leurs témoignages, cet individu correspondait [TRADUCTION] « en tous points » à la description du suspect. Les policiers ont intercepté l'appelant, Philip Mann, et lui ont

2

3

4

5

himself. The appellant stated his name and provided his date of birth to the officers. He also complied with a pat-down search of his person for concealed weapons. The appellant was wearing a pullover sweater with a kangaroo pouch pocket in the front. During the pat-down search, one officer felt a soft object in this pocket. The officer reached into the appellant's pocket and found a small plastic bag containing 27.55 grams of marijuana. In another pocket, the officer found a number of small plastic baggies, two Valium pills and a treaty status card confirming the appellant's identity.

demandé de s'identifier. Ce dernier a décliné son nom et sa date de naissance aux policiers. Il s'est également plié à une fouille par palpation visant à déterminer s'il était en possession d'une arme dissimulée. L'appelant portait un chandail à poche kangourou. Le policier qui effectuait la fouille a senti un objet mou à l'intérieur de la poche kangourou. Il a glissé sa main dans cette poche et y a trouvé un petit sac en plastique contenant 27,55 grammes de marijuana. Dans une autre poche, il a trouvé un certain nombre de sachets en plastique, deux comprimés de Valium et une carte d'Indien visé par un traité qui confirmait l'identité de l'appelant.

6 The appellant was subsequently arrested and cautioned for the offence of possession for the purpose of trafficking marijuana contrary to s. 5(2) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19.

L'appelant a subséquemment été arrêté pour possession de marijuana en vue d'en faire le trafic, infraction prévue au par. 5(2) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, et on lui a fait la mise en garde habituelle.

### III. Relevant Constitutional Provisions

### III. Les dispositions constitutionnelles pertinentes

#### 7 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

#### *Charte canadienne des droits et libertés*

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

9. Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.

9. Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.

10. Everyone has the right on arrest or detention

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention :

(a) to be informed promptly of the reasons therefor;

a) d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention;

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right;

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(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.

(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.

#### IV. Judicial History

##### A. *Manitoba Provincial Court*

At trial, defence counsel conceded that the police had the power to stop the appellant for investigative purposes because he matched the description of the perpetrator “to the tee”. Conner Prov. Ct. J. did not consider whether informed consent had been given in relation to the search of the appellant’s person.

Conner Prov. Ct. J. held that the police officer was justified in his search of the appellant for security reasons, but that the particular circumstances did not justify reaching into the appellant’s front pocket after feeling a soft item therein. Conner Prov. Ct. J. held that the officer was required to have “some reason to go beyond the pat down search”, and found that there was no basis upon which an inference could be made that it was reasonable to look inside the pocket for security reasons. Consequently, the search of the appellant’s pocket was found to contravene s. 8 of the *Charter*. Accordingly, the evidence was excluded under s. 24(2) of the *Charter*, as its admission would interfere with the fairness of the trial.

B. *Manitoba Court of Appeal* (2002), 169 C.C.C. (3d) 272, 2002 MBCA 121

The Court of Appeal ultimately concluded that the detention and pat-down search were authorized by law and exercised reasonably on the facts. Twaddle J.A. set aside the acquittal and ordered a new trial.

Twaddle J.A. began with the proposition that a warrantless search is *prima facie* unreasonable, and that the burden falls on the Crown to show that the search was nevertheless reasonable on a balance of probabilities. He then turned to consider whether there existed common law authority for the initial detention. Applying the test set out in *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.), he held

#### IV. Historique des procédures judiciaires

##### A. *Cour provinciale du Manitoba*

Au procès, l’avocat de la défense a concédé que, comme l’appelant correspondait « en tous points » à la description de l’auteur de l’infraction, la police avait le pouvoir de l’intercepter aux fins d’enquête. Le juge Conner de la Cour provinciale ne s’est pas demandé si l’appelant avait consenti de façon éclairée à la fouille effectuée sur sa personne.

Le juge Conner a conclu que le policier avait été justifié de fouiller l’appelant pour des raisons de sécurité, mais que les circonstances particulières de l’affaire ne justifiaient pas qu’il glisse sa main à l’intérieur de la poche avant du chandail de l’appelant après y avoir senti la présence d’un objet mou. Concluant que le policier était tenu d’avoir [TRADUCTION] « une raison de ne pas se limiter à la fouille par palpation », le juge Conner a estimé que rien ne permettait d’inférer qu’il était raisonnable d’examiner l’intérieur de la poche pour des raisons de sécurité. Par conséquent, il a été jugé que la fouille de la poche du chandail de l’appelant contrevenait à l’art. 8 de la *Charte*. La preuve a donc été écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*, étant donné que son utilisation était susceptible de compromettre l’équité du procès.

B. *Cour d’appel du Manitoba* (2002), 169 C.C.C. (3d) 272, 2002 MBCA 121

En définitive, la Cour d’appel a jugé que la détention et la fouille par palpation étaient autorisées par la loi et que, eu égard aux faits, elles avaient été effectuées de manière non abusive. Le juge Twaddle a annulé l’acquittement et ordonné la tenue d’un nouveau procès.

Le juge Twaddle est parti du principe qu’une fouille sans mandat est à première vue abusive et qu’il incombe au ministère public d’en établir le caractère non abusif, selon la prépondérance des probabilités. Il s’est ensuite demandé s’il existait en common law un pouvoir autorisant la détention initiale. Appliquant le critère énoncé dans l’arrêt *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.),

8

9

10

11

that the detention was authorized at law based on the facts. He noted that the circumstances fell within the general scope of the duties of a police officer, and that the detention was further justified given the similarity of the appellant's description to that of the suspect.

il a conclu que, à la lumière des faits, la détention était autorisée par la loi. Il a fait remarquer que les circonstances entraient dans le champ général des devoirs d'un policier et que la détention était également justifiée en raison de la similitude entre la description de l'appelant et celle du suspect.

12 With respect to a search power incident to detention, Twaddle J.A. held that the pat-down search, while *prima facie* an unlawful interference with the appellant's liberty, was regardless a justifiable use of power associated with the duties of the police in preserving the peace and protecting life. Twaddle J.A. declined to consider whether the officers' actions could be justified on the basis that they had articulable cause for detaining and searching the appellant.

Relativement au pouvoir de fouille accessoire à la détention, le juge Twaddle a estimé que, bien que constituant à première vue une atteinte illicite à la liberté de l'appelant, la fouille par palpation représentait néanmoins un exercice justifiable du pouvoir relié aux devoirs des policiers de maintenir l'ordre et de protéger la vie. Le juge Twaddle a refusé d'examiner la question de savoir si les actes accomplis par les policiers pouvaient être justifiés par l'existence d'un motif précis ou concret les autorisant à détenir et fouiller l'appelant.

13 Having found the detention and search power to be authorized by law, Twaddle J.A. considered whether the search had been conducted reasonably. He held that it was not unreasonable for the police officer, having found something soft in the front pocket of the appellant's pullover, to continue searching inside the pocket. Twaddle J.A. distinguished between search after arrest and search incident to detention, the latter being limited only to searches for weapons.

Ayant conclu que le pouvoir de détention et de fouille était autorisé par la loi, le juge Twaddle s'est demandé si la fouille avait été effectuée d'une manière non abusive. Il a estimé que le policier n'avait pas agi abusivement en fouillant l'intérieur de la poche avant du chandail de l'appelant après y avoir constaté la présence d'un objet mou. Le juge Twaddle a fait une distinction entre les fouilles effectuées après une arrestation et les fouilles accessoires à une détention, ces dernières se limitant uniquement à la recherche d'armes.

14 Twaddle J.A.'s conclusion on the reasonableness of the search was premised upon the good faith conduct of the officers in carrying out the protective search. He stated that it was not reasonable for the interior of the pocket to be searched absent a finding on the pat-down search of something that either was or could conceal a weapon. However, given the safety rationale underlying the pat-down search, he was wary of placing too rigid a constraint on officers' abilities to ensure a safe environment. Twaddle J.A. held that officers should be allowed some latitude in this regard so long as the search for weapons was conducted in good faith. As the good faith conduct of the officers was unquestioned, Twaddle J.A. concluded that the scope of the search had been reasonable in

La conclusion du juge Twaddle sur le caractère non abusif de la fouille reposait sur la bonne foi démontrée par les policiers dans l'exécution de la fouille préventive. Le juge a affirmé qu'il n'était pas raisonnable de fouiller l'intérieur de la poche à moins d'avoir d'abord trouvé, pendant la fouille par palpation, un objet constituant une arme ou pouvant en dissimuler une. Toutefois, comme des raisons de sécurité motivent les fouilles par palpation, le juge était réticent à imposer des limites trop strictes à la capacité des policiers de sécuriser les lieux. Il a conclu que les policiers doivent jouir d'une certaine latitude à cet égard, pourvu qu'ils agissent de bonne foi lorsqu'ils procèdent à une fouille dans le but de déceler la présence d'armes. La bonne foi des policiers n'étant pas mise en

this case and that there had been no breach of the appellant's right to be secure against unreasonable search or seizure under s. 8 of the *Charter*.

## V. Analysis

### A. *Introduction*

As stated earlier, the issues in this case require the Court to balance individual liberty rights and privacy interests with a societal interest in effective policing. Absent a law to the contrary, individuals are free to do as they please. By contrast, the police (and more broadly, the state) may act only to the extent that they are empowered to do so by law. The vibrancy of a democracy is apparent by how wisely it navigates through those critical junctures where state action intersects with, and threatens to impinge upon, individual liberties.

Nowhere do these interests collide more frequently than in the area of criminal investigation. *Charter* rights do not exist in a vacuum; they are animated at virtually every stage of police action. Given their mandate to investigate crime and keep the peace, police officers must be empowered to respond quickly, effectively, and flexibly to the diversity of encounters experienced daily on the front lines of policing. Despite there being no formal consensus about the existence of a police power to detain for investigative purposes, several commentators note its long-standing use in Canadian policing practice: see A. Young, "All Along the Watchtower: Arbitrary Detention and the Police Function" (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 329, at p. 330; and J. Stribopoulos, "A Failed Experiment? Investigative Detention: Ten Years Later" (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 335, at p. 339.

At the same time, this Court must tread softly where complex legal developments are best left

doute, le juge Twaddle a estimé que l'étendue de la fouille était raisonnable en l'espèce et qu'il n'y avait pas eu atteinte au droit de l'appelant à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*.

## V. Analyse

### A. *Introduction*

Comme il a été expliqué plus tôt, pour trancher les questions qui sont en litige dans le présent pourvoi, la Cour doit mettre en balance les droits à la liberté individuelle et au respect à la vie privée d'une part, et l'intérêt de la société à disposer de services efficaces de maintien de l'ordre. Sauf règle de droit à l'effet contraire, les gens sont libres d'agir comme ils l'entendent. En revanche, les policiers (et, d'une manière plus générale, l'État) ne peuvent agir que dans la mesure où le droit les autorise à le faire. La vitalité d'une démocratie ressort de la sagesse manifestée par celle-ci lors des moments critiques où l'action de l'État intersecte et menace d'entraver des libertés individuelles.

Le domaine des enquêtes criminelles est incontestablement celui où ces intérêts entrent le plus fréquemment en collision. Les droits garantis par la *Charte* n'existent pas dans l'abstrait; ils entrent en jeu pratiquement à toutes les étapes de l'intervention policière. Comme les policiers ont pour mission de protéger la paix publique et d'enquêter sur les crimes, ils doivent être habilités à réagir avec rapidité, efficacité et souplesse aux diverses situations qu'ils rencontrent quotidiennement aux premières lignes du maintien de l'ordre. Malgré l'absence de consensus formel quant à l'existence du pouvoir des policiers de détenir une personne aux fins d'enquête, plusieurs commentateurs signalent que ce pouvoir est utilisé depuis longtemps au Canada en tant que pratique de maintien de l'ordre : voir A. Young, « All Along the Watchtower : Arbitrary Detention and the Police Function » (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 329, p. 330; et J. Stribopoulos, « A Failed Experiment? Investigative Detention : Ten Years Later » (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 335, p. 339.

Par ailleurs, notre Cour doit agir avec circonspection lorsque l'évolution de questions

15

16

17

to the experience and expertise of legislators. As McLachlin J. (as she then was) noted in *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at p. 760, major changes requiring the development of subsidiary rules and procedures relevant to their implementation are better accomplished through legislative deliberation than by judicial decree. It is for that very reason that I do not believe it appropriate for this Court to recognize a general power of detention for investigative purposes. The Court cannot, however, shy away from the task where common law rules are required to be incrementally adapted to reflect societal change. Courts, as its custodians, share responsibility for ensuring that the common law reflects current and emerging societal needs and values: *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 670. Here, our duty is to lay down the common law governing police powers of investigative detention in the particular context of this case.

juridiques complexes requiert l'expérience et l'expertise des législateurs. Comme l'a expliqué la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) aux p. 760-761 de l'arrêt *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, il est préférable que des modifications substantielles exigeant l'élaboration de règles et de procédures subsidiaires liées à leur mise en œuvre soient apportées par voie de débats parlementaires plutôt que par voie de décisions judiciaires. C'est exactement pour cette raison que j'estime qu'il n'est pas indiqué que la Cour reconnaisse l'existence d'un pouvoir général de détention aux fins d'enquête. Toutefois, la Cour ne peut abdiquer le rôle qui lui incombe de veiller à l'adaptation progressive des règles de common law à l'évolution de la société. En tant que gardiens de ces règles, les tribunaux partagent la responsabilité de faire en sorte que la common law reflète l'état actuel des besoins et des valeurs de la société et leur évolution : *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 670. En l'espèce, notre devoir consiste à énoncer les règles de common law qui régissent, dans le contexte particulier de la présente affaire, les pouvoirs des policiers en matière de détention aux fins d'enquête.

18

Where, as in this case, the relevant common law rule has evolved gradually through jurisprudential treatment, the judiciary is the proper forum for the recognition and ordering of further legal developments, absent legislative intervention. Over time, the common law has moved cautiously to carve out a limited sphere for state intrusions on individual liberties in the context of policing. The recognition of a limited police power of investigative detention marks another step in that measured development. It is, of course, open to Parliament to enact legislation in line with what it deems the best approach to the matter, subject to overarching requirements of constitutional compliance. As well, Parliament may seek to legislate appropriate practice and procedural techniques to ensure that respect for individual liberty is adequately balanced against the interest of officer safety. In the meantime, however, the unregulated use of investigative detentions in policing, their uncertain legal status, and the potential for abuse inherent in such low-visibility exercises of discretionary power are

Lorsque, comme c'est le cas dans le présent pourvoi, la règle de common law pertinente a évolué graduellement au fil de décisions judiciaires, les tribunaux sont le cadre indiqué pour reconnaître et arrêter de nouveaux raffinements juridiques en l'absence d'intervention du législateur. Avec le temps, la common law a su ménager prudemment une sphère restreinte d'immixtions étatiques dans les libertés individuelles aux fins de maintien de l'ordre. Le fait de reconnaître aux policiers un pouvoir limité de détention aux fins d'enquête constitue une autre étape dans cette évolution progressive. Certes, le Parlement est libre d'édicter une loi établissant la démarche qu'il juge la meilleure à cet égard, pourvu qu'il se conforme aux exigences primordiales de la Constitution. De même, il est possible que le Parlement veuille instaurer, par voie législative, des pratiques et procédures propres à établir un juste équilibre entre le respect des libertés individuelles et l'intérêt de la société à assurer la sécurité des policiers. Dans l'intervalle, cependant, l'emploi non réglementé des détentions aux fins d'enquête



all pressing reasons why the Court must exercise its custodial role.

“Detention” has been held to cover, in Canada, a broad range of encounters between police officers and members of the public. Even so, the police cannot be said to “detain”, within the meaning of ss. 9 and 10 of the *Charter*, every suspect they stop for purposes of identification, or even interview. The person who is stopped will in all cases be “detained” in the sense of “delayed”, or “kept waiting”. But the constitutional rights recognized by ss. 9 and 10 of the *Charter* are not engaged by delays that involve no significant physical or psychological restraint. In this case, the trial judge concluded that the appellant was detained by the police when they searched him. We have not been urged to revisit that conclusion and, in the circumstances, I would decline to do so.

A detention for investigative purposes is, like any other detention, subject to *Charter* scrutiny. Section 9 of the *Charter*, for example, provides that everyone has the right “not to be arbitrarily detained”. It is well recognized that a lawful detention is not “arbitrary” within the meaning of that provision. Consequently, an investigative detention that is carried out in accordance with the common law power recognized in this case will not infringe the detainee’s rights under s. 9 of the *Charter*.

Section 10(a) of the *Charter* provides that “[e]veryone has the right on arrest or detention to be informed promptly of the reasons therefor.” At a minimum, individuals who are detained for investigative purposes must therefore be advised, in clear and simple language, of the reasons for the detention.

Section 10(b) of the *Charter* raises more difficult issues. It enshrines the right of detainees “to retain and instruct counsel without delay and to be

en matière de maintien de l’ordre, le statut juridique incertain de ce type de détention et le risque d’abus que comporte intrinsèquement l’exercice difficilement observable de tels pouvoirs discrétionnaires constituent autant de raisons urgentes pour lesquelles la Cour doit exercer son rôle de gardien de la common law.

Au Canada, il a été jugé que le terme « détention » vise un large éventail de contacts entre les policiers et les citoyens. Malgré tout, il est impossible d’affirmer que la police « détient », au sens des art. 9 et 10 de la *Charte*, tout suspect qu’elle intercepte aux fins d’identification ou même d’interrogation. La personne interceptée est dans tous les cas « détenue » en ce sens qu’elle est « retenue » ou « retardée ». Cependant, les droits constitutionnels reconnus par les art. 9 et 10 de la *Charte* n’entrent pas en jeu lorsque le retard n’implique pas l’application de contraintes physiques ou psychologiques appréciables. En l’espèce, le juge du procès a conclu que l’appelant avait été détenu par les policiers lorsqu’ils l’ont fouillé. On ne nous a pas demandé de réexaminer cette conclusion et, dans les circonstances, je m’abstiendrai de le faire.

Comme toute autre détention, les détentions aux fins d’enquête doivent respecter les dispositions de la *Charte*. Par exemple, l’art. 9 de la *Charte* précise que chacun a droit « à la protection contre la détention [...] arbitrair[e] ». Il est bien établi qu’une détention légale n’est pas « arbitraire » au sens de cette disposition. Par conséquent, une détention aux fins d’enquête exécutée conformément au pouvoir fondé sur la common law reconnu en l’espèce ne porte pas atteinte aux droits que l’art. 9 de la *Charte* garantit à la personne détenue.

Aux termes de l’al. 10a) de la *Charte*, « [c]hacun a le droit, en cas d’arrestation ou de détention [...] d’être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention. » En conséquence, une personne détenue aux fins d’enquête doit au minimum être informée en langage clair et simple des motifs de la détention.

L’alinéa 10b) de la *Charte* soulève des questions plus complexes. Il consacre le droit du détenu « d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un

19

20

21

22

informed of that right". Like every other provision of the *Charter*, s. 10(b) must be purposively interpreted. Mandatory compliance with its requirements cannot be transformed into an excuse for prolonging, unduly and artificially, a detention that, as I later mention, must be of brief duration. Other aspects of s. 10(b), as they arise in the context of investigative detentions, will in my view be left to another day. They should not be considered and settled without the benefit of full consideration in the lower courts, which we do not have in this case.

#### B. *The Common Law Development of Investigative Detention*

23

A number of cases occurring over the years have culminated in the recognition of a limited power of officers to detain for investigative purposes.

24

The test for whether a police officer has acted within his or her common law powers was first expressed by the English Court of Criminal Appeal in *Waterfield*, *supra*, at pp. 660-61. From the decision emerged a two-pronged analysis where the officer's conduct is *prima facie* an unlawful interference with an individual's liberty or property. In those situations, courts must first consider whether the police conduct giving rise to the interference falls within the general scope of any duty imposed on the officer by statute or at common law. If this threshold is met, the analysis continues to consider secondly whether such conduct, albeit within the general scope of such a duty, involved an unjustifiable use of powers associated with the duty.

25

This Court has adopted, refined and incrementally applied the *Waterfield* test in several contexts, including the pre-*Charter* lawfulness of random automobile stops under the Reduced Impaired Driving Everywhere (R.I.D.E.) Program (*Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2); the scope of police power to search incident to lawful arrest (*Cloutier*

avocat et d'être informé de ce droit ». Comme toutes les autres dispositions de la *Charte*, l'al. 10b) doit être interprété téléologiquement. L'observation des conditions prescrites par cette disposition ne saurait être utilisée comme une excuse pour prolonger indûment et artificiellement une détention qui, comme je le précise plus loin, doit être brève. D'autres aspects de l'al. 10b) qui se présentent dans le contexte des détentions aux fins d'enquête seront à mon avis considérés à une autre occasion. Il ne convient pas de les examiner et d'en décider sans le bénéfice d'un examen approfondi devant les juridictions inférieures, avantage dont nous ne disposons pas dans la présente affaire.

#### B. *L'évolution en common law de la détention aux fins d'enquête*

Un certain nombre de décisions rendues au fil des années ont abouti à la reconnaissance en faveur des policiers d'un pouvoir limité de détention aux fins d'enquête.

Le critère servant à déterminer si un policier a agi conformément aux pouvoirs que lui confère la common law a d'abord été formulé par la Cour d'appel d'Angleterre en matière de juridiction criminelle dans l'arrêt *Waterfield*, précité, p. 660-661. Il s'est dégagé de cet arrêt une analyse à deux volets applicable lorsque la conduite du policier constitue à première vue une atteinte illicite à la liberté ou aux biens d'une personne. En pareil cas, le tribunal se demande d'abord si la conduite du policier à l'origine de l'atteinte entre dans le cadre général d'un devoir imposé à ce dernier par une loi ou par la common law. Si cette condition préliminaire a été satisfaite, le tribunal poursuit l'analyse et se demande si cette conduite, bien qu'elle respecte le cadre général du devoir en question, a donné lieu à un emploi injustifiable de pouvoirs afférents à ce devoir.

Notre Cour a adopté, précisé puis appliqué progressivement le critère de l'arrêt *Waterfield* dans plusieurs contextes, notamment les suivants : la légalité — avant l'entrée en vigueur de la *Charte* — de l'interception au hasard d'automobiles dans le cadre du programme *Reduced Impaired Driving Everywhere* (R.I.D.E.) (*Dedman c. La Reine*, [1985]

*v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158); and the scope of police authority to investigate 911 calls (*R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311).

At the first stage of the *Waterfield* test, police powers are recognized as deriving from the nature and scope of police duties, including, at common law, “the preservation of the peace, the prevention of crime, and the protection of life and property” (*Dedman, supra*, at p. 32). The second stage of the test requires a balance between the competing interests of the police duty and of the liberty interests at stake. This aspect of the test requires a consideration of

whether an invasion of individual rights is necessary in order for the peace officers to perform their duty, and whether such invasion is reasonable in light of the public purposes served by effective control of criminal acts on the one hand and on the other respect for the liberty and fundamental dignity of individuals.

(*Cloutier, supra*, at pp. 181-82)

The reasonable necessity or justification of the police conduct in the specific circumstances is highlighted at this stage. Specifically, in *Dedman, supra*, at p. 35, Le Dain J. provided that the necessity and reasonableness for the interference with liberty was to be assessed with regard to the nature of the liberty interfered with and the importance of the public purpose served.

The Court of Appeal for Ontario helpfully added a further gloss to this second stage of the *Waterfield* test in *R. v. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182, at p. 200, by holding that investigative detentions are only justified at common law “if the detaining officer has some ‘articulable cause’ for the detention”, a concept borrowed from U.S. jurisprudence. Articulable cause was defined by Doherty J.A., at p. 202, as:

2 R.C.S. 2); l’étendue du pouvoir des policiers de procéder à une fouille accessoire à une arrestation légitime (*Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158); l’étendue des pouvoirs des policiers d’enquêter sur les appels au 911 (*R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311).

À la première étape du critère de l’arrêt *Waterfield*, on reconnaît que les pouvoirs des policiers découlent de la nature et de l’étendue de leurs devoirs, y compris, selon la common law, « le maintien de la paix, la prévention du crime et la protection de la vie des personnes et des biens » (*Dedman*, précité, p. 32). À la deuxième étape du critère, il faut établir un juste équilibre entre les intérêts qui s’opposent, à savoir les devoirs des policiers et les droits à la liberté qui sont en jeu. Pour appliquer ce volet du critère, il faut

déterminer si une atteinte aux droits individuels est nécessaire à l’accomplissement du devoir des agents de la paix, et si elle est raisonnable, compte tenu des intérêts d’ordre public servis par, d’un côté, la répression efficace des agissements criminels, et de l’autre, le respect de la liberté et de la dignité fondamentale des individus.

(*Cloutier*, précité, p. 181-182)

À cette étape, le tribunal s’attache à la nécessité ou à la justification raisonnable de la conduite du policier dans les circonstances particulières de l’affaire. De façon plus précise, le juge Le Dain a indiqué, à la p. 35 de l’arrêt *Dedman*, précité, que la nécessité et le caractère raisonnable de l’atteinte à la liberté doivent être évaluées en tenant compte de la nature de la liberté entravée et de l’importance de l’intérêt public servi par cette atteinte.

Dans l’arrêt *R. c. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182, la Cour d’appel de l’Ontario a donné des précisions utiles sur ce deuxième volet du critère établi dans l’arrêt *Waterfield*, concluant à la p. 200 que les détentions aux fins d’enquête ne sont justifiées en common law que [TRANSCRIPTION] « dans les cas où l’agent qui procède à la détention a des “motifs concrets” de le faire », concept emprunté à la jurisprudence américaine. Le juge Doherty a défini ainsi la notion de « motifs concrets » à la p. 202 :

26

27

... a constellation of objectively discernible facts which give the detaining officer reasonable cause to suspect that the detainee is criminally implicated in the activity under investigation.

Articulable cause, while clearly a threshold somewhat lower than the reasonable and probable grounds required for lawful arrest (*Simpson, supra*, at p. 203), is likewise both an objective and subjective standard (*R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241, at p. 250; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13, at para. 29).

[TRADUCTION] ... un ensemble de faits objectivement discernables donnant à l'agent qui exerce la détention un motif raisonnable de soupçonner que la personne détenue est criminellement impliquée dans l'activité faisant l'objet de l'enquête.

Bien qu'étant un critère clairement moins exigeant que les motifs raisonnables et probables requis pour qu'il y ait une arrestation légale (*Simpson*, précité, p. 203), les motifs concrets constituent eux aussi une norme à la fois objective et subjective (*R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241, p. 250; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, par. 29).

28 Doherty J.A. limited the scope of common law investigative detention by explaining that the articulable cause requirement was only an initial step in the ultimate determination of "whether the detention was justified in the totality of the circumstances", and was thus a lawful exercise of the officer's common law powers under *Waterfield* (*Simpson, supra*, at p. 203). The court did not, however, set concrete guidelines concerning investigative detentions, leaving the matter to be resolved on a case by case approach to the power.

Le juge Doherty a limité la portée des détentions aux fins d'enquête reconnues par la common law en expliquant que l'obligation de disposer de motifs concrets n'était qu'une première étape pour décider en définitive [TRADUCTION] « si la détention était justifiée au regard de l'ensemble des circonstances », et qu'elles constituaient ainsi l'exercice légitime des pouvoirs fondés sur la common law reconnus aux policiers dans l'arrêt *Waterfield* (*Simpson*, précité, p. 203). La Cour d'appel n'a cependant pas établi de lignes directrices concrètes à l'égard des détentions aux fins d'enquête, laissant ainsi la question de l'application du pouvoir être tranchée selon les circonstances propres à chaque cas.

29 The Court of Appeal of Quebec did not find it necessary to apply the articulable cause doctrine in *R. v. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197. Relying upon the *Waterfield* test, Fish J.A. (as he then was) recognized a narrow police power at common law to set up immediate road blocks along an obvious avenue of escape from the scene of a serious crime. Fish J.A.'s comments on the exercise of this power focus specifically on its reasonable necessity in the totality of the circumstances (p. 205). The road block in *Murray* was set up immediately after the commission of a crime and was limited to an obvious escape route for the sole purpose of apprehending the fleeing perpetrators.

La Cour d'appel du Québec n'a pas jugé nécessaire d'appliquer la doctrine des motifs concrets dans l'arrêt *R. c. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197. Se fondant sur le critère établi dans l'arrêt *Waterfield*, le juge Fish a reconnu l'existence en common law d'un pouvoir restreint autorisant les policiers à ériger sans délai des barrages routiers sur une route clairement susceptible d'être empruntée pour fuir les lieux d'un crime grave. Les observations du juge Fish concernant l'exercice de ce pouvoir s'attachent précisément au critère de la nécessité raisonnable eu égard à l'ensemble des circonstances (p. 205). Dans l'arrêt *Murray*, le barrage routier avait été érigé immédiatement après la commission du crime, uniquement sur une route clairement susceptible d'être empruntée, et ce dans le seul but d'appréhender les auteurs du crime.

30 In *Simpson, supra*, at p. 202, the Court of Appeal for Ontario held that articulable cause was not

À la page 202 de l'arrêt *Simpson*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que les motifs concrets

sustained merely by the officer's hunch based on intuition gained by experience. Indeed, in *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312, the majority endorsed the *Simpson* approach to the assessment of evidence, at para. 24, and Major J. in dissent, albeit on another point, acknowledged, at para. 52, that "reasonable grounds" to suspect was equivalent to the articulable cause standard. More recently, this Court endorsed the *Simpson* formulation of the second prong of the *Waterfield* test as providing a broad range of factors to assess justification in the context of criminal law without reference to an investigative detention power: see *Godoy*, *supra*, at para. 18; *R. v. Asante-Mensah*, [2003] 2 S.C.R. 3, 2003 SCC 38, at para. 75.

As mentioned above, the articulable cause standard discussed in *Simpson* has been adopted from American Fourth Amendment jurisprudence, namely the "stop and frisk" doctrine with its genesis in *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968). The doctrine developed as an exception to the Fourth Amendment right to be free from unreasonable search and seizure, where detention is viewed as a "seizure" of the person. The United States Supreme Court held in *Terry* that a police officer may seize an individual reasonably suspected of imminent or on-going criminal activity, ask questions of him or her, and perform a limited frisk search for weapons. Subsequent jurisprudence requires the totality of the circumstances to be taken into account when determining that sufficient reasonable articulable suspicion of criminal activity exists to justify the seizure (see *United States v. Cortez*, 449 U.S. 411 (1981)).

The U.S. case law has evolved significantly since *Terry*. Police authority was expanded in *Adams v. Williams*, 407 U.S. 143 (1972), beyond imminent

ne sauraient reposer sur la seule intuition du policier, basée sur son expérience. De fait, dans l'arrêt *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312, les juges majoritaires ont approuvé la méthode d'appréciation de la preuve retenue au par. 24 de l'arrêt *Simpson*, et le juge Major, dissident sur un autre point, a reconnu au par. 52 que l'expression « motifs raisonnables » de soupçonner était équivalente à la norme des motifs concrets (ou motifs précis). Plus récemment, notre Cour a souscrit à la formulation donnée dans l'arrêt *Simpson* du deuxième volet du critère de l'arrêt *Waterfield*, selon laquelle un large éventail de facteurs doivent être pris en considération pour décider si un comportement est justifié en droit criminel, sans toutefois faire état d'aucun pouvoir de détention aux fins d'enquête : voir *Godoy*, précité, par. 18; *R. c. Asante-Mensah*, [2003] 2 R.C.S. 3, 2003 CSC 38, par. 75.

Comme il a été mentionné précédemment, la norme des motifs concrets examinée dans l'arrêt *Simpson* a été empruntée à la jurisprudence américaine sur le Quatrième amendement, en l'occurrence la doctrine de [TRADUCTION] « l'interpellation et de la fouille sommaire », qui tire son origine de l'arrêt *Terry c. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968). Cette doctrine a été élaborée en tant qu'exception au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives que garantit le Quatrième amendement, où la détention est considérée comme une « saisie » de la personne. Dans l'arrêt *Terry*, la Cour suprême des États-Unis a jugé qu'un policier peut ainsi se saisir d'un individu lorsqu'il a des motifs raisonnables de soupçonner que ce dernier est soit sur le point de se livrer à une activité criminelle soit en train de le faire, il peut lui poser des questions et il peut procéder à une fouille par palpation sommaire de cet individu pour vérifier s'il a des armes sur lui. Il ressort de la jurisprudence subséquente que les tribunaux doivent tenir compte de l'ensemble des circonstances pour décider s'il y a suffisamment de soupçons précis et raisonnables de l'existence d'une activité criminelle pour justifier la saisie (voir *United States c. Cortez*, 449 U.S. 411 (1981)).

La jurisprudence américaine a évolué de façon considérable depuis l'arrêt *Terry*. Dans *Adams c. Williams*, 407 U.S. 143 (1972), la cour a élargi le

violent offences to possessory offences reported by reliable informants. In 1980, *United States v. Mendenhall*, 446 U.S. 544 (1980), the U.S. Supreme Court developed a no-seizure rule permitting brief detentions of individuals where reasonable suspicion is lacking. Five years later, in *United States v. Hensley*, 469 U.S. 221 (1985), the U.S. Supreme Court extended *Terry* and *Adams* to permit detention and questioning of persons suspected of involvement in completed felonies, where the suspicion was grounded in specific and articulable facts, on the basis of a public interest in investigating crime and safeguarding the public.

pouvoir des policiers, le rendant applicable non plus seulement aux infractions de violence imminentes mais également aux infractions de possession signalées par des indicateurs fiables. En 1980, dans l'arrêt *United States c. Mendenhall*, 446 U.S. 544 (1980), la Cour suprême des États-Unis a élaboré une règle fondée sur l'absence de saisie qui permet de détenir brièvement des personnes qui ne font par ailleurs pas l'objet de soupçons raisonnables. Cinq ans plus tard, dans l'arrêt *United States c. Hensley*, 469 U.S. 221 (1985), la Cour suprême des États-Unis a élargi la portée des arrêts *Terry* et *Adams*, afin de permettre la détention et l'interrogatoire des personnes soupçonnées d'être impliquées dans des infractions majeures complétées, lorsque les soupçons reposent sur des faits précis et concrets, au motif qu'il est dans l'intérêt général que la police enquête sur les crimes et veille à la protection du public.

33 With respect to terminology, I prefer to use the term "reasonable grounds to detain" rather than the U.S. phrase "articulable cause" since Canadian jurisprudence has employed reasonable grounds in analogous circumstances and has provided useful guidance to decide the issues in question. As I discuss below, the reasonable grounds are related to the police action involved, namely, detention, search or arrest.

Pour ce qui est de la terminologie, je préfère l'emploi des termes « motifs raisonnables de détention » à l'expression américaine « motifs concrets », puisque la jurisprudence canadienne a employé la notion de motifs raisonnables dans des situations analogues et fourni des lignes directrices utiles pour décider des questions pertinentes. Comme je vais l'expliquer, les motifs raisonnables se rattachent à l'action policière en cause, à savoir la détention, la fouille ou l'arrestation.

34 The case law raises several guiding principles governing the use of a police power to detain for investigative purposes. The evolution of the *Waterfield* test, along with the *Simpson* articulable cause requirement, calls for investigative detentions to be premised upon reasonable grounds. The detention must be viewed as reasonably necessary on an objective view of the totality of the circumstances, informing the officer's suspicion that there is a clear nexus between the individual to be detained and a recent or on-going criminal offence. Reasonable grounds figures at the front-end of such an assessment, underlying the officer's reasonable suspicion that the particular individual is implicated in the criminal activity under investigation. The overall reasonableness of the decision to detain, however, must further be assessed against all of the circumstances, most notably the extent to which the

Il ressort de la jurisprudence plusieurs principes directeurs régissant l'utilisation du pouvoir des policiers en matière de détention aux fins d'enquête. L'évolution du critère formulé dans l'arrêt *Waterfield*, de même que l'obligation des policiers de disposer de motifs concrets établie dans l'arrêt *Simpson*, requiert que les détentions aux fins d'enquête reposent sur des motifs raisonnables. La détention doit être jugée raisonnablement nécessaire suivant une considération objective de l'ensemble des circonstances qui sont à la base de la conviction du policier qu'il existe un lien clair entre l'individu qui sera détenu et une infraction criminelle récente ou en cours. La question des motifs raisonnables intervient dès le départ dans cette détermination, car ces motifs sont à la base des soupçons raisonnables du policier que l'individu en cause est impliqué dans l'activité criminelle visée par l'enquête. Toutefois,

interference with individual liberty is necessary to perform the officer's duty, the liberty interfered with, and the nature and extent of that interference, in order to meet the second prong of the *Waterfield* test.

Police powers and police duties are not necessarily correlative. While the police have a common law duty to investigate crime, they are not empowered to undertake any and all action in the exercise of that duty. Individual liberty interests are fundamental to the Canadian constitutional order. Consequently, any intrusion upon them must not be taken lightly and, as a result, police officers do not have *carte blanche* to detain. The power to detain cannot be exercised on the basis of a hunch, nor can it become a *de facto* arrest.

### C. Search Powers Incident to Investigative Detention

Any search incidental to the limited police power of investigative detention described above is necessarily a warrantless search. Such searches are presumed to be unreasonable unless they can be justified, and hence found reasonable, pursuant to the test established in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. Under *Collins*, warrantless searches are deemed reasonable if (a) they are authorized by law, (b) the law itself is reasonable, and (c) the manner in which the search was carried out was also reasonable (p. 278). The Crown bears the burden of demonstrating, on the balance of probabilities, that the warrantless search was authorized by a reasonable law and carried out in a reasonable manner: *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30, at para. 32.

pour satisfaire au deuxième volet du critère établi dans l'arrêt *Waterfield*, le caractère globalement non abusif de la décision de détenir une personne doit également être apprécié au regard de l'ensemble des circonstances, principalement la mesure dans laquelle il est nécessaire au policier de porter atteinte à une liberté individuelle afin d'accomplir son devoir, la liberté à laquelle il est porté atteinte, ainsi que la nature et l'étendue de cette atteinte.

Il n'y a pas nécessairement correspondance entre les pouvoirs dont disposent les policiers et les devoirs qui leur incombent. Bien que, suivant la common law, les policiers aient l'obligation d'enquêter sur les crimes, ils ne sont pas pour autant habilités à prendre n'importe quelle mesure pour s'acquitter de cette obligation. Les droits relatifs à la liberté individuelle constituent un élément fondamental de l'ordre constitutionnel canadien. Il ne faut donc pas prendre les atteintes à ces droits à la légère et, en conséquence, les policiers n'ont pas carte blanche en matière de détention. Le pouvoir de détention ne saurait être exercé sur la foi d'une intuition ni donner lieu dans les faits à une arrestation.

### C. Pouvoirs de fouille accessoires à une détention aux fins d'enquête

Toute fouille accomplie accessoirement dans l'exercice du pouvoir limité des policiers de détenir une personne aux fins d'enquête — qui a été décrit précédemment — constitue nécessairement une fouille sans mandat. De telles fouilles sont présumées abusives à moins qu'elles puissent être justifiées et, partant, jugées non abusives conformément au critère établi dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. D'après cet arrêt, une fouille sans mandat est réputée non abusive lorsque les conditions suivantes sont réunies : a) elle est autorisée par la loi; b) la loi elle-même n'a rien d'abusif; c) la fouille n'a pas non plus été effectuée de manière abusive (p. 278). Il incombe au ministère public d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que la fouille effectuée sans mandat était autorisée par une loi non abusive et qu'elle n'a pas été effectuée de manière abusive : *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30, par. 32.

35

36

37 This appeal marks the first opportunity for the Court to discuss whether a search incidental to an investigative detention is authorized by law. Underlying this discussion is the need to balance the competing interests of an individual's reasonable expectation of privacy with the interests of police officer safety. In the context of an arrest, this Court has held that, in the absence of a warrant, police officers are empowered to search for weapons or to preserve evidence: *R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83, at para. 95. In the reasons following, I consider whether and to what extent a power to search incidental to investigative detention exists at common law. I note at the outset the importance of maintaining a distinction between search incidental to arrest and search incidental to an investigative detention. The latter does not give license to officers to reap the seeds of a warrantless search without the need to effect a lawful arrest based on reasonable and probable grounds, nor does it erode the obligation to obtain search warrants where possible.

38 I rely upon the *Waterfield* test discussed above to recognize that a power of search incidental to investigative detention does exist at common law. Under the first prong of the *Waterfield* test, the interference clearly falls within the general scope of a duty imposed by statute or recognized at common law. The duty at issue here is the protection of life and property, which was also at issue in *Dedman*, *supra*, at p. 32.

39 To continue in the *Waterfield* analysis, the conduct giving rise to the interference must involve a justified use of a police power associated with a general duty to search in relation to the protection of life and property. Put differently, the search must be reasonably necessary. The relevant

Dans le présent pourvoi, notre Cour est appelée pour la première fois à examiner la question de savoir si une fouille effectuée accessoirement à une détention aux fins d'enquête est autorisée par la loi. À la base de cet examen est le besoin de mettre en balance des intérêts opposés, les attentes raisonnables d'une personne en matière de respect de sa vie privée d'une part, et la sécurité des policiers d'autre part. Dans le contexte d'une arrestation, notre Cour a conclu que les policiers peuvent procéder sans mandat à des fouilles pour chercher des armes ou pour préserver des éléments de preuve : *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, 2001 CSC 83, par. 95. Dans les motifs qui suivent, je vais m'interroger sur l'existence en common law d'un pouvoir de fouille accessoire à une détention aux fins d'enquête, et le cas échéant sur l'étendue de ce pouvoir. D'entrée de jeu, je souligne l'importance de maintenir une distinction entre les fouilles accessoires à une arrestation et les fouilles accessoires à une détention aux fins d'enquête. Ces dernières ne sauraient être utilisées par les policiers pour récolter les fruits d'une fouille sans mandat sans devoir effectuer une arrestation légale fondée sur des motifs raisonnables et probables, et elles ne diminuent d'aucune façon l'obligation des policiers d'obtenir un mandat de perquisition lorsque cela est possible.

Je m'appuie sur le critère établi dans *Waterfield*, examiné précédemment, pour reconnaître qu'il existe en common law un pouvoir de fouille accessoire à une détention aux fins d'enquête. L'application du premier volet du critère établi dans l'arrêt *Waterfield* révèle que l'atteinte se rattache clairement à un devoir entrant dans le cadre général des devoirs imposés par une loi ou reconnus par la common law. Le devoir en question est la protection de la vie et des biens, qui était également en cause dans l'arrêt *Dedman*, précité, p. 32.

L'analyse fondée sur l'arrêt *Waterfield* requiert ensuite que la conduite à l'origine de l'atteinte découle de l'emploi justifié d'un pouvoir policier relié au devoir général de procéder à une fouille pour protéger la vie et les biens. En d'autres termes, la fouille doit être raisonnablement



considerations here include the duty being performed, the extent to which some interference with individual liberty is necessary in the performance of that duty, the importance of the performance of the duty to the public good, the nature of the liberty being interfered with, and the nature and extent of the interference: *Dedman, supra*, at pp. 35-36.

The general duty of officers to protect life may, in some circumstances, give rise to the power to conduct a pat-down search incident to an investigative detention. Such a search power does not exist as a matter of course; the officer must believe on reasonable grounds that his or her own safety, or the safety of others, is at risk. I disagree with the suggestion that the power to detain for investigative searches endorses an incidental search in all circumstances: see S. Coughlan, "Search Based on Articulate Cause: Proceed with Caution or Full Stop?" (2002), 2 C.R. (6th) 49, at p. 63. The officer's decision to search must also be reasonably necessary in light of the totality of the circumstances. It cannot be justified on the basis of a vague or non-existent concern for safety, nor can the search be premised upon hunches or mere intuition.

The determination as to when a protective search may be merited has been addressed in the United States through several decades of jurisprudence. In *Terry, supra*, at p. 27, the United States Supreme Court carefully circumscribed the search power, by holding that:

... there must be a narrowly drawn authority to permit a reasonable search for weapons for the protection of the police officer, where he has reason to believe that he is dealing with an armed and dangerous individual, regardless of whether he has probable cause to arrest the individual for a crime.

In exercising this authority, the officer must not be acting solely on a hunch, but rather is required

nécessaire. Les facteurs qui doivent être pris en compte ici sont notamment le devoir dont s'acquitte le policier, la mesure dans laquelle l'atteinte à la liberté individuelle est nécessaire à l'accomplissement de ce devoir, l'importance que présente l'accomplissement de ce devoir pour l'intérêt public, la nature de la liberté à laquelle on porte atteinte, ainsi que la nature et l'étendue de l'atteinte : *Dedman*, précité, p. 35-36.

Le devoir général des policiers de protéger la vie peut, dans certaines circonstances, faire naître le pouvoir de procéder à une fouille par palpation accessoire à une détention aux fins d'enquête. Un tel pouvoir de fouille n'existe pas de manière autonome; le policier doit croire, pour des motifs raisonnables, que sa propre sécurité ou celle d'autrui est menacée. Je rejette la suggestion voulant que le pouvoir de détention aux fins d'enquête justifie une fouille accessoire en toutes circonstances : voir S. Coughlan, « Search Based on Articulate Cause : Proceed with Caution or Full Stop? » (2002), 2 C.R. (6th) 49, p. 63. La décision du policier de procéder à une fouille doit également être raisonnablement nécessaire eu égard à l'ensemble des circonstances. Des inquiétudes — vagues ou inexistantes — en matière de sécurité ne sauraient justifier une telle décision, et la fouille ne peut reposer sur l'instinct ou une simple intuition.

Aux États-Unis, plusieurs décennies de jurisprudence ont permis de déterminer les circonstances susceptibles de justifier une fouille préventive. Dans l'arrêt *Terry*, précité, p. 27, la Cour suprême des États-Unis a soigneusement limité ce pouvoir de fouille, tirant à cet égard la conclusion suivante :

[TRADUCTION] ... il convient de reconnaître aux policiers un pouvoir étroitement circonscrit d'assurer leur protection en procédant à une fouille non abusive pour vérifier la présence d'armes, lorsqu'ils ont des raisons de croire qu'ils sont en présence d'un individu armé et dangereux, peu importe qu'ils possèdent ou non des motifs probables d'arrêter l'individu relativement à la commission d'un crime.

Le policier ne doit pas exercer ce pouvoir uniquement en suivant son intuition, mais il doit

40

41

to act on reasonable and specific inferences drawn from the known facts of the situation. The search must also be confined in scope to an intrusion reasonably designed to locate weapons (p. 29).

plutôt agir à partir d'inférences raisonnables et précises fondées sur les faits connus se rapportant à la situation. De plus, la fouille ne doit pas être plus envahissante que ce qui est raisonnablement requis pour découvrir la présence d'armes (p. 29).

42

A similar situation to the one at bar was considered by the United States Supreme Court in *Minnesota v. Dickerson*, 508 U.S. 366 (1993). In that case, the officer pursued and frisked an individual who had recently exited a notorious crack house, having changed direction upon noticing the officer. A small lump was felt in the individual's jacket pocket, which the officer surmised was likely crack cocaine. The officer reached into the pocket and his suspicions were confirmed. The U.S. Supreme Court refused to allow the crack cocaine to be used as evidence, stating that the scope of the search exceeded its protective justification. The protective nature of the search was affirmed more recently by the U.S. Second Circuit Court of Appeals in *U.S. v. Casado*, 303 F.3d 440 (2002), where contraband evidence was deemed inadmissible because the officer did not undertake a less-intrusive pat-down search prior to reaching into the detainee's pocket (p. 449).

Dans l'arrêt *Minnesota c. Dickerson*, 508 U.S. 366 (1993), la Cour suprême des États-Unis était saisie d'une affaire similaire à celle qui nous intéresse. Dans cet arrêt, un individu qui venait de sortir d'une fumerie de crack bien connue et avait changé de direction en apercevant un policier a été poursuivi par ce policier puis soumis à une fouille par palpation. Le policier a senti une petite masse dans la poche du veston de l'individu et a supposé qu'il s'agissait probablement de crack. Il a glissé sa main à l'intérieur de la poche et constaté que ses soupçons étaient fondés. La Cour suprême des États-Unis a refusé que le crack soit utilisé en preuve, affirmant que l'étendue de la fouille avait excédé le but préventif de celle-ci. La nature préventive de ces fouilles a été confirmée plus récemment par la U.S. Second Circuit Court of Appeals dans *U.S. c. Casado*, 303 F.3d 440 (2002), où la preuve de la contrebande a été jugée inadmissible parce que le policier n'avait pas effectué une première fouille par palpation moins envahissante avant de mettre sa main à l'intérieur de la poche du veston du détenu (p. 449).

43

The importance of ensuring officer safety has been recognized in *obiter* by this Court in *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615. Police officers face any number of risks everyday in the carrying out of their policing function, and are entitled to go about their work secure in the knowledge that risks are minimized to the greatest extent possible. As noted by L'Heureux-Dubé J. in *Cloutier, supra*, at p. 185, a frisk search is a "relatively non-intrusive procedure", the duration of which is "only a few seconds". Where an officer has reasonable grounds to believe that his or her safety is at risk, the officer may engage in a protective pat-down search of the detained individual. The search must be grounded in objectively discernible facts to prevent "fishing

L'importance des mesures visant à assurer la sécurité du policier a été reconnue dans des remarques incidentes formulées par notre Cour dans *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615. Les policiers s'exposent quotidiennement à de nombreux risques dans le cours de leurs fonctions de maintien de l'ordre, et ils ont droit d'accomplir leur travail en sachant que ces risques sont, dans toute la mesure du possible, réduits au minimum. Comme l'a souligné la juge L'Heureux-Dubé à la p. 185 de l'arrêt *Cloutier*, précité, la fouille par palpation constitue un « mécanisme relativement peu intrusif » qui ne dure « que quelques secondes ». Lorsqu'un policier a des motifs raisonnables de croire que sa sécurité est menacée, il peut soumettre le détenu à une fouille par palpation préventive.

expeditions” on the basis of irrelevant or discriminatory factors.

A finding that a limited power of protective search exists at common law does not obviate the need to apply the *Collins* test for determining whether a warrantless search passes constitutional muster under s. 8 of the *Charter*. To recall, the search must be authorized by a reasonable law, and be carried out in a reasonable manner. The reasonableness of the search necessarily overlaps the second-prong of the *Waterfield* test, with the third factor under *Collins*. The officer must have reasonable grounds to search before the overall reasonableness of the search is considered on the totality of the circumstances.

To summarize, as discussed above, police officers may detain an individual for investigative purposes if there are reasonable grounds to suspect in all the circumstances that the individual is connected to a particular crime and that such a detention is necessary. In addition, where a police officer has reasonable grounds to believe that his or her safety or that of others is at risk, the officer may engage in a protective pat-down search of the detained individual. Both the detention and the pat-down search must be conducted in a reasonable manner. In this connection, I note that the investigative detention should be brief in duration and does not impose an obligation on the detained individual to answer questions posed by the police. The investigative detention and protective search power are to be distinguished from an arrest and the incidental power to search on arrest, which do not arise in this case.

#### VI. Application to the Facts

Having set out the relevant considerations above, I turn to whether the detention and search

La fouille doit être fondée sur des faits objectivement discernables afin d’éviter une « recherche à l’aveuglette » motivée par des facteurs discriminatoires et non pertinents.

La conclusion qu’il existe en common law un pouvoir limité de procéder à une fouille préventive n’écarte pas la nécessité d’appliquer le critère établi dans l’arrêt *Collins* pour déterminer si la fouille sans mandat est constitutionnellement valide au regard de l’art. 8 de la *Charte*. Rappelons ce critère : la fouille doit être autorisée par une loi non abusive et ne doit pas avoir été effectuée de manière abusive. En raison de la condition relative au caractère non abusif de la fouille, le deuxième volet du critère établi dans l’arrêt *Waterfield* recoupe nécessairement le troisième facteur énoncé dans l’arrêt *Collins*. Il faut que le policier ait eu des motifs raisonnables de procéder à la fouille avant que l’on puisse s’interroger sur le caractère globalement non abusif de la fouille eu égard à l’ensemble des circonstances.

En résumé, comme il a été expliqué plus tôt, les policiers peuvent détenir une personne aux fins d’enquête s’ils ont des motifs raisonnables de soupçonner, à la lumière de toutes les circonstances, que cette personne est impliquée dans un crime donné et qu’il est nécessaire de la détenir. En outre, le policier qui possède des motifs raisonnables de croire que sa sécurité ou celle d’autrui est menacée peut soumettre la personne qu’il détient à une fouille par palpation préventive. Tant la détention que la fouille par palpation doivent être effectuées de manière non abusive. À cet égard, je souligne que les détentions effectuées aux fins d’enquête doivent être brèves et que les personnes détenues n’ont pas l’obligation de répondre aux questions du policier. Il convient de distinguer les détentions aux fins d’enquête ainsi que le pouvoir de fouille préventive y afférent des arrestations et du pouvoir de fouille y afférent, situation qui ne se présente pas en l’espèce.

#### VI. Application aux faits de l’espèce

Après avoir énoncé les considérations pertinentes, je vais maintenant me demander si la détention

44

45

46

of the appellant in this case has met the applicable standards.

47 The officers had reasonable grounds to detain the appellant. He closely matched the description of the suspect given by radio dispatch, and was only two or three blocks from the scene of the reported crime. These factors led the officers to reasonably suspect that the appellant was involved in recent criminal activity, and at the very least ought to be investigated further. The presence of an individual in a so-called high crime area is relevant only so far as it reflects his or her proximity to a particular crime. The high crime nature of a neighbourhood is not by itself a basis for detaining individuals.

48 Furthermore, there were reasonable grounds for a protective search of the appellant. There was a logical possibility that the appellant, suspected on reasonable grounds of having recently committed a break-and-enter, was in possession of break-and-enter tools, which could be used as weapons. The encounter also occurred just after midnight and there were no other people in the area. On balance, the officer was justified in conducting a pat-down search for protective purposes.

49 The officer's decision to go beyond this initial pat-down and reach into the appellant's pocket after feeling an admittedly soft object therein is problematic. The trial judge found that the officer had no reasonable basis for reaching into the pocket. This more intrusive part of the search was an unreasonable violation of the appellant's reasonable expectation of privacy in the contents of his pockets. The trial judge found as a fact that "there [was] nothing from which [he could] infer that it was reasonable to proceed beyond a pat down search for security reasons". The Court of Appeal did not give due deference to this important finding, which was largely based on the credibility of witnesses, an area strictly in the domain of the trial judge absent palpable and overriding

et la fouille de l'appelant ont satisfait en l'espèce aux normes applicables.

Les policiers avaient des motifs raisonnables de détenir l'appelant. Il correspondait étroitement à la description du suspect transmise par le répartiteur radio et il se trouvait à seulement deux ou trois pâtés de maisons de la scène du crime. Ces facteurs ont amené les policiers à soupçonner raisonnablement que l'appelant avait été impliqué dans des activités criminelles récentes et qu'il devait à tout le moins faire l'objet d'une enquête plus approfondie. La présence d'une personne dans un quartier dit à criminalité élevée n'est pertinente qu'en ce qu'elle témoigne du fait que cette personne se trouvait à proximité du lieu du crime. Le fait qu'un quartier possède un taux de criminalité élevé ne constitue pas en soi une raison de détenir quelqu'un.

En outre, il existait des motifs raisonnables justifiant de soumettre l'appelant à une fouille préventive. Il était logiquement possible que l'appelant, qui était soupçonné d'avoir tout juste commis une introduction par effraction, fut en possession d'outils utilisés pour commettre l'infraction et pouvant servir d'armes. De plus, la rencontre est survenue peu de temps après minuit et il n'y avait personne d'autre aux alentours. Dans l'ensemble, le policier était fondé à procéder à une fouille par palpation préventive.

Pose problème la décision du policier de ne pas se limiter à la fouille par palpation initiale, mais de glisser sa main à l'intérieur de la poche du vêtement de l'appelant après y avoir senti la présence d'un objet qui, reconnaît-on, était mou. Le juge du procès a conclu que le policier n'avait aucun motif raisonnable le justifiant de glisser sa main dans la poche du vêtement. Cet aspect plus envahissant de la fouille constitue une violation abusive des attentes raisonnables de l'appelant en matière de respect de sa vie privée à l'égard du contenu de ses poches. Le juge du procès a tiré la conclusion de fait suivante : [TRADUCTION] « rien ne [permettait au policier] d'inférer qu'il était raisonnable, pour des raisons de sécurité, de ne pas se limiter à la fouille par palpation ». La Cour d'appel n'a pas

error: *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33. Moreover, the Crown has not discharged its burden to show on the balance of probabilities that the third aspect of the *Collins* test has been satisfied, namely that the search was carried out in a reasonable manner.

The seizure of the marijuana from the appellant was unlawful in this case. The admissibility of the evidence must accordingly be considered under s. 24(2) of the *Charter*.

#### VII. The Admissibility of the Evidence

This Court has recently reviewed the three-step inquiry to determine whether the admission of evidence will bring the administration of justice into disrepute under s. 24(2) in *Buhay, supra*.

This inquiry begins with a consideration of the fairness of the trial. As explained by this Court in *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10, at para. 34, the key consideration under this head of analysis is the “nature of the evidence obtained and the nature of the right violated”. The trial judge erred in law in his consideration of the effect of the inclusion on trial fairness. The marijuana was non-conscriptive. The appellant was not “forced or conscripted to provide evidence in the form of statements or bodily samples for the benefit of the state”: *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at para. 73; *Buhay, supra*, at para. 49.

At the second stage of the inquiry, the seriousness of the breach is considered. A number of factors are engaged under this head of analysis, including whether the breach was committed in good or bad faith, the obtrusiveness of the search, the individual’s expectation of privacy in the area searched and the existence of reasonable grounds. In my opinion,

témoigné toute la déférence requise à l’égard de cette importante conclusion, qui reposait dans une large mesure sur la crédibilité des témoins, aspect qui relève strictement du juge du procès en l’absence d’erreur manifeste et dominante : *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33. Qui plus est, le ministère public ne s’est pas acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu’il avait été satisfait au troisième volet du critère établi dans l’arrêt *Collins*, à savoir que la fouille n’avait pas été effectuée de manière abusive.

La saisie de la marijuana se trouvant sur l’appellant était illégale en l’espèce. Il faut donc se demander, conformément au par. 24(2) de la *Charte*, si cet élément de preuve peut être utilisé.

#### VII. L’utilisation de la preuve

Récemment, dans l’arrêt *Buhay*, précité, notre Cour a réexaminé l’analyse en trois temps qui permet de décider si l’utilisation d’un élément de preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice au sens du par. 24(2).

Dans cette analyse, le tribunal s’attache d’abord à l’équité du procès. Comme l’a expliqué notre Cour au par. 34 de l’arrêt *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10, le facteur clé dans cette partie de l’analyse est « la nature de la preuve obtenue et celle du droit violé ». Le juge du procès a commis une erreur de droit dans son appréciation de l’effet de l’utilisation de l’élément de preuve sur l’équité du procès. La marijuana n’a pas été obtenue en mobilisant l’appelant contre lui-même. Ce dernier n’a pas été « 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 » : *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 73; *Buhay*, précité, par. 49.

Dans la deuxième étape de l’analyse, le tribunal examine la gravité de l’atteinte. De nombreux facteurs sont pris en compte dans ce volet de l’analyse, notamment la question de savoir si l’atteinte a été commise de bonne foi ou de mauvaise foi, le caractère envahissant de la fouille, les attentes de l’intéressé en matière de respect de sa vie privée à l’égard

50

51

52

53

these facts sustain an unacceptably serious disregard for the appellant's s. 8 rights.

54

The trial judge found that the officer went beyond a protective search when he reached into the appellant's pocket. At that point, the purpose of the search shifted from safety to the detection and collection of evidence, and thus became a search for evidence absent reasonable and probable grounds. The trial judge's reasons for the exclusion of evidence are brief, but instructive:

In my view, the peace officer had to have some reason to go beyond the pat down search, something where he could indicate a reason for going into the pocket of Mr. Mann, whether it was curiosity when he said I wondered what it was, he described it as soft. There is nothing from which I can infer that it was reasonable to proceed beyond a pat down search for security reasons.

55

The Court of Appeal admitted the evidence based on its conclusions that the officer found the evidence in good faith. However, this Court has stated that "good faith cannot be claimed if a *Charter* violation is committed on the basis of a police officer's unreasonable error or ignorance as to the scope of his or her authority" (*Buhay, supra*, at para. 59, citing J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 450). I conclude that the Court of Appeal erred in admitting the evidence based on the good faith of the officer. Good faith is but one factor in the analysis and must be considered alongside other factors which speak to the seriousness of the breach.

56

While a frisk search is a minimally intrusive search, as noted by this Court in *Cloutier, supra*, at p. 185, the search of the appellant's inner pocket must be weighed against the absence of any reasonable basis for justification. Individuals have a reasonable expectation of privacy in their pockets. The search here went beyond what was required to

de l'endroit fouillé et l'existence ou non de motifs raisonnables. À mon avis, l'examen de ces facteurs révèle un mépris intolérablement grave des droits garantis à l'appelant par l'art. 8.

Le juge du procès a conclu que le policier ne s'était pas limité à une fouille préventive lorsqu'il a glissé sa main à l'intérieur de la poche du vêtement de l'appelant. Dès ce moment, la fouille a changé d'objet. Elle a cessé d'être axée sur des considérations de sécurité pour viser plutôt la détection et la cueillette d'éléments de preuve, devenant ainsi une fouille effectuée en vue de trouver des preuves, et ce en l'absence de motifs raisonnables et probables. Les motifs exposés par le juge du procès pour exclure la preuve sont brefs mais révélateurs :

[TRADUCTION] À mon avis, il fallait que le policier ait une raison de ne pas se limiter à la fouille par palpation, un indice qu'il aurait pu donner pour justifier le fait d'avoir glissé sa main dans la poche du vêtement de M. Mann, fut-ce la curiosité lorsqu'il a dit s'être demandé de quoi il s'agissait, cette chose qu'il a décrite comme étant un objet mou. Rien ne me permet d'inférer qu'il était raisonnable, pour des raisons de sécurité, de ne pas se limiter à la fouille par palpation.

La Cour d'appel a admis les éléments de preuve après avoir conclu que le policier les avait recueillis en agissant de bonne foi. Cependant, notre Cour a indiqué que « la bonne foi ne peut être invoquée lorsqu'une atteinte à la *Charte* découle d'une erreur déraisonnable d'un agent de police ou de la méconnaissance de l'étendue de son pouvoir » (*Buhay, précité*, par. 59, citant J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1999), p. 450). J'estime que la Cour d'appel a commis une erreur en admettant les éléments de preuve sur la base de la bonne foi du policier. La bonne foi n'est qu'un des facteurs de l'analyse et elle doit être examinée en corrélation avec d'autres facteurs touchant à la gravité de l'atteinte.

Bien que, comme l'a fait remarquer notre Cour dans l'arrêt *Cloutier, précité*, p. 185, une fouille par palpation soit une procédure peu envahissante, la fouille de la poche intérieure du vêtement de l'appelant doit être mise en balance avec l'absence de tout motif raisonnable la justifiant. Les gens ont, quant aux poches de leurs vêtements, une attente

mitigate concerns about officer safety and reflects a serious breach of the appellant's protection against unreasonable search and seizure.

The final consideration is whether the exclusion of the evidence would adversely affect the administration of justice. In this case, there is little doubt that the seized marijuana is the crux of the Crown's case against the appellant. Exclusion of the evidence would substantially diminish, if not eliminate altogether, the Crown's case against the appellant. Possession of marijuana for the purpose of trafficking remains a serious offence despite continuing debate about the extent of the harm associated with marijuana use: *R. v. Malmö-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, at paras. 60 and 153. Regardless, evidence which is non-conscriptive and essential to the Crown's case needs not necessarily be admitted: *Buhay*, *supra*, at para. 71. Just as there is no automatic exclusionary rule, there can be no automatic inclusion of the evidence either. The focus of the inquiry under this head of analysis is to balance the interests of truth with the integrity of the justice system. The nature of the fundamental rights at issue, and the lack of a reasonable foundation for the search suggest that the inclusion of the evidence would adversely affect the administration of justice.

The exercise under s. 24(2) has been summarized by this Court in *Buhay*, *supra*, at para. 72:

An appellate court must determine if, all factors considered, the trial judge's conclusion to exclude the evidence, based on her or his finding that its admission would bring the administration of justice into disrepute, was reasonable.

The standard of review applicable to a trial judge's decision about whether or not evidence ought to be excluded under s. 24(2) was also discussed in *Buhay*, *supra*, at paras. 42-47. The trial judge's appreciation of whether the admission of

raisonnable en matière de respect de leur vie privée. En l'espèce, la fouille a excédé ce qui était nécessaire pour atténuer les inquiétudes relatives à la sécurité du policier et révèle une atteinte grave au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti à l'appelant.

Le dernier facteur consiste à se demander si l'exclusion de la preuve déconsidérerait l'administration de la justice. Dans la présente affaire, il fait peu de doute que la marijuana saisie constitue l'essentiel de la preuve de la Couronne contre l'appelant. L'exclusion de cet élément affaiblirait considérablement la preuve à charge, voire la réduirait à néant. La possession de marijuana en vue d'en faire le trafic demeure une infraction grave, malgré la poursuite des débats sur l'étendue du préjudice associé à la consommation de cette substance : *R. c. Malmö-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 60 et 153. Quoi qu'il en soit, un élément de preuve qui n'a pas été obtenu en mobilisant l'accusé contre lui-même et qui est essentiel à la poursuite ne doit pas nécessairement être admis : *Buhay*, précité, par. 71. Tout comme il n'existe pas de règle d'exclusion automatique, il n'y a pas non plus de règle d'inclusion automatique. Dans cette partie de l'analyse, il faut s'attacher à mettre en balance l'intérêt de l'État à découvrir la vérité d'une part et l'intégrité du système judiciaire d'autre part. La nature des droits fondamentaux en cause et l'absence de fondement raisonnable justifiant la fouille tendent à indiquer que l'inclusion de la preuve déconsidérerait l'administration de la justice.

L'analyse fondée sur le par. 24(2) a été résumée ainsi par notre Cour dans l'arrêt *Buhay*, précité, par. 72 :

La cour d'appel doit décider si, compte tenu de tous les facteurs, la décision du juge du procès d'exclure la preuve, après avoir conclu que son utilisation aurait pour effet de déconsidérer l'administration de la justice, était raisonnable.

La norme de contrôle applicable à la décision du juge du procès d'écarter ou non un élément de preuve en application du par. 24(2) a également été examinée dans l'arrêt *Buhay*, précité, par. 42-47. La décision du juge du procès sur la question de savoir

57

58

59

evidence would bring the administration of justice into disrepute is entitled to deference, as it is made on the basis of factors established through testimony. This Court has affirmed the importance of deferring to the findings of lower courts in the context of s. 24(2) on numerous occasions: see *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93, at p. 98; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755, at p. 783; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341, at para. 35; *Buhay*, *supra*, at para. 44. The decision to exclude evidence must be reasonable. Reviewing courts will not interfere with the trial judge's conclusions on s. 24(2) "absent an 'apparent error as to the applicable principles or rules of law' or an 'unreasonable finding'" (*Law*, *supra*, at para. 32).

60 The trial judge ruled the evidence inadmissible on the basis of trial unfairness. In this respect, he erred. However, his conclusion to exclude the evidence was correct.

### VIII. Conclusion

61 For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Manitoba Court of Appeal, and restore the acquittal.

The reasons of Bastarache and Deschamps JJ. were delivered by

DESCHAMPS J. (dissenting) —

#### I. Introduction

62 I have had the advantage of reading the reasons of my colleague Iacobucci J. I concur in principle with his analysis on the issue of the existence of a power to detain at common law. However, I express certain reservations as regards the terminology which he adopts in setting out the conditions necessary to give rise to that power and the precise scope of the search which is incidental to it. In addition, while I conclude, as he does, that the search of the appellant violated s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, I cannot accept that the violation is such that the

si l'utilisation d'un élément de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice appelle à la déférence, puisqu'elle est fondée sur des facteurs qui ressortent des témoignages. Notre Cour a à maintes reprises réitéré l'importance de témoigner de la déférence envers les décisions rendues par les juridictions inférieures dans le contexte du par. 24(2) : voir *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, p. 98; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755, p. 783; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341, par. 35; *Buhay*, précité, par. 44. La décision d'écarter un élément de preuve doit être raisonnable. La cour de révision ne modifiera pas la conclusion du juge du procès sur l'application du par. 24(2) « en l'absence d'une "erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables" ou d'une "conclusion déraisonnable" » (*Law*, précité, par. 32).

Le juge du procès a déclaré que la preuve était inadmissible pour le motif que son utilisation compromettrait l'équité du procès. Il a commis une erreur en invoquant ce motif. Toutefois, sa décision d'écarter cette preuve était fondée.

### VIII. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba et de rétablir l'acquittalment.

Version française des motifs des juges Bastarache et Deschamps rendus par

LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) —

#### I. Introduction

J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Iacobucci et je souscris en principe à son analyse sur la question de l'existence d'un pouvoir de détention en common law. J'ai toutefois des réserves quant à la terminologie qu'il adopte pour formuler les conditions nécessaires pour donner naissance à ce pouvoir et à l'étendue de la fouille accessoire à ce pouvoir. Par ailleurs, bien que, à l'instar de mon collègue, je conclue que la fouille de l'appellant était contraire à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, je ne puis accepter qu'il s'agit d'une atteinte telle que l'utilisation des



admission of the evidence which was obtained by the police in the present case would “bring the administration of justice into disrepute”. As such, I cannot agree with his disposition in the present appeal.

## II. Articulable Cause and Reasonable Grounds to Detain

Iacobucci J. is of the view that in formulating the standard which must be met in order to give rise to the common law power to detain, the term “reasonable grounds to detain” is preferable to the term “articulable cause” (para. 33). I disagree. “Articulable cause” is a criterion which Canadian courts are familiar with and which they have had little difficulty applying. In the years since *R. v. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182, was decided by the Ontario Court of Appeal, it has been adopted by many lower courts across the country, including the courts of appeal of three provinces besides Ontario (see *R. v. Davis* (2004), 346 A.R. 141, 2004 ABCA 33; *R. v. Campbell* (2003), 175 C.C.C. (3d) 452, 2003 MBCA 76; *R. v. Bernard*, [2003] Q.J. No. 5394 (QL)). Furthermore, as my colleague points out, it has been in use in the United States for nearly 40 years (see *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968)), a fact which lends further support to the view that it is a useful and workable standard.

More important, however, than the merits of the phrase “articulable cause” are the problems associated with the alternative which the majority has adopted. “Reasonable grounds” has traditionally been employed to describe the standard which must be met in order to give rise to the power to arrest a suspect (see, e.g., ss. 494, 495 and 504 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46). Using this term in the present context could lead to the erroneous conclusion that the same degree of justification is required for a detention as is required in order to carry out an arrest. This cannot be the case. It would undermine the very purpose of the common law power to detain, which is to provide police with a less extensive and intrusive means of carrying out their duties where they do not have sufficient

éléments de preuve obtenus par le policier en l’espèce est « susceptible de déconsidérer l’administration de la justice ». Pour ces motifs, je ne peux souscrire à la conclusion à laquelle en vient mon collègue.

## II. Motifs concrets et motifs raisonnables justifiant de détenir une personne

Le juge Iacobucci est d’avis que, dans la formulation de la norme qui doit être respectée pour que naisse le pouvoir de détention reconnu par la common law, il faut préférer l’expression « motifs raisonnables de détention » à l’expression « motifs concrets » (par. 33). Je ne partage pas cette opinion. La notion de « motifs concrets » (ou « motifs précis ») est un critère avec lequel les tribunaux canadiens sont familiers et qu’ils éprouvent peu de difficulté à appliquer. Depuis l’arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario *R. c. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182, ce critère a été adopté par de nombreuses juridictions inférieures dans l’ensemble du Canada, y compris les cours d’appel de trois autres provinces en plus de l’Ontario (voir *R. c. Davis* (2004), 346 A.R. 141, 2004 ABCA 33; *R. c. Campbell* (2003), 175 C.C.C. (3d) 452, 2003 MBCA 76; *R. c. Bernard*, [2003] J.Q. n° 5394 (QL)). En outre, comme le souligne mon collègue, ce critère est utilisé aux États-Unis depuis près de 40 ans (voir *Terry c. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968)), fait qui renforce mon opinion selon laquelle il constitue une norme utile et pratique.

De plus, les problèmes associés à la solution retenue par les juges majoritaires se révèlent plus importants que les désavantages de l’expression « motifs concrets ». L’expression « motifs raisonnables » a traditionnellement été utilisée pour décrire la norme qui doit être satisfaite pour faire naître le pouvoir d’arrêter un suspect (voir, par exemple, les art. 494, 495 et 504 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46). L’emploi de cette expression dans le présent contexte pourrait amener à conclure erronément que le degré de justification requis à l’égard d’une détention est le même qu’à l’égard d’une arrestation. Il ne saurait en être ainsi. Cette situation contrecarrait l’objectif même du pouvoir de détention reconnu par la common law, à savoir doter les policiers de pouvoirs plus limités et moins envahissants pour

grounds for arrest, i.e. where there are no 'reasonable grounds'.

### III. The Scope of the Power of Search Incidental to Detention

65

I agree with the majority that there is a power to search incidental to detention at common law, stemming from the test set out in *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.). I wish to add, however, that I do not believe that such a search must always be restricted to concerns for the safety of a police officer. In the case at bar, security was the only ground raised by the respondent. However, other circumstances may justify resorting to a search incidental to detention.

66

A good example of a lawful search incidental to detention which was not motivated by safety concerns is provided by the decision of the Quebec Court of Appeal in *R. v. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197. In that case, a robbery had been committed by three individuals. The police had set up a road block on a bridge which would have been a likely avenue of flight from the scene of the crime, and were stopping all vehicles which could hide three people. One of the individuals stopped and questioned was the respondent, who was driving a pickup truck. A taut piece of canvass blocked the view of the vehicle's cargo area. Thinking that the suspects in the robbery could be hiding beneath the canvass, a police officer removed it and discovered smuggled cigarettes. Fish J.A. (as he then was) applied the *Waterfield* test and concluded that the search was a valid exercise of the common law power of search incidental to detention. He wrote (at p. 212):

A search incident to detention is a valid exercise of police powers at common law only if the detention is itself lawful.

The search must be for a valid purpose that is rationally connected to the purposes of the initial detention.

s'acquitter de leur tâche dans les cas où ils ne possèdent pas de motifs suffisants pour effectuer une arrestation, c'est-à-dire en l'absence de « motifs raisonnables ».

### III. L'étendue du pouvoir de fouille accessoire à une détention

Je partage l'opinion des juges majoritaires selon laquelle il existe en common law un pouvoir de fouille accessoire à une détention, pouvoir dont l'applicabilité est déterminée au moyen du critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.). Je tiens toutefois à ajouter que je ne crois pas qu'une telle fouille doit toujours être liée à des considérations touchant à la sécurité du policier. En l'espèce, la sécurité était le seul motif soulevé par l'intimée. D'autres circonstances peuvent cependant justifier le recours à une fouille accessoire à une détention.

L'arrêt *R. c. Murray* (1999), 36 C.C.C. (3d) 197, de la Cour d'appel du Québec constitue un bon exemple d'une fouille accessoire à une détention qui n'était pas motivée par des préoccupations de sécurité et qui a été jugée valide. Dans cette affaire, trois individus avaient commis un vol qualifié. Les policiers, qui avaient érigé un barrage routier sur un pont susceptible d'être emprunté par les suspects pour fuir les lieux du crime, arrêtaient tous les véhicules pouvant cacher trois personnes. L'intimé, qui conduisait une camionnette, a été l'une des personnes interceptées et interrogées. Une bâche de camion tendue couvrait l'espace de chargement du véhicule. Croyant que les personnes soupçonnées d'avoir commis le vol pouvaient être cachées sous la bâche, le policier l'a retirée et a découvert des cigarettes de contrebande. Appliquant le critère énoncé dans l'arrêt *Waterfield*, le juge Fish (maintenant juge de notre Cour) a conclu que le policier avait valablement exercé le pouvoir de fouille accessoire à une détention reconnu par la common law. Il dit ceci, à la p. 212 :

[TRADUCTION] Une fouille accessoire à la détention constitue un exercice valide des pouvoirs reconnus aux policiers par la common law.

La fouille doit viser un objectif valable, comportant un lien logique avec les buts visés par la détention

It must also be reasonably necessary: (1) to secure non-conscriptive evidence of a crime; (2) to protect the police or any member of the public from imminent danger; or (3) to discover and secure anything that could endanger the police, the person detained or any member of the public, or facilitate escape.

I agree with these statements. In my view, any search incidental to detention would have to be both rationally connected to the purpose of the initial detention and reasonably necessary to ensure the security of police officers or the public, to preserve evidence or to prevent the escape of an offender. I do not rule out the possibility that other goals might be permissible, under appropriate circumstances.

That being said, I wish to reiterate the view I have espoused above, that given the lower threshold for justifying a detention as opposed to an arrest, the power of search in the former case is less extensive than in the latter. Thus, for example, the objective of discovering (as opposed to preserving) evidence of a crime could not be used to justify a search incidental to investigative detention. Such searches may only be conducted with a warrant, or pursuant to the common law power of search incidental to arrest (see *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, at p. 182; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at para. 27; and *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at para. 15). In addition, as I mentioned above, searches incidental to detention must be reasonably necessary to the investigation, and not just rationally connected to it (as is the norm for searches incidental to arrest: *Caslake*, *supra*, at para. 19). Finally, it bears mentioning that a degree of intrusiveness which may be permitted in the context of an arrest may be disproportionate in the context of detention.

The respondent has not demonstrated that the search conducted in the present case was motivated by a need to ensure the safety of the police or the public, to preserve evidence or to prevent the appellant from escaping. Rather, Conner Prov. Ct. J. seems to have been of the view that the search of the

initiale. Elle doit en outre être raisonnablement nécessaire (1) pour recueillir une preuve non conscrite, (2) pour protéger les policiers ou le public d'un danger imminent, ou (3) pour chercher et saisir toute chose qui pourrait mettre en danger les policiers, le détenu ou le public, ou qui pourrait faciliter une évacion.

Je souscris à ces propos. À mon avis, toute fouille accessoire à une détention doit comporter un lien logique avec l'objectif de la détention initiale et être raisonnablement nécessaire pour assurer la sécurité des policiers ou du public, pour préserver des éléments de preuve ou pour empêcher l'évasion d'un prévenu. Je n'écarte pas la possibilité que d'autres objectifs puissent être acceptables selon les circonstances.

Cela dit, je tiens à réitérer l'opinion que j'ai exprimée précédemment : comme le critère applicable pour justifier une détention est moins exigeant que celui applicable à une arrestation, le pouvoir de fouille est moins étendu dans le premier cas que dans le second. Par conséquent, la découverte d'éléments de preuve (par opposition à la préservation de tels éléments) ne pourrait être invoquée comme objectif pour justifier une fouille accessoire à une détention aux fins d'enquête. De telles fouilles ne peuvent être effectuées qu'avec un mandat ou en vertu du pouvoir de fouille accessoire à une arrestation reconnu par la common law (voir *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, p. 182; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 27; et *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 15). En outre, comme je l'ai mentionné plus tôt, les fouilles accessoires à une détention doivent être raisonnablement nécessaires à l'enquête et non pas seulement y être liées rationnellement (comme c'est la norme pour les fouilles accessoires à une arrestation : *Caslake*, précité, par. 19). Enfin, il importe de mentionner qu'une fouille ayant un caractère envahissant peut être acceptable dans le contexte d'une arrestation mais s'avérer inacceptable dans le contexte d'une détention.

L'intimée n'a pas établi que la fouille effectuée dans la présente affaire avait été motivée par le besoin d'assurer la sécurité des policiers ou du public, de préserver des éléments de preuve ou d'empêcher l'appelant de s'enfuir. Le juge Conner de la Cour provinciale semble plutôt avoir estimé

67

68

69

appellant's pocket was the result of mere "curiosity". As such, I have no problem concluding, as the majority does, that the search of the appellant in the present case was illegal.

#### IV. Section 24(2) of the *Charter*

70

As this Court recently affirmed in *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30, at para. 41, and *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10, at para. 33, the following three factors are taken into consideration in determining whether or not evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*: (1) the effect of admitting the evidence on the fairness of the subsequent trial, (2) the seriousness of the police conduct, and (3) the effects of excluding the evidence on the administration of justice. Like the majority, I am of the view that the evidence in the present case was not conscriptive. As such, its admission would not compromise the fairness of the trial. I disagree, however, with the majority's conclusion that the second and third considerations justify excluding the evidence nonetheless, in addition to its overall approach to the issue of deference to a trial judge's conclusions regarding the application of s. 24(2).

71

In *Buhay*, *supra*, at para. 52, Arbour J. wrote, for the Court, that among the factors which must be taken into consideration under the second branch of a s. 24(2) inquiry (the seriousness of the violation) are the good faith of the officers, whether the violation was motivated by a situation of urgency or necessity, whether the police officer could have obtained the evidence by other means, thus rendering her or his disregard for the *Charter* gratuitous and blatant, the intrusiveness of the search, the individual's expectation of privacy in the area searched, and the existence of reasonable and probable grounds.

72

This list was not intended to be exhaustive. Nevertheless, I find that many of the factors set out above support the conclusion that the violation which is in issue here was not serious. I also have

que la fouille de la poche du vêtement de l'appelant était uniquement le fruit de la « curiosité ». En conséquence, à l'instar des juges majoritaires, je n'ai aucune difficulté à conclure que la fouille à laquelle a été soumis l'appelant en l'espèce était illégale.

#### IV. Le paragraphe 24(2) de la *Charte*

Comme l'a récemment affirmé notre Cour dans les arrêts *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30, par. 41, et *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10, par. 33, le tribunal doit prendre en considération les trois facteurs suivants pour décider s'il y a lieu d'exclure des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte* : (1) l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès à venir; (2) la gravité de la conduite de la police; (3) l'effet de l'exclusion de la preuve sur l'administration de la justice. Tout comme les juges majoritaires, j'estime que la preuve dont il est question en l'espèce n'a pas été recueillie en mobilisant l'accusé contre lui-même. En conséquence, l'utilisation de cette preuve n'était pas susceptible de compromettre l'équité du procès. Toutefois, je ne peux me rallier à la conclusion des juges majoritaires selon laquelle les deuxième et troisième facteurs justifient néanmoins d'écarter la preuve, ni à leur démarche générale relativement à la déférence requise à l'égard des constatations du juge du procès sur l'application du par. 24(2).

S'exprimant pour la Cour dans l'arrêt *Buhay*, précité, par. 52, la juge Arbour a indiqué que les facteurs qui doivent être pris en compte dans la deuxième partie de l'analyse fondée sur le par. 24(2) (la gravité de la violation) sont notamment : la bonne foi des policiers, l'urgence ou la nécessité d'intervenir, la possibilité d'obtenir la preuve par d'autres moyens, auquel cas l'inobservation de la *Charte* serait flagrante et injustifiée, le caractère envahissant de la fouille, les attentes de la personne en matière de respect de sa vie privée à l'égard du lieu où s'effectue la fouille et l'existence de motifs raisonnables et probables.

Cette liste ne se voulait pas exhaustive. Néanmoins, je considère que bon nombre des facteurs énumérés précédemment étaient la conclusion que nous ne sommes pas en présence d'une

some comments about how some of them should be approached by courts conducting a s. 24(2) analysis.

The officer who conducted the search in the present case did not act in bad faith. There is no evidence that he knew he was acting outside the scope of his powers. Nor is it fair to characterise his error, as the majority does (at para. 55), as unreasonable. Mere “curiosity”, as Conner *Prov. Ct. J.* termed it, does not necessarily amount to bad faith.

Moreover, it is difficult to see how the existence of “alternative means of obtaining the evidence” can be an applicable criterion in a case such as this one, where the police, in the course of a search, came upon evidence which they never sought or expected to obtain. In any event, even if it could be applied here, I cannot think of any lawful alternative which was available to the police officer in the present case which would have rendered his conduct gratuitous or blatant.

With respect to obtrusiveness, I would like to clarify that it is not the intrusiveness of the search in the abstract which must be taken into consideration. Instead, what is to be measured is the degree of intrusion relative to or over and above what would have been permissible under the circumstances. This flows from the fact that what is being determined at this stage of the analysis is the seriousness of the *Charte* violation, not the seriousness of the search *per se*. If it was lawful in the present case for the officers to conduct a pat-down search, I find it difficult to see how taking the small additional step of unthinkingly giving in to curiosity, and slipping a hand into the appellant’s kangaroo pouch can be regarded as sufficient to put the violation which occurred in the present case on the “serious” end of the spectrum. The legal part of the search which involved the touching of the body was much more intrusive than the illegal part, which saw the search extended into the appellant’s open pocket.

violation grave. Je tiens également à formuler quelques commentaires sur la manière dont certains de ces facteurs devraient être appliqués par les tribunaux dans l’analyse fondée sur le par. 24(2).

Le policier qui a procédé à la fouille en l’espèce n’a pas agi de mauvaise foi. Aucune preuve n’indique qu’il savait qu’il outrepassait ses pouvoirs. Il n’est pas approprié de qualifier l’erreur du policier de déraisonnable, comme le font les juges majoritaires (par. 55). La simple « curiosité », pour reprendre le terme utilisé par le juge Conner pour décrire la situation, n’est pas nécessairement assimilable à de la mauvaise foi.

De plus, il est difficile de comprendre comment le critère de l’existence d’autres moyens d’obtenir la preuve peut s’appliquer dans un cas comme l’espèce où les policiers ont trouvé, au cours d’une fouille, des éléments de preuve qu’ils ne cherchaient pas et qu’ils ne s’attendaient pas à découvrir. Quoi qu’il en soit, même si ce facteur s’appliquait ici, je ne peux imaginer d’autre moyen licite que le policier aurait pu utiliser pour obtenir la preuve et dont l’inutilisation en l’espèce aurait rendu sa conduite flagrante et injustifiable.

Pour ce qui est du caractère envahissant, je tiens à préciser que la fouille ne doit pas être appréciée dans l’abstrait, mais plutôt par comparaison à ce qui aurait été acceptable dans les circonstances. Cette conclusion découle du fait que, à cette étape de l’analyse, le tribunal détermine la gravité de la violation de la *Charte* et non la gravité de la fouille elle-même. Si le policier était légalement justifié de procéder à une fouille par palpation en l’espèce, je vois mal comment le petit geste additionnel qu’il a posé en cédant inconsciemment à la curiosité et en glissant sa main à l’intérieur de la poche kangourou du chandail de l’appelant peut suffire à déplacer la violation survenue dans la présente affaire à l’extrémité du spectre où l’on trouve les atteintes « graves ». La partie licite de la fouille, c’est-à-dire lorsque le policier a touché la personne de l’appelant, était beaucoup plus envahissante que la partie illicite de la fouille, à savoir l’introduction de la main à l’intérieur de la poche ouverte du chandail de l’appelant.

73

74

75

76 Turning to the amount of privacy the appellant was reasonably entitled to expect at the time the incident in question occurred, I find it necessary to have regard to the fact that the search occurred late at night (approximately midnight) and in a “high-crime area”, approximately two blocks from the scene of a break-in. Individuals should expect a lesser amount of privacy in public areas frequently patrolled by police than they do in their homes or offices, for example.

77 Finally, while the situation may not have been “urgent”, and while the officers might not have had “reasonable and probable grounds”, the application of all of the other criteria set out above does not, in my view, point to the conclusion that the violation which occurred in the present case was very serious.

78 With respect to the third step of the s. 24(2) inquiry, I disagree with the majority’s conclusion that the inclusion of the evidence in the present case would adversely affect the administration of justice. With respect, I believe it is exclusion which would lead to this result. As this Court affirmed in *Law, supra*, and *Buhay, supra*, the third stage of s. 24(2) analysis turns essentially on the importance for the evidence to the case for the Crown and the gravity of the offence. As Iacobucci J. points out, at para. 57, “there is little doubt that the seized marijuana is the crux of the Crown’s case against the appellant”. The marijuana and “baggies” seized by the officers in the present case constitute the Crown’s only evidence to the effect that the accused possessed the drug and intended to sell it at some point in the near future. In addition, the jurisprudence of this Court strongly supports the view that possession of marijuana for the purposes of trafficking (as opposed to mere possession) is a “serious” offence for the purposes of s. 24(2) of the *Charter* (see *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, at p. 34; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 295; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, at pp. 241 and 261; and *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8, at para. 31). As recently as in *Buhay, supra*, a case involving a charge of possessing a bag of marijuana (as

Quant au degré de respect de sa vie privée auquel l’appelant était raisonnablement justifié de s’attendre lors de l’événement en question, j’estime qu’il faut tenir compte du fait que la fouille a eu lieu tard le soir (vers minuit) et dans un [TRADUCTION] « quartier où le taux de criminalité est élevé », à environ deux pâtés de maisons de l’endroit où l’introduction par effraction a été commise. L’attente en matière de respect de la vie privée dans des endroits publics fréquemment patrouillés par des policiers est moindre qu’à la maison ou au travail, par exemple.

Enfin, bien que la situation n’ait peut-être pas été « urgente », et bien que les policiers n’aient peut-être pas disposé de « motifs raisonnables et probables », l’application de tous les autres facteurs susmentionnés ne permet pas, à mon avis, de conclure que nous sommes en présence d’une violation très grave.

En ce qui concerne la troisième étape de l’analyse fondée sur le par. 24(2), je suis en désaccord avec la conclusion des juges majoritaires selon laquelle l’inclusion de la preuve en l’espèce déconsidérerait l’administration de la justice. En toute déférence, je crois que c’est plutôt l’exclusion de cette preuve qui mènerait à ce résultat. Comme l’a affirmé notre Cour dans les arrêts *Law* et *Buhay*, précités, la troisième étape de l’analyse fondée sur le par. 24(2) porte essentiellement sur l’importance de l’élément de preuve litigieux pour la preuve de la Couronne et sur la gravité de l’infraction. Comme le souligne le juge Iacobucci au par. 57, « il fait peu de doute que la marijuana saisie constitue l’essentiel de la preuve de la Couronne contre l’appelant ». La marijuana et les « sachets » saisis par les policiers dans la présente affaire constituent la seule preuve indiquant que l’accusé avait la drogue en sa possession et entendait la vendre dans un proche avenir. En outre, la jurisprudence de notre Cour étaye solidement l’opinion selon laquelle la possession de marijuana en vue d’en faire le trafic (par opposition à la simple possession) constitue une infraction « grave » pour l’application du par. 24(2) de la *Charte* (voir *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, p. 34; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 295; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, p. 241 et 261; *R. c.*

in the present case) for the purposes of trafficking, Arbour J. wrote, for the Court (at para. 68):

In this case, the conviction turned on the admissibility of the evidence. It was thus essential to the Crown's case. As for the seriousness of the offence, in *Kokesch, supra*, at p. 34, Sopinka J. said:

The offences with which the appellant is charged are serious offences, though narcotics offences involving marijuana are generally regarded as less serious than those involving "hard" drugs such as cocaine and heroin.

These factors favour admitting the evidence. [Emphasis added.]

On a final note, I disagree with the majority's view that deference to the findings of a trial judge concerning the application of s. 24(2) favours the result which they have reached in the present case. Conner Prov. Ct. J.'s conclusion on the s. 24(2) issue was based entirely upon the fact that he believed that the evidence in the present case was "conscriptive", with the result that its admission would have interfered "with the fairness of the trial" under the first branch of the test set out above. Given that the majority explicitly, and correctly, in my view, rejects this conclusion as an error of law, and conducts an analysis centred on the application of the second and third branches of the s. 24(2) test (not dealt with at all by Conner Prov. Ct. J., incidentally), I find it difficult to see how it amounts to an exercise of deference to the findings of a trial judge.

## V. Conclusion

The present case raises important questions which have not been directly considered by this Court. Subject to the reservations I have expressed above, I agree with the majority's conclusions regarding the existence of a common law power to detain and search those whom the police have an articulable cause to believe have been or will be

*Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, par. 31). Tout récemment dans l'arrêt *Buhay*, précité, affaire portant (comme en l'espèce) sur une accusation de possession d'un sac contenant de la marijuana en vue d'en faire le trafic, la juge Arbour a écrit ceci au nom de la Cour, au par. 68 :

En l'espèce, la déclaration de culpabilité dépendait de la recevabilité de la preuve. Celle-ci était donc essentielle à la poursuite. Dans *Kokesch*, précité, p. 34, le juge Sopinka dit ceci au sujet de la gravité de l'infraction :

Les infractions dont l'appelant est inculpé sont graves, bien que les infractions relatives aux stupéfiants tels que le chanvre indien soient généralement considérées comme moins sérieuses que celles qui concernent des drogues « dures » comme la cocaïne et l'héroïne.

Ces facteurs militent en faveur de l'utilisation de la preuve. [Je souligne.]

En terminant, je ne partage pas l'opinion des juges majoritaires selon laquelle la déférence que commandent les conclusions du juge du procès sur l'application du par. 24(2) soutient le résultat auquel ils arrivent en l'espèce. La conclusion tirée par le juge Conner de la Cour provinciale au sujet du par. 24(2) reposait entièrement sur le fait que, à son avis, les éléments de preuve litigieux [TRADUCTION] « ont été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même », de telle sorte que leur utilisation aurait compromis « l'équité du procès » suivant le premier volet du critère décrit plus tôt. Les juges majoritaires rejettent explicitement, avec raison selon moi, cette conclusion au motif qu'il s'agit d'une erreur de droit. Comme leur analyse est axée sur l'application des deuxième et troisième volets de l'examen fondé sur le par. 24(2) (que n'a par ailleurs aucunement abordés le juge Conner), il m'est difficile de voir en quoi ils témoignent de la déférence envers les conclusions du juge du procès.

## V. Conclusion

Le présent pourvoi soulève d'importantes questions que notre Cour n'avait pas examinées directement. À l'exception des réserves que j'ai exprimées précédemment, je souscris aux conclusions des juges majoritaires quant à l'existence en common law d'un pouvoir autorisant les policiers à détenir et à fouiller une personne lorsqu'ils ont des motifs

involved in the commission of a criminal offense. With respect to the application of s. 24(2) to the evidence obtained by the police, not only was the evidence not conscriptive, but it was also found during a search which, even if illegal, was so closely related to a legal search that it amounted to a minuscule departure from what would have been permissible. Given these findings, together with the importance of the evidence to the Crown's case on a serious charge, I am not convinced that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. As such, I would dismiss the present appeal.

*Appeal allowed, BASTARACHE and DESCHAMPS JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Legal Aid Manitoba, Winnipeg; Phillips, Aiello, Winnipeg.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Vancouver.*

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

*Solicitor for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police: Edmonton Police Service, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Borden Ladner Gervais LLP, Toronto.*

concrets de croire que celle-ci a participé ou participera à la perpétration d'une infraction criminelle. Pour ce qui est de l'application du par. 24(2) aux éléments de preuve recueillis par les policiers, non seulement ces éléments n'ont-ils pas été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même, mais les policiers les ont trouvés au cours d'une fouille qui, même si elle était illégale, était par ailleurs si intimement liée à une fouille légale qu'elle n'a constitué qu'une violation minimale. Vu ces conclusions et l'importance des éléments pour la preuve de la Couronne relativement à une grave accusation, je ne suis pas convaincue que leur utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Par conséquent, je rejeterais le présent pourvoi.

*Pourvoi accueilli, les juges BASTARACHE et DESCHAMPS sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant : Legal Aid Manitoba, Winnipeg; Phillips, Aiello, Winnipeg.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général du Canada, Vancouver.*

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

*Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police : Edmonton Police Service, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Borden Ladner Gervais LLP, Toronto.*



**Canadian Broadcasting Corporation** *Appellant*

v.

**Gilles E. Néron Communication Marketing Inc. and Gilles E. Néron** *Respondents*

and

**Chambre des notaires du Québec** *Intervener*

**INDEXED AS: GILLES E. NÉRON COMMUNICATION MARKETING INC. v. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC**

**Neutral citation: 2004 SCC 53.**

File No.: 29519.

2004: February 18; 2004: July 29.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, LeBel and Deschamps JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC**

*Civil liability — Defamation — Television network — Public affairs program citing only erroneous portions of letter sent by communications consultant to director of program to request right of reply — Contents of letter presented in incomplete and misleading manner — Whether broadcast legitimate given the public's right to be informed and freedom of expression — Whether broadcast fell short of professional standards of reasonable journalist — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1457.*

*Civil liability — Defamation — Damages — Television network held liable in defamation solidarily with professional order — Damages difficult to divide between parties — Whether trial judge erred in imposing solidary liability — Whether liability in solidum should be ordered.*

The French network of the Canadian Broadcasting Corporation (“CBC”) aired on the show *Le Point* a report on delays by the Chambre des notaires du Québec

**Société Radio-Canada** *Appelante*

c.

**Gilles E. Néron Communication Marketing inc. et Gilles E. Néron** *Intimés*

et

**Chambre des notaires du Québec** *Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : GILLES E. NÉRON COMMUNICATION MARKETING INC. c. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC**

**Référence neutre : 2004 CSC 53.**

N<sup>o</sup> du greffe : 29519.

2004 : 18 février; 2004 : 29 juillet.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Responsabilité civile — Diffamation — Réseau de télévision — Émission d'affaires publiques ne rapportant que des passages erronés d'une lettre dans laquelle un consultant en communication demande un droit de réplique à la réalisatrice de l'émission — Contenu de la lettre présenté de manière incomplète et trompeuse — Le reportage diffusé était-il légitime compte tenu du droit du public à l'information et de la liberté d'expression? — Le reportage allait-il à l'encontre des normes professionnelles du journaliste raisonnable? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1457.*

*Responsabilité civile — Diffamation — Dommages-intérêts — Réseau de télévision et ordre professionnel tenus responsables solidairement — Dommages difficiles à répartir entre les parties — Le juge de première instance a-t-il eu tort de conclure à la responsabilité solidaire? — Y a-t-il lieu de conclure à la responsabilité in solidum?*

La Société Radio-Canada (« SRC ») diffuse, dans le cadre de son émission *Le Point*, un reportage au sujet des délais de traitement des plaintes disciplinaires portées

(“CNQ”) in dealing with disciplinary complaints against notaries and compensation claims made to its indemnity fund. The CNQ set out to counter the negative effects of the broadcast and the respondent N, who acted as a communications consultant for the CNQ, drafted a handwritten letter to request a meeting with the director of the show. In the letter, he lamented the prejudicial effect that the broadcast had had on the CNQ and pointed out certain errors. When contacted by a journalist of the CBC, N explained that the letter was nothing more than a request for a right of reply and that it was not meant for publication. The journalist pointed out to N two errors in the letter concerning two disgruntled complainants seen in the broadcast. N said that he was going to verify the information, which he had received from the CNQ, and respond within three days. A day before N’s requested time was to expire, *Le Point* broadcast a report crafted as a response to N’s letter, but quoted only the erroneous portions of the letter. Following this broadcast, a rash of letters were received from notaries who expressed indignation and dismay about the CNQ’s communication policies. In a communiqué sent to all notaries and all professional corporations, the Interprofessional Council, the media, the Office des professions and the Minister of Justice, the CNQ asserted that N had sent his letter on his own, without its authorization. Soon thereafter, the CNQ terminated contractual relations with N and his corporation. N lodged a complaint with the CBC’s ombudsman who acknowledged that one of the grievances was well-founded in that the second broadcast seriously compromised the principle of fairness by failing to mention the five grievances that were central to N’s letter and only reporting on the two errors. N and his corporation initiated a claim for damages against the CBC and the CNQ. The Superior Court found the CBC liable in defamation, solidarily with the CNQ. The majority of the Court of Appeal dismissed the CBC’s appeal, concluding that the trial judge had correctly found fault in this case but that the CBC and CNQ were to be held liable *in solidum*, not solidarily. The CNQ is not a party to the appeal before this Court.

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

*Per* McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, LeBel and Deschamps JJ.: Freedom of expression, and its corollary, freedom of the press, play an essential and invaluable role in our society. These fundamental freedoms are protected by s. 3 of the

contre des notaires et des demandes d’indemnisation adressées au Fonds d’indemnisation de la Chambre des notaires du Québec (« CNQ »). La CNQ entreprend de contrer les effets négatifs de ce reportage et l’intimé N, qui remplit la fonction de consultant en communication auprès d’elle, rédige une lettre manuscrite dans laquelle il sollicite un entretien avec la réalisatrice de l’émission. Dans cette lettre, il déplore l’effet préjudiciable que le reportage a eu sur la CNQ et relève certaines inexactitudes. Lorsqu’une journaliste de la SRC communique avec lui, il explique que sa lettre n’est rien de plus qu’une demande de droit de réplique et n’est pas destinée à être publiée. La journaliste fait remarquer à N que la lettre comporte deux inexactitudes au sujet de deux plaignants mécontents que l’on voit dans le reportage. N répond qu’il va vérifier ces informations qu’il tient de la CNQ, et qu’il va lui revenir dans trois jours au plus tard. Un jour avant l’expiration du délai que N a sollicité, l’émission *Le Point* diffuse un reportage qui se veut une réponse à la lettre de N, mais qui ne reprend que les passages erronés de la lettre. À la suite de ce reportage, la CNQ reçoit une multitude de lettres de notaires qui lui expriment leur indignation et leur mécontentement au sujet de ses politiques de communication. Dans un communiqué transmis à tous les notaires et ordres professionnels, au Conseil interprofessionnel, aux médias, à l’Office des professions et au ministre de la Justice, la CNQ affirme que N a envoyé la lettre de sa propre initiative, sans son autorisation. Peu après, la CNQ met fin à ses rapports contractuels avec N et sa société. N dépose une plainte auprès de l’ombudsman de la SRC qui reconnaît le bien-fondé de l’un des griefs, en ce sens que le reportage a sérieusement péché contre le principe de l’équité en omettant de faire état des cinq griefs qui constituaient l’essentiel de la lettre de N pour ne retenir que les deux inexactitudes. N et sa société intentent une action en dommages-intérêts contre la SRC et la CNQ. La Cour supérieure tient la SRC et la CNQ responsables solidairement à l’égard de propos diffamatoires. La Cour d’appel à la majorité rejette l’appel de la SRC et décide que le juge de première instance a eu raison de conclure à l’existence d’une faute en l’espèce, mais que la SRC et la CNQ doivent être tenues responsables *in solidum* et non solidairement. La CNQ n’est pas partie au pourvoi devant notre Cour.

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

*La* juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Bastarache, LeBel et Deschamps : La liberté d’expression et son corollaire, la liberté de presse, jouent un rôle essentiel et inestimable dans notre société. Ces libertés fondamentales sont garanties par

Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* and s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. However, freedom of expression is not absolute and can be limited by the requirements imposed by other people's right to the protection of their reputation. This right also receives protection under s. 4 of the *Quebec Charter* and under art. 3 C.C.Q. In an action in defamation, the two fundamental values of freedom of expression and the right to reputation must be weighed against each other to find the necessary equilibrium.

An action in defamation in Quebec is grounded in art. 1457 C.C.Q. Like any other action in civil, delictual and quasi-delictual liability, the plaintiff must establish, on a balance of probabilities, the existence of injury, a wrongful act and a causal connection between the two. Furthermore, in order to prove injury, the plaintiff must demonstrate that the impugned remarks were defamatory. Here, the thrust of the CBC's argument is the absence of fault. The other elements are not seriously at issue. The determination of fault in an action in defamation involves a contextual analysis of the facts and circumstances. Truth and public interest are factors to consider but they are not necessarily the determinative factors. It is insufficient in this case to focus merely on the veracity of the content of the second broadcast report. One must look globally at the tenor of the broadcast, the way it was conducted and the context surrounding it. The guiding principle of liability for defamation is that there will not be fault until it has been shown that the journalist or media outlet in question has fallen below professional standards. The conduct of the reasonable journalist becomes the all-important guidepost.

In holding the CBC liable for defamation, the Superior Court and the Court of Appeal achieved the correct balance between freedom of expression and N's right to respect for his reputation. Even though N's handwritten letter cannot be considered private, in focussing only on the two errors in that letter, the second broadcast was misleading, giving the impression that the substance of N's letter was limited to these two erroneous statements. The letter discussed other concerns relating to the image of notaries created by the broadcast. A person viewing the report in question would not be aware of these other concerns. Nor would the viewer be aware, from the structure of the report, that the letter was really just a request for a meeting and a right of reply. By leaving out vital pieces of information the CBC misrepresented N's letter as a disingenuous attempt to mislead the CBC, and thereby

l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec et par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cependant, la liberté d'expression n'est pas absolue et elle peut être limitée par les exigences du droit d'autrui à la protection de sa réputation. Ce droit est également protégé par l'art. 4 de la *Charte québécoise* et l'art. 3 C.c.Q. Pour établir l'équilibre nécessaire dans le cadre d'une action pour diffamation, il faut soupeser, l'une en fonction de l'autre, les deux valeurs fondamentales que sont la liberté d'expression et le droit à la sauvegarde de la réputation.

Au Québec, l'action pour diffamation repose sur l'art. 1457 C.c.Q. Comme pour toute autre action en responsabilité civile, délictuelle ou quasi délictuelle, le demandeur doit établir, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'un préjudice, d'une faute et d'un lien de causalité entre les deux. En outre, pour faire la preuve d'un préjudice, le demandeur doit démontrer que les propos litigieux sont diffamatoires. En l'espèce, la SRC invoque essentiellement l'absence de faute. Les autres éléments ne sont pas vraiment en cause. Dans une action pour diffamation, il faut procéder à une analyse contextuelle des faits et des circonstances pour déterminer si une faute a été commise. La véracité et l'intérêt public sont des facteurs dont il faut tenir compte, mais ils ne jouent pas nécessairement le rôle d'un facteur déterminant. Il ne suffit pas, en l'espèce, de mettre l'accent sur la véracité du contenu du deuxième reportage. Il faut examiner globalement la teneur du reportage, sa méthodologie et son contexte. Selon le principe directeur applicable en matière de responsabilité pour diffamation, le journaliste ou le média en question n'aura commis une faute que s'il est démontré qu'il n'a pas respecté les normes professionnelles. La conduite du journaliste raisonnable devient une balise de la plus haute importance.

En tenant la SRC responsable de diffamation, la Cour supérieure et la Cour d'appel ont atteint un juste équilibre entre la liberté d'expression et le droit de N à la sauvegarde de sa réputation. Même si la lettre manuscrite de N ne peut pas être qualifiée de privée, en ne mettant l'accent que sur les deux inexactitudes contenues dans cette lettre, le deuxième reportage était trompeur du fait qu'il donnait l'impression que le contenu de la lettre de N se limitait à ces deux affirmations inexactes. La lettre faisait état d'autres préoccupations relatives à l'image des notaires véhiculée par le reportage. La personne qui visionnait le reportage en question ne pouvait pas se rendre compte de ces autres préoccupations. De par sa présentation, le reportage ne permettait pas non plus au téléspectateur de s'apercevoir que la lettre n'était en réalité qu'une demande de rencontre et de droit de réplique. En omettant certains

the public. Moreover, the CBC intentionally and deliberately broadcast the errors in the letter before N could attempt to set things straight. The tone and tilt of the second broadcast pointed to its being more of a response to N's criticism than an exercise in protecting the public interest. Lastly, the CBC's own ombudsman found one of N's complaints to be quite serious and considered the second broadcast to have the appearance of a settling of accounts. This is highly detrimental to the CBC's case. The Ombudsman also openly implied that the journalists did not live up to proper journalistic standards, given the selective use of certain portions of the letter. These factors lead to the conclusion that the CBC intentionally defamed N and did so in a manner that fell below the professional standards of a reasonable journalist. By not respecting professional standards in this case, and given all the other surrounding circumstances, the CBC was at fault.

An order for liability *in solidum* is appropriate. The damages were of a global nature and it would be difficult, in practical terms, to divide the object of the global debt. Moreover, the trial judge is to be afforded significant deference in respect of his finding that the damages could not be easily divided. There has been little evidence adduced to explain how the damages could be apportioned between the CBC and CNQ in a just fashion. As such, this is the kind of case where the liability of the parties should be *in solidum*.

*Per Binnie J. (dissenting):* A legal rule that awards \$673,153 in damages to N and his corporation on the basis of a broadcast which stated true facts, the publication of which was undoubtedly in the public interest, just because other lesser matters might also have been mentioned but were not, or further context might have been provided but was not, is inconsistent with s. 3 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* including the public's right to have access to true and accurate information about matters of legitimate interest and concern. In this case, despite the journalists' boorish refusal to meet promptly with N and the poor quality of presentation evident in the second broadcast, civil fault should not be attributed to the CBC when all the relevant public interest issues are taken into account.

renseignements indispensables, la SRC a faussement présenté la lettre de N comme une tentative fallacieuse de l'induire en erreur et, du même coup, d'induire le public en erreur. De plus, la SRC a intentionnellement et délibérément diffusé les inexactitudes contenues dans la lettre avant même que N ait eu la chance de rétablir les faits. D'après son ton et son allure, le deuxième reportage ressemblait davantage à une réaction à la critique de N qu'à un exercice de protection de l'intérêt public. Enfin, l'ombudsman de la SRC a lui-même conclu que l'une des plaintes de N était très sérieuse et a estimé que le reportage avait des allures de règlement de compte. Cela affaiblit considérablement la thèse de la SRC. L'ombudsman a aussi laissé entendre ouvertement que les journalistes n'avaient pas respecté les normes journalistiques applicables en choisissant de n'utiliser que certaines parties de la lettre. Ces facteurs incitent à conclure que la SRC a intentionnellement diffamé N, et ce, d'une manière non conforme aux normes professionnelles du journaliste raisonnable. Compte tenu de son manquement aux normes professionnelles en l'espèce et de toutes les autres circonstances de l'affaire, la SRC a commis une faute.

Une déclaration de responsabilité *in solidum* est appropriée. Les dommages étaient de nature globale et il serait difficile, en pratique, de diviser l'objet d'une telle créance globale. De surcroît, il faut traiter avec beaucoup de déférence la conclusion du juge de première instance selon laquelle il n'était pas facile de répartir les dommages entre les défendeurs. On a présenté très peu d'éléments de preuve au sujet de la façon de procéder à une répartition juste des dommages entre la SRC et la CNQ. Par conséquent, cette affaire présente une situation où la responsabilité des parties doit être *in solidum*.

*Le juge Binnie (dissent) :* Une règle de droit qui, à la suite d'un reportage ayant exposé des faits véridiques dont la publication était indéniablement d'intérêt public, accorde 673 153 \$ de dommages-intérêts à N et à sa société seulement parce que d'autres détails moins importants auraient dû être mentionnés mais ne l'ont pas été, ou que d'autres faits auraient dû être exposés mais ne l'ont pas été, n'est pas conforme à l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, notamment au droit de la population à une information véridique et exacte concernant des questions d'intérêt légitime pour elle. En l'espèce, en dépit du refus impoli des journalistes de rencontrer promptement N et de la présentation boiteuse du deuxième reportage, il n'y a pas lieu d'imputer à la SRC une faute civile compte tenu de toutes les questions d'intérêt public pertinentes.

The first broadcast relied in part on two complainants, T and L, who agreed to be interviewed on the air. On learning about the broadcast, the CNQ (without checking its facts) leapt to the attack, alleging (erroneously) that L had lied about his complaint because the CNQ had in fact reimbursed him for a loss suffered at the hands of one of its members, and that T's brother was the leader of a bizarre and violent cult. It was appropriate to bring these allegations to the attention of viewers, together with the journalists' response.

First, while the second broadcast ought to have presented N's letter in a more complete and balanced fashion, the lack of balance did not subvert the truth of the real matter of interest to the public, namely the truth of the CNQ's allegations pertaining to the complainants. Second, although N ought to have been given time to verify the errors in the letter, the allegations against the complainants were demonstrably false whether or not N took the opportunity to verify them. Had N publicly acknowledged the falsity of the allegations, it would simply have added to the impression that the CNQ had responded impetuously to the original broadcast with a misinformed attack on the complainants, for which it should justly be called to account. Furthermore, it would not have improved N's reputation for the CBC to report that he wanted time to find out about the truth of the CNQ's allegations only after they were made. Third, the CBC was entitled to consider the information it had received to be public. There was no indication in N's letter to the contrary. Fourth, the criticism of some aspects of the second broadcast by the CBC's ombudsman cannot be equated with a finding of civil fault. He was not concerned with balancing the values of a free press and the respect for reputation. Had the other points made in N's letter been broadcast they would not have pulled the sting, or served the public interest in any substantial way, or for that matter, have helped to save N's reputation.

### Cases Cited

By LeBel J.

**Applied:** *Société Radio-Canada v. Radio Sept-Îles Inc.*, [1994] R.J.Q. 1811; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Prévost-Masson v. General Trust of Canada*, [2001] 3 S.C.R. 882, 2001 SCC 87; *Prud'homme v. Prud'homme*, [2002] 4 S.C.R. 663, 2002 SCC 85; **referred to:** *Whiten v.*

Le premier reportage présentait notamment deux plaignants qui avaient accepté d'être interviewés, à savoir T et L. Après avoir pris connaissance du reportage, la CNQ (sans s'être donné la peine de vérifier les faits rapportés) est passée directement à l'attaque en alléguant (à tort) que L avait menti au sujet de sa plainte — étant donné qu'elle lui avait, en réalité, remboursé la perte causée par l'un de ses membres — et que le frère de T était à la tête d'une secte étrange et violente. Il convenait d'attirer l'attention des téléspectateurs sur ces allégations et sur la réponse des journalistes.

Premièrement, malgré le fait que le deuxième reportage aurait dû présenter la lettre de N d'une manière plus complète et équilibrée, son caractère boiteux n'a rien changé à la véracité de la vraie question d'intérêt public, à savoir la véracité des allégations de la CNQ concernant les plaignants. Deuxièmement, même si N avait dû avoir le temps nécessaire pour vérifier l'exactitude de ses propos, les allégations dont étaient l'objet les plaignants étaient manifestement fausses peu importe que N les ait vérifiées ou non. Si N avait publiquement reconnu la fausseté de ces allégations, cela aurait simplement eu pour effet d'accroître l'impression que la CNQ avait riposté de manière impétueuse au premier reportage en soumettant les plaignants à des attaques comportant des inexactitudes, dont elle doit à juste titre être appelée à rendre compte. En outre, il n'aurait pas été mieux pour la réputation de N de rapporter qu'il avait sollicité un délai pour vérifier l'exactitude des allégations de la CNQ seulement après qu'elles eurent été formulées. Troisièmement, la SRC pouvait considérer publique l'information qu'elle avait reçue. Rien n'indiquait le contraire dans la lettre de N. Quatrièmement, la critique de certains aspects du deuxième reportage à laquelle s'est livré l'ombudsman de la SRC ne saurait être assimilée à une conclusion de faute civile. Il ne s'est pas soucié de mettre en balance les valeurs de la liberté de presse et la sauvegarde de la réputation. Si elles avaient été diffusées, les autres remarques contenues dans la lettre de N n'auraient ni remédié au tort causé ni été essentiellement d'intérêt public ou, du reste, utiles pour sauvegarder la réputation de N.

### Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

**Arrêts appliqués :** *Société Radio-Canada c. Radio Sept-Îles Inc.*, [1994] R.J.Q. 1811; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Prévost-Masson c. Trust Général du Canada*, [2001] 3 R.C.S. 882, 2001 CSC 87; *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, 2002 CSC 85; **arrêts mentionnés :** *Whiten*

*Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 S.C.R. 595, 2002 SCC 18; *Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421; *Viel v. Entreprises immobilières du terroir ltée*, [2002] R.J.Q. 1262; *Aubry v. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 S.C.R. 591; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33.

By Binnie J. (dissenting)

*Snyder v. Montreal Gazette Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 494; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459; *Société Radio-Canada v. Radio Sept-Îles Inc.*, [1994] R.J.Q. 1811; *Prud'homme v. Prud'homme*, [2002] 4 S.C.R. 663, 2002 SCC 85.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 2(b).  
*Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 4, 5.  
*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, preliminary provision, arts. 3, 35, 36, 1457, 1478, 1525, 1619, 2125.  
*Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, art. 547.

#### Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 6<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.  
Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal: Thémis, 2001.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2002] R.J.Q. 2639 (*sub nom. Société Radio-Canada v. Gilles E. Néron Communication Marketing Inc.*), [2002] Q.J. No. 4727 (QL) reversing in part a decision of the Superior Court, [2000] R.J.Q. 1787, [2000] Q.J. No. 2011 (QL). Appeal dismissed, Binnie J. dissenting.

*Sylvie Gadoury and Judith Harvie*, for the appellant.

*Jacques Jeansonne and Alberto Martinez*, for the respondents.

*Michel Jetté*, for the intervener.

*c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 R.C.S. 595, 2002 CSC 18; *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421; *Viel c. Entreprises immobilières du terroir ltée*, [2002] R.J.Q. 1262; *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33.

Citée par le juge Binnie (dissident)

*Snyder c. Montreal Gazette Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 494; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459; *Société Radio-Canada c. Radio Sept-Îles Inc.*, [1994] R.J.Q. 1811; *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, 2002 CSC 85.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 2b).  
*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 4, 5.  
*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, disposition préliminaire, art. 3, 35, 36, 1457, 1478, 1525, 1619, 2125.  
*Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 547.

#### Doctrine citée

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 6<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.  
Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal: Thémis, 2001.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2002] R.J.Q. 2639 (*sub nom. Société Radio-Canada c. Gilles E. Néron Communication Marketing Inc.*), [2002] J.Q. n<sup>o</sup> 4727 (QL), infirmant en partie une décision de la Cour supérieure, [2000] R.J.Q. 1787, [2000] J.Q. n<sup>o</sup> 2011 (QL). Pourvoi rejeté, le juge Binnie est dissident.

*Sylvie Gadoury et Judith Harvie*, pour l'appelante.

*Jacques Jeansonne et Alberto Martinez*, pour les intimés.

*Michel Jetté*, pour l'intervenante.

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, LeBel and Deschamps JJ. was delivered by

LEBEL J. —

### I. Introduction

This is an appeal from a majority judgment of the Quebec Court of Appeal dismissing the appeal of the Canadian Broadcasting Corporation (“CBC”) from the decision of Tellier J. at trial. Tellier J. found the CBC liable in defamation, solidarily with the Chambre des notaires du Québec (“CNQ”), for damages stemming from a program aired on January 12, 1995 on the CBC’s French language television network. The CNQ is not a party to this appeal. I dismiss the CBC’s appeal for the reasons that follow.

### II. Background

In the months preceding January 12, 1995 (the date of the relevant broadcast), it appears that the CNQ was having difficulty managing certain disciplinary complaints and claims for compensation brought by the public. At the same time, starting in September 1994, the broadcasting team of the CBC’s *Le Point* news program undertook to produce a series of programs aimed at examining whether Quebec professional orders like the CNQ adequately protect the interests of the public. On December 15, 1994, the CBC aired a report on delays at the CNQ in dealing with disciplinary complaints against notaries and compensation claims made to the CNQ’s Indemnity Fund. A journalist from *Le Point* named Ms. Johanne Faucher interviewed two particularly disgruntled complainants, Mr. Yvon Thériault and Mr. Richard Lacroix.

It was at this point that the respondent Gilles E. Néron came into the picture. Mr. Néron is the founder of the respondent company Gilles E. Néron Communication Marketing Inc. (“GEN Communication”). Through his company, he acted as a communications consultant for public institutions, including the CNQ. On December 16, 1994, the CNQ set out immediately to counter the negative

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci, Major, Bastarache, LeBel et Deschamps rendu par

LE JUGE LEBEL —

### I. Introduction

Le présent pourvoi est formé contre un arrêt majoritaire dans lequel la Cour d’appel du Québec a rejeté l’appel de la Société Radio-Canada (« SRC ») contre la décision rendue en première instance par le juge Tellier. Le juge Tellier a reconnu l’appelante responsable, solidairement avec la Chambre des notaires du Québec (« CNQ »), des dommages résultant des propos diffamatoires tenus dans le cadre d’un reportage diffusé le 12 janvier 1995. La CNQ n’est pas partie au pourvoi. Je rejette le pourvoi de la SRC pour les motifs qui suivent.

### II. Les faits

Au cours des mois ayant précédé le 12 janvier 1995 (date de diffusion du reportage en cause), il semble que la CNQ ait eu de la difficulté à gérer certaines plaintes disciplinaires et demandes d’indemnisation émanant du public. À la même époque, soit en septembre 1994, l’équipe de l’émission de télévision *Le Point* de la SRC amorce la production d’une série de reportages visant à déterminer si les ordres professionnels, telle la Chambre des notaires du Québec, protègent adéquatement les intérêts du public. Le 15 décembre 1994, la SRC diffuse un reportage au sujet des délais de traitement des plaintes disciplinaires portées contre des notaires et des demandes d’indemnisation adressées au Fonds d’indemnisation de la CNQ. Madame Johanne Faucher, journaliste de l’émission *Le Point*, interviewe deux plaignants particulièrement mécontents, MM. Yvon Thériault et Richard Lacroix.

L’intimé, M. Gilles E. Néron, entre alors en scène. Monsieur Néron est le fondateur de la société intimée, Gilles E. Néron Communication Marketing inc. (« GEN Communication »). Par l’entremise de sa société, il remplit la fonction de consultant en communication auprès d’institutions publiques, dont la CNQ. Le 16 décembre 1994, la CNQ entreprend immédiatement de contrer les effets négatifs

effects of the CBC broadcast. It was in this context that Mr. Néron drafted the following handwritten letter, on December 18, 1994, to request a meeting with Ms. Kateri Lescop, director of *Le Point*. In it, he lamented the prejudicial effect that the December 15th broadcast had on the CNQ, and points out certain errors. At this point, it would be useful to quote the handwritten letter in full:

[TRANSLATION]

Kateri Lescop  
Director  
Le Point — CBC

Dear Ms. Lescop:

We met at the opening of the CNQ convention in Quebec City. I also helped make it possible for the CNQ, its president, Louise Bélanger, and its syndic, Mr. Mercier, to provide you with assistance in preparing your report on professional corporations. I work with the CNQ as an adviser.

I therefore watched last Thursday's report on *Le Point* with interest.

I was unable to reach you Friday and would like to meet with you as soon as possible.

I invite you to read the news release and letter that I forwarded to Claude Langlois at the *Journal de Montréal*.

Personally, I found your report to be accurate for the most part. You referred to two cases, most regrettable ones at that, and gave two CNQ representatives the opportunity to comment.

However, I must take issue with the following:

- 1- The introduction, which was run repeatedly (the night before on *Le Point*, on the 10 o'clock news, that morning in the *Journal de Montréal* and again at the beginning of the report), led viewers to believe that notaries are not to be trusted and that the CNQ does not protect the public well.
- 2- Your conclusion that "Mr. Lacroix is considering writing to the Minister to ask him to put the CNQ under trusteeship" gave some people the impression that the chairman of the Office [des

du reportage diffusé par la SRC. C'est dans ce contexte que, le 18 décembre 1994, M. Néron rédige la lettre manuscrite suivante, dans laquelle il sollicite un entretien avec M<sup>me</sup> Kateri Lescop, réalisatrice de l'émission *Le Point*. Dans sa lettre, il déplore l'effet préjudiciable que le reportage du 15 décembre a eu sur la CNQ et relève certaines inexactitudes. Il est ici utile de reproduire intégralement la lettre manuscrite :

M<sup>me</sup> Kateri Lescop  
Réalisatrice  
Le Point — SRC

Madame,

Nous nous sommes rencontrés à l'ouverture du Congrès de la CNQ à Québec. J'ai aussi contribué à ce que la Chambre des notaires, sa présidente M<sup>e</sup> Louise Bélanger et le syndic M<sup>e</sup> Mercier vous facilitent la tâche dans la préparation de votre reportage sur les corporations professionnelles. Je collabore avec la Chambre à titre de conseiller.

Aussi, ai-je regardé avec intérêt le reportage au Point de jeudi dernier.

J'ai tenté sans succès de vous rejoindre vendredi, aussi je sollicite une rencontre avec vous dans les meilleurs délais.

Je vous invite à faire lecture du communiqué de presse et de la lettre que j'ai fait parvenir à M. Claude Langlois du *Journal de Montréal*.

Personnellement, je trouve qu'en grande partie, le reportage que vous avez préparé est correct. Vous faites référence à 2 cas, fort regrettables d'ailleurs et vous laissez aux deux représentants de la CNQ le temps pour s'exprimer.

Mais voilà où j'accroche :

- 1- L'introduction présentée de façon répétitive (la veille au Point; aux nouvelles de 22 hres; le matin dans le *Journal de Mtl* et encore en début de reportage) prépare les auditeurs à comprendre que l'on ne peut faire confiance aux notaires et que la CNQ protège mal le public.
- 2- Votre conclusion « M. Lacroix songe à écrire au ministre pour lui demander de placer la CNQ en tutelle » a donné l'impression à certains que c'est le président de l'Office [des professions] qui



professions] was going to make this request, while others were left thinking that Le Point's reporters came to this conclusion after their investigation.

- 3- In the report, the death threats made against the president are referred to as nonsense. Mr. Thériault is presented as a person who would be justified in making such threats. You failed to mention that he is the brother of the Thériault who was the Pope of the Infinite Love cult and who cut off his spouse's arm.
- 4- You also failed to mention in the report that Mr. Lacroix was reimbursed by the CNQ for the money he lost.
- 5- I also have difficulty understanding the reference to notary Potiron, the fusty old man. I found this allusion inappropriate. The notarial profession has a 128-year history of faithful service in Quebec. There are many young notaries. They are excellent, dynamic and innovative legal professionals.

In recent years, more than 70% of all newly admitted notaries have been women.

All notaries, women and men, have been affected by your report. When you work hard and conscientiously for your clients, it is difficult to hear someone call you a thief and irresponsible.

There are people in any profession or situation who will take advantage of others, but the supervision and monitoring system established by the CNQ works. As Ms. Bélanger and Mr. Mercier explained to you, the notarial profession is, by its very nature and by the training required, a very demanding one, and this ensures a very high degree of integrity. However, if in an exceptional case a notary takes a chance, he or she will always be caught very quickly.

It is the subsequent process relating to justice and human rights that takes time.

Today, some notaries are rebuking the president for co-operating with you, but she did so in good faith, and also because it is her responsibility. When things like this take place, rationality does not always prevail.

Le Point is an important program that influences many people. There are things that must be put in perspective, and I would like to discuss them with you and Mr. Lépine if you see fit to do so.

allait le demander et à d'autres que les reporter [*sic*] du Point arrivaient à cette conclusion après leur enquête.

- 3- Dans le reportage on fait référence aux menaces de mort à l'endroit de la présidence comme une baliverne. On présente M. Thériault comme une personne qui a bien raison de faire ces menaces. Vous n'avez pas fait référence au fait qu'il est le frère de ce Thériault, le Pape de la secte de l'Amour infini qui avait coupé le bras de sa conjointe.
- 4- Dans le reportage, vous ne dites pas, non plus, que M. Lacroix avait été remboursé par la CNQ pour les sommes qu'il avait perdues.
- 5- Je ne comprends pas, non plus, la référence au notaire Potiron, le poussiéreux. J'ai trouvé l'allusion déplacée. Le notariat au Québec a 128 ans d'histoire en loyaux services. Il y a beaucoup de jeunes notaires. Ils sont d'excellents juristes, dynamiques et avangardistes [*sic*].

Dans les rescentes [*sic*] années, ce sont des femmes à plus de 70 % qui composent les nouvelles promotions.

Aujourd'hui, elles et ils sont tous affectés par votre reportage. Lorsque vous travaillez dure [*sic*] et de façon consciencieuse pour votre clientèle vous vivez mal que l'on vous traite de voleur et d'irresponsable.

Il y a des profiteurs dans toutes les professions et dans tous les milieux. Mais le système de contrôle et de surveillance établi par la CNQ fonctionne. Comme vous l'ont expliqué M<sup>e</sup> Bélanger et M<sup>e</sup> Mercier la formation des notaires et la nature même de la profession sont très exigeantes et assurent un très haut degré d'intégrité. Mais si une exception prend une chance, il se fait toujours prendre et ce, très rapidement.

C'est le processus rattaché à la justice et aux droits de la personne qui prend du temps par la suite.

Aujourd'hui, il y a des notaires qui blâment la présidente d'avoir collaboré avec vous. Pourtant, elle l'a fait de bonne foi et parce que c'est aussi sa responsabilité. Dans des événements comme ceux-là, ce n'est pas toujours le rationnel qui prime.

Le Point est une émission importante qui influence bien des gens. Il y a des choses à remettre en perspective et j'aimerais en discuter avec vous et avec M. Lépine, si vous le jugé à propos.

The president, Ms. Bélanger, also hopes to have an opportunity very soon to make a comment in an upcoming broadcast of Le Point.

Ms. Lescop, for over 20 years my name has, by choice, been linked with ethics. I can attest that the last things notaries can, as a group, be accused of are failings at the level of rigour or of ethics.

I look forward to meeting with you in the next few days.

Yours sincerely,  
(Signed) Gilles E. Néron,  
President

(Underlining in original.)

4

Mr. Néron personally delivered this letter to the CBC's offices. The following day, Monday, December 19th, a change of strategy occurred at the CNQ. A decision was made internally no longer to seek a right of reply. However, Mr. Néron's letter was already in the CBC's hands. Mr. Néron continued to attempt to contact Ms. Lescop between December 22, 1994 and January 6, 1995, leaving a few telephone messages for her. Although the CNQ had decided that it would no longer seek a right of reply, Mr. Néron still had a mandate from the CNQ to meet with Ms. Lescop and attempt to repair the negative image of notaries resulting from the December 15th broadcast. Ms. Lescop did not return any of Mr. Néron's calls. On January 4th, however, the journalist Ms. Johanne Faucher contacted the CNQ's internal communications adviser (Mr. Antonin Fortin) at the CNQ. In keeping with the CNQ's decision, Mr. Fortin refused Ms. Faucher's offer of a follow-up interview. Ms. Faucher questioned the internal communications adviser about the content of Mr. Néron's letter to Ms. Lescop, to which he replied that the letter was a personal initiative of Mr. Néron's.

5

In the afternoon of January 10, 1995, Ms. Faucher contacted Mr. Néron, who reiterated that the CNQ no longer sought a right of reply. He added that the December 18, 1994 letter was nothing more than a request for a right of reply. The letter was addressed to Ms. Lescop personally and was not meant for publication [TRANSLATION] "or to be communicated

La présidente, M<sup>me</sup> Bélanger souhaite aussi avoir l'occasion de faire un commentaire à une très prochaine émission du Point.

M<sup>me</sup> Lescop, depuis plus de 20 ans l'éthique est associée à mon nom, par choix. Je puis témoigner que les dernières choses que l'on pourrait reprocher à l'ensemble des notaires seraient leur manque de rigueur et leur manque d'éthique.

Espérant qu'il nous sera possible de se rencontrer au cours des prochains jours, je vous prie d'agréer l'expression de mes sentiments les meilleurs.

(Signé) Gilles E. Néron  
président

(Souligné dans l'original.)

Monsieur Néron porte lui-même cette lettre aux bureaux de la SRC. Le lendemain, soit le lundi 19 décembre, la CNQ change de stratégie. Elle décide, de son propre chef, de renoncer à tout droit de réplique. Toutefois, la SRC a déjà en sa possession la lettre de M. Néron. Entre le 22 décembre 1994 et le 6 janvier 1995, M. Néron tente de nouveau de communiquer avec M<sup>me</sup> Lescop, lui laissant quelques messages téléphoniques. Malgré la décision de la CNQ de renoncer à tout droit de réplique, M. Néron est toujours autorisé à rencontrer M<sup>me</sup> Lescop et à essayer de corriger l'image négative des notaires véhiculée par le reportage du 15 décembre. Madame Lescop ne rappelle pas M. Néron. Le 4 janvier, la journaliste M<sup>me</sup> Faucher communique avec le conseiller interne en communication de la CNQ, M. Antonin Fortin. Conformément à la décision de la CNQ, M. Fortin rejette l'offre d'interview complémentaire faite par M<sup>me</sup> Faucher. Aux questions de M<sup>me</sup> Faucher portant sur le contenu de la lettre adressée par M. Néron à M<sup>me</sup> Lescop, il répond que la lettre est une démarche personnelle de M. Néron.

Au cours de l'après-midi du 10 janvier 1995, M<sup>me</sup> Faucher communique avec M. Néron, qui réitère que la CNQ renonce à tout droit de réplique. Il précise, en outre, que sa lettre du 18 décembre 1994 n'est rien de plus qu'une demande de droit de réplique. Cette lettre est adressée à M<sup>me</sup> Lescop personnellement et n'est pas destinée à être publiée « ni [à]

in any form whatsoever”. Ms. Faucher pointed out two errors in the letter. She informed Mr. Néron that Mr. Thériault was not the brother of the infamous Roch Thériault (alias Moses) and that Mr. Lacroix had not yet been compensated by the CNQ. Mr. Néron’s response was that he was going to verify this information, which he had received from the CNQ, and that he would “get back to her no later than the upcoming Friday[, January 13, 1995] at the end of the day”.

Late in the afternoon of Thursday, January 12, 1995, Mr. Néron learned that the letter was the subject of a report to be aired that same night. This was a day before Mr. Néron’s requested time was to expire.

The report that night was crafted as a response to Mr. Néron’s letter of December 18th. First, significant portions of the December 15th broadcast were reproduced, in particular those parts relating to Mr. Thériault and Mr. Lacroix. The journalist then quoted the erroneous portions of the letter relating to Mr. Thériault and Mr. Lacroix. Since the content of the January 12th report is so relevant to the outcome of this appeal, I shall reproduce the same extracts that the trial judge chose to quote at pp. 1797-98 of his reasons. The segment was entitled *Mise au Point*:

[TRANSLATION]

*Achille Michaud*

The CNQ was shocked and shaken by the report. It even refused to comment on it.

However, one of its communications advisers wrote to us, accusing us of having made several errors.

Tonight, we will respond to this criticism.

. . .

*Johanne Faucher*

The testimony of two individuals who have filed complaints with the CNQ revealed the following:

- the CNQ is slow to take action against notaries who are guilty of fraud;
- their investigations are unduly long; and

être communiquée sous quelque forme que ce soit ». Madame Faucher relève deux inexactitudes dans la lettre. Elle informe M. Néron que M. Thériault n’est pas le frère de l’infâme Roch Thériault (alias Moïse) et que M. Lacroix n’a pas encore été indemnisé par la CNQ. Monsieur Néron réplique qu’il va vérifier ces informations qu’il tient de la CNQ et qu’il « va lui revenir au plus tard en fin de journée [le] vendredi » 13 janvier 1995.

Le jeudi 12 janvier 1995, en fin d’après-midi, M. Néron apprend que sa lettre va faire l’objet d’un reportage le soir même, c’est-à-dire un jour avant l’expiration du délai qu’il a sollicité.

Le reportage diffusé ce soir-là se veut une réponse à la lettre du 18 décembre de M. Néron. On commence par présenter de larges extraits du reportage du 15 décembre, en particulier ceux concernant MM. Thériault et Lacroix. La journaliste cite ensuite les passages de la lettre qui contiennent des inexactitudes au sujet de MM. Thériault et Lacroix. Étant donné la grande pertinence du contenu du reportage du 12 janvier pour les besoins du présent pourvoi, je reproduis les mêmes extraits que le juge de première instance a choisi de citer aux p. 1797-1798 de ses motifs. Le segment s’intitule *Mise au Point* :

*Achille Michaud*

La CNQ a été choquée et ébranlée par ce document. Elle a même refusé de le commenter.

Mais l’un de ses conseillers en communication nous a écrit pour nous reprocher des erreurs que nous aurions commises.

Nous répondons ce soir à cette critique.

. . .

*Johanne Faucher*

Les témoignages de 2 personnes qui ont porté plainte à la CNQ ont montré que :

- la CNQ tarde à intervenir contre les notaires fraudeurs
- que les enquêtes s’étirent indûment

6

7

– these *delays cause serious harm* to the victims of fraud.

– et que ces *délais causent un préjudice sérieux* aux victimes de fraude.

*Johanne Faucher*

The CNQ's slowness to take action left him so distraught that he eventually made threats against its president.

A bodyguard keeps watch at the entrance to the CNQ's offices. *The president has received death threats.*

*Yvon Thériault*

*I scared them, but I told them.* I don't mind spending the rest of my life in jail, and it's not certain that I won't be spending time in prison.

I'm going to break windows. I'm going to make noise. I'm going to raise a ruckus. I'm not going to leave them alone, in other words. I'm not a murderer; I won't kill anyone. I told them I wouldn't kill anybody. *They were the ones who thought I wanted to kill somebody. I basically let them think that.* But I would have broken things. I would have made noise, that's for sure. I would have raised hell to get my case to the top of the pile, because they told me that the president had just gotten back from vacation and that she had 200 cases.

*Johanne Faucher*

Les lenteurs de la CNQ l'ont mis à bout de nerf *si bien qu'il a fini par faire des menaces à la présidente.*

Un garde du corps surveille l'entrée de la CNQ. *La présidente a reçu des menaces de mort.*

*Yvon Thériault*

*Je leur ai fait peur mais je leur disais.* Ça ne me dérange pas de passer le restant de ma vie en prison et c'est pas dit que je ne passerai pas du temps en prison.

Je vais défoncer des vitrines. Je vais faire du bruit. Je vais faire du tapage. Je ne les laisserai pas tranquilles en d'autres mots. Je ne suis pas un tueur, je ne tuerai pas. Je leur ai dit que je ne tuerais pas. *Eux-autres [sic] pensaient que j'allais tuer. Dans le fond, je les ai laissés [sic] penser ça.* Mais j'aurais cassé. J'aurais fait du bruit certain. J'aurais fait du grabuge pour remettre mon dossier sur le dessus parce qu'on venait de me dire que même la présidente arrivait de vacances et qu'elle avait 200 dossiers.

*Johanne Faucher*

The CNQ didn't like our report one bit; it, *and in particular its communications adviser, Gilles E. Néron,* accuses us of having tarnished the reputation of all of Quebec's notaries. *In his criticism of our report, Mr. Néron made a number of erroneous statements, and we would like to set the record straight.*

Mr. Thériault is presented as a person who would be justified in making such threats. You failed to mention that he is the brother of the Thériault who was the Pope of the Infinite Love cult and who cut off his spouse's arm. [Excerpt from Mr. Néron's letter]

Mr. Thériault, are you the brother of Rock Thériault, *also known as Moses?*

*Yvon Thériault*

*Absolutely not.*

I'm not his brother and I'm not a relative of his either, not a close or distant relative. If you need proof, here's

*Johanne Faucher*

La CNQ n'a pas du tout apprécié notre reportage et nous accuse d'avoir terni la réputation de tous les notaires du Québec *plus particulièrement son conseiller en communication, Gilles E. Néron.* Il tient des propos erronés dans sa critique de notre reportage et nous tenons à rectifier les faits.

On présente M. Thériault comme quelqu'un qui a bien raison de faire ces menaces. Vous n'avez pas fait référence au fait qu'il est le frère de ce Thériault, le Pape de la Secte de l'Amour infini qui avait coupé le bras de sa conjointe. [Extrait de la lettre de M. Néron]

M. Thériault, êtes-vous le frère de Rock Thériault, celui qu'on appelle aussi Moïse?

*Yvon Thériault*

*Absolument pas.*

Ni le frère ni parent ni de près ou de loin. S'il faut en faire la preuve, voici mon certificat de naissance qui est

my birth certificate, which is from New Brunswick: Drummond, New Brunswick, the son of René Thériault.

I even obtained a copy of Rock Thériault's baptismal certificate, which doesn't come from New Brunswick but from the parish of the Cathedral in Chicoutimi. Rock Thériault was born in Rivière du Moulin, near Chicoutimi. When he was young, his family moved to Abitibi and then moved to Thetford Mines not long after that.

*I found out that the CNQ was spreading totally unverified information like this and I would suggest that they check their facts. It's easy to get someone's birth certificate. I was able to do it myself.*

*Johanne Faucher*

In his criticism, *the CNQ's adviser* claims that we *did not tell the whole truth*.

You also failed to mention in the report that *Mr. Lacroix was reimbursed by the CNQ for the money he lost*. [Excerpt from Mr. Néron's letter]

In an affidavit, R. Lacroix confirms that he has never received a single penny in compensation from the CNQ. In fact, the CNQ has not yet decided if it will investigate Claude Laurier's case. [Emphasis added by Tellier J.]

The effect of the January 12th broadcast was felt immediately at the CNQ, most particularly by Mr. Néron. A rash of letters were received from notaries who, after seeing the broadcast, expressed indignation and dismay about the communication policies of the CNQ. Nobody from the CNQ contacted Mr. Néron the next day, but a communiqué signed by its president was circulated to all notaries and professional corporations, the Interprofessional Council, the media, the Office des professions and the Minister of Justice. The CNQ asserted that Mr. Néron had sent his letter on his own, without its authorization:

[TRANSLATION] On January 12, 1995, Le Point (CBC) quoted two specific passages from a letter written by Gilles E. Néron, an outside communications consultant, to the program's director in response to a report that had aired on December 15, 1994, concerning the Ordre professionnel's mission to protect the public.

du Nouveau-Brunswick, Drummond, N.-B., fils de René Thériault.

Alors je me suis même procuré le certificat de baptême de Rock Thériault qui vient non pas du N.-B. mais de la paroisse de la Cathédrale de Chicoutimi. Rock Thériault est né à Rivière du Moulin près de Chicoutimi. Quand il était jeune, sa famille est déménagée en Abitibi puis peu après, ils sont déménagés à Thetford Mines.

*J'ai appris justement que la CNQ véhiculait ce type d'information absolument non vérifiée et je leur conseillerais de vérifier. C'est facile de se procurer le certificat de naissance des individus. J'ai pu le faire moi-même.*

*Johanne Faucher*

Dans sa critique, *le conseiller de la CNQ* soutient que nous *n'avons pas dit toute la vérité*.

Vous ne dites pas non plus que *M. Lacroix avait été remboursé par la CNQ pour les sommes qu'il a perdues*. [Extrait de la lettre de M. Néron]

R. Lacroix confirme dans un affidavit qu'il n'a jamais reçu un cent en dédommagement de la part de la CNQ. En fait, la CNQ n'a pas encore décidé de faire enquête dans l'affaire Claude Laurier. [Italiques ajoutés par le juge Tellier.]

La CNQ et, tout particulièrement, M. Néron sentent immédiatement les effets du reportage du 12 janvier. La CNQ reçoit une multitude de lettres de notaires qui, après avoir vu le reportage, lui expriment leur indignation et leur mécontentement au sujet de ses politiques de communication. Personne de la CNQ ne communique avec M. Néron le lendemain, mais un communiqué signé par la présidente de la CNQ est transmis à tous les notaires et ordres professionnels, au Conseil interprofessionnel, aux médias, à l'Office des professions et au ministre de la Justice. La CNQ affirme que M. Néron a envoyé la lettre de sa propre initiative, sans son autorisation :

Le 12 janvier 1995, Le Point (Radio-Canada) citait particulièrement deux extraits d'une lettre adressée par M. Gilles E. Néron, consultant externe en communications, à la réalisatrice de cette émission en réaction à une précédente émission diffusée le 15 décembre 1994 relativement à la mission de protection du public de l'Ordre professionnel.

We would like to state that Mr. Néron sent this letter on his own initiative, without instructions from or the prior authorization or consent of the Chambre des notaires du Québec.

Louise Bélanger,  
President

Nous tenons à préciser que cette initiative relève de M. Néron sans mandat ou autorisation préalable de la Chambre des notaires du Québec.

M<sup>e</sup> Louise Bélanger, présidente

9 Not long thereafter, on January 19, 1995 to be precise, at a meeting of the CNQ's Administrative Committee, it was decided that the CNQ would immediately terminate contractual relations with Mr. Néron and his company. Mr. Néron received a letter of termination from the president that same day.

10 On January 24, 1995, another communiqué was signed by the president and sent to all notaries and professional corporations, the media, the Interprofessional Council, the Office des professions and the Minister of Justice. This communiqué made it known that the CNQ had terminated its business relationship with Mr. Néron and his company. The final two paragraphs of this communiqué read as follows:

[TRANSLATION] Furthermore, the Chambre des notaires will be meeting soon with the Le Point team to correct the negative perceptions conveyed on two occasions in these programs and to explore the possibility of airing a new report that would more accurately reflect the professionalism and integrity of notaries and of the Ordre.

Also, the Chambre des notaires has ceased all business relations with the communications firm Gilles E. Néron, Communication marketing inc.

It would be six months before Mr. Néron learned of the wide distribution of this memo. The effect on him would be devastating.

11 On May 18, 1995, Mr. Néron lodged a complaint with the Conseil de presse du Québec against Ms. Lescop and Ms. Faucher, and he later included Jean Pelletier as editor-in-chief. A similar complaint was filed with the CBC's ombudsman. The Conseil de presse decided to abandon its investigation into Mr. Néron's complaints on December 18, 1996, stating that the affair was *sub judice*. On July 12, 1995, the CBC's ombudsman, Mr. Mario Cardinal, rendered a decision concerning Mr. Néron's complaints. He dismissed four of the grievances, but acknowledged that one of them was well founded:

Peu après, plus précisément le 19 janvier 1995, au cours d'une réunion du comité administratif de la CNQ, il est décidé de mettre fin immédiatement aux rapports contractuels de la CNQ avec M. Néron et sa société. Le même jour, M. Néron reçoit une lettre de résiliation rédigée par la présidente.

Le 24 janvier 1995, un autre communiqué signé par la présidente est transmis à tous les notaires et ordres professionnels, aux médias, au Conseil interprofessionnel, à l'Office des professions et au ministre de la Justice. On y indique que la CNQ a mis fin à ses relations d'affaires avec M. Néron et sa société. Le communiqué se termine par les deux paragraphes suivants :

De plus, la Chambre des notaires rencontrera prochainement l'équipe du Point afin de corriger les perceptions négatives qui ont été véhiculées à deux occasions dans ces émissions et d'envisager la possibilité d'un nouveau reportage qui reflèterait davantage le professionnalisme et l'intégrité des notaires et de l'Ordre.

Aussi, la Chambre des notaires a cessé toutes relations d'affaires qui l'unissaient à la firme de communication Gilles E. Néron Communication marketing inc.

Cette large diffusion du communiqué dont M. Néron ne prend connaissance que six mois plus tard a sur lui un effet dévastateur.

Le 18 mai 1995, celui-ci dépose une plainte auprès du Conseil de presse du Québec contre M<sup>mes</sup> Lescop et Faucher et, plus tard, contre M. Jean Pelletier en sa qualité de rédacteur en chef de l'émission. Une plainte semblable est déposée auprès de l'ombudsman de la SRC. Le 18 décembre 1996, le Conseil de presse renonce à poursuivre son enquête sur les plaintes de M. Néron, en alléguant que l'affaire est *sub judice*. Le 12 juillet 1995, l'ombudsman de la SRC, M. Mario Cardinal, rend sa décision sur les plaintes de M. Néron. Il rejette quatre des griefs formulés, tout en reconnaissant le bien-fondé de l'un de ceux-ci :

[TRANSLATION] You also accuse them of referring to two errors you allegedly made in your letter in order to make a story out of them. This part of your complaint is valid. *Le Point* decided to air a program entitled *Mise au point*, which it even described as a response to your criticism. Such a broadcast, like any news broadcast, must be subject to the journalistic principles of accuracy, integrity and fairness. The January 12 broadcast seriously compromised the principle of fairness by failing to mention the five grievances that are central to your letter and only reporting on the two errors. The host did say at the beginning of the program, “*One of its [the CNQ’s] communications advisers wrote to us, accusing us of having made several errors. Tonight, we will respond to this criticism*”. It might have been expected that the “errors” you accused them of making would be looked at one by one in the program and that the point of view you expressed would be reflected impartially, thereby treating your criticism fairly and with dignity. This was not the case. In my view, making a complaint is the same as expressing an opinion. Therefore, when a complaint is discussed on air, the person making the complaint should be accorded the same rights and respect as any other person interviewed for a program, and the excerpts from the complaint that are actually broadcast must be selected, similarly to how an interview is edited, so as to represent the essence of the complaint, without distortion.

Instead, they chose to discuss only the two errors in your letter. This gave the program the appearance of a settling of accounts, something that has no place at the CBC. . . . [Emphasis in original.]

On January 11, 1996, GEN Communication and Gilles E. Néron in his personal capacity initiated a claim for damages against the CBC, the CBC’s ombudsman, and the CNQ in the amounts of \$1,650,000 for the company and \$4,285,608 for Mr. Néron. The claims against the Ombudsman and the CNQ are not before this Court. The claim against the CBC is essentially one of extra-contractual liability under art. 1457 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (“C.C.Q.”).

### III. Decisions of the Courts Below

#### A. *Superior Court*, [2000] R.J.Q. 1787

On June 20, 2000, Tellier J. rendered judgment. He found the CBC and the CNQ liable and ordered

Vous leur reprochez aussi d’avoir référé à deux erreurs que vous auriez commises dans votre lettre pour en faire une nouvelle. Cet élément de votre plainte est sérieux. *Le Point* décide de diffuser une émission intitulée *Mise au point*, précisant même qu’il s’agit d’une réponse à la critique. Une telle émission, comme toute émission d’information, se doit d’appliquer les principes journalistiques d’exactitude, d’intégrité et d’équité. Or, l’émission du 12 janvier a sérieusement péché contre le principe de l’équité en omettant de faire état des cinq griefs qui constituaient l’essentiel de votre lettre pour ne retenir que les deux erreurs. L’animateur avait pourtant dit en début d’émission : « *L’un des conseillers en communication nous a écrit pour nous reprocher des erreurs que nous aurions commises. Nous répondons ce soir à cette critique* ». On se serait alors attendu à ce que les « erreurs » que vous leur reprochiez soient reprises une à une dans l’émission, reflétant ainsi en toute impartialité le point de vue que vous avez exprimé et traitant, de ce fait, votre critique avec justice et dignité. Ce ne fut pas fait. Je considère que formuler une plainte, c’est exprimer une opinion. Aussi, lorsqu’il est fait état d’une plainte en ondes, l’auteur de cette plainte doit bénéficier des mêmes droits et du même respect que n’importe quelle personne interviewée en vue d’une émission et les extraits de la plainte qui sont retenus pour l’émission, un peu à la manière d’un montage d’interview, doivent être choisis de façon à en retenir l’essentiel, sans déformation.

De votre lettre, on a plutôt choisi de ne retenir que vos deux erreurs. Ce qui donnait à l’émission une allure de règlement de compte qui n’a pas place à Radio-Canada. . . [En italique dans l’original.]

Le 11 janvier 1996, GEN Communication et Gilles E. Néron personnellement intentent contre la SRC, l’ombudsman de la SRC et la CNQ une action en dommages-intérêts dans laquelle ils réclament 1 650 000 \$ pour la société et 4 285 608 \$ pour M. Néron. Les poursuites engagées contre l’ombudsman et la CNQ ne sont pas en cause devant notre Cour. L’action contre la SRC est essentiellement un recours en responsabilité extracontractuelle fondé sur l’art. 1457 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »).

### III. Décisions des tribunaux d’instance inférieure

#### A. *Cour supérieure*, [2000] R.J.Q. 1787

Le 20 juin 2000, le juge Tellier rend son jugement. Il conclut à la responsabilité de la SRC et de

them to pay damages to the plaintiffs Néron and GEN Communication.

14 The case against the CBC was grounded in art. 1457 C.C.Q. Mr. Néron and his company asserted that the CBC had defamed them in the preparation and in the content of a public information program. Only the content of the January 12th broadcast was called into question. Tellier J. found that the journalists were subject to an obligation of means (*Société Radio-Canada v. Radio Sept-Îles Inc.*, [1994] R.J.Q. 1811 (C.A.)). According to the judge, the use in the broadcast of Mr. Néron's handwritten letter of December 18, 1994 was problematic. The letter was an attempt to arrange a meeting and set things straight. The trial judge found that the letter was not a formal response to the December broadcast, but a set of specific concerns the CNQ had, which were listed with a view to obtaining a meeting to further discuss the matter.

15 The trial judge rejected the journalists' contention that the letter was an official document of the CNQ. It was a handwritten letter with Mr. Néron's letterhead and should be considered a "private letter". The journalists should have sought the author's permission before going public with the letter, which they did not do.

16 The trial judge conceded that the letter contained two errors. *Le Point's* journalists were perfectly aware of this and let Mr. Néron know they were on January 10, 1995, two days before the broadcast. In response, Mr. Néron requested three days to verify the information. Nevertheless, the erroneous portions of the letter were broadcast only two days later. This, said the trial judge, had the effect of denying Mr. Néron the opportunity to correct his mistakes.

17 The trial judge found that the second broadcast tended to show that the journalists considered the letter to be a criticism of their work. Tellier J. was in agreement with the decision of CBC's

la CNQ et leur ordonne de verser des dommages-intérêts aux demandeurs M. Néron et GEN Communication.

L'action contre la SRC est fondée sur l'art. 1457 C.c.Q. Monsieur Néron et sa société allèguent que la SRC les a diffamés dans la préparation et le contenu d'une émission d'information publique. Seul le contenu du reportage diffusé le 12 janvier est en cause. Le juge Tellier estime que les journalistes étaient assujettis à une obligation de moyens (*Société Radio-Canada c. Radio Sept-Îles Inc.*, [1994] R.J.Q. 1811 (C.A.)). Selon lui, le problème est le fait d'avoir utilisé, dans le reportage, la lettre manuscrite du 18 décembre 1994 de M. Néron. Dans cette lettre, M. Néron sollicite une rencontre afin de rétablir les faits. Le juge de première instance conclut que la lettre est non pas une réaction officielle au reportage de décembre, mais une énumération de préoccupations particulières de la CNQ ayant pour but d'obtenir une rencontre qui permettra d'approfondir le débat.

Le juge de première instance rejette l'argument des journalistes voulant que la lettre soit un document officiel de la CNQ. Il s'agit d'une lettre manuscrite qui porte l'en-tête de M. Néron et qui doit être considérée comme une « missive privée ». Les journalistes auraient dû demander la permission de son auteur avant de la rendre publique, ce qui n'a pas été fait.

Le juge de première instance reconnaît que la lettre comporte deux inexactitudes. Les journalistes du *Point* le savaient parfaitement et en ont fait part à M. Néron le 10 janvier 1995, soit deux jours avant la diffusion du reportage. La réaction de M. Néron a consisté à demander trois jours pour vérifier l'exactitude de ses propos, ce qui n'a pas empêché les journalistes de diffuser les passages inexacts de la lettre deux jours plus tard seulement. Selon le juge de première instance, ce comportement a toutefois empêché M. Néron de corriger les inexactitudes en question.

Le juge de première instance conclut que le deuxième reportage tend à démontrer que les journalistes percevaient la lettre comme une critique de leur travail. Le juge Tellier souscrit à la décision de



ombudsman. *Le Point*'s journalists committed errors of their own. They had a duty to deal fairly with the whole of the criticism. Instead they singled out Mr. Néron's errors in a manner which amounted more to a settling of accounts. Although it is possible that *Le Point*'s journalists were subject to time constraints, this cannot justify violating a person's right to respect for his or her reputation and privacy (arts. 3, 35 and 36 C.C.Q. and ss. 4 and 5 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 ("Quebec Charter")).

Tellier J.'s first step, before assessing damages, was to affirm his reprobation of the acts committed by the defendants CBC and CNQ. This he saw as necessary and proper in circumstances like these where the fundamental rights of a person have been violated.

The trial judge found that the damage sustained by Mr. Néron was evident and substantial. Before the events in question he had a decent standard of living and was widely respected and appreciated by his clients. At the time judgment was rendered, he had lost everything, including his partner, his co-owned property and his automobile. He was forced to cash in his retirement fund to pay for a modest two-room apartment. In addition, he had undergone treatment to combat depression. Tellier J. noted that no one wants to place their trust in a communications counsellor who no longer has good relations with the media. The trial judge concluded as follows, at p. 1823:

[TRANSLATION] Since December 1994, Néron has lost all credibility in his field. His biggest client wrongfully repudiated him and made sure everyone knew about it. For its part, the CBC aired its second report, disclosing a letter without first obtaining the author's authorization, and committed other wrongful acts against him. The combined effect of these two events was to put an abrupt end to his career as a communications adviser with no hope of resuming it.

Tellier J. awarded Mr. Néron, in his personal capacity, \$475,000 for loss of salary and other pecuniary benefits. The judge awarded moral damages in the amount of \$300,000, based on his finding

l'ombudsman de la SRC. Les journalistes du *Point* ont eux-mêmes commis des erreurs. Ils se devaient de traiter de manière équitable l'ensemble de la critique. Ils ont plutôt choisi de retenir les affirmations inexactes de M. Néron d'une manière qui s'apparentait davantage à un règlement de compte. Bien qu'il se puisse que les journalistes du *Point* aient été soumis à des contraintes de temps, cela ne saurait justifier de porter atteinte au droit d'une personne à la sauvegarde de sa réputation et au respect de sa vie privée (art. 3, 35 et 36 C.c.Q., de même que les art. 4 et 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (« Charte québécoise »)).

Avant de procéder à l'évaluation des dommages, le juge Tellier précise qu'il désapprouve les actes des défenderesses SRC et CNQ. Il croit nécessaire et approprié de le faire dans un cas comme celui dont il est saisi, où il y a atteinte aux droits fondamentaux d'une personne.

Selon le juge de première instance, M. Néron a subi des dommages évidents et importants. Jusqu'aux événements en question, M. Néron avait un niveau de vie décent et était fort respecté et apprécié par sa clientèle. À la date du jugement, il avait tout perdu, y compris sa compagne, son appartement en copropriété et son automobile. Il lui a fallu encaisser son fonds de retraite pour vivre dans un modeste appartement de deux pièces. En outre, il a dû être traité pour une dépression. Le juge Tellier note que personne ne souhaite faire confiance à un conseiller en communication qui n'a plus de bons rapports avec les médias. Il tire la conclusion suivante (p. 1823) :

Depuis décembre 1994, Néron est un homme brûlé dans son milieu d'activités. Son principal client l'a, à tort, désavoué et s'est arrangé pour que tout le monde le sache. De son côté, la SRC diffuse son deuxième reportage et divulgue une lettre-missive [sic] sans autorisation préalable de son auteur et commet à son endroit d'autres actes fautifs. Ces deux événements conjugués ont pour effet de mettre fin abruptement et sans espoir de retour à toute activité de conseiller en communication.

Le juge Tellier accorde à M. Néron personnellement la somme de 475 000 \$ pour la perte de salaire, ainsi que d'autres avantages pécuniaires. Le juge lui accorde 300 000 \$ pour des

18

19

20

that the same elements were in play in this case as in *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130. The judge then considered jurisprudence indicating that a party can request the payment of extrajudicial fees if they have resulted from the adverse party's bad faith. The judge awarded \$246,311.54 in this respect for the legal fees of lawyers past and present, the costs of expert evidence, and the time that Mr. Néron spent personally preparing his case. Having concluded that the fault of the CBC and its journalists was intentional, the learned judge granted a further \$50,000 in exemplary damages, to be divided equally between Mr. Néron and his company GEN Communication. Finally, the trial judge dismissed Mr. Néron's claims in respect of his personal debt and the loss of his RRSP. Tellier J. considered that both these items were covered by the award for lost salary. In total, Mr. Néron was personally granted damages in the order of \$1,039,207. With the exception of the exemplary damages, the judge decided that the liability was solidary and that the damages (other than exemplary), with interest and an additional indemnity (art. 1619 C.C.Q.), were to be split equally (50-50) between the CBC and its journalists on the one hand and the CNQ on the other.

dommages moraux, compte tenu de sa conclusion que les éléments en jeu sont les mêmes que dans l'affaire *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130. Le juge prend ensuite en considération la jurisprudence selon laquelle une partie peut réclamer le montant des honoraires extrajudiciaires lorsque ceux-ci résultent de la mauvaise foi de la partie adverse. À cet égard, il accorde 246 311,54 \$ pour les honoraires d'avocats antérieurs et actuels, le coût de la preuve d'expert et le temps que M. Néron a lui-même consacré à la préparation de son dossier. Après avoir conclu que la faute commise par la SRC et ses journalistes était intentionnelle, le juge accorde une somme additionnelle de 50 000 \$ à titre de dommages-intérêts exemplaires, que M. Néron et sa société GEN Communication se partageront en parts égales. Enfin, le juge de première instance rejette les réclamations de M. Néron relatives à son endettement personnel et à la perte de son REER. Le juge Tellier estime que ces deux postes sont inclus dans la somme accordée pour la perte de salaire. En tout, M. Néron se voit accorder personnellement des dommages-intérêts de 1 039 207 \$. Sauf en ce qui concerne les dommages-intérêts exemplaires, le juge décide que la responsabilité est solidaire et que la SRC et ses journalistes, d'une part, et la CNQ, d'autre part, seront respectivement tenus de payer la moitié des dommages-intérêts (autres que les dommages-intérêts exemplaires) plus les intérêts, ainsi qu'une indemnité additionnelle (art. 1619 C.c.Q.).

21 The pecuniary losses of GEN Communication were set at \$200,000 for loss of sales and \$25,000 for defamation, and \$50,000 was awarded in exemplary damages. Here again, with the exception of the exemplary damages, the learned judge determined that the liability was solidary and, consequently, that the sum of \$225,000, with interest and an additional indemnity (art. 1619 C.C.Q.), was to be shared equally between the CBC and its journalists on the one hand, and the CNQ on the other.

Quant aux pertes pécuniaires de GEN Communication, le juge accorde 200 000 \$ pour perte du chiffre d'affaires et 25 000 \$ pour atteinte à la réputation, plus 50 000 \$ de dommages-intérêts exemplaires. Là encore, sauf en ce qui concerne les dommages-intérêts exemplaires, le juge décide que la responsabilité est solidaire et que, par conséquent, la SRC et ses journalistes, d'une part, et la CNQ, d'autre part, seront respectivement tenus de payer la moitié de la somme de 225 000 \$ plus les intérêts, ainsi qu'une indemnité additionnelle (art. 1619 C.c.Q.).

22 Finally, Tellier J. ordered provisional execution for payment in full of the exemplary

Le juge Tellier ordonne enfin l'exécution provisoire pour le plein montant des dommages-

damages, lawyer's fees and personal preparation costs (art. 547 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25). As concerns the rest of the damage award, the provisional execution order was set at 50 percent of the amount. The Quebec Court of Appeal would later reduce the amount of this provisional execution order to \$200,000 while the matter was before that court.

The trial judge dealt with several other legal issues that are no longer relevant to the outcome of this appeal. He rejected Mr. Néron's claim against the CBC's ombudsman for having rebroadcast the content of the *Mise au Point* segment without his authorization, based on the absence of causation and on the absence of intention on the Ombudsman's part. The judge dismissed Mr. Thériault's action against Néron and GEN Communication, stating that any damage to Mr. Thériault's reputation caused by the broadcast of the content of the letter was the responsibility of the CBC and of Mr. Thériault himself. As for the actions in warranty, the judge ordered the CBC and the Commerce Group to pay the costs of the actions in warranty against each of them, and also ordered the Commerce Group to pay \$82,103 to Gilles E. Néron with interest and an additional indemnity starting from the time of the summons.

Néron and GEN Communication's action against the CNQ is of greater relevance to this appeal because the trial judge held the CNQ and the CBC to be solidarily liable, on a 50-50 basis, for all the above-mentioned damages, with the exception of the exemplary damages. The trial judge found that the CNQ was liable in contract to Néron and his company. Under art. 2125 C.C.Q., the CNQ had the right to unilaterally end its contractual relations with Néron and GEN Communication. However, the means used to do so were indicative of bad faith on the CNQ's part. The trial judge concluded that the CNQ had put an end to the contract for false reasons, which the CNQ intentionally circulated to a broad public. By doing so, it caused damage to Mr. Néron and his company.

intérêts exemplaires, des honoraires d'avocat et des frais de préparation personnelle (art. 547 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25). Quant au reste des dommages-intérêts accordés, il ordonne l'exécution provisoire pour la moitié du montant. La Cour d'appel du Québec réduit, par la suite, à 200 000 \$ le montant de l'exécution provisoire pendant qu'elle instruit l'affaire.

Le juge de première instance résout plusieurs autres questions de droit qui ne sont plus pertinentes pour trancher le présent pourvoi. Il invoque l'absence de lien de causalité et d'intention de la part de l'ombudsman de la SRC pour rejeter l'argument de M. Néron voulant que l'ombudsman ait rediffusé, sans son autorisation, le contenu de la *Mise au Point*. Le juge rejette le recours de M. Thériault contre M. Néron et GEN Communication, pour le motif que tout dommage que la diffusion du contenu de la lettre a pu causer à la réputation de M. Thériault est imputable à la SRC et à M. Thériault lui-même. En ce qui concerne les actions en garantie, le juge ordonne à la SRC et au Groupe Commerce de payer les dépens des actions en garantie intentées contre chacune d'elles. Il ordonne aussi au Groupe Commerce de payer à M. Gilles E. Néron la somme de 82 103 \$ plus les intérêts, ainsi qu'une indemnité additionnelle à compter de l'assignation.

Le recours de M. Néron et de GEN Communication contre la CNQ demeure plus pertinent en l'espèce, du fait que le juge de première instance a tenu la CNQ et la SRC solidairement responsables, pour la moitié chacune, de tous les dommages-intérêts susmentionnés, à l'exception des dommages-intérêts exemplaires. Le juge considère que la responsabilité contractuelle de la CNQ est engagée à l'égard de M. Néron et de sa société. Aux termes de l'art. 2125 C.c.Q., la CNQ pouvait mettre fin unilatéralement à ses rapports contractuels avec M. Néron et GEN Communication. Cependant, la manière dont elle l'a fait dénote de la mauvaise foi de sa part. Le juge de première instance conclut donc que la CNQ a mis fin au contrat pour de faux motifs qu'elle a intentionnellement communiqués au grand public. Ce faisant, elle a causé un préjudice à M. Néron et à sa société.

23

24

B. *Quebec Court of Appeal*, [2002] R.J.Q. 2639

25

The CBC (including its journalists and the Ombudsman), the CNQ and Mr. Thériault all appealed. Gilles E. Néron and GEN Communication cross-appealed against the CBC and the CNQ, seeking a revision of Tellier J.'s decision not to include in his damage calculations Mr. Néron's RRSP loss of \$440,901 and personal debt of \$48,500. Mr. Néron and GEN Communication also sought to vary the judgment below with respect to the liability of the Ombudsman and damages stemming from his actions, which were claimed to be in the order of \$75,000 for damage to reputation and \$200,000 (\$100,000 × 2) in exemplary damages. Mr. Néron and GEN Communication further sought authorization to amend their claim for exemplary damages against the CBC by raising it to \$500,000 for each appellant, or \$1,000,000 in total, based on *Hill, supra*, and *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 S.C.R. 595, 2002 SCC 18.

(1) Majority Judgment of Mailhot and Fish J.J.A.(a) *Mailhot J.A.*

26

Dealing with the appeal of the CBC and its journalists, Mailhot J.A. considered the trial judge's ruling that Mr. Néron's handwritten letter was a private letter to be wrong. The letter could not be considered private, as it was addressed to a media organization with a clear public role, and to a person who was the director of a television program. Without some contrary indication, it would be difficult to conclude that the letter was private. Mailhot J.A. noted that this Court had held in *Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421, that a media outlet that receives information can presume that it has consent to broadcast it, absent any indications to the contrary. Here, the letter was written by someone with a mandate from the CNQ, which points to its being more public in nature. Furthermore, Mr. Néron's actions indicated that he understood that the content of the letter could

B. *Cour d'appel du Québec*, [2002] R.J.Q. 2639

La SRC (y compris ses journalistes et son ombudsman), la CNQ et M. Thériault interjettent tous appel. Monsieur Gilles E. Néron et GEN Communication interjettent contre la SRC et la CNQ un appel incident en vue d'obtenir la révision de la décision du juge Tellier de ne pas inclure, dans le calcul des dommages, les sommes de 440 901 \$ et de 48 500 \$ correspondant respectivement à la perte d'un REER et à l'endettement personnel de M. Néron. Monsieur Néron et GEN Communication sollicitent également la révision du jugement de première instance relativement à la responsabilité de l'ombudsman et aux dommages découlant de ses actes, qui, selon eux, s'élevaient à 75 000 \$ pour atteinte à la réputation et à 200 000 \$ (100 000 \$ × 2) de dommages-intérêts exemplaires. Monsieur Néron et GEN Communication invoquent les arrêts *Hill*, précité, et *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 R.C.S. 595, 2002 CSC 18, pour demander en plus l'autorisation de modifier le montant des dommages-intérêts exemplaires réclamés à la SRC, de manière à le majorer à 500 000 \$ pour chacun d'eux, soit à 1 000 000 \$ en tout.

(1) Motifs majoritaires des juges Mailhot et Fisha) *La juge Mailhot*

Examinant d'abord l'appel de la SRC et de ses journalistes, la juge Mailhot qualifie d'erronée la décision du juge de première instance selon laquelle la lettre manuscrite de M. Néron est une missive privée. La lettre ne saurait être qualifiée de privée étant donné qu'elle est adressée à un média dont le rôle public est évident et à une personne qui est la réalisatrice d'une émission de télévision. À moins d'indication contraire, on la qualifierait difficilement de missive privée. La juge Mailhot fait observer que, dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421, notre Cour a conclu qu'un média qui reçoit des informations peut, en l'absence d'indication contraire, présumer le consentement à leur diffusion. En l'espèce, la lettre a été rédigée par une personne autorisée par la CNQ, ce qui porte à croire qu'elle est davantage de nature publique. En outre, les actes de M. Néron indiquent

be broadcast once he had had time to verify the purported errors. It could not be said that it was a private letter.

Mailhot J.A. found, however, that Mr. Néron had clearly not given his consent to the publication of the letter and had indeed asked that the letter not be aired before he had had time to verify the two errors. Clearly the object of the letter was to arrange a meeting. For these reasons, the CBC had an obligation to at least afford Mr. Néron the time he had requested before broadcasting the content of the letter. Mailhot J.A. agreed with the trial judge that the CBC's actions looked more like a settling of accounts. The CBC knew that the information in the letter about Mr. Thériault and Mr. Lacroix was false but chose to point the errors out on television even though it knew that Mr. Néron was taking the time to look into them. Mailhot J.A. quoted with approval, at para. 73, the following passage from the reasons of the learned trial judge:

[TRANSLATION] Similarly, the evidence shows that on January 10, 1995, Faucher contacted Néron to tell him that the letter of December 18 contained two inaccurate statements. Faucher acknowledges that Néron's reaction was one of surprise and that he asked her for a few days to check the accuracy of his statements. Néron says that he asked her for three days. This conversation took place on January 10, and the program aired on January 12, before Néron was even able to get back to her with his version.

Thus, the following question must be asked: Why was there such a rush to air the second report, which contained information known to be false, without giving Néron the opportunity to check and correct the statements that turned out to be inaccurate? Can it not be assumed that, if Néron had been able to give his side of the story and correct the inaccuracies, the content of the report would have been different? This haste is attributable not only to the journalist, but to the entire team.

Pelletier, the editor-in-chief, admitted to the Court that he was aware of the telephone conversation that took place between Faucher and Néron on January 10, 1995. He knew that Néron had asked for a short period of time to check the information himself. He knew that the Chambre [des notaires] had refused to comment on the

qu'il comprenait que le contenu de la lettre pourrait être diffusé une fois qu'il aurait eu le temps de vérifier les affirmations qualifiées d'inexactes. On ne pouvait donc pas affirmer que la lettre était une missive privée.

La juge Mailhot conclut toutefois qu'il est évident que M. Néron n'a pas consenti à la publication de la lettre et qu'il a, en fait, demandé de ne pas la diffuser avant qu'il ait eu le temps de vérifier les prétendues affirmations inexactes. La lettre avait nettement pour objet d'organiser une rencontre. Pour ces motifs, la SRC se devait à tout le moins d'accorder à M. Néron le délai sollicité avant de diffuser le contenu de la lettre. La juge Mailhot convient avec le juge de première instance que les actes de la SRC avaient davantage l'allure d'un règlement de compte. La SRC savait que les informations que la lettre contenait au sujet de MM. Thériault et Lacroix étaient fausses, mais elle a choisi de les révéler à la télévision tout en sachant que M. Néron était en train de les vérifier. La juge Mailhot cite et approuve, au par. 73, le passage suivant des motifs du juge de première instance :

Dans le même ordre d'idée[s], la preuve révèle que, le 10 janvier 1995, Faucher communique avec Néron pour lui signaler que la lettre du 18 décembre contenait deux affirmations inexactes. Elle reconnaît aussi que la réaction de Néron en fut une d'étonnement et que celui-ci lui a demandé quelques jours pour vérifier l'exactitude de ses propos. Néron affirme lui avoir demandé trois jours. Cette conversation a lieu le 10 janvier et l'émission est diffusée le 12, avant même que Néron ait pu revenir avec sa version.

Alors se pose la question : Pourquoi cette précipitation et cette hâte à diffuser ce deuxième reportage qui contient des informations que l'on sait être fausses et qu'on n'a pas donné à Néron la faculté de vérifier et corriger les affirmations qui s'avèrent être fausses? Est-ce qu'on ne peut pas penser que, si Néron avait pu donner sa version et corriger les inexactitudes, le contenu du reportage aurait été différent? Cette hâte n'est pas seulement le fait de la journaliste mais celui de toute l'équipe.

Pelletier, le rédacteur en chef, a reconnu devant la Cour qu'il était au courant de la conversation téléphonique de Faucher et de Néron du 10 janvier 1995. Il savait que Néron avait demandé un court délai pour vérifier l'information par lui-même. Il savait que la Chambre [des notaires] avait refusé de commenter la lettre et, par

letter and, consequently, on its content. The team nevertheless decided to broadcast the report anyway, which leads one to believe that the decision was deliberate and intentional.

28

Mailhot J.A. also agreed with the trial judge that the content of the letter was portrayed in a misleading and incomplete fashion. Instead of an accurate synopsis of the content of the letter, *Le Point's* journalists engaged in a [TRANSLATION] “wrongful pruning”, selectively choosing to highlight only the two errors, and not Mr. Néron’s other concerns. Mailhot J.A. agreed with the trial judge that *Le Point's* journalists took the letter as a criticism of their work [TRANSLATION] “and that they had to show the person who wrote it that you do not attack journalists like that” (para. 81), even if the letter’s sole purpose was to arrange a meeting. The apparent purpose of the first broadcast was to look into whether professional bodies like the CNQ were fulfilling their mandate to the public. In the opinion of Mailhot J.A., however, the second broadcast no longer had this as its purpose, but was instead a response to Mr. Néron’s criticism of their work. This was evidenced by the fact that in the report *Le Point* used language such as “the CNQ *accuses us*” (para. 74 (italics in original)), even though the CNQ had already disassociated itself from the content of the letter.

29

Mailhot J.A. found further evidence that *Le Point* was more interested in responding to this criticism than protecting the public interest in the following excerpt from a letter written by the editor-in-chief, Mr. Pelletier, to the Conseil de presse du Québec (at para. 75):

[TRANSLATION] The lawsuit that public relations specialist Gilles E. Néron has brought against us results from his decision to send us, on December 18, 1994, a letter critical of our December 15, 1994 report on his client, the Chambre des notaires du Québec.

This letter, of which he sent a copy to the Chambre des notaires du Québec on the same day he sent it to us, contained very serious accusations levelled not only against *Le Point*, but also against citizens who had for some time been accusing the Chambre of treating them unfairly and who were interviewed as part of our December 15 report on the CNQ.

conséquent, son contenu. Malgré tout cela, l'équipe a décidé de passer le reportage quand même, et il est alors permis de penser que la décision fut arrêtée de propos délibéré et intentionnel.

La juge Mailhot convient également avec le juge de première instance que le contenu de la lettre a été présenté de manière trompeuse et incomplète. Au lieu d'en faire un résumé fidèle, les journalistes du *Point* ont procédé à un « élagage fautif » en choisissant de ne relever que les deux inexactitudes, sans mentionner les autres préoccupations de M. Néron. La juge Mailhot souscrit à l'opinion du juge de première instance selon laquelle les journalistes du *Point* considéraient que la lettre était une critique de leur travail « et qu'il fallait faire comprendre à son auteur qu'on ne s'en prend pas comme ça aux journalistes » (par. 81), et ce, même si la lettre avait seulement pour but d'organiser une rencontre. Le premier reportage visait apparemment à vérifier si des ordres professionnels comme la CNQ remplissaient leur mandat envers le public. Cependant, la juge Mailhot estime que ce n'était plus l'objectif du deuxième reportage, qui se voulait plutôt une réaction à la critique du travail des journalistes formulée par M. Néron, comme en fait foi l'utilisation, dans ce reportage, de termes tels « la CNQ nous *accuse* » (par. 74 (en italique dans l'original)), en dépit du fait que la CNQ s'était déjà dissociée du contenu de la lettre.

Selon la juge Mailhot, l'extrait suivant d'une lettre adressée par le rédacteur en chef, M. Pelletier, au Conseil de presse du Québec prouve également que les journalistes du *Point* étaient plus intéressés à répondre à cette critique qu'à protéger l'intérêt public (par. 75) :

Le procès que nous fait M. Gilles E. Néron, relationniste, a été engendré par sa décision de nous transmettre le 18 décembre 1994 une critique de notre reportage du 15 décembre 1994 sur la Chambre des [n]otaires du Québec, son client.

Cette lettre dont il envoie copie à la Chambre des [n]otaires du Québec le jour même où il nous la poste, contenait de très graves accusations contre non seulement *Le Point* mais aussi des citoyens qui accusaient depuis longtemps la Chambre de les avoir injustement traités et qui avaient été interviewés dans le cadre de notre reportage du 15 décembre sur la CNQ.

Mailhot J.A. went on to note that, although it was true that Mr. Lacroix had not been reimbursed by the CNQ, he had been at least partially reimbursed by a third party. This attenuated somewhat the gravity of the error with respect to Mr. Lacroix. She did agree that circulating the unverified rumour that Mr. Thériault was the brother of Roch Thériault could justifiably be considered reprehensible by the journalist, if it was done intentionally. Mailhot J.A. went on to rule that even if it could be said that the CBC had an obligation to inform the public that the CNQ was circulating false information and had a negative attitude towards the people it was supposed to protect, the CBC first had to ensure that the false information was in fact endorsed by the professional order. It is also important to transmit all the information to the public, that is to say, the content of the letter as a whole. It was not sufficient to simply verify that Mr. Néron had a general mandate from the CNQ at the time the letter was written, especially since *Le Point's* journalists knew about the rumours as far back as November 1994, when they were preparing for the first broadcast.

In short, Mailhot J.A. agreed with the trial judge that *Le Point's* journalists had entrapped Mr. Néron and used him to get back at the CNQ. She stated the following at para. 82:

[TRANSLATION] There is no doubt that a news organization may publish information contained in a communication when the information is of public interest. However, if the organization knows that the information is incorrect and that the sender of the communication is unaware of the error and has even asked for a short period of time to check it, if the organization rushes to release the information after first subjecting it to a wrongful pruning, and if what appears on the screen seems to attribute the letter to the author, then, in those circumstances, the organization has maliciously abused its position.

Mailhot J.A. referred to the decision of the Quebec Court of Appeal in *Radio Sept-Îles*, *supra*, at p. 1818. She adopted the definition of civil liability for defamation established in that case and concluded that the trial judge had correctly found fault in the case at bar.

La juge Mailhot ajoute que, même s'il est vrai que M. Lacroix n'a pas été remboursé par la CNQ, il l'a été, du moins en partie, par un tiers. Cela atténue quelque peu la gravité de l'inexactitude relative à M. Lacroix. Elle convient que les journalistes pouvaient considérer à juste titre comme une attitude répréhensible, si elle était intentionnelle, la propagation de la rumeur non vérifiée selon laquelle M. Thériault était le frère de Roch Thériault. Selon elle, même si l'on peut admettre qu'elle était tenue d'informer la population que la CNQ diffusait des faussetés et adoptait une attitude négative à l'égard de gens qu'elle était censée protéger, la SRC devait d'abord s'assurer que ces faussetés avaient été endossées par l'ordre professionnel. Il importe également de transmettre toute l'information au public, c'est-à-dire tout le contenu de la lettre. Il ne suffisait pas de vérifier si M. Néron était investi d'un mandat général de la CNQ à l'époque où il a écrit la lettre, d'autant plus que les journalistes du *Point* étaient au courant de ces rumeurs dès novembre 1994, au moment où ils préparaient le premier reportage.

Bref, la juge Mailhot est d'accord avec le juge de première instance pour conclure que les journalistes du *Point* ont piégé M. Néron et s'en sont servi pour se venger de la CNQ. On trouve ces commentaires au par. 82 :

Certes, un organe d'information peut publier une information contenue dans une communication, lorsque celle-ci contient une information d'intérêt général. Toutefois, si l'organe sait que l'information est erronée, que l'auteur de la communication l'ignore et, au surplus, demande un délai très court pour vérifier, et que cet organe d'information publie précipitamment l'information en cause, au surplus en y faisant un élagage fautif, et que l'image projetée à l'écran semble l'attribuer à l'auteur de la lettre, dans ces circonstances, l'organe abuse de sa situation malicieusement.

La juge Mailhot mentionne l'arrêt de la Cour d'appel du Québec *Radio Sept-Îles*, précité, p. 1818. Faisant sienne la définition de la responsabilité civile pour diffamation qu'on y donne, elle décide que le juge de première instance a eu raison de conclure à l'existence d'une faute en l'espèce.

32

Mailhot J.A. then turned to a consideration of damages. She upheld the trial judge's award for pecuniary and moral damages. The appeal judge did, however, decide that the award for punitive damages was too low. She raised the amount owed by the CBC to Mr. Néron and his company to \$100,000 each from the \$50,000 awarded by the trial judge and stated that the CBC's liability for this amount was not solidary. Mailhot J.A. further clarified that it was the CBC that was to be held liable, and not its employees in any direct sense.

33

Mailhot J.A. adopted the reasons of Fish J.A. (as he then was) who, as shall be noted below, varied the trial judge's decision to find the CNQ and the CBC solidarily liable, ruling instead that the two were to be held liable *in solidum*. Based on a recent decision of the Quebec Court of Appeal in *Viel v. Entreprises immobilières du terroir ltée*, [2002] R.J.Q. 1262, Mailhot J.A. ruled that the trial judge's award of extrajudicial fees should be set aside. She adopted the reasons of Fish J.A. on this point as well, with the exception that she upheld the trial judge's award of \$8,153 for expert fees, which she did not view as extrajudicial fees.

(b) *Fish J.A.*

34

Fish J.A. found that the trial judge committed a palpable error in concluding that the factors in this case were essentially the same as in *Hill, supra*. He reduced the trial judge's award of moral damages to \$150,000 from the \$300,000 awarded at trial. He also set aside entirely the moral damages awarded by the trial judge to GEN Communication (\$25,000). He found that the interposition of GEN Communication between the CNQ and Néron provided no legal or logical justification for awarding GEN Communication any moral damages at all. Fish J.A. further reduced, for the same reason, the award of pecuniary damages in favour of GEN Communication to \$25,000 from \$200,000.

La juge Mailhot passe ensuite à l'examen des dommages. Elle confirme les montants de dommages pécuniaires et moraux accordés par le juge de première instance. Toutefois, elle juge insuffisants les dommages-intérêts punitifs qu'il a accordés. Elle fait passer de 50 000 \$ à 100 000 \$ le montant que le juge de première instance a ordonné à la SRC de verser, à ce titre, à M. Néron et à sa société, et précise que la SRC n'est pas solidairement responsable avec la CNQ à l'égard de ce montant. La juge Mailhot ajoute que la SRC doit être tenue responsable, mais qu'aucune condamnation ne doit être prononcée directement contre ses employés.

La juge Mailhot souscrit aux motifs du juge Fish (maintenant juge de notre Cour) qui, comme nous le verrons plus loin, modifie la décision du juge de première instance de tenir la CNQ et la SRC responsables solidairement, et conclut qu'elles doivent plutôt être tenues responsables *in solidum*. Se fondant sur l'arrêt récent de la Cour d'appel du Québec *Viel c. Entreprises immobilières du terroir ltée*, [2002] R.J.Q. 1262, la juge Mailhot statue qu'il y a lieu d'annuler la condamnation aux honoraires extrajudiciaires prononcée par le juge de première instance. Elle souscrit également aux motifs du juge Fish sur ce point, sauf qu'elle confirme la décision du juge de première instance d'accorder la somme de 8 153 \$ pour les frais d'expertise, qu'elle ne perçoit pas comme des honoraires extrajudiciaires.

b) *Le juge Fish*

Le juge Fish estime que le juge de première instance a commis une erreur manifeste en concluant que les éléments en jeu en l'espèce sont sensiblement les mêmes que dans l'affaire *Hill*, précitée. Il réduit à 150 000 \$ le montant de dommages moraux de 300 000 \$ accordé en première instance. De même, il annule complètement la somme de 25 000 \$ que ce dernier a accordé à titre de dommages moraux à GEN Communication. Selon lui, l'interposition de GEN Communication entre la CNQ et M. Néron ne justifiait ni juridiquement ni logiquement l'attribution de dommages moraux à GEN Communication. De plus, le juge Fish ramène, pour la même raison, à 25 000 \$ le montant de dommages pécuniaires de 200 000 \$ accordé à GEN Communication.



Fish J.A. otherwise agreed with Mailhot J.A. that the CBC's *Mise au Point* segment was defamatory. It damaged Mr. Néron's reputation by misrepresenting his letter to Ms. Lescop as a disingenuous attempt to mislead the CBC and, through it, the public that is its audience. Neither of the CBC's defences to this established defamation could stand. Its claim that Mr. Néron consented to the January 12th broadcast is contradicted by the evidence that the letter was aimed at arranging a meeting with Ms. Lescop and by Mr. Néron's evidence that he had repeatedly stressed that the letter was not intended for publication. The CBC's argument that the mere delivery of the letter constituted consent flies in the face of these facts, and of the trial judge's finding that it was evident from both the form and content of the letter that it was not meant for publication.

Fish J.A. then responded to the CBC's second defence, namely that its constitutionally enshrined freedom of expression and freedom of the press obviated the need for consent. Freedom of expression and freedom of the press do not grant the right to broadcast or publish with impunity letters, telephone calls, faxes and e-mail messages received by electronic or print media that are not sent to them for broadcast or publication. Such communications are "private", in the sense that the senders are entitled to expect that their words will not, without their consent, be made public. Nor can it be said that freedom of expression and freedom of the press carry with them a licence to defame. In purporting to exercise these freedoms, no one may unjustifiably damage another person's reputation.

Finally, Fish J.A. dealt with the CBC's argument that a publisher of defamatory matter can escape condemnation by demonstrating that the impugned publication was carried out in good faith and in the public interest. He held that such a defence cannot stand where, as here, the defamatory material was published "in an incomplete, tendentious or unfair manner" (para. 259). Fish J.A. agreed with the trial judge, and the CBC's ombudsman, that the

35  
Le juge Fish convient par ailleurs avec le juge Mailhot que la *Mise au Point* de la SRC était diffamatoire. Elle a porté atteinte à la réputation de M. Néron en présentant faussement sa lettre à M<sup>me</sup> Lescop comme une tentative fallacieuse d'inuire en erreur la SRC et, du même coup, le public qui constitue son auditoire. Aucun des moyens de défense que la SRC a opposés à cette diffamation prouvée ne saurait être retenu. Son argument voulant que M. Néron ait consenti à la diffusion du reportage du 12 janvier est contredit par la preuve que la lettre avait pour but d'organiser une rencontre avec M<sup>me</sup> Lescop et que M. Néron avait, à maintes reprises, insisté sur le fait qu'elle n'était pas destinée à être publiée. La prétention de la SRC que la simple remise de la lettre équivalait à un consentement contredit ces faits et la conclusion du juge de première instance selon laquelle il était évident que, compte tenu de sa forme et de son contenu, la lettre n'était pas destinée à être publiée.

36  
Le juge Fish répond ensuite au deuxième moyen de défense de la SRC voulant que le droit à la liberté d'expression et à la liberté de presse que la Constitution lui garantit rende inutile le consentement. La liberté d'expression et la liberté de presse ne permettent pas de diffuser ou de publier, en toute impunité, le contenu des lettres, des appels téléphoniques, des télécopies ou des courriels adressés à la presse électronique ou écrite, qui ne sont pas destinés à être diffusés ou publiés. Ces communications sont « privées » en ce sens que leur auteur est en droit de s'attendre à ce que ses propos ne soient pas rendus publics sans son consentement. On ne saurait dire non plus que la liberté d'expression et la liberté de presse permettent en soi de diffamer. Quiconque prétend exercer ces libertés ne peut porter atteinte de manière injustifiable à la réputation d'autrui.

37  
Enfin, le juge Fish examine l'argument de la SRC selon lequel celui qui publie une matière diffamatoire peut échapper à une condamnation en démontrant que la publication contestée a été faite de bonne foi et dans l'intérêt public. Il conclut que ce moyen de défense ne peut pas être retenu lorsque, comme en l'espèce, la matière diffamatoire est publiée [TRADUCTION] « d'une manière incomplète, tendancieuse ou inéquitable » (par. 259). À l'instar

broadcast had the appearance of a settling of accounts. “It certainly had that tilt, tone and texture” (para. 264). Moreover, he found no reason to disturb the trial judge’s determination that the two errors in Néron’s letter were not matters of public importance (see para. 272). As such, Fish J.A. found that the broadcast was not a legitimate exercise in freedom of expression, “but rather an abuse by the CBC and its employees of their vast power to influence public perception and to shape public opinion” (para. 272).

du juge de première instance et de l’ombudsman de la SRC, le juge Fish estime lui aussi que le reportage diffusé ressemblait à un règlement de compte ([TRADUCTION] « Il en avait certainement l’allure, le ton et la texture » (par. 264)). De plus, il ne voit aucune raison de modifier la décision du juge de première instance selon laquelle les deux inexactitudes contenues dans la lettre de M. Néron n’étaient pas des questions d’intérêt public (voir par. 272). Pour cette raison, le juge Fish conclut que la diffusion du reportage constituait non pas un exercice légitime de la liberté d’expression, [TRADUCTION] « mais plutôt un exercice abusif du vaste pouvoir d’influencer la perception du public et de façonner son opinion, dont sont investis la SRC et ses employés » (par. 272).

38

Fish J.A. found, as mentioned above, that the trial judge erred in condemning the CNQ and the CBC solidarily. The CBC’s fault was extra-contractual and juridically independent of the contractual fault attributed by the trial judge to the CNQ. Solidarity between debtors exists, as art. 1525 C.C.Q. makes clear, “only where it is expressly stipulated by the parties or imposed by law”. Fish J.A. concluded that neither condition was met in the case at bar. However, although the faults imputed to the CBC and the CNQ are from different sources, they are factually related, reasonably contemporaneous and cumulative in their impact on Mr. Néron and his company. It would be difficult, in these circumstances, to divide the global debt owed to Mr. Néron by the CBC and the CNQ. So Fish J.A. relied on this Court’s decision in *Prévost-Masson v. General Trust of Canada*, [2001] 3 S.C.R. 882, 2001 SCC 87, and concluded that “[i]t seems preferable by far to hold them responsible *in solidum*” (para. 281). Then, based on the findings of the trial judge he held them equally responsible as regards one another.

Comme je l’ai déjà mentionné, le juge Fish estime que le juge de première instance a commis une erreur en condamnant solidairement la CNQ et la SRC. En effet, en raison de son caractère extracontractuel, la faute commise par la SRC était juridiquement indépendante de la faute contractuelle imputée à la CNQ par le juge de première instance. Comme l’indique clairement l’art. 1525 C.c.Q., la solidarité entre les débiteurs n’existe que « lorsqu’elle est expressément stipulée par les parties ou prévue par la loi ». Selon le juge Fish, aucune de ces conditions n’est remplie en l’espèce. Cependant, bien que les fautes imputées à la SRC et à la CNQ proviennent de sources différentes, elles demeurent connexes sur le plan factuel en plus d’être raisonnablement concomitantes, et elles ont une incidence cumulative sur M. Néron et sa société. Dans ces circonstances, il serait difficile de scinder le montant global que la SRC et la CNQ doivent à M. Néron. Le juge Fish se fonde donc sur l’arrêt de notre Cour *Prévost-Masson c. Trust Général du Canada*, [2001] 3 R.C.S. 882, 2001 CSC 87, pour conclure qu’[TRADUCTION] « il semble de loin préférable de les tenir responsables *in solidum* » (par. 281). Ensuite, compte tenu des conclusions du juge de première instance, il les tient aussi mutuellement responsables.

39

Fish J.A. agreed with Mailhot J.A. that this was not a case for an award of extrajudicial fees, or solicitor-client costs, relying on the decision of this Court in *Aubry v. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1

Le juge Fish convient avec le juge Mailhot que, compte tenu de l’arrêt de notre Cour *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591, la présente affaire ne se prête pas à l’attribution

S.C.R. 591. He further ruled that taking into account all the circumstances, especially the very substantial and generous damages awarded by the trial judge under other heads, he would reduce the award of punitive damages against the CBC and the CNQ to \$15,000 each, payable to Néron alone.

(2) Minority Judgment of Otis J.A.

Otis J.A. agreed with Mailhot J.A.'s assessment of damages, with the exception that she would have awarded solicitor-client costs against the CNQ. Otis J.A. concluded, though, that the CBC and its journalists were not at fault with respect to Mr. Néron and GEN Communication. She noted the trial judge's finding that [TRANSLATION] "[t]he two errors Néron may have unintentionally made originated with the CNQ, which conveyed unfounded rumours" (para. 323). She also focussed on the fact that, in the months following the January 12th broadcast, the Office des professions du Québec had intervened to demand that the CNQ institute a remedial plan, and in the absence of this, threatened to place the CNQ under administrative trusteeship in order to properly assure the protection of the public. The committee formed to address the problems at the CNQ produced a report in November 1995. The trial judge considered this report and noted: [TRANSLATION] "This report is especially critical of the president, the director general and the syndic's office. It recommends a series of measures that are indicative of a deplorable internal situation" (para. 326). Moreover, at about the same time the president, director general and syndic all offered to resign. The two notaries mentioned in the broadcasts were struck off the roll, one of them for life and the other for a period of 32 years. In short, Otis J.A. chose to highlight the positive effects that the January 12th broadcast may have had on protection of the public, and on turning things around at the CNQ.

From a legal perspective, Otis J.A. ruled that the CBC had not committed any fault. The public's right

d'honoraires extrajudiciaires ou de dépens sur la base avocat-client. Il ajoute qu'en raison de l'ensemble des circonstances et, plus particulièrement, des dommages-intérêts très élevés et généreux accordés à d'autres égards par le juge de première instance, il réduirait à 15 000 \$ le montant des dommages-intérêts punitifs que la SRC et la CNQ devraient respectivement payer à M. Néron uniquement.

(2) La dissidence de la juge Otis

La juge Otis souscrit à l'évaluation des dommages de la juge Mailhot, sauf qu'elle ordonnerait à la CNQ de payer des dépens sur la base avocat-client. Toutefois, elle estime que la SRC et ses journalistes n'ont commis aucune faute à l'égard de M. Néron et de GEN Communication. Elle note la conclusion du juge de première instance selon laquelle « [l]es deux erreurs que Néron a pu commettre sans le vouloir émanaient de la CNQ, qui véhiculait des rumeurs non fondées » (par. 323). Elle insiste également sur le fait que, pendant les mois qui ont suivi le reportage du 12 janvier, l'Office des professions du Québec est intervenu pour exiger l'établissement d'un plan de redressement par la CNQ, à défaut de quoi il pourrait la mettre en tutelle administrative afin d'assurer, comme il se doit, la protection du public. Le comité formé pour étudier les problèmes de la CNQ a produit son rapport en novembre 1995. Après l'avoir examiné, le juge de première instance a souligné que « [c]e rapport est particulièrement critique à l'égard de la présidence, de la direction générale et du bureau du syndic. Il recommande tout un train de mesures qui dénotent une situation interne déplorable » (par. 326). De surcroît, pendant à peu près la même période, la présidente, le directeur général ainsi que le syndic ont tous présenté leur démission. Les deux notaires mentionnés dans les reportages ont été radiés l'un à vie et l'autre pour une période de 32 ans. Bref, la juge Otis choisit de souligner les effets positifs que le reportage du 12 janvier peut avoir eu pour ce qui est d'assurer la protection du public et de faire bouger les choses à la CNQ.

Sur le plan juridique, la juge Otis conclut à l'absence de faute de la part de la SRC. Le droit du

to information is embodied in freedom of expression and freedom of the press. She stated that such fundamental liberties are essential to our democratic institutions. They are the foundation for the dissemination of ideas, opinion and knowledge, inspiring critical thinking and ensuring that the moral and intellectual character of our political and social stakeholders is put to the test.

42 Otis J.A. ruled that the December 18th letter could not receive privacy protection under s. 5 of the Quebec *Charter* and arts. 35 and 36 C.C.Q. It could not be said that the information communicated was confidential, or that the author of the information viewed it as essentially a private exchange.

43 Otis J.A. further held that the trial judge erred in denying the CBC the right to broadcast information that was true and in the public interest. In her opinion, this error stemmed from the trial judge's earlier error of characterizing the letter as a private letter. It was in the public's interest to know that the CNQ was circulating false information about the complainants, who were people the CNQ had a legal mission to protect. The essence of the January 12th report was not to tarnish the reputation of the CNQ's agent, Mr. Néron, but to alert public opinion.

44 Nor was it a civil fault that not all elements of the letter were revealed. The letter was not private, or protected by confidentiality. Otis J.A. then stated, at para. 356:

[TRANSLATION] It would certainly have been desirable, in keeping with journalistic standards, to cover all aspects of the letter in the report. However, this lack of fairness does not constitute civil fault. Neither the nature nor the purpose of the report would have changed in any way had the public known that the CNQ was unhappy (1) that the December 15, 1994 broadcast of the first report was repeatedly advertised in advance, (2) that viewers may have been left with the impression that the chairman of the Office des professions was going to ask that the CNQ be placed under trusteeship, or (3) that an inappropriate reference had been made to the *notary Potiron*. None of these three minor points would have justified

public à l'information fait partie de la liberté d'expression et de la liberté de presse. Elle estime que ces libertés fondamentales sont essentielles à nos institutions démocratiques. Elles servent d'assise à la diffusion des idées, des opinions et du savoir, inspirant la pensée critique et révélant la qualité du jugement moral et intellectuel des acteurs de la vie politique et sociale.

Selon la juge Otis, la lettre du 18 décembre ne peut pas bénéficier de la protection de la vie privée prévue à l'art. 5 de la *Charte* québécoise ainsi qu'aux art. 35 et 36 C.c.Q. On ne peut pas soutenir que l'information communiquée était confidentielle ou que l'auteur de cette communication la considérerait comme un échange essentiellement privé.

En outre, d'après la juge Otis, le juge de première instance a commis une erreur en refusant à la SRC le droit de diffuser une information véridique et d'intérêt public. À son avis, cette erreur découlait de celle que le juge de première instance avait commise antérieurement en qualifiant la lettre de missive privée. Il était dans l'intérêt de la population de savoir que la CNQ propageait de fausses informations sur les plaignants qu'elle avait pourtant pour mission légale de protéger. Le reportage du 12 janvier avait essentiellement pour objet d'alerter l'opinion publique et non pas de ternir la réputation du mandataire de la CNQ, M. Néron.

La non-divulgence de tous les éléments de la lettre ne constituait pas non plus une faute civile. La lettre ne revêtait aucun caractère privé et n'était protégée par aucune entente de confidentialité. La juge Otis affirme ceci, au par. 356 :

Il aurait certes été souhaitable, dans le respect des normes journalistiques, que tous les éléments de la lettre soient traités dans le reportage. Toutefois, ce manquement à l'équité ne constitue pas une faute civile. Que le public ait su que la CNQ était mécontente 1) que l'on ait annoncé, à l'avance et de manière répétitive, la diffusion du premier reportage du 15 décembre 1994, 2) que l'on ait pu avoir l'impression que le président de l'Office des professions allait demander la mise en tutelle de la CNQ ou 3) qu'il était déplacé de référer au *notaire Potiron* n'aurait rien changé à la nature et au but du reportage. Aucun de ces trois éléments mineurs n'aurait justifié la mise au point du 12 janvier 1995. En fait, la CNQ et

the January 12, 1995 update. The complaint of the CNQ and Gilles E. Néron is that the CBC did not allow them to retract their erroneous statements gracefully. In fact, the public interest made it imperative that this conduct be brought to light in order to contribute to the CBC's mission to keep the public informed. [Emphasis in original.]

For these reasons, Otis J.A. concluded that the CBC was not at fault for the broadcast of the December 18, 1994 letter.

### C. *The Granting of Leave to Appeal to This Court*

On June 19, 2003, the CBC was granted leave to appeal to this Court. The CNQ chose not to appeal from the decision against it by the Quebec Court of Appeal. Consequently, the CNQ has already paid the sum of \$783,153 in compensatory damages and \$100,000 in exemplary damages, plus interest and an additional indemnity. The CBC, given the condemnation *in solidum*, has also paid the CNQ the portion of the damages imputed to it, as well as \$15,000 in exemplary damages to Mr. Néron, all with interest and an additional indemnity.

## IV. Relevant Legislative Provisions

*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64

3. Every person is the holder of personality rights, such as the right to life, the right to the inviolability and integrity of his person, and the right to the respect of his name, reputation and privacy.

These rights are inalienable.

35. Every person has a right to the respect of his reputation and privacy.

No one may invade the privacy of a person without the consent of the person or his heirs unless authorized by law.

36. The following acts, in particular, may be considered as invasions of the privacy of a person:

(1) entering or taking anything in his dwelling;

(2) intentionally intercepting or using his private communications;

(3) appropriating or using his image or voice while he is in private premises;

Gilles E. Néron reprochent à la SRC de ne pas leur avoir permis de soustraire leurs propos erronés avec élégance. L'intérêt public commandait justement qu'un tel comportement soit mis en évidence afin de servir la mission d'information publique. [En italique dans l'original.]

Pour ces motifs, la juge Otis conclut que la SRC n'a commis aucune faute en diffusant la lettre du 18 décembre 1994.

### C. *L'autorisation de pourvoi devant notre Cour*

Le 19 juin 2003, l'appelante la SRC obtient l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour. La CNQ a choisi de ne pas appeler de la décision rendue contre elle par la Cour d'appel du Québec. En conséquence, la CNQ a déjà versé les sommes de 783 153 \$ à titre de dommages-intérêts compensatoires et de 100 000 \$ à titre de dommages-intérêts exemplaires, plus les intérêts et une indemnité additionnelle. À la suite de la déclaration de responsabilité *in solidum*, l'appelante la SRC a également payé à la CNQ la partie des dommages qu'on lui avait imputée et, à M. Néron, la somme de 15 000 \$ à titre de dommages-intérêts exemplaires, le tout avec intérêts et indemnité additionnelle.

## IV. Dispositions législatives pertinentes

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64

3. Toute personne est titulaire de droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l'invulnérabilité et à l'intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée.

Ces droits sont inaccessibles.

35. Toute personne a droit au respect de sa réputation et de sa vie privée.

Nulle atteinte ne peut être portée à la vie privée d'une personne sans que celle-ci ou ses héritiers y consentent ou sans que la loi l'autorise.

36. Peuvent être notamment considérés comme des atteintes à la vie privée d'une personne les actes suivants :

1° Pénétrer chez elle ou y prendre quoi que ce soit;

2° Intercepter ou utiliser volontairement une communication privée;

3° Capter ou utiliser son image ou sa voix lorsqu'elle se trouve dans des lieux privés;

(4) keeping his private life under observation by any means;

(5) using his name, image, likeness or voice for a purpose other than the legitimate information of the public;

(6) using his correspondence, manuscripts or other personal documents.

**1457.** Every person has a duty to abide by the rules of conduct which lie upon him, according to the circumstances, usage or law, so as not to cause injury to another.

Where he is endowed with reason and fails in this duty, he is responsible for any injury he causes to another person by such fault and is liable to reparation for the injury, whether it be bodily, moral or material in nature.

He is also liable, in certain cases, to reparation for injury caused to another by the act or fault of another person or by the act of things in his custody.

**1478.** Where an injury has been caused by several persons, liability is shared by them in proportion to the seriousness of the fault of each.

The victim is included in the apportionment when the injury is partly the effect of his own fault.

**1525.** Solidarity between debtors is not presumed; it exists only where it is expressly stipulated by the parties or imposed by law.

Solidarity between debtors is presumed, however, where an obligation is contracted for the service or carrying on of an enterprise.

The carrying on by one or more persons of an organized economic activity, whether or not it is commercial in nature, consisting of producing, administering or alienating property, or providing a service, constitutes the carrying on of an enterprise.

*Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12*

**3.** Every person is the possessor of the fundamental freedoms, including freedom of conscience, freedom of religion, freedom of opinion, freedom of expression, freedom of peaceful assembly and freedom of association.

**4.** Every person has a right to the safeguard of his dignity, honour and reputation.

**5.** Every person has a right to respect for his private life.

4° Surveiller sa vie privée par quelque moyen que ce soit;

5° Utiliser son nom, son image, sa ressemblance ou sa voix à toute autre fin que l'information légitime du public;

6° Utiliser sa correspondance, ses manuscrits ou ses autres documents personnels.

**1457.** Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel.

Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d'une autre personne ou par le fait des biens qu'elle a sous sa garde.

**1478.** Lorsque le préjudice est causé par plusieurs personnes, la responsabilité se partage entre elles en proportion de la gravité de leur faute respective.

La faute de la victime, commune dans ses effets avec celle de l'auteur, entraîne également un tel partage.

**1525.** La solidarité entre les débiteurs ne se présume pas; elle n'existe que lorsqu'elle est expressément stipulée par les parties ou prévue par la loi.

Elle est, au contraire, présumée entre les débiteurs d'une obligation contractée pour le service ou l'exploitation d'une entreprise.

Constitue l'exploitation d'une entreprise l'exercice, par une ou plusieurs personnes, d'une activité économique organisée, qu'elle soit ou non à caractère commercial, consistant dans la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou dans la prestation de services.

*Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12*

**3.** Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.

**4.** Toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation.

**5.** Toute personne a droit au respect de sa vie privée.

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

V. AnalysisA. *Statement of Issues and Positions of the Parties*

The legal issue is whether the CBC committed a fault giving rise to civil liability. The CBC argues that it is not at fault. The broadcast of January 12, 1995 was legitimate given the public's right to be informed and the right to freedom of expression with respect to issues of public interest. The trial judge was wrong in his characterization of the facts. He and the majority of the Quebec Court of Appeal further erred in holding the CNQ and the CBC liable *in solidum*. The respondents Néron and GEN Communication, on the other hand, argue that the CBC committed a grave and intentional fault, going so far as to indicate malice. The finding of liability in the courts below was justified. The respondents are asking that costs be awarded on a solicitor-client basis.

B. *The Importance of Freedom of the Press*

It is beyond doubt that freedom of expression, and its corollary freedom of the press, play an essential and invaluable role in our society. These fundamental freedoms are protected by s. 3 of the Quebec Charter and s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In fact, freedom of expression was protected even before the Quebec and Canadian Charters. Consider the following comment from McIntyre J. in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 583:

*Charte canadienne des droits et libertés*

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

V. AnalyseA. *Exposé des questions en litige et des positions des parties*

La question de droit en jeu consiste à déterminer si la SRC a commis une faute génératrice de responsabilité civile. La SRC soutient n'avoir commis aucune faute. Le reportage du 12 janvier 1995 était légitime compte tenu du droit du public à l'information et du droit à la liberté d'expression concernant les questions d'intérêt public. La qualification des faits par le juge de première instance est erronée. Lui et les juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec ont commis une autre erreur en concluant à la responsabilité *in solidum* de la CNQ et de la SRC. De leur côté, les intimés M. Néron et GEN Communication font valoir que la faute de la SRC est grave et intentionnelle au point de donner une impression de malveillance. Les tribunaux d'instance inférieure étaient justifiés de conclure à la responsabilité. Les intimés réclament des dépens sur la base avocat-client.

B. *L'importance de la liberté de presse*

Il ne fait aucun doute que la liberté d'expression et son corollaire, la liberté de presse, jouent un rôle essentiel et inestimable dans notre société. Ces libertés fondamentales sont garanties par l'art. 3 de la *Charte québécoise* et par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En fait, la liberté d'expression était garantie même avant l'adoption des *Chartes* québécoise et canadienne. Rappelons-nous le commentaire suivant du juge McIntyre dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 583 :

47

48

Freedom of expression is not, however, a creature of the *Charter*. It is one of the fundamental concepts that has formed the basis for the historical development of the political, social and educational institutions of western society. Representative democracy, as we know it today, which is in great part the product of free expression and discussion of varying ideas, depends upon its maintenance and protection.

La liberté d'expression n'est toutefois pas une création de la *Charte*. Elle constitue l'un des concepts fondamentaux sur lesquels repose le développement historique des institutions politiques, sociales et éducatives de la société occidentale. La démocratie représentative dans sa forme actuelle, qui est en grande partie le fruit de la liberté d'exprimer des idées divergentes et d'en discuter, dépend pour son existence de la préservation et de la protection de cette liberté.

49 The importance of freedom of expression and freedom of the press has been affirmed by this Court on numerous other occasions. Cory J. wrote in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1336:

It is difficult to imagine a guaranteed right more important to a democratic society than freedom of expression. Indeed a democracy cannot exist without that freedom to express new ideas and to put forward opinions about the functioning of public institutions. The concept of free and uninhibited speech permeates all truly democratic societies and institutions. The vital importance of the concept cannot be over-emphasized. No doubt that was the reason why the framers of the *Charter* set forth s. 2(b) in absolute terms which distinguishes it, for example, from s. 8 of the *Charter* which guarantees the qualified right to be secure from unreasonable search. It seems that the rights enshrined in s. 2(b) should therefore only be restricted in the clearest of circumstances.

Notre Cour a confirmé, à de nombreuses autres occasions, l'importance de la liberté d'expression et de la liberté de presse. Le juge Cory écrivait à ce propos dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1336 :

Il est difficile d'imaginer une liberté garantie qui soit plus importante que la liberté d'expression dans une société démocratique. En effet, il ne peut y avoir de démocratie sans la liberté d'exprimer de nouvelles idées et des opinions sur le fonctionnement des institutions publiques. La notion d'expression libre et sans entraves est omniprésente dans les sociétés et les institutions vraiment démocratiques. On ne peut trop insister sur l'importance primordiale de cette notion. C'est sans aucun doute la raison pour laquelle les auteurs de la *Charte* ont rédigé l'al. 2b) en termes absolus, ce qui le distingue, par exemple, de l'art. 8 de la *Charte* qui garantit le droit plus relatif à la protection contre les fouilles et perquisitions abusives. Il semblerait alors que les libertés consacrées par l'al. 2b) de la *Charte* ne devraient être restreintes que dans les cas les plus clairs.

50 On the same note, Cory J. made the following comment in *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459, at p. 475:

The media have a vitally important role to play in a democratic society. It is the media that, by gathering and disseminating news, enable members of our society to make an informed assessment of the issues which may significantly affect their lives and well-being.

Dans le même ordre d'idées, le juge Cory a fait le commentaire suivant dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459, p. 475 :

Les médias ont un rôle primordial à jouer dans une société démocratique. Ce sont les médias qui, en réunissant et en diffusant les informations, permettent aux membres de notre société de se former une opinion éclairée sur les questions susceptibles d'avoir un effet important sur leur vie et leur bien-être.

51 This Court spoke of the importance of freedom of expression quite recently in *Prud'homme v. Prud'homme*, [2002] 4 S.C.R. 663, 2002 SCC 85. The Court's comments in that case are of particular relevance to the case at bar because the context was

D'ailleurs, notre Cour a tout récemment souligné l'importance de la liberté d'expression dans l'arrêt *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, 2002 CSC 85. Les observations de la Cour dans cette affaire sont particulièrement pertinentes en



one of defamation. At para. 38, L'Heureux-Dubé J. and myself stated that:

... it is important to note that an action in defamation involves two fundamental values: freedom of expression and the right to reputation. This Court has long recognized the importance of the first of those values in a democratic society.

C. *The Importance of the Right to Respect for One's Reputation*

Despite its undoubted importance, freedom of expression is not absolute. As this Court noted in *Prud'homme, supra*, at para. 43, freedom of expression can be limited by the requirements imposed by other people's right to the protection of their reputation. Cory J. observed in *Hill, supra*, at para. 108, that reputation, as an aspect of personality, is equally worthy of protection in a democratic society concerned about respect for the individual:

Democracy has always recognized and cherished the fundamental importance of an individual. That importance must, in turn, be based upon the good repute of a person. It is that good repute which enhances an individual's sense of worth and value. False allegations can so very quickly and completely destroy a good reputation. A reputation tarnished by libel can seldom regain its former lustre. A democratic society, therefore, has an interest in ensuring that its members can enjoy and protect their good reputation so long as it is merited. [Emphasis added.]

The right to reputation also receives protection in Quebec under s. 4 of the Quebec *Charter*, and under art. 3 C.C.Q. This Court further stated in *Prud'homme, supra*, at para. 44, that "although it is not specifically mentioned in the *Canadian Charter*, the good reputation of the individual represents and reflects the innate dignity of the individual, a concept which underlies all the *Canadian Charter* rights (*Hill, supra*, at para. 120)".

D. *The Importance of Finding an Equilibrium Between the Two Rights in the Law of Civil Liability for Defamation*

In *Prud'homme, supra*, at para. 38, I stated, along with my then-colleague L'Heureux-Dubé J.,

l'espèce puisqu'elles ont été faites dans le contexte d'une action pour diffamation. Au paragraphe 38, la juge L'Heureux-Dubé et moi-même affirmons ceci :

... il importe de rappeler que le recours en diffamation met en jeu deux valeurs fondamentales, soit la liberté d'expression et le droit à la réputation. Notre Cour a reconnu très tôt l'importance de la première de ces valeurs dans une société démocratique.

C. *L'importance du droit à la sauvegarde de la réputation*

Malgré son importance indéniable, la liberté d'expression n'est pas absolue. Comme notre Cour l'a fait remarquer dans l'arrêt *Prud'homme*, précité, par. 43, la liberté d'expression peut être limitée par les exigences du droit d'autrui à la protection de sa réputation. Dans l'arrêt *Hill*, précité, par. 108, le juge Cory souligne qu'en tant que facette de la personnalité la réputation a droit à la même protection dans une société démocratique soucieuse de respecter la personne :

Les démocraties ont toujours reconnu et révééré l'importance fondamentale de la personne. Cette importance doit, à son tour, reposer sur la bonne réputation. Cette bonne réputation, qui rehausse le sens de valeur et de dignité d'une personne, peut également être très rapidement et complètement détruite par de fausses allégations. Et une réputation ternie par le libelle peut rarement regagner son lustre passé. Une société démocratique a donc intérêt à s'assurer que ses membres puissent jouir d'une bonne réputation et la protéger aussi longtemps qu'ils en sont dignes. [Je souligne.]

Au Québec, le droit à la sauvegarde de la réputation est également protégé par l'art. 4 de la *Charte québécoise* et l'art. 3 C.c.Q. Dans l'arrêt *Prud'homme*, précité, par. 44, notre Cour a ajouté que « bien que la réputation de l'individu ne soit pas expressément mentionnée dans la *Charte canadienne*, elle participe de sa dignité, concept qui sous-tend tous les droits garantis par la *Charte canadienne* (*Hill*, précité, par. 120) ».

D. *L'importance d'établir l'équilibre entre les deux droits en matière de responsabilité civile pour diffamation*

Dans l'arrêt *Prud'homme*, précité, par. 38, la juge L'Heureux-Dubé, qui était ma collègue à l'époque,

52

53

54

that determining fault in a defamation case “is a contextual question of fact and circumstances”. In an action in defamation the two fundamental values of freedom of expression and the right to respect for one’s reputation must be weighed against each other to find the necessary equilibrium or, as I put it in the judgment of the Quebec Court of Appeal in *Radio Sept-Îles, supra*, at p. 1818:

[TRANSLATION] This area of the law of civil liability also requires a particular sensitivity to values that at times conflict with each other, such as the public’s right to information and the freedom of the media to disseminate it, on the one hand, and, on the other, the right to respect for one’s private life and the protection of some of its core components, namely anonymity and privacy.

55

In *Prud’homme*, the balance to be struck was that between the need for free and open speech in municipal democracy on the one hand, and the right of those impugned by the municipal councillor’s statements to respect for their reputations on the other. Similarly, a balance had to be struck in *Radio Sept-Îles*, between the right to broadcast information that was true and in the public interest on the one hand, and the right of those mentioned in the broadcast to respect for their reputations on the other. In *Radio Sept-Îles*, as in the case at bar, I noted that even where the information being broadcast is true, it is still not certain that civil liability is precluded. It is all the more important in such circumstances — where the information being broadcast is true, but could still potentially attract delictual liability — to strike the correct balance. I made the following comment at p. 1821: [TRANSLATION] “[t]he right to information sometimes clashes here with the right to respect for one’s private life, and in particular with its basic components of anonymity and the privacy of the individual.” I went on to note that it might be appropriate to consider whether the information is in the public interest when assessing the facts and circumstances and determining whether there is fault. This case, however, highlights a different circumstance, one where the information broadcast may have been true — at least in part (to be discussed below) — and it may have been in the public interest to broadcast it, but the whole of the

et moi-même avons affirmé que l’appréciation de la faute en matière de diffamation « demeure une question contextuelle de faits et de circonstances ». Pour établir l’équilibre nécessaire dans le cadre d’une action pour diffamation, il faut soupeser, l’une en fonction de l’autre, les deux valeurs fondamentales que sont la liberté d’expression et le droit à la sauvegarde de la réputation, ou, comme je l’affirmais dans l’arrêt de la Cour d’appel du Québec *Radio Sept-Îles*, précité, p. 1818 :

Ce domaine du droit de la responsabilité civile demande, par ailleurs, une sensibilité particulière à des valeurs parfois en opposition comme, d’une part, le droit du public à l’information et à la liberté des médias de la diffuser et, d’autre part, le droit à la vie privée et à la protection de certaines de ses composantes essentielles, l’anonymat et l’intimité.

Dans l’arrêt *Prud’homme*, il fallait établir l’équilibre entre la nécessité de s’exprimer librement et ouvertement dans une démocratie municipale, d’une part, et le droit à la sauvegarde de la réputation des personnes attaquées par le conseiller municipal, d’autre part. De même, dans l’arrêt *Radio Sept-Îles*, on devait établir un équilibre entre le droit de diffuser une information véridique et d’intérêt public, d’une part, et le droit à la sauvegarde de la réputation des personnes mentionnées dans le reportage, d’autre part. Dans cet arrêt, comme en l’espèce, j’ai souligné que, même si l’information diffusée est véridique, il n’est pas assuré que la responsabilité civile ne sera pas engagée. Il est d’autant plus important, en pareilles circonstances — lorsque l’information diffusée est véridique, mais est tout de même susceptible d’engager la responsabilité civile délictuelle —, d’atteindre le juste équilibre. À la page 1821 de l’arrêt *Radio Sept-Îles*, j’ai ajouté que « [l]e droit à l’information se heurte parfois ici au droit à la vie privée, et particulièrement dans ses constituantes fondamentales que sont l’anonymat et l’intimité de chaque individu. » J’ai également affirmé qu’il pourrait convenir de se demander si l’information est d’intérêt public lorsqu’il s’agit d’apprécier les faits et les circonstances et de déterminer si une faute a été commise. Cependant, la présente affaire met en relief une situation différente, dans laquelle il se peut que l’information diffusée ait été véridique — du moins en partie, comme nous

broadcast quite simply did not measure up to professional standards. In such a case, fault can still exist. I turn now to an analysis of the law of defamation, and of the establishment of fault under art. 1457 C.C.Q.

E. *Jurisprudential Principles — The Prud'homme and Radio Sept-Îles Judgments*

This Court recently tackled the Quebec law of civil liability for defamation in *Prud'homme*. The Court began its analysis of the civil law rules of liability in this domain by noting that Quebec civil law does not provide for a specific form of action for interference with one's reputation. An action in defamation is grounded in art. 1457 C.C.Q. Like any other action in civil, delictual and quasi-delictual liability, the plaintiff must establish, on a balance of probabilities, the existence of injury, a wrongful act and a causal connection between the two. The starting point is not the common law but the *Civil Code of Quebec*, which is the basic general law in Quebec, as provided for in the preliminary provision of the *Civil Code*. Courts should avoid needlessly importing or applying common law rules in a matter which, subject to the principles of Charter law, is governed by the procedure, methods and principles of the civil law. This point was made, in the context of the law of defamation, by J.-L. Baudouin and P. Deslauriers in *La responsabilité civile* (6th ed. 2003), at p. 193:

[TRANSLATION] It can be seen from the leading cases how often the Quebec courts have, when dealing with defamation and verbal abuse, borrowed from common law concepts (good faith and justification, qualified privilege), from decisions of English or Canadian courts or from common law commentators, such as *Odgers*. Borrowing from the common law in this manner is totally unnecessary and unwarranted . . . and it has the effect of greatly complicating a subject that, when examined in light of the Civil Code and the general principles of civil law, has the merit of being relatively straightforward.

le verrons plus loin — et qu'il ait été dans l'intérêt public de la diffuser, mais où, dans l'ensemble, le reportage diffusé ne respecte tout simplement pas les normes professionnelles. Dans ce cas, il peut quand même y avoir faute. Je passe maintenant à l'analyse du droit applicable en matière de diffamation et à la question de la démonstration d'une faute au sens de l'art. 1457 C.c.Q.

E. *Principes jurisprudentiels — les arrêts Prud'homme et Radio Sept-Îles*

Notre Cour a récemment étudié, dans l'arrêt *Prud'homme*, le contenu du droit québécois en matière de responsabilité civile pour diffamation. La Cour a commencé son analyse du régime de responsabilité civile à cet égard en faisant remarquer que le droit civil québécois ne prévoit pas de recours particulier pour l'atteinte à la réputation. L'action pour diffamation repose sur l'art. 1457 C.c.Q. Comme pour toute autre action en responsabilité civile, délictuelle ou quasi délictuelle, le demandeur doit établir, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'un préjudice, d'une faute et d'un lien de causalité entre les deux. Le point de départ est non pas la common law, mais le *Code civil du Québec* qui représente la loi fondamentale générale du Québec, comme le prévoit sa disposition préliminaire. Les tribunaux doivent éviter d'introduire ou d'appliquer inutilement des règles de common law dans une matière qui, sous réserve des principes du droit des chartes, reste régi par la procédure, les méthodes et les principes du droit civil. Dans leur traité intitulé *La responsabilité civile* (6<sup>e</sup> éd. 2003), p. 193, J.-L. Baudouin et P. Deslauriers font d'ailleurs cette remarque dans le contexte du droit applicable en matière de diffamation :

La lecture des principaux arrêts montre combien parfois les tribunaux québécois, en matière de diffamation et d'injures, ont souvent fait appel soit à des notions de common law (*good faith and justification, qualified privilege*), soit à des décisions de cours anglaises ou canadiennes, soit à des auteurs de common law, tel *Odgers*. Ce recours à la common law est strictement inutile et totalement injustifié [. . .] et a pour effet de singulièrement compliquer une matière qui, examinée à la lumière du Code civil et des principes généraux du droit civil, a le mérite de rester relativement simple.

57

The existence of an injury is not at issue in this appeal, but suffice it to say that in order to prove injury the plaintiff must convince the judge that the impugned remarks were defamatory. As noted in *Prud'homme, supra*, at para. 34, this involves asking “whether an ordinary person would believe that the remarks made, when viewed as a whole, brought discredit on the reputation of another person”. The CBC does not argue that Mr. Néron’s reputation was not defamed and that he did not suffer injury as a result of the January 12th broadcast.

58

Nor is the causal connection portion of the art. 1457 test for liability seriously at issue in this case. I shall discuss this further below, when I deal with the solidarity issue, but the causal link between the January 12th broadcast and all that subsequently befell Mr. Néron has not been effectively challenged by the CBC. The thrust of the CBC’s argument is instead the absence of fault, as determined in an action in defamation in Quebec.

59

The determination of fault in an action in defamation involves a contextual analysis of the facts and circumstances. As noted in *Prud'homme, supra*, at para. 83, “it is important to note that the respondents’ statement must be considered in context and in its entirety. The general impression that it conveys must govern in determining whether a fault was committed” (emphasis added). Thus, it is insufficient for the determination of fault to focus merely on the veracity of the content of the January 12th report. One must look globally at the tenor of the broadcast, the way it was conducted and the context surrounding it.

60

This is not to say that it is irrelevant that the defamatory remarks are true, nor is it irrelevant that they were made in the public interest. Truth and public interest are merely factors to consider in the overall contextual analysis of fault in an action in defamation under the *Civil Code of Québec*. Truth and public interest are relevant pieces of the puzzle, but are still only pieces of the puzzle and not

L’existence d’un préjudice n’est pas en cause dans le présent pourvoi, mais il suffit de rappeler que, pour faire la preuve d’un préjudice, le demandeur doit convaincre le juge que les propos litigieux sont diffamatoires. Comme l’a fait observer notre Cour dans l’arrêt *Prud'homme*, précité, par. 34, cela signifie qu’il faut se demander « si un citoyen ordinaire estimerait que les propos tenus, pris dans leur ensemble, ont déconsidéré la réputation d’un tiers ». L’appelante ne nie pas que la réputation de M. Néron a été ternie et que ce dernier a subi un préjudice à la suite du reportage du 12 janvier.

Le volet « lien de causalité » du critère de responsabilité prévu à l’art. 1457 n’est pas non plus vraiment en cause en l’espèce. J’analyserai ce point plus loin au moment d’examiner la question de la solidarité, mais, en réalité, l’appelante n’a pas contesté l’existence d’un lien causal entre le reportage du 12 janvier et tout ce qui est arrivé, par la suite, à M. Néron. Dans son argumentation, l’appelante invoque essentiellement l’absence de faute, dont l’existence doit être établie dans une action pour diffamation au Québec.

Dans une action pour diffamation, il faut procéder à une analyse contextuelle des faits et des circonstances pour déterminer si une faute a été commise. Comme l’indique l’arrêt *Prud'homme*, précité, par. 83, « il importe de souligner que la déclaration de l’intimé doit être considérée dans son contexte et dans son ensemble. L’impression générale qui s’en dégage doit guider l’appréciation de l’existence d’une faute » (je souligne). Donc, pour déterminer si une faute a été commise, il ne suffit pas de mettre l’accent sur la véracité du contenu du reportage diffusé le 12 janvier. Il faut examiner globalement la teneur du reportage, sa méthodologie et son contexte.

Cela ne signifie pas qu’il est sans importance que les propos diffamatoires soient véridiques ou d’intérêt public. La véracité et l’intérêt public ne sont toutefois que des facteurs dont il faut tenir compte en procédant à l’analyse contextuelle globale de la faute dans une action pour diffamation intentée sous le régime du *Code civil du Québec*. Ils ne représentent que des éléments pertinents de l’ensemble du

necessarily the determinative factors, as can be seen in the comments of this Court, at para. 37 of *Prud'homme, supra*:

... in Quebec civil law, communicating false information is not necessarily a wrongful act. On the other hand, conveying true information may sometimes be a wrongful act. This is an important difference between the civil law and the common law, in which the falsity of the things said is an element of the tort of defamation. However, even in the civil law, the truth of what is said may be a way of proving that no wrongful act was committed, in circumstances in which the public interest is in issue.

The determinative factor, or guiding principle, of liability for defamation is to be found in the Quebec Court of Appeal decision in *Radio Sept-Îles, supra*. For journalists and the media, there will not be fault until it has been shown that the journalist or media outlet in question has fallen below professional standards. As Baudouin and Deslauriers note in their text, at p. 207:

[TRANSLATION] *Compliance with journalistic standards* — Journalists who are subject to liability comparable to that of professionals must comply with the standards of the profession and attempt, to the extent possible, to disseminate accurate and complete information resulting from a serious investigation.

Thus, I added the following at p. 1820 of *Radio Sept-Îles*:

[TRANSLATION] The liability at issue here is much more like professional liability. The function of the media is to gather, process and disseminate information. Their role also includes commentary and interpretation. When gathering information, the media's liability seems to be essentially professional in nature and to be based on a test of fault. This of course requires that the courts apply the test of the reasonable person working in the news sector. . . .

Fault cannot be reduced to the mere publication of false information. Rather, it is linked to the failure to discharge an obligation of diligence or means, as frequently

casse-tête et ne jouent pas nécessairement le rôle d'un facteur déterminant en toutes circonstances, comme l'indiquent les commentaires formulés par notre Cour, au par. 37 de l'arrêt *Prud'homme*, précité :

... en droit civil québécois, la communication d'une information fautive n'est pas nécessairement fautive. À l'inverse, la transmission d'une information véridique peut parfois constituer une faute. On retrouve là une importante différence entre le droit civil et la common law où la fausseté des propos participe du délit de diffamation (*tort of defamation*). Toutefois, même en droit civil, la véracité des propos peut constituer un moyen de prouver l'absence de faute dans des circonstances où l'intérêt public est en jeu.

Dans l'arrêt *Radio Sept-Îles*, précité, la Cour d'appel du Québec identifie le facteur déterminant ou principe directeur en matière de responsabilité pour diffamation. Les journalistes et les médias n'auront commis une faute que s'il est démontré qu'ils n'ont pas respecté les normes professionnelles. Comme le soulignent Baudouin et Deslauriers, à la p. 207 de leur ouvrage :

*Respect des normes journalistiques* — Les journalistes qui sont soumis à une responsabilité assimilable à celle des professionnels doivent respecter les standards de la profession et tenter, dans la mesure du possible, de transmettre une information exacte et complète, fruit d'une enquête sérieuse.

J'ai ajouté ce commentaire sur la question, à la p. 1820 de l'arrêt *Radio Sept-Îles* :

On se trouve beaucoup plus devant une responsabilité assimilable à la responsabilité professionnelle. Les médias ont pour fonction de rechercher, de traiter et de communiquer l'information. Ils ont aussi vocation à la commenter et à l'interpréter. Dans leur activité de recherche de l'information, leur responsabilité paraît essentiellement une responsabilité d'ordre professionnel, basée sur un critère de faute. Celui-ci fait certes appel au critère de la personne raisonnable, mais œuvrant dans ce secteur de l'information. . . .

La faute ne se réduit pas à la seule publication d'une information erronée. Elle se rattache à l'inexécution d'une obligation de diligence ou de moyen, comme cela

occurs in cases of professional liability. [Emphasis added.]

In sum, the existence of a fault is the general and fundamental requirement in the law of defamation and fault is measured against professional journalistic standards. A journalist is not held to a standard of absolute perfection; he or she has an obligation of means. On the one hand, if a journalist disseminates erroneous information, this will not be determinative of fault. On the other hand, a journalist will not necessarily be exonerated simply because the information he or she disseminated is true and in the public interest. If, for other reasons, the journalist has fallen below the standard of the reasonable journalist, it is still open to the courts to find fault. Viewed this way, civil liability for defamation continues to fit nicely within the general framework of art. 1457 C.C.Q.

arrive fréquemment en responsabilité professionnelle. [Je souligne.]

Somme toute, l'existence d'une faute constitue l'exigence de base du droit de la responsabilité civile pour diffamation et cette faute doit être appréciée en fonction des normes journalistiques professionnelles. Les journalistes ne sont pas tenus à un critère de perfection absolue; ils sont astreints à une obligation de moyens. D'une part, le fait qu'un journaliste diffuse des renseignements erronés n'est pas déterminant en matière de faute. D'autre part, un journaliste ne sera pas nécessairement exonéré de toute responsabilité simplement parce que l'information diffusée est véridique et d'intérêt public. Si, pour d'autres raisons, le journaliste n'a pas respecté la norme du journaliste raisonnable, les tribunaux pourront toujours conclure à l'existence d'une faute. Vue sous cet angle, la responsabilité civile pour diffamation continue de s'inscrire parfaitement dans le cadre général de l'art. 1457 C.c.Q.

62

As such, the conduct of the reasonable journalist becomes the all important guidepost. It is the tool which allows us to assess what conduct is reasonable within the context of art. 1457 C.C.Q. It is the ultimate standard against which fault is determined, and the framework through which other important considerations such as truth, falsity and the public interest are filtered. The question to be answered in this case thus becomes whether *Le Point's* journalists lived up to the professional standards of a reasonable journalist when they broadcast the January 12th report.

La conduite du journaliste raisonnable devient donc une balise de la plus haute importance. En effet, elle est l'outil qui nous permet d'évaluer la nature d'une conduite raisonnable dans le contexte de l'art. 1457 C.c.Q. Elle représente la norme par excellence à l'aune de laquelle on détermine si une faute a été commise et le cadre de référence servant à passer au crible d'autres éléments importants à prendre en considération, tels la véracité, la fausseté et l'intérêt public. Il faut donc rechercher en l'espèce si les journalistes du *Point* ont respecté les normes professionnelles du journaliste raisonnable dans leur reportage du 12 janvier.

#### F. *The Element of Fault in This Case*

#### F. *L'élément de faute en l'espèce*

63

It is my conclusion that the courts below, in holding the CBC liable for defamation, achieved the correct balance between freedom of expression and Mr. Néron's right to respect for his reputation. For several reasons, I find serious fault in the manner in which the CBC prepared for and broadcast the January 12th report. I make this finding even though Mr. Néron's handwritten letter cannot be considered private. Taking into consideration all the factors discussed below, it is my conclusion

Je considère qu'en tenant la SRC responsable de diffamation les tribunaux d'instance inférieure ont atteint un juste équilibre entre la liberté d'expression et le droit de M. Néron à la sauvegarde de sa réputation. Plusieurs raisons m'incitent à conclure que la SRC a commis une faute grave dans sa façon de préparer et de diffuser le reportage du 12 janvier. J'arrive à cette conclusion même si la lettre manuscrite de M. Néron ne peut pas être qualifiée de privée. Compte tenu de tous les facteurs

that the January 12th report falls short of the professional standards of the reasonable journalist.

(1) The Broadcast Contained Incomplete Information About the Content of the Letter

In many ways, the January 12th broadcast was misleading. The report focussed in on the two errors. Why did it refer only to the errors? Doing so gave the impression that the substance of Mr. Néron's letter was limited to these two erroneous statements about Mr. Thériault and Mr. Lacroix. In truth, the letter discussed other concerns relating to the image of notaries created by the broadcast. For example, Mr. Néron noted in the letter that 70 percent of recent promotions to the profession were women, so it was misleading that the CBC portrayed notaries as being "fusty old men". Mr. Néron also expressed concern about certain things that could be insinuated from the report, such as the idea that the CNQ should be put under trusteeship. In short, there was more to the letter than the two erroneous comments about Mr. Thériault and Mr. Lacroix. Having viewed the report in question, I am not at all convinced that the viewer would ever be aware of these other concerns.

Nor could the viewer be aware, from the structure of the report, that the letter was really just a request for a meeting and a right of reply. One has the impression that Mr. Néron and the CNQ wanted the content of the letter to be broadcast, that this was a criticism of the CBC's work that was meant to be aired. The context surrounding the receipt of the letter is entirely absent, if not falsely portrayed by the CBC. Thus, the CBC report starts off with the following words:

[TRANSLATION] . . . one of its communications advisers wrote to us, accusing us of having made several errors.

Tonight, we will respond to this criticism.

The CBC then goes on to highlight the portions of the letter relating to Mr. Thériault and Mr. Lacroix. The viewer is led to believe that the full content of

analysés ci-dessous, j'estime que le reportage diffusé le 12 janvier ne respecte pas les normes professionnelles du journaliste raisonnable.

(1) Le reportage diffusé donnait des renseignements incomplets sur le contenu de la lettre

Le reportage du 12 janvier était trompeur à maints égards. On y mettait l'accent sur les deux inexactitudes. Pourquoi n'y mentionnait-on que ces inexactitudes? Cette façon d'agir a donné l'impression que le contenu de la lettre de M. Néron se limitait à deux affirmations inexactes au sujet de MM. Thériault et Lacroix. À vrai dire, la lettre faisait état d'autres préoccupations relatives à l'image des notaires véhiculée par le reportage. Par exemple, M. Néron y a fait remarquer que, dernièrement, 70 pour 100 des nouveaux notaires étaient des femmes de sorte qu'il était trompeur de la part de la SRC de présenter les notaires comme des gens « poussiéreux ». Monsieur Néron craignait aussi que le reportage ne porte à insinuer notamment que la CNQ devait être mise en tutelle. Bref, la lettre contenait davantage que les deux commentaires inexacts concernant MM. Thériault et Lacroix. Après avoir visionné le reportage en question, je suis loin d'être convaincu que le téléspectateur pouvait se rendre compte de ces autres préoccupations.

De par sa présentation, le reportage ne permettait pas non plus au téléspectateur de se rendre compte que la lettre n'était en réalité qu'une demande de rencontre et de droit de réplique. Il donne l'impression que M. Néron et la CNQ voulaient que le contenu de la lettre soit diffusé et que cette lettre était une critique du travail de la SRC, qui était destinée à être diffusée. Le contexte entourant la réception de la lettre est entièrement passé sous silence, voire décrit faussement par la SRC. C'est ainsi que le reportage de la SRC commence en ces termes :

. . . l'un de ses conseillers en communication nous a écrit pour nous reprocher des erreurs que nous aurions commises.

Nous répondons ce soir à cette critique.

La SRC fait ensuite ressortir les parties de la lettre qui concernent MM. Thériault et Lacroix. Cette méthode donne aux téléspectateurs l'impression

the letter is being addressed, which is not the case. Furthermore, the impression left of Mr. Néron is quite unflattering. The broadcast suggests that he wrote a letter criticizing the CBC and that the entire content of the letter was erroneous.

66 In a further sense, the viewer was provided with incomplete information about the letter and its content with respect to Mr. Lacroix. True, he was not reimbursed by the CNQ, but he was reimbursed by a third party. This was not mentioned. If it had been, it might have made the errors seem somewhat less egregious and Mr. Néron might not have been cast in such a negative light.

67 In sum, I agree with Fish J.A. of the Quebec Court of Appeal that, by leaving out vital pieces of information, the CBC misrepresented Mr. Néron's letter as a disingenuous attempt to mislead the CBC, and thereby the public.

(2) Refusal to Allow Mr. Néron Time to Check up on His Errors

68 I am also troubled by the haste with which the CBC set out to broadcast the errors in the letter. It does indeed seem that Mr. Néron was entrapped. Ms. Faucher contacted Mr. Néron to inform him of the errors. Mr. Néron made it very clear that the letter was merely a request for a right of reply and was not meant for publication, [TRANSLATION] "or to be communicated in any form whatsoever". Furthermore, Mr. Néron requested three days to verify the information about Mr. Thériault and Mr. Lacroix. The CBC ignored this request. Moreover, it made no mention of Mr. Néron's request for time in the January 12th report. All in all, I agree with the following finding of the trial judge, at p. 1809:

[TRANSLATION] Thus, the following question must be asked: Why was there such a rush to air the second report, which contained information known to be false, without giving Néron the opportunity to check and correct the statements that turned out to be inaccurate? Can it not be assumed that, if Néron had been able to give his side of the story and correct the inaccuracies, the content of the

que la SRC aborde tout le contenu de la lettre, alors que ce n'est pas le cas. En outre, le reportage projette une image très peu flatteuse de M. Néron. On y laisse entendre que M. Néron a rédigé une lettre dans laquelle il critique la SRC et que le contenu de cette lettre est totalement erroné.

Par ailleurs, le téléspectateur y obtient des renseignements incomplets sur la lettre et son contenu relativement à M. Lacroix. S'il est vrai que ce dernier n'a pas été remboursé par la CNQ, il l'a toutefois été par un tiers. Ce fait n'est pas mentionné. S'il l'avait été, cette mention aurait peut-être pu atténuer quelque peu les erreurs commises et empêcher de projeter une image aussi négative de M. Néron.

En somme, je conviens avec le juge Fish de la Cour d'appel du Québec que, en omettant certains renseignements indispensables, la SRC a faussement présenté la lettre de M. Néron comme une tentative fallacieuse de l'induire en erreur et, du même coup, d'induire le public en erreur.

(2) Le refus de donner à M. Néron le temps de vérifier ses prétendues affirmations inexactes

Je reste également préoccupé par l'empressement de la SRC à diffuser les inexactitudes contenues dans la lettre. Monsieur Néron semble effectivement avoir été piégé. Madame Faucher a communiqué avec M. Néron pour l'informer des inexactitudes. Monsieur Néron a bien précisé que sa lettre n'était qu'une demande de droit de réplique et n'était pas destinée à être publiée « ni [à] être communiquée sous quelque forme que ce soit ». En outre, il a demandé trois jours pour vérifier l'exactitude de ses propos concernant MM. Thériault et Lacroix. La SRC n'a pas tenu compte de cette demande. Elle ne l'a pas mentionnée non plus dans le reportage du 12 janvier. Tout bien considéré, je souscris à la conclusion suivante du juge de première instance (p. 1809) :

Alors se pose la question : Pourquoi cette précipitation et cette hâte à diffuser ce deuxième reportage, qui contient des informations que l'on sait être fausses et qu'on n'a pas donné à Néron la faculté de vérifier et corriger les affirmations qui s'avèrent être fausses? Est-ce qu'on ne peut pas penser que, si Néron avait pu donner sa version et corriger les inexactitudes, le contenu du



report would have been different? This haste is attributable not only to the journalist, but to the entire team.

Pelletier, the editor-in-chief, admitted to the Court that he was aware of the telephone conversation that took place between Faucher and Néron on January 10, 1995. He knew that Néron had asked for a short period of time to check the information himself. He knew that the Chambre [des notaires] had refused to comment on the letter and, consequently, on its content. The team nevertheless decided to broadcast the report anyway, which leads one to believe that the decision was deliberate and intentional. [Emphasis added.]

The trial judge's conclusion makes sense. The CBC intentionally and deliberately broadcast the errors in the letter before Mr. Néron could attempt to set things straight.

I further agree with Mailhot J.A. that the tone and tilt of the January 12th broadcast pointed to it being more of a response to Mr. Néron's criticism than an exercise in protecting the public interest. It might indeed be concluded that it is in the public interest to know that false rumours were circulating at the CNQ about Mr. Thériault, whom the CNQ had a mandate to protect. Unfortunately, this matter of public interest seems to have been lost in a broadcast aimed more at settling accounts for what the CBC likely saw as unjustified criticism. In the end, it may be said that the appellant broadcast information that was partly true about a question of public interest, but that was presented in an incomplete and misleading manner designed to have a maximum impact on the reputation of the claimant.

### (3) The Report of the CBC's Ombudsman

Finally, it is in my opinion of great relevance that the CBC's own ombudsman found Mr. Néron's complaint to be quite serious. I will recite the relevant portion of the Ombudsman's report:

[TRANSLATION] You also accuse them of referring to two errors you allegedly made in your letter in order to make a story out of them. This part of your complaint is valid. *Le Point* decided to air a program entitled *Mise au point*, which it even described as a response to your criticism. Such a broadcast, like any news broadcast,

reportage aurait été différent? Cette hâte n'est pas seulement le fait de la journaliste mais celui de toute l'équipe.

Pelletier, le rédacteur en chef, a reconnu devant la Cour qu'il était au courant de la conversation téléphonique de Faucher et de Néron du 10 janvier 1995. Il savait que Néron avait demandé un court délai pour vérifier l'information par lui-même. Il savait que la Chambre [des notaires] avait refusé de commenter la lettre et, par conséquent, son contenu. Malgré tout cela, l'équipe a décidé de passer le reportage quand même, et il est alors permis de penser que la décision fut arrêtée de propos délibéré et intentionnel. [Je souligne.]

La conclusion du juge de première instance est logique. La SRC a intentionnellement et délibérément diffusé les inexactitudes contenues dans la lettre avant même que M. Néron ait eu la chance de rétablir les faits.

Je reconnais aussi avec le juge Mailhot que, d'après son ton et son allure, le reportage du 12 janvier ressemblait davantage à une réaction à la critique de M. Néron qu'à un exercice de protection de l'intérêt public. On pourrait en effet conclure qu'il est dans l'intérêt du public de savoir que la CNQ propageait de fausses rumeurs au sujet de M. Thériault qu'elle avait pourtant pour mission de protéger. On semble malheureusement avoir perdu de vue cette question d'intérêt public dans un reportage qui se veut davantage un règlement de compte relativement à ce que la SRC a vraisemblablement perçu comme une critique injustifiée. En définitive, on peut dire que l'appelante a diffusé une information partiellement véridique au sujet d'une question d'intérêt public, mais qu'elle l'a fait d'une manière incomplète et trompeuse dans le but de ternir le plus possible la réputation des intimés.

### (3) Le rapport de l'ombudsman de la SRC

Enfin, je considère très pertinent le fait que l'ombudsman de la SRC a lui-même conclu que la plainte de M. Néron était très sérieuse. Je cite, à ce propos, le passage pertinent du rapport de l'ombudsman :

Vous leur reprochez aussi d'avoir référé à deux erreurs que vous auriez commises dans votre lettre pour en faire une nouvelle. Cet élément de votre plainte est sérieux. *Le Point* décide de diffuser une émission intitulée *Mise au point*, précisant même qu'il s'agit d'une réponse à la critique. Une telle émission, comme toute émission

must be subject to the journalistic principles of accuracy, integrity and fairness. The January 12 broadcast seriously compromised the principle of fairness by failing to mention the five grievances that are central to your letter and only reporting on the two errors. The host did say at the beginning of the program, “*One of its [the CNQ’s] communications advisers wrote to us, accusing us of having made several errors. Tonight, we will respond to this criticism*”. It might have been expected that the “errors” you accused them of making would be looked at one by one in the program and that the point of view you expressed would be reflected impartially, thereby treating your criticism fairly and with dignity. This was not the case. In my view, making a complaint is the same as expressing an opinion. Therefore, when a complaint is discussed on air, the person making the complaint should be accorded the same rights and respect as any other person interviewed for a program, and the excerpts from the complaint that are actually broadcast must be selected, similarly to how an interview is edited, so as to represent the essence of the complaint without distortion.

Instead, they chose to discuss only the two errors in your letter. This gave the program the appearance of a settling of accounts, something that has no place at the CBC. . . . [Emphasis in original.]

71. The CBC’s ombudsman considered the broadcast to have the appearance of a settling of accounts. This is highly detrimental to the CBC’s case. The Ombudsman also openly implied that *Le Point’s* journalists did not live up to proper journalistic standards, given the “wrongful pruning”, that is, the selective use of certain portions of the letter.

72. Even Otis J.A., in dissent in the Quebec Court of Appeal, seemed to recognize that, by selectively quoting the letter, the broadcast fell below professional standards for journalists: [TRANSLATION] “[i]t would certainly have been desirable, in keeping with journalistic standards, to cover all aspects of the letter in the report. However, this lack of fairness does not constitute civil fault” (para. 356). With respect, by not respecting professional standards in this case, and given all the other surrounding circumstances, the CBC was at fault.

d’information, se doit d’appliquer les principes journalistiques d’exactitude, d’intégrité et d’équité. Or, l’émission du 12 janvier a sérieusement péché contre le principe de l’équité en omettant de faire état des cinq griefs qui constituaient l’essentiel de votre lettre pour ne retenir que les deux erreurs. L’animateur avait pourtant dit en début d’émission : « *L’un des conseillers en communication nous a écrit pour nous reprocher des erreurs que nous aurions commises. Nous répondons ce soir à cette critique* ». On se serait alors attendu à ce que les « erreurs » que vous leur reprochiez soient reprises une à une dans l’émission, reflétant ainsi en toute impartialité le point de vue que vous avez exprimé et traitant, de ce fait, votre critique avec justice et dignité. Ce ne fut pas fait. Je considère que formuler une plainte, c’est exprimer une opinion. Aussi, lorsqu’il est fait état d’une plainte en ondes, l’auteur de cette plainte doit bénéficier des mêmes droits et du même respect que n’importe quelle personne interviewée en vue d’une émission et les extraits de la plainte qui sont retenus pour l’émission, un peu à la manière d’un montage d’interview, doivent être choisis de façon à en retenir l’essentiel, sans déformation.

De votre lettre, on a plutôt choisi de ne retenir que vos deux erreurs. Ce qui donnait à l’émission une allure de règlement de compte qui n’a pas place à Radio-Canada. . . [En italique dans l’original.]

L’ombudsman de la SRC était d’avis que le reportage avait des allures de règlement de compte, ce qui affaiblit considérablement la thèse de la SRC. De plus, il a laissé entendre ouvertement que les journalistes du *Point* n’avaient pas respecté les normes journalistiques applicables en procédant à un « élagage fautif », c’est-à-dire en choisissant de n’utiliser que certaines parties de la lettre.

Même la juge Otis, dissidente en Cour d’appel du Québec, semble reconnaître que, du fait que seuls certains passages de la lettre y soient cités, le reportage ne respecte pas les normes professionnelles des journalistes : « [i]l aurait certes été souhaitable, dans le respect des normes journalistiques, que tous les éléments de la lettre soient traités dans le reportage. Toutefois, ce manquement à l’équité ne constitue pas une faute civile » (par. 356). En toute déférence, compte tenu de son manquement aux normes professionnelles en l’espèce et de toutes les autres circonstances de l’affaire, la SRC a commis une faute.

(4) Conclusion With Respect to Establishing Fault

In conclusion, several factors in combination lead me to conclude that the CBC was at fault: the incomplete and misleading manner in which the content of the letter was broadcast, the refusal to allow Mr. Néron time to verify his errors, the refusal to mention that he sought this time, the fact that Mr. Néron never wanted the content of the letter to be broadcast and the adverse conclusion of the CBC's ombudsman. The CBC intentionally defamed Mr. Néron, and it did so in a manner that fell below the professional standards of a reasonable journalist.

G. *Appropriate Deference to the Trial Judge's Findings*

In keeping with this Court's recent decision in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33, I have come to the conclusion that the trial judge committed no palpable and overriding errors in his determination of the facts. Likewise, I cannot conclude that the trial judge committed a palpable and overriding error in his determination that the CBC was at fault. The trial judge did not err with respect to the proper legal test. He properly grounded his test for liability in art. 1457 C.C.Q. and referred to *Radio Sept-Îles*, *supra*, and he correctly noted that journalists are subject to an obligation of means. Based on his strong findings of fact, the trial judge was correct in determining that the CBC's journalists had failed to meet their professional obligations.

H. *Condemnation In Solidum*

The trial judge found the CBC and the CNQ solidarily liable for the damages awarded as a result of their separate faults. On appeal, Fish J.A. held that it was wrong to impose solidary liability since the basis of the CBC's fault was extra-contractual and juridically independent of the contractual fault attributed by the trial judge to the CNQ. Solidarity between debtors exists, as art. 1525 C.C.Q.

(4) Conclusion relative à la démonstration de la faute

En conclusion, la combinaison de plusieurs facteurs m'incite à statuer que la SRC a commis une faute : le fait que le contenu de la lettre a été diffusé de manière trompeuse et incomplète, le refus de donner à M. Néron le temps de vérifier ses prétendues affirmations inexactes, le refus de mentionner que celui-ci avait sollicité ce délai, le fait que M. Néron n'a jamais voulu que le contenu de la lettre soit diffusé et la conclusion défavorable de l'ombudsman de la SRC. La SRC a intentionnellement diffamé M. Néron, et ce, d'une manière non conforme aux normes professionnelles du journaliste raisonnable.

G. *La déférence qui s'impose à l'égard des conclusions du juge de première instance*

Conformément aux principes établis dans l'arrêt récent de notre Cour *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33, je conclus que le juge de première instance n'a commis aucune erreur manifeste et dominante dans son appréciation des faits. De même, j'estime qu'on ne saurait affirmer que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en décidant que la SRC a commis une faute. Le juge de première instance ne s'est pas trompé au sujet de l'identification du critère juridique applicable. Il a, à juste titre, fondé son critère de responsabilité sur l'art. 1457 C.c.Q., mentionné l'arrêt *Radio Sept-Îles*, précité, et souligné que les journalistes sont assujettis à une obligation de moyens. Compte tenu de ses solides conclusions de fait, le juge de première instance a eu raison de décider que les journalistes de la SRC avaient manqué à leurs obligations professionnelles.

H. *Condamnation in solidum*

Le juge de première instance a tenu l'appelante et la CNQ solidairement responsables en ce qui concernait les dommages-intérêts accordés en raison de leurs fautes respectives. En appel, le juge Fish a conclu qu'il était erroné de les tenir solidairement responsables étant donné que la faute de la SRC était extracontractuelle et juridiquement indépendante de la faute contractuelle imputée à la CNQ

73

74

75

provides, “only where it is expressly stipulated by the parties or imposed by law”. Fish J.A. concluded that neither condition was met in the case at bar. Instead, he found that in light of this Court’s decision in *Prévost-Masson, supra*, the CBC and the CNQ should be held responsible *in solidum* for Mr. Néron’s damages.

par le juge de première instance. Comme le prévoit l’art. 1525 C.c.Q., la solidarité entre les débiteurs n’existe « que lorsqu’elle est expressément stipulée par les parties ou prévue par la loi ». Selon le juge Fish, aucune de ces conditions n’était remplie en l’espèce. Il estimait plutôt que, eu égard à l’arrêt *Prévost-Masson*, précité, de notre Cour, la SRC et la CNQ devaient être tenues responsables *in solidum* des dommages subis par M. Néron.

76

The CBC submits that the Quebec Court of Appeal erred in finding it liable *in solidum* with the CNQ since solidarity is available only in cases where the wrongful acts caused a single injury or prejudice. The CBC also briefly suggests that Mailhot J.A. erred in concluding that there was a causal link between the news broadcast and the damages suffered by Mr. Néron. As an alternative to the order for liability *in solidum*, the CBC argues that the majority of the Court of Appeal should have ordered liability according to a “fair apportionment of the legal responsibilities of each party” (see *Prévost-Masson, supra*, at para. 21, and art. 1478 C.C.Q.).

L’appelante soutient que la Cour d’appel du Québec a commis une erreur en la tenant responsable *in solidum* avec la CNQ, puisque la responsabilité solidaire ne s’applique que dans les cas où les actes fautifs n’ont causé qu’un seul préjudice ou dommage. L’appelante a aussi brièvement indiqué que la juge Mailhot avait commis une erreur en concluant à l’existence d’un lien de causalité entre l’émission d’information et les dommages subis par M. Néron. Elle ajoute que, au lieu de tenir la SRC et la CNQ responsables *in solidum*, les juges majoritaires de la Cour d’appel auraient dû conclure à une responsabilité « partag[ée] [. . .] en proportion de la gravité de leur faute respective » (voir l’arrêt *Prévost-Masson*, précité, par. 21, et l’art. 1478 C.c.Q.).

77

The respondents note that, in challenging the finding of causation, the CBC has failed, in its very brief submission, to show that the trial judge committed a palpable and overriding error. The respondents also contend that the CBC has failed to adduce any evidence as to how the damages should be apportioned and that, in these circumstances, the order of liability *in solidum* is well founded.

Les intimés font observer que, en s’en prenant à la constatation de causalité, l’appelante n’a pas démontré, dans son argumentation très brève, que le juge de première instance avait commis une erreur manifeste et dominante. Ils prétendent aussi que l’appelante n’a produit aucun élément de preuve quant à la façon de répartir les dommages et que, dans ces circonstances, la responsabilité *in solidum* est bien fondée.

78

It is my view that, based on this Court’s recent decision in *Prévost-Masson*, the order for liability *in solidum* was appropriate. In *Prévost-Masson*, this Court settled the doctrinal debate in Quebec, concluding that the concept of an obligation *in solidum* did exist in civil law. In *Prévost-Masson*, the respondent had a right to the same sum of money from two different debtors: from one as a debt for contractual liability and from the other as the balance of the selling price. The Quebec Court of Appeal had held that the debts were indivisible but this Court explained that since the debt was a sum

J’estime que, compte tenu de notre arrêt récent *Prévost-Masson*, la déclaration de responsabilité *in solidum* était appropriée. Dans cet arrêt, notre Cour a mis fin au débat doctrinal du Québec en concluant à l’existence du concept d’obligation *in solidum* en droit civil. Dans l’arrêt *Prévost-Masson*, l’intimée était titulaire d’une créance recouvrable indifféremment auprès de deux débiteurs : d’une part, à titre de créance de responsabilité contractuelle et, d’autre part, à titre de solde de prix de vente. La Cour d’appel du Québec avait conclu à l’indivisibilité des dettes, mais notre Cour a expliqué que,

of money, it was clearly susceptible to division. The Court also decided that the concept of “passive joint and several liability” was not applicable (see *Prévost-Masson*, *supra*, at para. 25). Instead, the Court concluded that the concept of obligation *in solidum*, which had been developed to deal with the problems that arise where the object of the debt is not susceptible to division but there is more than one debt for the whole amount, was most appropriately applicable to this situation.

J. Pineau, D. Burman and S. Gaudet have indicated that liability *in solidum* should be applied in situations such as this where two parties are responsible for an injury and one of them is liable extra-contractually while the other is liable contractually (see *Théorie des obligations* (4th ed. 2001), at pp. 676-77). In this case, the courts below concluded that, although the faults of the CBC and the CNQ were distinct in that one was based on extra-contractual liability and the other on contractual liability, the faults were “factually related, reasonably contemporaneous and cumulative in their prejudicial impact on Néron and GEN [Communication]” (see Court of Appeal judgment, at para. 280, and see also the trial judgment, at p. 1832). The damages, however, were of a global nature and, as Fish J.A. explained, it would be difficult, in practical terms, to divide the object of the global debt. Moreover, the learned trial judge is to be afforded significant deference in respect of his finding that the damages could not be easily divided. As the respondents indicate, there has been little evidence adduced to explain how the damages could be apportioned between the parties in a just fashion. As such, this is the kind of case, like *Prévost-Masson*, where the liability of the parties should be *in solidum*. I would thus dismiss the CBC’s appeal on this ground.

#### I. Costs

I see no reason to depart from the usual rules with respect to costs.

puisque la créance était une somme d’argent, elle était manifestement divisible. Notre Cour a ajouté que le concept de « solidarité passive » ne s’appliquait pas (voir l’arrêt *Prévost-Masson*, précité, par. 25). Elle a plutôt conclu que le concept d’obligation *in solidum*, développé pour résoudre les difficultés qui surgissent lorsque l’objet de la dette n’est pas divisible, mais qu’il y a plusieurs dettes au tout, s’appliquait le mieux à cette situation.

Selon J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, la responsabilité *in solidum* doit s’appliquer à des cas comme celui qui nous occupe, où la responsabilité des coauteurs d’un préjudice est pour l’un extra-contractuelle, et pour l’autre contractuelle (voir *Théorie des obligations* (4<sup>e</sup> éd. 2001), p. 676-677). En l’espèce, les tribunaux d’instance inférieure ont conclu que, même si les fautes de la SRC et de la CNQ restaient distinctes en ce sens qu’elles étaient respectivement de nature extracontractuelle et de nature contractuelle, elles étaient néanmoins [TRADUCTION] « connexes sur le plan factuel en plus d’être raisonnablement concomitantes, et elles [avaient] une incidence cumulative sur M. Néron et GEN [Communication] » (voir jugement de la Cour d’appel, par. 280, et jugement de première instance, p. 1832). Les dommages étaient toutefois de nature globale et, comme l’a expliqué le juge Fish, il serait difficile, en pratique, de diviser l’objet d’une telle créance globale. De surcroît, il faut traiter avec beaucoup de déférence la conclusion du juge de première instance selon laquelle il n’était pas facile de répartir les dommages entre les défendeurs. Comme le soulignent les intimés, on a présenté très peu d’éléments de preuve au sujet de la façon de procéder à une répartition juste des dommages entre les parties. Par conséquent, cette affaire présente une situation similaire à celle de l’affaire *Prévost-Masson*, où la responsabilité des parties doit être *in solidum*. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi de l’appelante pour ce motif.

#### I. Dépens

Je ne vois aucune raison de déroger aux règles habituelles en matière de dépens.

## VI. Conclusion

81 As a result, I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

82 BINNIE J. (dissenting) — I cannot subscribe to the proposition of my colleague LeBel J. that civil liability should be imposed on the Canadian Broadcasting Corporation (“CBC”) to pay \$673,153 in damages because, as he puts it (at para. 55):

... the information broadcast may have been true — at least in part (to be discussed below) — and it may have been in the public interest to broadcast it, but the whole of the broadcast quite simply did not measure up to professional standards.

83 The information that *was* published was perfectly true, but my colleague’s concern seems to be that the “truth” could have been put in a different light if additional matters had been included in the broadcast (para. 68). I do not agree that in this case what *was not* broadcast made what *was* broadcast any the less true. My deeper concern is that in balancing press freedom against the respondents’ interest in the protection of their reputation, my colleague puts insufficient weight on the constitutional right of members of the Quebec public to have access to true and accurate information about matters of legitimate interest and concern. An award of this size built on such a thin foundation can only discourage the fulfilment by the media of their mandate in a free and democratic society to afflict the comfortable and to comfort the afflicted, to quote Joseph Pulitzer, a mandate now protected by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 3 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12.

84 I agree with Otis J.A. of the Quebec Court of Appeal ([2002] R.J.Q. 2639) that the real culprit in this case is the Chambre des notaires du Québec (“CNQ”). For many of the same reasons that she has given, I would allow the appeal of the CBC. The

## VI. Conclusion

Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident) — Je ne puis souscrire à la proposition de mon collègue le juge LeBel voulant qu’il y ait lieu de déclarer le média appelant civilement tenu de payer la somme de 673 153 \$ de dommages-intérêts, parce que, comme il le dit au par. 55, même s’il

se peut que l’information diffusée ait été véridique — du moins en partie, comme nous le verrons plus loin — et qu’il ait été dans l’intérêt public de la diffuser, [. . .] dans l’ensemble, le reportage diffusé ne respecte tout simplement pas les normes professionnelles.

L’information *rendue* publique était tout à fait véridique, mais, pour mon collègue, il semble que la « vérité » aurait pu être présentée sous un jour différent si des informations additionnelles avaient été diffusées (par. 68). Je ne suis pas d’accord pour dire qu’en l’espèce l’information *non* diffusée compromettrait de quelque façon la véracité de celle qui *a été* diffusée. Je crains davantage que, en soupesant la liberté de presse en fonction du droit des intimés à la sauvegarde de leur réputation, mon collègue n’accorde pas suffisamment d’importance au droit constitutionnel de la population québécoise à une information véridique et exacte concernant des questions d’intérêt légitime pour elle. L’attribution d’un montant aussi considérable pour des raisons aussi peu convaincantes ne peut avoir pour effet que de dissuader les médias de remplir la mission qu’ils ont, dans une société libre et démocratique, d’affliger les gens confortables et de reconforter les affligés — pour reprendre l’expression de Joseph Pulitzer —, laquelle est désormais protégée par l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l’art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12.

Je conviens avec la juge Otis de la Cour d’appel du Québec ([2002] R.J.Q. 2639) que la vraie coupable, en l’espèce, est la Chambre des notaires du Québec (« CNQ »). Pour un bon nombre des raisons qu’elle a exposées, j’accueillerais le pourvoi de la

effect of such a disposition would be to leave the liability for the payment of the respondents' damages with the CNQ, where it belongs.

### I. Facts

The relevant circumstances are fully set out by my colleague LeBel J. and I will therefore limit myself to the facts needed to explain my legal conclusion.

The original broadcast on *Le Point* on December 15, 1994 dealt with the CNQ as an important public institution exercising self-government responsibilities over the notarial profession. It was strongly critical. One of its allegations was that the CNQ had manifested a high-handed and unprofessional approach to people who made legitimate complaints about the work of its members. The broadcast detailed a number of instances where complainants had been ignored or abused. The message was that the CNQ, in its dealings with the public, was dysfunctional. At the time, this seems to have been true. It was certainly in the public interest to draw attention to such a deplorable state of affairs.

The broadcast relied in part on two complainants, Messrs. Yvon Thériault and Richard Lacroix, who agreed to be interviewed on the air. On learning about the broadcast, the CNQ (without checking its facts) leapt to the attack, alleging (erroneously) that Mr. Lacroix had lied about his complaint because the CNQ had in fact reimbursed him for a loss suffered at the hands of one of its members, and that Mr. Thériault's brother was the leader of a bizarre and violent cult. The CNQ instructed their communications consultant, Mr. Gilles Néron, to write to the CBC. This instruction was carried out by Mr. Néron in a letter to the director at *Le Point* dated December 18, 1994, the contents of which are set out in full by my colleague LeBel J. at para. 3.

After introducing himself as spokesperson for the CNQ and requesting a meeting with the CBC to pursue an on-air reply, Mr. Néron's letter went on

Société Radio-Canada (« SRC »). Cette décision ferait en sorte que la responsabilité de payer des dommages-intérêts aux intimés incomberait uniquement, comme il se doit, à la CNQ.

### I. Les faits

Comme mon collègue le juge LeBel expose de façon complète les faits pertinents, je m'en tiendrai à ceux nécessaires pour expliquer la conclusion que je tire sur le plan juridique.

Le premier reportage du *Point*, diffusé le 15 décembre 1994, portait sur la CNQ en tant qu'institution publique importante qui assume des responsabilités relatives à l'autogestion des membres de la profession notariale. Le reportage était fort négatif. On y alléguait notamment que la CNQ avait adopté une attitude autoritaire et non professionnelle envers des gens qui s'étaient plaints avec raison du travail de ses membres. Le reportage faisait état d'un certain nombre de cas où les plaignants avaient été ignorés ou encore malmenés. Le message véhiculé était que la CNQ était dysfonctionnelle dans ses rapports avec le public. Cela semblait être le cas à l'époque. Il était sûrement dans l'intérêt public de dénoncer cette situation déplorable.

Le reportage présentait notamment deux plaignants qui avaient accepté d'être interviewés, à savoir MM. Yvon Thériault et Richard Lacroix. Après avoir pris connaissance du reportage, la CNQ (sans s'être donné la peine de vérifier les faits rapportés) est passée directement à l'attaque en alléguant (à tort) que M. Lacroix avait menti au sujet de sa plainte — étant donné qu'elle lui avait, en réalité, remboursé la perte causée par l'un de ses membres — et que le frère de M. Thériault était à la tête d'une secte étrange et violente. La CNQ a demandé à son consultant en communication, Gilles Néron, d'écrire à l'appelante. Monsieur Néron a donné suite à cette demande, le 18 décembre 1994, en faisant parvenir à la réalisatrice du *Point* une lettre dont mon collègue le juge LeBel expose intégralement le contenu au par. 3.

Après s'être présenté comme le porte-parole de la CNQ et avoir demandé une rencontre avec l'appelante afin d'obtenir le droit de répliquer dans le

85

86

87

88

to confirm, albeit inadvertently, more or less what the CBC had said about the CNQ in its December 15 broadcast; namely that by launching an attack on Messrs. Thériault and Lacroix the CNQ showed again that it could not get its facts straight and that its response to legitimate criticism was ill-informed, ill-considered and unworthy of a professional governing body.

cadre d'une autre émission, M. Néron a, dans sa lettre, plus ou moins confirmé, quoique par inadvertance, ce que l'appelante avait dit au sujet de la CNQ dans son reportage du 15 décembre, à savoir qu'en attaquant MM. Thériault et Lacroix cette dernière avait, là encore, démontré qu'elle était incapable de rétablir les faits et qu'en plus de manquer de rigueur sa réponse à une critique légitime était irréflectée et indigne d'un ordre professionnel.

89

Specifically, the false allegations made by the CNQ and repeated by Mr. Néron in his December 18 letter were as follows:

Plus précisément, les fausses allégations de la CNQ que M. Néron reprenait dans sa lettre du 18 décembre étaient les suivantes :

## [TRANSLATION]

3- In the report, the death threats made against the president are referred to as nonsense. Mr. Thériault is presented as a person who would be justified in making such threats. You failed to mention that he is the brother of the Thériault who was the Pope of the Infinite Love cult and who cut off his spouse's arm. [Emphasis deleted.]

3- Dans le reportage on fait référence aux menaces de mort à l'endroit de la présidence comme une baliverne. On présente M. Thériault comme une personne qui a bien raison de faire ces menaces. Vous n'avez pas fait référence au fait qu'il est le frère de ce Thériault, le Pape de la secte de l'Amour infini qui avait coupé le bras de sa conjointe. [Soulignement omis.]

It is now accepted that the allegation about Mr. Thériault's brother was totally unfounded. With respect to Mr. Lacroix, the CNQ, through Mr. Néron, categorically stated that his complaint about non-reimbursement by the CNQ was false:

On reconnaît maintenant que l'allégation relative au frère de M. Thériault était totalement dénuée de fondement. Quant à M. Lacroix, la CNQ, s'exprimant par l'entremise de M. Néron, a affirmé catégoriquement que sa plainte voulant qu'elle ne l'ait pas remboursé n'était pas fondée :

## [TRANSLATION]

4- You also failed to mention in the report that Mr. Lacroix was reimbursed by the CNQ for the money he lost.

4- Dans le reportage, vous ne dites pas, non plus, que M. Lacroix avait été remboursé par la CNQ pour les sommes qu'il avait perdues.

2- Your conclusion that "Mr. Lacroix is considering writing to the Minister to ask him to put the CNQ under trusteeship" gave some people the impression that the chairman of the Office [des professions] was going to make this request, while others were left thinking that Le Point's reporters came to this conclusion after their investigation. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

2- Votre conclusion « M. Lacroix songe à écrire au ministre pour lui demander de placer la CNQ en tutelle » a donné l'impression à certains que c'est le président de l'Office [des professions] qui allait le demander et à d'autres que les reporter [sic] du Point arrivaient à cette conclusion après leur enquête. [Je souligne; soulignement dans l'original omis.]

In fact, Mr. Lacroix had been reimbursed, but not by the CNQ. The CNQ was therefore wrong to claim the credit. Mr. Néron's added complaint about the

En fait, M. Lacroix avait été remboursé, mais pas par la CNQ. La CNQ avait donc tort de s'en attribuer le mérite. L'autre plainte de M. Néron



“impression” attributed to some unidentified people added nothing of substance.

The other purported clarification by the CNQ, through Mr. Néron, was flattering to the CNQ but simply argumentative:

[TRANSLATION]

5- I also have difficulty understanding the reference to notary Potiron, the fusty old man. I found this allusion inappropriate. The notarial profession has a 128-year history of faithful service in Quebec. There are many young notaries. They are excellent, dynamic and innovative legal professionals.

The subsequent behaviour of the CBC’s journalists in avoiding contact with Mr. Néron was boorish, but boorishness without more is not actionable. Eventually, on January 4, 1995, the CBC offered the CNQ a follow-up interview, as it ought to have done more promptly. However at that point, the CNQ, after undergoing a reversal of position, refused the offer. In the result, the journalists were simply left with a potential story about the impetuous and ill-founded allegations contained in Mr. Néron’s letter of December 18th.

Mr. Néron, as well as the CNQ, attempted in their different ways to extricate themselves from the untenable position into which the CNQ blunders had led them. Belatedly, Mr. Néron asked for time to check the truth of the CNQ’s allegations. The CNQ, for its part, having withdrawn its request for a reply, proceeded to disclaim responsibility for Mr. Néron’s original request for a reply interview, and attempted to make Mr. Néron the scapegoat for its own series of errors. Thereafter, it completed the assault on Mr. Néron’s professional reputation by circulating misleading statements about Mr. Néron to the entire CNQ membership.

The CBC’s own ombudsman, as LeBel J. explains, found that the CBC’s follow-up broadcast on January 12th showed selectivity and a lack of balance. He found that the focus on the CNQ’s misinformation gave the broadcast [TRANSLATION] “the appearance of a settling of accounts”. However,

concernant l’« impression » donnée à d’autres personnes non identifiées n’ajoutait rien d’important.

L’autre prétendue clarification que la CNQ a apportée, par l’entremise de M. Néron, était flatteuse pour elle, mais n’était rien de plus qu’un argument :

5- Je ne comprends pas, non plus, la référence au notaire Potiron, le poussiéreux. J’ai trouvé l’allusion déplacée. Le notariat au Québec a 128 ans d’histoire en loyaux services. Il y a beaucoup de jeunes notaires. Ils sont d’excellents juristes, dynamiques et avangardistes [*sic*].

Le comportement que les journalistes de l’appelante ont adopté par la suite en évitant tout contact avec M. Néron était impoli, mais l’impolitesse sans plus ne confère pas un droit d’action. Le 4 janvier 1995, l’appelante a finalement offert un interview complémentaire à la CNQ, comme elle aurait dû le faire plus tôt. Cependant, la CNQ, qui s’était alors ravisée, a refusé l’offre. En définitive, le seul sujet de reportage dont disposaient les journalistes était les allégations impétueuses et non fondées contenues dans la lettre du 18 décembre de M. Néron.

Monsieur Néron et la CNQ ont tenté, chacun à sa manière, de se sortir de la situation intenable dans laquelle les bourdes de la CNQ les avaient plongés. Monsieur Néron a demandé tardivement un délai pour vérifier l’exactitude des allégations de la CNQ. De son côté, après avoir retiré sa demande de droit de réplique, la CNQ s’est complètement dissociée de M. Néron en ce qui concerne la première demande d’interview complémentaire qu’il avait présentée et a tenté de le blâmer pour la série d’erreurs qu’elle avait elle-même commise. Par la suite, elle s’en est prise davantage à la réputation professionnelle de M. Néron en distribuant à tous ses membres des déclarations trompeuses à son sujet.

Comme l’explique le juge LeBel, l’ombudsman de la SRC a lui-même estimé que la présentation du reportage complémentaire diffusé le 12 janvier était sélective et boiteuse. Il a conclu que l’insistance sur l’information inexacte donnée par la CNQ donnait au reportage « une allure de règlement de

90

91

92

93

he did not conclude that the public was *misinformed* or that the broadcast was not *in the public interest*. In fact, on this second point he concluded that the public interest was well-served by calling attention to the CNQ's continuing parade of errors.

compte ». Cependant, il n'a pas jugé que le public était *mal renseigné* ou que le reportage n'était pas *d'intérêt public*. En fait, il a estimé, dans ce dernier cas, qu'il était dans l'intérêt public de dénoncer la série d'erreurs commises par la CNQ.

94

Journalism inevitably involves selectivity. What was broadcast on January 12th *was true*. With all due respect for the contrary position, my view is that despite the journalists' boorish treatment of Mr. Néron prior to January 12th and the selectivity evident in the January 12th broadcast (which no doubt demonstrated elements of "gotcha" journalism), civil fault should nevertheless not be attributed to the CBC when all the relevant public interest issues are taken into account, a matter to which I will now turn.

La sélectivité est inhérente au journalisme. L'information diffusée le 12 janvier *était véridique*. En toute déférence pour l'opinion contraire, j'estime que, malgré la façon impolie dont les journalistes ont traité M. Néron avant le 12 janvier et la sélectivité manifeste du reportage du 12 janvier (qui caractérisent indubitablement le journalisme d'em-buscade), il n'y a tout de même pas lieu d'imputer à l'appelante une faute civile compte tenu de toutes les questions d'intérêt public pertinentes, sujet que je vais maintenant examiner.

## II. The Absence of Civil Fault

## II. L'absence de faute civile

95

Article 1457 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("C.C.Q."), which delineates the relevant principles of civil fault, is to be interpreted in light of the *Code's* preliminary provision:

L'article 1457 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »), qui énonce les principes applicables en matière de faute civile, doit être interprété en fonction de la disposition préliminaire du *Code* qui prévoit ceci :

The Civil Code of Québec, in harmony with the Charter of human rights and freedoms and the general principles of law, governs persons, relations between persons, and property. [Emphasis added.]

Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens. [Je souligne.]

The public's right to a society where free expression can flourish is guaranteed by s. 3 of the Quebec *Charter*. Thus, the proper legal framework within which to consider the present appeal is not simply a bilateral dispute between the CBC and the respondents, but a multilateral dispute involving not only the disputants but the broader Quebec public which had a serious ongoing stake in the proper functioning of the CNQ as a vitally important public institution. Lamer J. (as he then was) commented in *Snyder v. Montreal Gazette Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 494, in speaking of the assessment of non-pecuniary damages for defamation under the *Civil Code of Québec*, at p. 510:

L'article 3 de la *Charte* québécoise garantit le droit de la population à une société qui défend la liberté d'expression. Donc, le cadre juridique dans lequel doit se situer l'examen du présent pourvoi est non pas un simple litige bilatéral entre l'appelante et les intimés, mais un litige plurilatéral qui met en cause non seulement les parties mais encore la population générale du Québec qui avait sérieusement intérêt à ce que la CNQ, en tant qu'institution publique de la plus haute importance, fonctionne bien. Voici ce que le juge Lamer (plus tard Juge en chef) fait remarquer, dans l'arrêt *Snyder c. Montreal Gazette Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 494, p. 510, au sujet de l'évaluation des dommages moraux en matière de diffamation sous le régime du *Code civil du Québec* :

In coming to the rescue of a defamation victim, the courts must not overlook the fact that the written and spoken

La justice qui vient en aide à la victime d'une diffamation ne doit pas oublier que la presse écrite et parlée est

press is indispensable and is an essential component of a free and democratic society.

Despite the reference by my colleague LeBel J. at paras. 48 and following to some of the leading decisions of this Court upholding the importance of freedom of expression, including *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, and *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459, I do not believe that his proposed disposition of this appeal gives proper weight to that aspect of the public interest.

I accept, as does LeBel J., that it is appropriate to anchor the discussion in the Quebec Court of Appeal's decision in *Société Radio-Canada v. Radio Sept-Îles Inc.*, [1994] R.J.Q. 1811. That decision, interpreting civil responsibility in matters of defamation under art. 1053 of the *Civil Code of Lower Canada*, held that, unlike the situation in the common law jurisdictions, [TRANSLATION] "there are situations in which a person who communicates information may be civilly liable even if the information is true" (pp. 1818-19). Thus:

[TRANSLATION]

(a) A person commits a fault by "saying" unpleasant or unfavourable things about another that he or she knows to be false.

. . .

(b) A person commits a fault by "saying" unpleasant or unfavourable things about another that he or she ought to know to be false.

. . .

(c) A person commits a fault by making unfavourable comments about another, even if they are true, if he or she makes them without valid reason. [Italics deleted; underlining added.]

(Page 1819, citing J. Pineau and M. Ouellette, *Théorie de la responsabilité civile* (2nd ed. 1980), at pp. 63-64.)

indispensable et constitue une valeur essentielle dans une société libre et démocratique.

Malgré la mention que mon collègue le juge LeBel fait, aux par. 48 et suivants, de certains arrêts de principe dans lesquels notre Cour confirme l'importance de la liberté d'expression, notamment les arrêts *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, et *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459, je ne crois pas que la façon dont il propose de trancher le présent pourvoi accorde suffisamment d'importance à cet aspect de l'intérêt public.

À l'instar du juge LeBel, je reconnais qu'il convient de fonder l'analyse sur l'arrêt de la Cour d'appel du Québec *Société Radio-Canada c. Radio Sept-Îles Inc.*, [1994] R.J.Q. 1811. Dans cet arrêt, en interprétant la responsabilité civile pour diffamation régie par l'art. 1053 du *Code civil du Bas-Canada*, la cour a conclu que, contrairement à la situation qui prévaut dans les ressorts de common law, « la communication d'une information même vraie peut parfois engager la responsabilité civile de son auteur » (p. 1818-1819). Par conséquent :

a) On commet une faute en « disant » sur autrui des choses désagréables ou défavorables que l'on sait être fausses.

. . .

b) On commet une faute en « disant » sur autrui[i] des choses désagréables ou défavorables que l'on devrait savoir être fausses.

. . .

c) On commet une faute en tenant sur autrui des propos défavorables, même s'ils sont vrais, lorsqu'on le fait sans justes motifs. [Italiques omis; je souligne.]

(Page 1819, citant J. Pineau et M. Ouellette, *Théorie de la responsabilité civile* (2<sup>e</sup> éd. 1980), p. 63-64.)

96

97

98

In *Prud'homme v. Prud'homme*, [2002] 4 S.C.R. 663, 2002 SCC 85, this Court confirmed this same approach for the purposes of art. 1457 C.C.Q. noting, with respect to the third branch, that “even in the civil law, the truth of what is said may be a way of proving that no wrongful act was committed, in circumstances in which the public interest is in issue” (para. 37 (emphasis added)).

Dans l'arrêt *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, 2002 CSC 85, notre Cour a confirmé que la même approche devait être adoptée pour les besoins de l'art. 1457 C.c.Q., en faisant remarquer, au sujet du troisième volet, que « même en droit civil, la véracité des propos peut constituer un moyen de prouver l'absence de faute dans des circonstances où l'intérêt public est en jeu » (par. 37 (je souligne)).

99

This is not to say that the media are unconstrained by the usual principles of civil fault. The media are bound by the same law as everybody else. It is the *function* of free expression that is protected, and the media organizations derive their protection from what they do rather than who they are.

Cela ne signifie pas que les principes habituels de la faute civile ne s'appliquent pas aux médias. Les mêmes lois s'appliquent à tous, y compris aux médias. C'est la *fonction* de la liberté d'expression qui est protégée, et les médias sont protégés à cause de ce qu'ils font et non à cause de ce qu'ils sont.

100

Counsel for the CBC submitted with some indignation at the oral hearing:

[TRANSLATION] If I may sum up the comments of Madam Justice Mailhot, she accuses my clients of having discovered the truth and having spoken it.

This is an oversimplification of a complex issue. To agree to work professionally with the media, as Mr. Néron did, is not to agree to dance with wolves. There are proper limits to the protection that ought to be extended to the media even in the exercise of their constitutionally protected function. The question is whether those limits have been breached in this case.

À l'audience, l'avocate de l'appelante a affirmé avec une certaine indignation ce qui suit :

En fait, si je résume le propos de madame la juge Mailhot, elle reproche à mes clients d'avoir découvert la vérité et de l'avoir dite.

Il s'agit là d'une conception simpliste d'un problème complexe. Accepter d'offrir des services professionnels aux médias, comme l'a fait M. Néron, ne revient pas à accepter de se jeter dans la fosse aux lions. La protection à laquelle doivent avoir droit les médias doit connaître certaines limites, même lorsqu'ils exercent leur rôle protégé par la Constitution. La question est de savoir si ces limites ont été dépassées dans la présente affaire.

101

My colleague LeBel J., at para. 73, mentions five factors which lead him to conclude that a finding of civil fault should be made against the CBC, namely

the incomplete and misleading manner in which the content of the letter was broadcast, the refusal to allow Mr. Néron time to verify his errors, the refusal to mention that he sought this time, the fact that Mr. Néron never wanted the content of the letter to be broadcast and the adverse conclusion of the CBC's ombudsman.

Mon collègue le juge LeBel mentionne, au par. 73, cinq facteurs qui l'ont amené à conclure que l'appelante a commis une faute civile :

le fait que le contenu de la lettre a été diffusé de manière trompeuse et incomplète, le refus de donner à M. Néron le temps de vérifier ses prétendues affirmations inexactes, le refus de mentionner que celui-ci avait sollicité ce délai, le fait que M. Néron n'a jamais voulu que le contenu de la lettre soit diffusé et la conclusion défavorable de l'ombudsman de la SRC.

102

In my view, with respect, none of these factors (whether taken individually or cumulatively) are sufficient to support a finding of civil responsibility. In so stating, I give very limited weight to the

En toute déférence, j'estime que ces facteurs (considérés individuellement ou ensemble) ne sont pas suffisants pour étayer une conclusion de responsabilité civile. À cet égard, j'accorde très peu

trial judge's criticism of the second broadcast. The trial judge got off on the wrong foot in characterizing Mr. Néron's letter of December 18, 1994 as a private communication. This mischaracterization coloured the rest of his analysis.

*A. The Allegedly Incomplete and Misleading Manner in Which the Content of the Letter Was Broadcast*

I do not, with respect, accept my colleague's characterization of the December 18th letter as "really just a request for a meeting and right of reply" (para. 65). As is evident from a reading of the text set out at para. 3, the letter is approximately two pages in length, with only part of the first page devoted to the request for a right of reply. The letter alleges errors in the original broadcast in relation to the on-air complainants Messrs. Lacroix and Thériault, and it was appropriate to bring these allegations to the attention of viewers, together with the journalists' response.

Like Otis J.A., I accept as correct the finding of the Ombudsman that according to desirable journalistic practice, the January 12th broadcast ought to have presented Mr. Néron's letter in a more complete and balanced fashion. However, the real sting of the broadcast was that the CNQ was continuing to act in an impetuous and unprofessional manner. It documented why the allegations contained in Mr. Néron's December 18th letter were erroneous and pointed out the ease with which these errors were verified by the journalists, and ought to have been known to the CNQ. Had the other points made in Mr. Néron's letter been broadcast they would not (as discussed below) have pulled the sting, or served the public interest in any substantial way, or, for that matter, have helped to protect Mr. Néron's reputation. The selectivity and lack of balance found by the Ombudsman did not subvert the truth of the *real* matter of interest to the public, namely the truth of the CNQ's allegations pertaining to Messrs. Thériault and Lacroix.

d'importance à la critique du deuxième reportage formulée par le juge de première instance. Ce dernier a eu tort de commencer par qualifier de communication privée la lettre du 18 décembre 1994 de M. Néron. Cette qualification erronée a faussé le reste de son analyse.

*A. La manière incomplète et trompeuse dont le contenu de la lettre aurait été diffusé*

En toute déférence, je ne souscris pas aux propos de mon collègue lorsqu'il affirme que la lettre du 18 décembre n'est « en réalité qu'une demande de rencontre et de droit de réplique » (par. 65). Il est clair, à la lecture du par. 3, que la lettre compte environ deux pages et que seule une partie de la première page est consacrée à la demande de droit de réplique. On y allègue que le premier reportage comporte des inexactitudes au sujet des plaignants qui y témoignent, à savoir MM. Lacroix et Thériault, et il convenait d'attirer l'attention des téléspectateurs sur ces allégations et sur la réponse des journalistes.

À l'instar de la juge Otis, je considère juste la conclusion de l'ombudsman que, selon la pratique journalistique souhaitable, le reportage du 12 janvier aurait dû présenter la lettre de M. Néron d'une manière plus complète et équilibrée. Toutefois, le véritable tort causé par le reportage était le fait d'indiquer que la CNQ continuait d'agir de manière impétueuse et non professionnelle. On y expliquait pourquoi les allégations contenues dans la lettre du 18 décembre de M. Néron étaient inexactes et on y soulignait la facilité avec laquelle les journalistes avaient pu en constater l'inexactitude, qui aurait dû être évidente pour la CNQ. Si elles avaient été diffusées, les autres remarques contenues dans la lettre de M. Néron n'auraient (comme nous le verrons plus loin) ni remédié au tort causé ni été essentiellement d'intérêt public ou, du reste, utiles pour sauvegarder la réputation de M. Néron. La conclusion au caractère sélectif et boiteux tirée par l'ombudsman n'a rien changé à la véracité de la *vraie* question d'intérêt public, à savoir la véracité des allégations de la CNQ concernant MM. Thériault et Lacroix.

103

104

B. *The CBC's Refusal to Allow Mr. Néron Time to Verify His Errors*

105

Again, while this courtesy ought properly have been extended to Mr. Néron, the allegations against Messrs. Thériault and Lacroix were demonstrably false whether or not Mr. Néron belatedly took the opportunity to verify them. Had Mr. Néron publicly acknowledged their falsity, it would simply have added to the impression on viewers that the CNQ had responded to the original broadcast with a misinformed attack on Messrs. Thériault and Lacroix, for which the CNQ could justly be called to account.

C. *The CBC's Refusal to Mention That Mr. Néron Sought a Delay*

106

An accuser is supposed to know whereof he speaks *before* an attack is launched. It would not have improved Mr. Néron's reputation to report that he wanted time to find out about the truth of the CNQ allegations only *after* they were made.

D. *The Fact That Mr. Néron Never Wanted the Contents of the Letter Broadcast*

107

This is a variation of the trial judge's original ruling that the letter of December 18 was somehow "private". I agree with Mailhot and Otis J.J.A. that the CBC was entitled to consider the information it had received to be public. There was no indication in Mr. Néron's letter to the contrary. In this respect, I adopt the reasoning of Otis J.A. (at para. 345):

[TRANSLATION] Finally, no statement, either implied or express, of confidentiality was made in the letter of December 18, 1994. Nor was any promise of confidentiality obtained from the CBC at the time of sending of the letter, which as of that time became information that the television broadcasting media were entitled to take note of and disseminate.

To send a letter to the press alleging errors in a broadcast and launching a personal attack against news sources without first verifying the foundation

B. *Le refus de la SRC de donner à M. Néron le temps de vérifier ses prétendues affirmations inexactes*

Là encore, même si on avait dû avoir la politesse de donner à M. Néron le temps nécessaire pour vérifier l'exactitude de ses propos, les allégations dont étaient l'objet MM. Thériault et Lacroix étaient manifestement fausses peu importe que M. Néron ait tardé à les vérifier. Si M. Néron avait publiquement reconnu la fausseté de ces allégations, cela aurait simplement eu pour effet d'accroître l'impression des téléspectateurs que la CNQ avait riposté au premier reportage en soumettant MM. Thériault et Lacroix à des attaques comportant des inexacitudes, dont elle pouvait à juste titre être appelée à rendre compte.

C. *Le refus de la SRC de mentionner que M. Néron avait sollicité un délai*

Un accusé est censé savoir de quoi il parle *avant* de passer à l'attaque. Il n'aurait pas été mieux pour la réputation de M. Néron de rapporter qu'il avait sollicité un délai pour vérifier l'exactitude des allégations de la CNQ seulement *après* qu'elles eurent été formulées.

D. *Le fait que M. Néron n'a jamais voulu que le contenu de la lettre soit diffusé*

Il s'agit là d'une variante de la décision initiale du juge de première instance que la lettre du 18 décembre était de toute façon « privée ». Je souscris à l'opinion des juges Mailhot et Otis que la SRC pouvait considérer publique l'information qu'elle avait reçue. Rien n'indiquait le contraire dans la lettre de M. Néron. À cet égard, j'adopte le raisonnement de la juge Otis (par. 345) :

Enfin, aucune mention de confidentialité, implicite ou expresse, n'apparaît dans la lettre du 18 décembre 1994. De plus, aucun engagement de confidentialité n'a été obtenu de la SRC au moment de la transmission de la lettre qui, dès lors, constituait une information que le média de télédiffusion était en droit de recueillir et de diffuser.

S'expose à des ennuis la personne qui adresse à la presse une lettre dans laquelle elle allègue qu'un reportage diffusé comporte des inexacitudes, et qui,

for these allegations is to invite trouble. Of course, once Mr. Néron recognized that he might be on thin ice, he quite naturally sought a graceful exit. However, by that time the CNQ allegations were like missiles that once launched are beyond recall.

#### E. *The Adverse Conclusions of the CBC's Ombudsman*

The CBC's ombudsman criticised aspects of the January 12th broadcast. However the effort of media organizations to improve their standards of performance should not be discouraged by equating valid journalistic criticism with a finding of civil fault. The Ombudsman was not concerned with balancing the values of a free press and the respect for reputation. Nor was it within the Ombudsman's mandate to determine whether Mr. Néron's reputation would have fared better or worse had a higher standard of journalism been observed, given that the damaging sting would have remained even in a more balanced presentation, albeit more appropriately packaged. Rather, the Ombudsman was examining the second broadcast in light of the [TRANSLATION] "journalistic principles of accuracy, integrity and fairness". No doubt these principles are all relevant in the determination of reasonableness under art. 1457 C.C.Q., but they are not the only relevant principles.

Our Court in *Prud'homme*, at para. 72, concluded with respect to the allegation of defamation in that case that "[i]t would of course have been wiser to mention" (emphasis added) some omitted information, but that "having regard to the circumstances" these deficiencies of presentation did not engage civil responsibility. And so it is in this case. I concur with Otis J.A. that (at para. 356)

[TRANSLATION] this lack of fairness does not constitute civil fault. Neither the nature nor the purpose of the report would have changed in any way had the public known that the CNQ was unhappy (1) that the December 15, 1994 broadcast of the first report was repeatedly advertised in advance, (2) that viewers may have been left with the impression that the chairman of the Office des

sans prendre la peine de vérifier si ses allégations sont fondées, se livre à des attaques personnelles contre les sources d'information. Il va sans dire que, dès qu'il a reconnu qu'il pouvait s'être aventuré sur un terrain glissant, M. Néron a tout naturellement tenté de s'en sortir sans que sa réputation en souffre. Cependant, les allégations de la CNQ se compareraient alors à des missiles qui avaient été lancés sans possibilité de retour.

#### E. *Les conclusions négatives de l'ombudsman de l'appelante*

L'ombudsman de l'appelante a critiqué, à certains égards, le reportage du 12 janvier. Toutefois, les médias ne devraient pas être dissuadés d'améliorer la qualité de leur travail en assimilant une critique journalistique valable à une conclusion de faute civile. L'ombudsman ne s'est pas soucié de mettre en balance les valeurs de la liberté de presse et la sauvegarde de la réputation. Il n'était pas autorisé non plus à décider si la réputation de M. Néron aurait été meilleure ou pire si une norme journalistique plus élevée avait été respectée, étant donné que le tort causé aurait persisté même si le reportage avait été plus équilibré, ne serait-ce que mieux présenté. L'ombudsman a plutôt examiné le deuxième reportage en fonction des « principes journalistiques d'exactitude, d'intégrité et d'équité ». Il n'y a aucun doute que ces principes sont tous utiles pour déterminer ce qui est raisonnable pour les besoins de l'art. 1457 C.c.Q., mais ce ne sont pas les seuls.

Dans l'arrêt *Prud'homme*, par. 72, notre Cour a conclu, au sujet de l'allégation de diffamation dans cette affaire, que « [c]ertes, il aurait été plus prudent de mentionner » (je souligne) certains renseignements qui avaient été omis, mais que, « à la lumière des circonstances », ces lacunes sur le plan de la présentation n'engageaient pas la responsabilité civile. C'est le cas en l'espèce. Je souscris à l'opinion de la juge Otis (par. 356), selon laquelle

ce manquement à l'équité ne constitue pas une faute civile. Que le public ait su que la CNQ était mécontente 1) que l'on ait annoncé, à l'avance et de manière répétitive, la diffusion du premier reportage du 15 décembre 1994, 2) que l'on ait pu avoir l'impression que le président de l'Office des professions allait demander la mise en tutelle de la CNQ ou 3) qu'il était déplacé de référer

108

109

professions was going to ask that the CNQ be placed under trusteeship, or (3) that an inappropriate reference had been made to the notary Potiron. None of these three minor points would have justified the January 12, 1995 update. [Italics deleted; underlining added.]

au notaire Potiron n'aurait rien changé à la nature et au but du reportage. Aucun de ces trois éléments mineurs n'aurait justifié la mise au point du 12 janvier 1995. [Italiques omis; je souligne.]

110 What sets this case apart from the usual action in delict is its constitutional dimension, and the public's right to know, and the role of the press in discovering and getting the facts out into the public domain even though on occasion, as here, the presentation of the facts leaves something to be desired.

Ce qui distingue la présente affaire de l'action pour délit civil habituelle est sa dimension constitutionnelle, ainsi que le droit de la population de savoir et l'obligation qu'a la presse de découvrir les faits et de les rendre publics, même s'il peut arriver, comme c'est le cas en l'espèce, que la présentation des faits laisse à désirer.

### III. Disposition

### III. Dispositif

111 In my view, a legal rule that awards \$673,153 in damages to Mr. Néron and his personal company on the basis of a broadcast which stated true facts, the publication of which was undoubtedly in the public interest, just because other lesser matters might also have been mentioned but were not, or further context might have been provided but was not, is simply not consistent with the public's right to know. The position adopted by the majority in this case goes well beyond what was decided in *Radio Sept-Îles* and *Prud'homme* and, with respect, will result in an unnecessary chill on the free flow of information which ought to be characteristic of a free and democratic society. The reputation of Mr. Néron and his company have undoubtedly suffered, but the real cause of their suffering was the conduct of their erstwhile client, the CNQ, which has already been held liable for the respondents' loss, and which did not appeal the question of its own liability to this Court.

À mon avis, une règle de droit qui, à la suite d'un reportage ayant exposé des faits véridiques dont la publication était indéniablement d'intérêt public, accorde 673 153 \$ de dommages-intérêts à M. Néron et à sa société seulement parce que d'autres détails moins importants auraient dû être mentionnés mais ne l'ont pas été, ou que d'autres faits auraient dû être exposés mais ne l'ont pas été, n'est tout simplement pas conforme au droit de la population de savoir. Le point de vue adopté par les juges majoritaires en l'espèce va bien au-delà de ce qui a été décidé dans les arrêts *Radio Sept-Îles* et *Prud'homme* et aura, en toute déférence, pour effet d'entraver inutilement la libre circulation de l'information qui doit caractériser une société libre et démocratique. La réputation de M. Néron et de sa société a indéniablement été ternie, mais, en réalité, elle l'a été à cause du comportement de leur ancienne cliente, la CNQ, qui a déjà été tenue responsable de la perte des intimés et qui n'a pas contesté sa propre responsabilité devant notre Cour.

112 For these reasons, I would allow the appeal with costs.

Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi avec dépens.

*Appeal dismissed with costs, BINNIE J. dissenting.*

*Pourvoi rejeté avec dépens, le juge BINNIE est dissident.*

*Solicitor for the appellant: Canadian Broadcasting Corporation, Montréal.*

*Procureur de l'appelante: Société Radio-Canada, Montréal.*

*Solicitors for the respondents: Deslauriers Jeansonne, Montréal.*

*Procureurs des intimés: Deslauriers Jeansonne, Montréal.*



*Solicitors for the intervener: Joli-Coeur, Lacasse,  
Geoffrion, Jetté, St-Pierre, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante : Joli-Coeur,  
Lacasse, Geoffrion, Jetté, St-Pierre, Montréal.*

**Monsanto Canada Inc.** *Appellant*

v.

**Superintendent of Financial Services** *Respondent*

and between

**Association of Canadian Pension Management** *Appellant*

v.

**Superintendent of Financial Services** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada, National Trust Company, Nicole Lacroix, R. M. Smallhorn, D. G. Halsall, S. J. Galbraith, S. W. (Bud) Wesley, Canadian Labour Congress and Ontario Federation of Labour** *Intervenors*

**INDEXED AS: MONSANTO CANADA INC. v. ONTARIO (SUPERINTENDENT OF FINANCIAL SERVICES)**

**Neutral citation: 2004 SCC 54.**

File No.: 29586.

2004: February 16; 2004: July 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Pensions — Pension plans — Partial wind-up — Rights and benefits on partial wind-up — Surplus — Whether pension benefits legislation requiring distribution of proportional share of actuarial surplus when defined benefit pension plan partially wound up — Pension Benefits Act, R.S.O. 1990, c. P.8, s. 70(6).*

**Monsanto Canada Inc.** *Appelante*

c.

**Surintendant des services financiers** *Intimé*

et entre

**Association canadienne des administrateurs de régimes de retraite** *Appelante*

c.

**Surintendant des services financiers** *Intimé*

et

**Procureur général du Canada, Compagnie Trust National, Nicole Lacroix, R. M. Smallhorn, D. G. Halsall, S. J. Galbraith, S. W. (Bud) Wesley, Congrès du travail du Canada et Fédération du travail de l'Ontario** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : MONSANTO CANADA INC. c. ONTARIO (SURINTENDANT DES SERVICES FINANCIERS)**

**Référence neutre : 2004 CSC 54.**

N<sup>o</sup> du greffe : 29586.

2004 : 16 février; 2004 : 29 juillet.

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

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

*Pensions — Régimes de retraite — Liquidation partielle — Droits et prestations à la liquidation partielle — Excédent — La législation sur les régimes de retraite exige-t-elle que l'excédent actuariel d'un régime de retraite à prestations déterminées soit réparti au moment de sa liquidation partielle en proportion de la partie liquidée du régime? — Loi sur les régimes de retraite, L.R.O. 1990, ch. P.8, art. 70(6).*

*Administrative law — Judicial review — Standard of review — Financial Services Tribunal — Standard of review applicable to Tribunal's interpretation of s. 70(6) of Pension Benefits Act, R.S.O. 1990, c. P.8.*

As a result of a reorganization of Monsanto Canada Inc. ("Monsanto"), 146 active members of the pension plan ("Affected Members") received notice that their employment with Monsanto would terminate. The Superintendent of Financial Services refused to approve Monsanto's partial wind-up report, for failing to provide for the distribution of surplus assets related to the part of the pension plan being wound up. A majority of the Financial Services Tribunal disagreed with the Superintendent and ordered her to approve the report, holding that s. 70(6) of the Ontario *Pension Benefits Act* provides no more than a right to participate in surplus distribution when, if ever, the plan fully winds up. The Divisional Court set aside the Tribunal's order and upheld the Superintendent's decision. The Court of Appeal dismissed the appeal.

*Held:* The appeal should be dismissed.

When the relevant factors of the pragmatic and functional approach are properly considered, the appropriate standard of review applicable to the Financial Services Tribunal's interpretation of s. 70(6) of the *Pension Benefits Act* is that of correctness.

Section 70(6) requires the distribution of a proportional share of actuarial surplus when a defined benefit pension plan is partially wound up. The ordinary and grammatical meaning of s. 70(6) indicates that the assessment of rights and benefits is to be conducted as if the pension plan was winding up in full on the effective date of partial wind-up. The realization of rights and benefits, including the distribution of surplus assets, then occurs for the part of the plan actually being wound up. Therefore, the Affected Members, if entitled, may receive their pro rata share of the surplus existing in the fund on a partial wind-up, as if the plan was being fully wound up on that day. The members affected by a partial wind-up are thus accorded the rights and benefits that are not less than the group would have if there were a full wind-up on the date of partial wind-up.

The scheme of the *Pension Benefits Act* and of the regulations also supports the ordinary and grammatical meaning of s. 70(6). Delaying the distribution would not be consonant with the provisions that make distribution

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Tribunal des services financiers — Norme de contrôle applicable à l'interprétation que le Tribunal a donnée de l'art. 70(6) de la Loi sur les régimes de retraite, L.R.O. 1990, ch. P.8.*

Par suite d'une restructuration de Monsanto Canada Inc. (« Monsanto »), 146 participants actifs au régime de retraite (les « participants touchés ») ont été avisés que leur emploi chez Monsanto prendrait fin. La surintendante des services financiers a refusé d'approuver le rapport de liquidation partielle établi par Monsanto parce qu'il ne prévoyait pas la répartition de l'excédent d'actif correspondant à la partie du régime de retraite en voie de liquidation. Le Tribunal des services financiers, à la majorité, a rejeté l'avis de la surintendante et a ordonné qu'elle approuve le rapport, déclarant que le par. 70(6) de la *Loi sur les régimes de retraite* de l'Ontario prévoit tout au plus un droit à une part de l'excédent au moment de la liquidation totale du régime, le cas échéant. La Cour divisionnaire a annulé l'ordonnance du Tribunal et confirmé la décision de la surintendante. La Cour d'appel a rejeté l'appel.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Si l'on évalue correctement les facteurs pertinents de la méthode pragmatique et fonctionnelle, la norme de contrôle applicable à l'interprétation que le Tribunal des services financiers a donnée du par. 70(6) de la *Loi sur les régimes de retraite* est celle de la décision correcte.

Le paragraphe 70(6) exige que l'excédent actuariel d'un régime de retraite à prestations déterminées soit réparti au moment de sa liquidation partielle en proportion de la partie liquidée du régime. Le sens ordinaire et grammatical du par. 70(6) indique que la détermination des droits et prestations doit être effectuée comme si le régime de retraite était liquidé totalement à la date de prise d'effet de la liquidation partielle. La réalisation des droits et prestations, y compris la distribution de l'excédent d'actif, se produit alors pour la partie du régime effectivement en voie de liquidation. En conséquence, les participants touchés peuvent recevoir, s'ils y ont droit, leur quote-part de l'excédent de la caisse au moment de la liquidation partielle, comme si le régime était liquidé totalement ce jour-là. Les droits et prestations accordés aux participants touchés par la liquidation partielle ne sont pas inférieurs à ceux que le groupe aurait s'il y avait liquidation totale du régime de retraite à la date de la liquidation partielle.

L'économie de la *Loi sur les régimes de retraite* et de ses règlements confirme également le sens ordinaire et grammatical du par. 70(6). Retarder la répartition irait à l'encontre des dispositions qui intègrent la distribution de

of surplus assets an intended part of the wind-up process, whether the wind-up is in whole or in part. In addition, the statutory scheme makes an important distinction between continuing plans and winding-up plans. The interpretation of s. 70(6) herein proposed is consistent with the logic of this aspect of the statutory scheme and the legislature's choice to treat partial wind-ups in the same manner as full wind-ups.

A purposive interpretation of s. 70(6) should be mindful of the legislative objective in the context of the statutory scheme surrounding surplus and partial wind-up. The *Pension Benefits Act* is public policy legislation that recognizes the vital importance of long-term income security. Its purpose is to establish minimum standards and regulatory supervision in order to protect and safeguard the pension benefits and rights of members, former members and others entitled to receive benefits under private pension plans. The Act seeks, in some measure, to ensure a balance between employee and employer interests that will be beneficial for both groups. Distribution of surplus on partial wind-up is unlikely to disrupt that balance or to compromise the continuing integrity of the pension fund. Policy and practical reasons also favour an interpretation requiring distribution upon partial wind-up. Since pension plans are theoretically intended to be indeterminate in nature, it is reasonable for Affected Members to be subject to the risks of the plan while they are a part of it, but not after they have been terminated from it. The most equitable solution is thus to distribute the fortunes of favourable markets at the time Affected Members are terminated. In this way, the windfall is related to their actual time and participation in the plan. Moreover, the increasingly mobile nature of labour should be recognized. The Affected Members should be able to know their status at the time of their termination so as to arrange their affairs accordingly and not be indefinitely tied to an employer that laid them off.

#### Cases Cited

**Discussed:** *Schmidt v. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 S.C.R. 611; **referred to:** *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, [2003] 1 S.C.R. 476, 2003 SCC 28; *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, 2001 SCC 36; *Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 S.C.R. 609, 2004 SCC 23; *Pushpanathan v. Canada (Minister of*

l'excédent d'actif dans le processus de liquidation, que la liquidation soit totale ou partielle. De plus, le régime législatif établit une distinction importante entre les régimes de retraite qui continuent d'exister et ceux qui sont en cours de liquidation. L'interprétation proposée du par. 70(6) est conforme à la logique de cet aspect du régime législatif et au choix du législateur de traiter les liquidations partielles et les liquidations totales de la même manière.

En donnant une interprétation téléologique du par. 70(6), il ne faut pas perdre de vue l'objectif de la Loi dans le contexte du régime législatif établi à l'égard de l'excédent et de la liquidation partielle. La *Loi sur les régimes de retraite* est une loi d'intérêt public qui reconnaît l'importance cruciale de la sécurité du revenu à long terme. Elle vise à établir des normes minimales et une supervision réglementaire destinées à protéger et à garantir les prestations et les droits des participants, des anciens participants et des autres personnes qui ont droit à des prestations en vertu de régimes de retraite complémentaires. La Loi tend, dans une certaine mesure, à assurer, entre les intérêts des employés et ceux des employeurs, un équilibre qui soit favorable aux deux groupes. La répartition de l'excédent à la liquidation partielle ne perturbera vraisemblablement pas cet équilibre et ne compromettra vraisemblablement pas l'intégrité de la caisse de retraite. Des raisons d'ordre politique et pratique justifient également une interprétation requérant la répartition lors de la liquidation partielle. Comme, en principe, les régimes de retraite sont d'une durée indéterminée, il est logique que les participants touchés soient exposés aux risques inhérents au régime tant qu'ils conservent leur emploi, mais non après l'avoir quitté. La solution la plus équitable consiste donc à distribuer le bénéfice de la conjoncture favorable au moment où les participants touchés perdent leur emploi. De cette manière, ce cadeau du ciel est relié à leur participation réelle au régime. De plus, il convient de reconnaître la mobilité croissante de la main-d'œuvre. Les participants touchés devraient pouvoir connaître leur situation au moment de la cessation de leur emploi afin de pouvoir organiser leurs affaires en conséquence. Ils ne devraient pas être liés indéfiniment à un employeur qui les a mis à pied.

#### Jurisprudence

**Arrêt analysé :** *Schmidt c. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 R.C.S. 611; **arrêts mentionnés :** *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, [2003] 1 R.C.S. 476, 2003 CSC 28; *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, 2001 CSC 36; *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 R.C.S. 609, 2004 CSC 23; *Pushpanathan c.*

*Citizenship and Immigration*), [1998] 1 S.C.R. 982; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *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; *GenCorp Canada Inc. v. Ontario (Superintendent, Pensions)* (1998), 158 D.L.R. (4th) 497; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565; *Firestone Canada Inc. v. Ontario (Pension Commission)* (1990), 1 O.R. (3d) 122.

#### Statutes and Regulations Cited

*Financial Services Commission of Ontario Act, 1997*, S.O. 1997, c. 28, ss. 1 “regulated sector”, 6, 7, 20, 21(4), 22.  
O. Reg. 103/66, s. 11 [am. O. Reg. 91/69, s. 3].  
O. Reg. 708/87, ss. 7a [ad. O. Reg. 100/88, s. 1], 7c [ad. O. Reg. 412/90, s. 1].  
*Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8 [am. 1997, c. 28], ss. 1 “partial wind up”, “surplus”, “wind up”, 68, 69 [am. 2002, c. 18, Sch. H, s. 5(1)], 70, 73, 74(1), 77, 78, 79, 84(1) [am. 1999, c. 6, s. 53(20)], 91(1).  
*Pension Benefits Act, 1987*, S.O. 1987, c. 35.  
R.R.O. 1980, Reg. 746, s. 21(2) [rep. & sub. O. Reg. 31/87, s. 1].  
R.R.O. 1990, Reg. 909, ss. 1(2) “going concern valuation” [rep. & sub. O. Reg. 144/00, s. 1(2)], 4(1), 8 [am. O. Reg. 743/91, s. 1; am. O. Reg. 307/98, s. 4; am. O. Reg. 444/03, s. 1], 9 [rep. & sub. O. Reg. 665/94, s. 1], 10 [am. *idem*, s. 2; am. O. Reg. 307/98, s. 5], 10.1 [ad. O. Reg. 286/97, s. 1; am. O. Reg. 307/98, s. 6], 13(1) [am. O. Reg. 712/92, s. 9], (1.1) [ad. *idem*; am. O. Reg. 144/00, s. 8(1)], 16 [am. O. Reg. 712/92, s. 11; am. O. Reg. 144/00, s. 11], 25 [am. O. Reg. 629/92, s. 3; am. O. Reg. 712/92, s. 15; am. O. Reg. 307/98, s. 10], 26, 28(5) [am. O. Reg. 712/92, s. 16; am. O. Reg. 307/98, s. 12], (6) [am. O. Reg. 307/98, s. 12], 28.1 [ad. O. Reg. 144/00, s. 22].

#### Authors Cited

Deaton, Richard Lee. *The Political Economy of Pensions: Power, Politics and Social Change in Canada, Britain and the United States*. Vancouver: University of British Columbia Press, 1989.

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *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; *GenCorp Canada Inc. c. Ontario (Superintendent, Pensions)* (1998), 158 D.L.R. (4th) 497; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; *Firestone Canada Inc. c. Ontario (Pension Commission)* (1990), 1 O.R. (3d) 122.

#### Lois et règlements cités

*Loi de 1987 sur les régimes de retraite*, L.O. 1987, ch. 35.  
*Loi de 1997 sur la Commission des services financiers de l'Ontario*, L.O. 1997, ch. 28, art. 1 « secteur réglementé », 6, 7, 20, 21(4), 22.  
*Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8 [mod. 1997, ch. 28], art. 1 « excédent », « liquidation », « liquidation partielle », 68, 69 [mod. 2002, ch. 18, ann. H, art. 5(1)], 70, 73, 74(1), 77, 78, 79, 84(1) [mod. 1999, ch. 6, art. 53(20)], 91(1).  
Règl. de l'Ont. 103/66, art. 11 [mod. Règl. de l'Ont. 91/69, art. 3].  
Règl. de l'Ont. 708/87, art. 7a [aj. Règl. de l'Ont. 100/88, art. 1], 7c [aj. Règl. de l'Ont. 412/90, art. 1].  
R.R.O. 1980, règl. 746, art. 21(2) [abr. & rempl. Règl. de l'Ont. 31/87, art. 1].  
R.R.O. 1990, règl. 909 [mod. Règl. de l'Ont. 142/94], art. 1(2) « évaluation à long terme » [abr. & rempl. Règl. de l'Ont. 144/00, art. 1(2)], 4(1), 8 [mod. Règl. de l'Ont. 307/98, art. 4; mod. Règl. de l'Ont. 444/03, art. 1], 9 [abr. & rempl. Règl. de l'Ont. 665/94, art. 1], 10 [mod. *idem*, art. 2; mod. Règl. de l'Ont. 307/98, art. 5], 10.1 [aj. Règl. de l'Ont. 286/97, art. 1; mod. Règl. de l'Ont. 307/98, art. 6], 13(1), (1.1) [mod. Règl. de l'Ont. 144/00, art. 8(1)], 16 [mod. Règl. de l'Ont. 144/00, art. 11], 25 [mod. Règl. de l'Ont. 307/98, art. 10], 26, 28(5) [mod. Règl. de l'Ont. 307/98, art. 12], (6) [*idem*], 28.1 [aj. Règl. de l'Ont. 144/00, art. 22; mod. Règl. de l'Ont. 242/00, art. 3].

#### Doctrine citée

Deaton, Richard Lee. *The Political Economy of Pensions: Power, Politics and Social Change in Canada, Britain and the United States*. Vancouver: University of British Columbia Press, 1989.

- Dewetering, June. *Occupational Pension Plans: Selected Policy Issues*. Background paper (BP-250E) prepared for the Library of Parliament, Research Branch, February 1991.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Gillease, Eileen E. "Pension Plans and the Law of Trusts" (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 221.
- Mercer Pension Manual*, loose-leaf ed., by William M. Mercer Limited. Agincourt, Ont.: Carswell, 1988 (updated 2003, release 6).
- Ontario. Legislative Assembly of Ontario. *Hansard — Official Report of Debates*, Nos. 85 and 108. First Session, 33rd Parliament, January 13, 1986 and February 4, 1986.
- Ontario. Legislative Assembly of Ontario. *Hansard — Official Report of Debates*, Nos. 12, 19, 27, 55, 86 and 98. Second Session, 33rd Parliament, May 12, 1986 to February 4, 1987.
- Ontario. Legislative Assembly of Ontario. *Hansard — Official Report of Debates*, No. 34. Third Session, 33rd Parliament, June 25, 1987.
- Ontario. Royal Commission on the Status of Pensions in Ontario. *Report of the Royal Commission on the Status of Pensions in Ontario*, vol. I, *Design for Retirement*. Toronto: Government of Ontario, 1980.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2002), 62 O.R. (3d) 305, 220 D.L.R. (4th) 385, 166 O.A.C. 131, 29 B.L.R. (3d) 18, 21 C.C.E.L. (3d) 11, 32 C.C.P.B. 248, [2002] O.J. No. 4407 (QL), affirming a decision of the Superior Court of Justice (Divisional Court) (2001), 198 D.L.R. (4th) 109, 144 O.A.C. 204, 10 C.C.E.L. (3d) 257, 27 C.C.P.B. 82, [2001] O.J. No. 963 (QL), setting aside the order of the Financial Services Tribunal (2000), 3 B.L.R. (3d) 99, 50 C.C.E.L. (2d) 303, 23 C.C.P.B. 148. Appeal dismissed.

*Freya Kristjanson and Markus Kremer*, for the appellant Monsanto Canada Inc.

*Jeffrey W. Galway and Randy Bauslaugh*, for the appellant the Association of Canadian Pension Management.

*Deborah McPhail and Leslie McIntosh*, for the respondent.

- Dewetering, June. *Régimes de retraite professionnels : quelques aspects*. Étude générale (BP-250F) préparée pour la Bibliothèque du Parlement, Service de recherche, février 1991.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
- Gillease, Eileen E. « Pension Plans and the Law of Trusts » (1996), 75 *R. du B. can.* 221.
- Mercer Pension Manual*, loose-leaf ed., by William M. Mercer Limited. Agincourt, Ont. : Carswell, 1988 (updated 2003, release 6).
- Ontario. Legislative Assembly of Ontario. *Hansard — Official Report of Debates*, Nos. 85 and 108. First Session, 33rd Parliament, January 13, 1986 and February 4, 1986.
- Ontario. Legislative Assembly of Ontario. *Hansard — Official Report of Debates*, Nos. 12, 19, 27, 55, 86 and 98. Second Session, 33rd Parliament, May 12, 1986 to February 4, 1987.
- Ontario. Legislative Assembly of Ontario. *Hansard — Official Report of Debates*, No. 34. Third Session, 33rd Parliament, June 25, 1987.
- Ontario. Royal Commission on the Status of Pensions in Ontario. *Report of the Royal Commission on the Status of Pensions in Ontario*, vol. I, *Design for Retirement*. Toronto : Government of Ontario, 1980.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2002), 62 O.R. (3d) 305, 220 D.L.R. (4th) 385, 166 O.A.C. 131, 29 B.L.R. (3d) 18, 21 C.C.E.L. (3d) 11, 32 C.C.P.B. 248, [2002] O.J. No. 4407 (QL), qui a confirmé une décision de la Cour supérieure de justice (Cour divisionnaire) (2001), 198 D.L.R. (4th) 109, 144 O.A.C. 204, 10 C.C.E.L. (3d) 257, 27 C.C.P.B. 82, [2001] O.J. No. 963 (QL), annulant l'ordonnance du Tribunal des services financiers (2000), 3 B.L.R. (3d) 99, 50 C.C.E.L. (2d) 303, 23 C.C.P.B. 148. Pourvoi rejeté.

*Freya Kristjanson et Markus Kremer*, pour l'appelante Monsanto Canada Inc.

*Jeffrey W. Galway et Randy Bauslaugh*, pour l'appelante l'Association canadienne des administrateurs de régimes de retraite.

*Deborah McPhail et Leslie McIntosh*, pour l'intimé.

*Donald J. Rennie and Kirk Lambrecht, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*J. Brett Ledger and Lindsay P. Hill*, for the intervener the National Trust Company.

*William J. Sammon*, for the intervener Nicole Lacroix.

*Howard Goldblatt, Dona Campbell and Ethan Poskanzer*, for the interveners the Canadian Labour Congress and the Ontario Federation of Labour.

*Mark Zigler and Ari N. Kaplan*, for the interveners R. M. Smallhorn, D. G. Halsall, S. J. Galbraith and S. W. (Bud) Wesley.

The judgment of the Court was delivered by

DESCHAMPS J. — Pension law is a field which is gaining in importance as more and more people retire and look to their pensions to sustain them during their “golden years”. The complex exercise of actuarial accounting that determines how pensions should be funded is rivalled only by the complexity of the law determining the pension rights and obligations of employees and employers, which lies at the intersection of contracts, trust law, and statute law. This appeal is an attempt to bring some clarity to a relatively confined area of pension law, which has been the subject of much debate: when there is a partial wind-up of an Ontario-defined benefit pension plan, must the actuarial surplus be distributed at that time?

In particular, does s. 70(6) of the *Ontario Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8 (“Act”), require the distribution of a proportional share of actuarial surplus when a defined benefit pension plan is partially wound up? The Superintendent of Financial Services answered this question in the affirmative. She refused to approve the partial wind-up report of the appellant, Monsanto Canada Inc. (“Monsanto”), for failing to provide for the distribution of surplus assets related to the part of the Pension Plan

*Donald J. Rennie et Kirk Lambrecht, c.r.*, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

*J. Brett Ledger et Lindsay P. Hill*, pour l’intervenante la Compagnie Trust National.

*William J. Sammon*, pour l’intervenante Nicole Lacroix.

*Howard Goldblatt, Dona Campbell et Ethan Poskanzer*, pour les intervenants le Congrès du travail du Canada et la Fédération du travail de l’Ontario.

*Mark Zigler et Ari N. Kaplan*, pour les intervenants R. M. Smallhorn, D. G. Halsall, S. J. Galbraith et S. W. (Bud) Wesley.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE DESCHAMPS — Le droit des pensions de retraite est un domaine qui a pris de l’importance avec l’augmentation du nombre de retraités qui comptent sur leur pension pour profiter de l’âge d’or. La complexité des calculs actuariels qui permettent de déterminer le financement des prestations de retraite n’a d’égal que celle des règles juridiques régissant les droits à pension ainsi que les obligations des employés et des employeurs à l’égard des régimes de retraite. Ces règles relèvent à la fois du droit des contrats, du droit des fiducies et de lois particulières. Le présent pourvoi est l’occasion de clarifier un aspect relativement restreint du droit des pensions de retraite qui a fait l’objet de nombreux débats : la liquidation partielle d’un régime de retraite à prestations déterminées en Ontario emporte-t-elle obligation de répartir l’excédent actuariel à la date de cette liquidation?

Plus particulièrement, en application du par. 70(6) de la *Loi sur les régimes de retraite* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. P.8 (« Loi »), l’excédent actuariel d’un régime de retraite à prestations déterminées doit-il être réparti au moment de la liquidation partielle en proportion de la partie liquidée du régime? La surintendante des services financiers a répondu affirmativement à cette question. Elle a refusé d’approuver le rapport de liquidation partielle de l’appelante, Monsanto Canada Inc. (« Monsanto »),

being wound up. A majority of the Financial Services Tribunal (“Tribunal”) disagreed with the Superintendent and ordered her to approve the report: (2000), 3 B.L.R. (3d) 99. The majority held that s. 70(6) provides no more than a right to participate in surplus distribution when, if ever, the Plan fully winds up. The Ontario Divisional Court overturned the Tribunal on appeal ((2001), 198 D.L.R. (4th) 109) and the Court of Appeal agreed ((2002), 62 O.R. (3d) 305). Monsanto and the Association of Canadian Pension Management now appeal to this Court. The appeal, for the reasons that follow, should be dismissed.

#### I. Facts

3 The factual foundation of the legal question raised in the present appeal can be briefly stated. Monsanto originally maintained three separate pension plans in respect of various operations. Effective January 1, 1996, these plans were consolidated to form the Pension Plan for Employees of Monsanto Canada Inc. (“Plan”). As a result of a subsequent reorganization of Monsanto, involving a staff reduction program and a plant closure, 146 active members of the Plan (“Affected Members”) received notice that their employment with Monsanto would terminate between December 31, 1996 and December 31, 1998. Monsanto’s report to the Superintendent provided that the partial wind-up was to be effective May 31, 1997. As of that date, the information supplied to the regulator by the actuaries for the Plan showed that there was an actuarial surplus of some \$19.1 million, representing the amount by which the estimated asset value exceeded the estimated liabilities. According to the evidence, the pro rata share of the surplus related to the part of the Plan being wound up is approximately \$3.1 million.

4 One of the bases for the Superintendent’s refusal to approve Monsanto’s report was the failure to provide for the distribution of this surplus on partial wind-up, in accordance with s. 70(6) of the Act. This

parce que celle-ci n’y avait pas prévu la répartition de l’excédent correspondant à la partie du régime de retraite visée par la liquidation. Le Tribunal des services financiers (« Tribunal »), à la majorité, a rejeté l’avis de la surintendante et a ordonné qu’elle approuve le rapport : (2000), 3 B.L.R. (3d) 99. La majorité a jugé que le par. 70(6) prévoit tout au plus un droit à une part de l’excédent au moment de la liquidation totale du régime, le cas échéant. En appel, la Cour divisionnaire de l’Ontario a annulé la décision du Tribunal ((2001), 198 D.L.R. (4th) 109) et la Cour d’appel a souscrit à ce jugement ((2002), 62 O.R. (3d) 305). Monsanto et l’Association canadienne des administrateurs de régimes de retraite se pourvoient maintenant devant notre Cour. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi pour les motifs exposés ci-après.

#### I. Les faits

Les faits à l’origine de la question de droit soulevée en l’espèce se résument brièvement. Au départ, Monsanto maintenait trois régimes de retraite distincts relatifs à des opérations diverses. Le 1<sup>er</sup> janvier 1996, ces régimes furent fusionnés pour former le Régime de retraite des employés de Monsanto Canada Inc. (« Régime »). Par suite d’une restructuration de Monsanto, qui entraîna une réduction du personnel et la fermeture d’un établissement, 146 participants actifs au Régime (« participants touchés ») furent avisés que leur emploi chez Monsanto se terminerait entre le 31 décembre 1996 et le 31 décembre 1998. Le rapport de Monsanto à la surintendante prévoyait que la liquidation partielle prendrait effet le 31 mai 1997. Les renseignements fournis à l’autorité de réglementation par les actuaires du Régime faisaient voir, à cette date, un excédent actuariel de quelque 19,1 millions de dollars, représentant l’excédent de la valeur estimative de l’actif par rapport à la valeur estimative du passif. D’après la preuve, la part de l’excédent correspondant à la partie du Régime en voie de liquidation est d’environ 3,1 millions de dollars.

Le refus de la surintendante d’approuver le rapport de Monsanto s’appuyait notamment sur le fait qu’il contrevenait au par. 70(6) de la Loi parce qu’il ne prévoyait pas la distribution de l’excédent lors de



is the only ground still in issue before this Court as the other bases for refusal were not pursued on this appeal. Also noteworthy is the fact that this matter is preliminary to the question of surplus entitlement, which is not affected by this decision and will need to be determined at a later date.

## II. Issue

The only issue in this appeal is whether the Tribunal properly interpreted s. 70(6) of the Act as not requiring distribution of the actuarial surplus on a partial plan wind-up. Thus, the analysis must proceed in two stages. First, the appropriate standard of review of the Tribunal's decision must be determined. Second, the Tribunal's interpretation of s. 70(6) must be measured against this standard. All of the relevant legislative provisions are annexed at the end of these reasons.

## III. Standard of Review

The courts below found, and the appellants and respondent agreed, that the appropriate standard of review of the Tribunal's decision was reasonableness. However, the standard of review is a question of law, and agreement between the parties cannot be determinative of the matter. An evaluation of the four factors comprising the pragmatic and functional approach is required to decide the appropriate level of deference this Court should grant in reviewing the decision.

### A. Privative Clause

The legislature did not enact a privative clause to insulate the Tribunal's jurisdiction. To the contrary, s. 91(1) of the Act provides for a statutory right of appeal to the Divisional Court. While not determinative, this factor suggests that the legislature intended less deference to be afforded to the Tribunal on judicial review (*Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, [2003] 1 S.C.R. 476, 2003 SCC 28, at para. 11; *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, 2001 SCC 36, at para. 27).

la liquidation partielle. Seul ce motif est contesté devant notre Cour, les autres ne faisant pas l'objet du présent pourvoi. Il faut également noter que cette question doit être réglée avant celle du droit à l'excédent, laquelle n'est pas visée par la présente décision et devra être tranchée ultérieurement.

## II. Question en litige

La seule question en litige dans le présent pourvoi est de déterminer si le Tribunal a bien interprété le par. 70(6) de la Loi en concluant qu'il n'exige pas la distribution de l'excédent actuariel lors d'une liquidation partielle d'un régime. L'analyse doit se faire en deux étapes. Il faut d'abord déterminer la norme de contrôle applicable à la décision du Tribunal. Il faut ensuite évaluer l'interprétation que le Tribunal a donnée du par. 70(6) en fonction de cette norme de contrôle. Les dispositions législatives pertinentes figurent en annexe des présents motifs.

## III. Norme de contrôle

Les juridictions inférieures ont conclu que la norme de contrôle applicable à la décision du Tribunal était celle de la décision raisonnable. Les appelantes et l'intimé souscrivent à cette décision. La norme de contrôle est toutefois une question de droit et l'accord des parties ne peut être concluant sur ce point. Afin de déterminer le degré de retenue dont la Cour doit faire preuve à l'égard de la décision, il faut évaluer les facteurs de la méthode pragmatique et fonctionnelle.

### A. Clause privative

Le législateur n'a pas édicté de clause privative destinée à soustraire les décisions du Tribunal à l'examen en appel. Au contraire, un droit d'appel devant la Cour divisionnaire est prévu au par. 91(1) de la Loi. Bien que ce facteur ne soit pas déterminant, il met en évidence l'intention du législateur d'imposer une moins grande retenue à l'égard des décisions du Tribunal lors d'un contrôle judiciaire (*Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, [2003] 1 R.C.S. 476, 2003 CSC 28, par. 11; *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, 2001 CSC 36, par. 27).

### B. *Nature of the Problem*

8 The issue on appeal is a pure question of law, related to the interpretation of a section that has no specialized technical meaning. Statutory interpretation is an exercise in which the courts are well equipped to engage. The question here concerns the establishment of statutory rights by construing the legislature's intention from the text of s. 70(6), the legislative purpose, and the statutory context in which it is situated. Generally speaking, such legal questions will attract a more searching standard of review as being clearly within the expertise of the judiciary, unless the legal question is "at the core" of the Tribunal's expertise (*Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 S.C.R. 609, 2004 SCC 23, at para. 29; see also *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at para. 34).

### C. *Relative Expertise*

9 The expertise of the Tribunal relative to that of the courts must be evaluated in reference to the particular provision being invoked and interpreted and the nature of the Tribunal's expertise (*Barrie, supra*, at paras. 12-13; *Pushpanathan, supra*, at para. 28). In other words, relative expertise must be evaluated in context and in relation to the specific question under review (*Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20, at para. 30).

10 On the one hand, we have to look at courts' expertise and the subject matter which is, as discussed in the previous sections, the statutory interpretation of s. 70(6). On its face, the provision sets out the rule of parity between situations of partial wind-up and full wind-up. Except perhaps in demonstrating the practical implications of proposed interpretations, the issue is neither factually laden nor highly technical. In this case, as it is generally, statutory interpretation is "a purely legal question . . . ultimately within the province of judiciary" (*Barrie, supra*, at para. 16; see also *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 28).

### B. *Nature du problème*

En l'espèce, la question en litige est une pure question de droit, liée à l'interprétation d'une disposition législative qui n'a pas de sens technique ou spécialisé. Les tribunaux judiciaires sont bien qualifiés pour procéder à l'interprétation des lois. En l'espèce, il s'agit de définir les droits conférés par la loi en déterminant l'intention du législateur d'après le libellé du par. 70(6), son objet et son contexte. En général, les questions de droit de cette nature commandent une norme de contrôle plus stricte, car elles relèvent clairement de l'expertise des tribunaux judiciaires, sauf s'il s'agit d'une question qui « constitue un aspect central » de l'expertise du Tribunal (*Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 R.C.S. 609, 2004 CSC 23, par. 29; voir aussi *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 34).

### C. *Expertise relative*

L'expertise du Tribunal par rapport à celle des tribunaux judiciaires doit être évaluée en fonction de la disposition particulière qui est invoquée et interprétée ainsi que de la nature de son expertise (*Barrie, précité*, par. 12-13; *Pushpanathan, précité*, par. 28). Autrement dit, l'expertise relative doit être appréciée en tenant compte du contexte et par rapport à la question précise examinée (*Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20, par. 30).

D'une part, il faut examiner l'expertise des tribunaux judiciaires relativement à l'objet du litige, en l'occurrence, l'interprétation du par. 70(6). Il suffit de lire cette disposition pour constater qu'elle établit la règle de la parité entre une liquidation partielle et une liquidation totale. Sauf, peut-être, pour la démonstration des conséquences pratiques des différentes interprétations proposées, l'analyse n'est ni purement factuelle ni hautement technique. En l'espèce, comme en général, l'interprétation d'une loi est « une question purement de droit, qui relève donc, [. . .] "en dernière analyse de la compétence des cours de justice" » (*Barrie, précité*, par. 16; voir aussi *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 28).

On the other hand, the Tribunal does not have specific expertise in this area. The Tribunal is a general body that was created under the *Financial Services Commission of Ontario Act, 1997*, S.O. 1997, c. 28 (“*FSCOA*”), s. 20, to replace the specialized Pension Services Commission. It is responsible for adjudication in a variety of “regulated sector[s]” (*FSCOA*, s. 1), including co-operatives, credit unions, insurance, mortgage brokers, loans and trusts, and pensions (*FSCOA*, s. 1). In addition, the nature of the Tribunal’s expertise is primarily adjudicative. Unlike the former Pension Services Commission or the current Financial Services Commission, the Tribunal has no policy functions as part of its pensions mandate (see *FSCOA*, s. 22). As noted in *Mattel Canada, supra*, and in *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, involvement in policy development will be an important consideration in evaluating a tribunal’s expertise. Lastly, in appointing members to the Tribunal and assigning panels for hearings, the statute advises that, to the extent practicable, expertise and experience in the regulated sectors should be taken into account (*FSCOA*, ss. 6(4) and 7(2)). However, there is no requirement that members necessarily have special expertise in the subject matter of pensions. The Tribunal is a small entity of 6 to 12 members which further reduces the likelihood that any particular panel would have expertise in the matter being adjudicated (*FSCOA*, s. 6(3)).

Overall, there is little to indicate that the legislature intended to create a body with particular expertise over the statutory interpretation of the Act. The Tribunal would not have any greater expertise than the courts in construing s. 70(6). Thus, this factor also suggests a lower amount of deference is required to be given to the Tribunal’s decisions on the issue of statutory interpretation.

D’autre part, le Tribunal ne possède aucune expertise particulière dans ce domaine. Cet organisme, qui a été créé par la *Loi de 1997 sur la Commission des services financiers de l’Ontario*, L.O. 1997, ch. 28 (« *LCSFO* »), art. 20, afin de remplacer un office spécialisé, soit la Commission des régimes de retraite, détient une compétence générale. Il est chargé de statuer sur les questions touchant divers « secteur[s] réglementé[s] » (*LCSFO*, art. 1), dont les coopératives, les caisses populaires, les assurances, les courtiers en hypothèques, les sociétés de prêt et de fiducie et les régimes de retraite (*LCSFO*, art. 1). De plus, l’expertise du Tribunal est surtout de nature juridictionnelle. Contrairement à l’ancienne Commission des régimes de retraite et à la Commission des services financiers de l’Ontario, le Tribunal n’a pas pour fonction d’élaborer des politiques en matière de régimes de retraite (voir *LCSFO*, art. 22). Comme l’ont précisé les arrêts *Mattel Canada*, précité, et *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, la participation à l’élaboration de politiques est une considération importante dans l’évaluation de l’expertise du tribunal. Enfin, la loi prévoit que, pour la nomination des membres du Tribunal et pour leur affectation à une formation, il faut, dans la mesure du possible, tenir compte de l’expérience et de la compétence dans les secteurs réglementés (*LCSFO*, par. 6(4) et 7(2)). Il n’est toutefois pas requis que les membres aient une expertise particulière dans le domaine des pensions. En raison du fait que le Tribunal ne comprend que 6 à 12 membres, il est encore moins probable qu’une formation donnée possède une expertise à l’égard de la question à trancher (*LCSFO*, par. 6(3)).

En somme, peu d’éléments laissent croire que le législateur avait l’intention de créer un organisme doté d’une expertise particulière relativement à l’interprétation de la Loi. Le Tribunal ne possède pas une plus grande expertise que les tribunaux judiciaires pour interpréter le par. 70(6). Ce facteur tend donc lui aussi à indiquer qu’un degré de retenue moins élevé est requis à l’égard des décisions du Tribunal portant sur l’interprétation des lois.

#### D. Purposes of the Legislation and the Provision

13 The purpose of the Act was well stated in *GenCorp Canada Inc. v. Ontario (Superintendent, Pensions)* (1998), 158 D.L.R. (4th) 497 (Ont. C.A.), at p. 503:

[T]he *Pension Benefits Act* is clearly public policy legislation establishing a carefully calibrated legislative and regulatory scheme prescribing minimum standards for all pension plans in Ontario. It is intended to benefit and protect the interests of members and former members of pension plans, and “evinces a special solicitude for employees affected by plant closures” . . .

14 On the one hand, the protection of the rights of vulnerable groups is a central and long-standing function of the courts. The protectionist aim of the legislation is especially evident in s. 70(6), which seeks to preserve the equal treatment and benefits between situations of partial wind-up and full wind-up. On the other hand, pension standards legislation is a complex administrative scheme, which seeks to strike a delicate balance between the interests of employers and employees, while advancing the public interest in a thriving private pension system. In this task, the regulatory body usually has a certain advantage in being closer to the dispute and the industry. In part, this factor led the Ontario Court of Appeal in *GenCorp* to conclude that the decisions of the Pension Services Commission should be reviewed on a standard of reasonableness.

15 Here, however, the Tribunal assumes a different role and function in relation to the statutory purpose of the particular provision at issue. The determination of the meaning of s. 70(6) is not “polycentric” in nature. In other words, s. 70(6) does not grant the Tribunal broad discretionary powers nor a range of policy-laden remedial choices that involve the balancing of multiple sets of interests of competing constituencies (see *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 56; *Pushpanathan, supra*, at para. 36; *Dr. Q v. College of Physicians and*

#### D. Objets de la Loi et de la disposition

L’objet de la Loi fut bien énoncé dans l’arrêt *GenCorp Canada Inc. c. Ontario (Superintendent, Pensions)* (1998), 158 D.L.R. (4th) 497 (C.A. Ont.), p. 503 :

[TRADUCTION] [L]a *Loi sur les régimes de retraite* est manifestement une loi d’intérêt général instaurant un cadre législatif et réglementaire soigneusement conçu qui prescrit des normes minimales applicables à tous les régimes de retraite en Ontario. Elle vise à favoriser et à protéger les intérêts des participants et anciens participants aux régimes de retraite et « démontre une grande sollicitude envers les employés touchés par une fermeture d’entreprise » . . .

D’une part, la protection des droits des groupes vulnérables est une fonction centrale et ancienne des tribunaux judiciaires. L’objectif de protection de la Loi est particulièrement évident au par. 70(6), qui garantit le même traitement et les mêmes bénéfices que la liquidation soit partielle ou totale. D’autre part, la législation sur les normes des régimes de retraite crée un régime administratif complexe qui vise à établir un équilibre délicat entre les intérêts des employeurs et ceux des employés, tout en servant l’intérêt du public dans l’existence d’un système de régimes de retraite complémentaires vigoureux. Étant plus près du litige et du secteur d’activités, l’organisme de réglementation jouit, dans cette tâche, d’un certain avantage. C’est en partie pour cette raison que la Cour d’appel de l’Ontario, dans l’arrêt *GenCorp*, a conclu que les décisions de la Commission des régimes de retraite devaient être révisées en fonction de la norme de la décision raisonnable.

Cependant, en l’espèce, le Tribunal remplit une fonction et un rôle différents à l’égard de l’objet de la disposition législative en cause. L’objet du par. 70(6) n’est pas de nature « polycentrique ». Autrement dit, le par. 70(6) ne confère pas au Tribunal de vastes pouvoirs discrétionnaires et il n’exige pas de ce dernier qu’il choisisse parmi diverses réparations mettant en jeu des questions de politique ou nécessitant la pondération d’intérêts multiples de groupes opposés (voir *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 56;

*Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19, at paras. 30-31). Moreover, the issues raised in s. 70(6) are legal in nature, rather than economic, broad, specialized, technical or scientific in such a way as to substantially deviate from the normal role of the courts (*Dr. Q, supra*, at para. 31; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at paras. 48-49). Therefore, this factor also seems to indicate less deference be accorded to the Tribunal's interpretation.

#### E. Conclusion on the Standard of Review

As all four factors point to a lower degree of deference, a standard of review of correctness should be adopted in this case. There are no persuasive grounds for the Court to grant the Tribunal any deference on the pure question of law before us in this case (see also *Barrie, supra*, at para. 18, citing *Pushpanathan, supra*, at para. 37).

#### IV. Statutory Interpretation of Section 70(6)

I now turn to the essence of this appeal: the question of the interpretation of s. 70(6). The provision reads:

70. . . .

(6) On the partial wind up of a pension plan, members, former members and other persons entitled to benefits under the pension plan shall have rights and benefits that are not less than the rights and benefits they would have on a full wind up of the pension plan on the effective date of the partial wind up.

The appellants argue that the effect of the provision is to afford Affected Members a vested right, as of the effective date of partial wind-up, to participate in surplus distribution when, if ever, the Plan fully winds up, assuming they are so entitled under the Plan agreement. In contrast, the respondent contends that s. 70(6) requires that the distribution of the surplus actually occurs on the effective date of the partial wind-up. The main area of

*Pushpanathan*, précité, par. 36; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, par. 30-31). De plus, les questions soulevées par le par. 70(6) sont de nature juridique. Ni leur ampleur, ni leur caractère spécialisé, ni leur nature économique, technique ou scientifique ne les distinguent de façon importante des questions que les tribunaux judiciaires tranchent habituellement (*Dr Q*, précité, par. 31; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 48-49). Ce facteur semble donc indiquer lui aussi qu'une moins grande retenue s'impose à l'égard de l'interprétation donnée par le Tribunal.

#### E. Conclusion sur la norme de contrôle

Puisque les quatre facteurs militent en faveur d'un degré de retenue moins élevé, la norme de contrôle applicable en l'espèce est celle de la décision correcte. Aucun motif convaincant ne justifie notre Cour de faire preuve de retenue à l'égard de la décision du Tribunal sur la question de droit dont elle est saisie (voir aussi *Barrie*, précité, par. 18, citant *Pushpanathan*, précité, par. 37).

#### IV. Interprétation du par. 70(6)

J'examine maintenant le fond du pourvoi, soit la question de l'interprétation du par. 70(6). La disposition est ainsi libellée :

70. . . .

(6) À la liquidation partielle d'un régime de retraite, les participants, les anciens participants et les autres personnes qui ont droit à des prestations en vertu du régime de retraite ont des droits et prestations qui ne sont pas inférieurs aux droits et prestations qu'ils auraient à la liquidation totale du régime de retraite à la date de prise d'effet de la liquidation partielle.

Les appelantes soutiennent que la disposition a pour effet de reconnaître aux participants touchés, à compter de la date de la liquidation partielle, un droit acquis de recevoir une part de l'excédent lorsque le Régime sera liquidé en totalité, le cas échéant, si le Régime leur accorde un tel droit. À l'inverse, l'intimé prétend qu'en application du par. 70(6) la répartition de l'excédent doit être faite à la date de la prise d'effet de la liquidation

16

17

18

contention between the parties is the import of the last phrase: “on the effective date of the partial wind up”.

19

The established approach to statutory interpretation was recently reiterated by Iacobucci J. in *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26, citing 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.

I will examine each of these factors in turn, beginning first with the background context.

#### A. Historical Context

20

Pension plans have a long history in Canada, first appearing in the late 19th century. However, it was not until after the Second World War that the development of pension plans flourished in tandem with the economic growth and prosperity of the era (see *Report of the Royal Commission on the Status of Pensions in Ontario* (1980), vol. I, at p. 35; R. L. Deaton, *The Political Economy of Pensions: Power, Politics and Social Change in Canada, Britain and the United States* (1989), at p. 79). In the early days, pensions were commonly regarded as gratuitous rewards for long and faithful service, subject to the discretion and financial health of the employer (see *Report of the Royal Commission on the Status of Pensions in Ontario*, *supra*, at p. 2; *Mercer Pension Manual* (loose-leaf ed.), at p. 1-9). However, particularly as pensions became a more familiar sight at the collective bargaining table, a competing conception as an enforceable employee right developed (see E. E. Gillese, “Pension Plans and the Law of Trusts” (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 221, at pp. 226-27; Deaton, *supra*, at pp. 122-23). The enactment of minimum standards legislation in Ontario, first in 1963 and again in 1987, “considerably expanded the rights of plan members. It altered, again, the power balance between employers and employees

partielle. Le principal point en litige réside donc dans la portée du dernier membre de phrase de la disposition : « à la date de prise d’effet de la liquidation partielle ».

La méthode d’interprétation des lois établie a récemment été réitérée par le juge Iacobucci dans l’arrêt *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87 :

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

J’examinerai chacun de ces facteurs en débutant par le contexte historique.

#### A. Contexte historique

Les régimes de retraite existent depuis longtemps au Canada, leur origine datant de la fin du 19<sup>e</sup> siècle. Le développement des régimes de retraite ne prend cependant son essor qu’après la deuxième Guerre mondiale, avec la croissance économique et la prospérité de l’époque (voir le *Report of the Royal Commission on the Status of Pensions in Ontario* (1980), vol. I, p. 35; R. L. Deaton, *The Political Economy of Pensions : Power, Politics and Social Change in Canada, Britain and the United States* (1989), p. 79). Au départ, les pensions étaient généralement considérées comme une récompense gratuite pour de longs et loyaux services. Leur attribution dépendait du bon vouloir et de la santé financière de l’employeur (voir *Report of the Royal Commission on the Status of Pensions in Ontario*, *op. cit.*, p. 2; *Mercer Pension Manual* (éd. feuilles mobiles), p. 1-9). Par ailleurs, lorsque le droit à la pension a commencé à être revendiqué de plus en plus fréquemment à la table de négociation collective, une nouvelle conception s’est développée, suivant laquelle il s’agit d’un droit dont les employés peuvent légitimement se réclamer (voir E. E. Gillese, « Pension Plans and the Law of Trusts » (1996), 75 *R. du B. can.* 221, p. 226-227; Deaton, *op. cit.*, p. 122-123). L’adoption de la législation sur les

in the matter of pensions” (Gillese, *supra*, at p. 228).

The notion of a pension fund actuarial surplus, by contrast, has had a much shorter history. Surpluses, in any noticeable form, generally did not appear before the early 80s when millions of dollars in actuarial surplus were developing in some funds (see, e.g., J. Dewetering, *Occupational Pension Plans: Selected Policy Issues* (1991), at p. 17; Deaton, *supra*, at p. 134). Surplus can only arise in defined benefit plans, like the one provided by Monsanto, because, in contrast to defined contribution plans, benefits or plan liabilities are not contingent on the level of nor the return on contributions. Members are guaranteed specific benefits at retirement in an amount fixed by a determined formula. Contributions are made each year on the basis of an actuary’s estimate of the amount which must be presently invested in order to provide the stipulated benefits at the time the pension is paid out (“current service cost”). These estimates are generally conservative in nature and based on a narrow range of assumptions consistent with actuarial standards and practices. This exercise is inherently somewhat speculative, and in the event of changes in market conditions or other unforeseeable future experience, the present value of the assets of the fund may actually be lower or greater than originally estimated.

If, in a given year, the assets of the fund, evaluated as a going concern, are found to be insufficient to cover the current service cost, there is said to be an “unfunded liability” and the employer will be called upon to make up the deficit through contributions (see, generally, s. 4(1) of the *Pension Benefits Act* General Regulations, R.R.O. 1990, Reg. 909). If the plan is underfunded on wind-up, then

normes minimales du travail en Ontario, d’abord en 1963, puis en 1987 [TRADUCTION] « a considérablement étendu les droits des participants aux régimes. Elle a modifié, une fois de plus, l’équilibre des forces entre les employeurs et les employés dans le domaine des pensions » (Gillese, *loc. cit.*, p. 228).

En revanche, la notion d’excédent actuariel de la caisse de retraite a un passé beaucoup plus récent. De façon générale, ce n’est qu’au début des années 80 que des excédents significatifs ont été signalés. Certaines caisses ont commencé à afficher des excédents actuariels s’élevant à des millions de dollars (voir, p. ex., J. Dewetering, *Régimes de retraite professionnels : quelques aspects* (1991), p. 21; Deaton, *op. cit.*, p. 134). Seuls les régimes à prestations déterminées, comme celui offert par Monsanto, peuvent accumuler un excédent, parce que, contrairement aux régimes à cotisations déterminées, les prestations, ou le passif du régime, ne varient pas en fonction des fonds provenant des cotisations ni du produit du placement des cotisations. Les participants sont assurés de toucher à leur retraite des prestations établies d’avance, calculées selon une formule définie. Les cotisations sont versées annuellement, selon une évaluation actuarielle de la somme qui doit être investie immédiatement afin que les prestations prévues puissent être payées à l’employé à sa retraite (« coût des services courants »). Ces évaluations, qui sont fondées sur un ensemble limité d’hypothèses établies selon des normes et pratiques actuarielles, sont généralement prudentes. Cet exercice est nécessairement spéculatif. Ainsi, en cas de changements dans la conjoncture du marché ou de modifications imprévisibles de la statistique actuarielle, la valeur actuelle de l’actif de la caisse peut en fait être inférieure ou supérieure à l’évaluation initiale.

Si, pour une année donnée, l’actif de la caisse, selon une évaluation à long terme, est insuffisant pour couvrir le coût des services courants, on dit que le régime a un « passif non capitalisé ». L’employeur est alors tenu de combler le déficit par des cotisations (voir généralement le par. 4(1) du règlement général de la *Loi sur les régimes de retraite*, R.R.O. 1990, règl. 909). Si le régime est insuffisamment

benefits will be reduced, subject to the application in Ontario of the Pension Benefits Guarantee Fund (ss. 77 and 84(1) of the Act). In contrast, if the value of the assets are greater than originally estimated, the fund is said to have a surplus, being “the excess of the value of the assets of a pension fund related to a pension plan over the value of the liabilities under the pension plan” (s. 1 of the Act). The surplus is considered “actuarial” because it has not yet been concretely realized through the liquidation of assets and the payment of liabilities.

23

Consequently, in the 80s, the surplus issue became a hotly contested one. Employers claimed the surplus as the result of their assumption of risk, while employees maintained that the fund, including the surplus, represented deferred wages belonging to them. It was in this context that the legislature re-enacted s. 70(6) as part of the *Pension Benefits Act*, 1987, S.O. 1987, c. 35, virtually unchanged from the previous version introduced in 1969 (O. Reg. 103/66, s. 11, as am. by O. Reg. 91/69, s. 3; see Legislative Assembly of Ontario, *Hansard — Official Report of Debates*, 33rd Parl., January 13, 1986 to June 25, 1987). Also at this time, definitions of “partial wind up” and “surplus” were included in the scheme. Concurrently, a moratorium was placed on surplus withdrawals from ongoing plans in 1986 (R.R.O. 1980, Reg. 746, s. 21(2), as am. by O. Reg. 31/87), which was extended to plans on wind-up in 1988 (O. Reg. 708/87, s. 7a (added by O. Reg. 100/88)). The surplus sharing regulation was enacted to replace the moratorium (O. Reg. 708/87, s. 7c (added by O. Reg. 412/90)), requiring that no payments be made from the surplus of a pension plan that is being wound up in whole or in part unless it is (a) made to or for the benefit of members, former members or persons other than the employer who are entitled to payments; or (b) made to the employer with the written agreement of a prescribed number of members (R.R.O. 1990, Reg. 909, s. 8(1)). This regulation, designed to encourage agreement and sharing between employers and employees, ceases to have effect after December 31, 2004 (Reg. 909, s. 8(3)).

capitalisé à la liquidation, les prestations sont alors réduites, sous réserve de l’application, en Ontario, du Fonds de garantie des prestations de retraite (art. 77 et par. 84(1) de la Loi). Au contraire, si la valeur de l’actif excède l’évaluation initiale, on dit que la caisse a un excédent, soit « [l’]excédent de la valeur de l’actif de la caisse de retraite liée à un régime de retraite par rapport à la valeur du passif relatif au régime de retraite » (art. 1 de la Loi). L’excédent est dit « actuariel », car il n’est pas concrètement réalisé par la liquidation de l’actif et le paiement du passif.

Dans les années 80, la question des excédents est devenue très controversée. Les employeurs réclamaient l’excédent au motif qu’ils assumaient les risques, alors que les employés affirmaient que la caisse, y compris l’excédent, représentait des salaires différés leur appartenant. C’est dans ce contexte que le législateur a réédité le par. 70(6) en l’incorporant dans la *Loi de 1987 sur les régimes de retraite*, L.O. 1987, ch. 35, dans une version quasiment identique à celle de 1969 (Règl. de l’Ont. 103/66, art. 11, mod. par Règl. de l’Ont. 91/69, art. 3; voir Assemblée législative de l’Ontario, *Hansard — Official Report of Debates*, 33<sup>e</sup> lég., 13 janvier 1986 au 25 juin 1987). C’est aussi à cette époque que les définitions des termes « liquidation partielle » et « excédent » ont été incorporées dans la Loi. En même temps, un moratoire fut décrété en 1986 sur les retraits des excédents des régimes en vigueur (R.R.O. 1980, règl. 746, par. 21(2), mod. par Règl. de l’Ont. 31/87). En 1988, il a été étendu aux régimes en liquidation (Règl. de l’Ont. 708/87, art. 7a (ajouté par Règl. de l’Ont. 100/88)). Le règlement visant le partage de l’excédent a remplacé le moratoire (Règl. de l’Ont. 708/87, art. 7c (ajouté par Règl. de l’Ont. 412/90)). Selon ce règlement, aucun paiement ne peut être fait à même l’excédent d’un régime en liquidation totale ou partielle, sauf, selon le cas, a) s’il doit être fait aux participants, aux anciens participants et à d’autres personnes, autres qu’un employeur, qui ont droit à des paiements, ou au profit de ceux-ci; b) s’il doit être fait à un employeur, avec l’accord écrit d’un certain nombre de personnes désignées (R.R.O. 1990, règl. 909, par. 8(1)). Ce règlement, destiné à encourager la conclusion d’accords entre les parties et le partage entre les employeurs et les employés, cesse d’avoir effet après le 31 décembre 2004 (règl. 909, par. 8(3)).



This historical context, though not determinative, may provide some insight into the legislature's intention regarding the effect of s. 70(6). Through its statutory interventions, the legislature has sought to clarify some aspects of the relationship between employers and employees in pension matters. Steps have been taken to improve many employee rights but the importance of maintaining a fair and delicate balance between employer and employee interests, in a way which promotes private pensions, has also been a consistent theme. It is in light of this background that the legal meaning of the provision must be interpreted in accordance with the accepted approach to statutory interpretation.

#### B. *Grammatical and Ordinary Sense*

As noted by the Court of Appeal, s. 70(6) specifies the timing, group and rights to which the section applies. First, the timing is the partial wind-up of a pension plan. Second, the specified group of "members, former members and other persons entitled to benefits under the pension plan" is generally meant to refer to the members affected by a partial wind-up (para. 41). Lastly, the rights accorded are those rights and benefits that are not less than the group would have if there were a full wind-up on the date of partial wind-up (para. 42). The parties agree with these propositions.

Where the disagreement lies is with regard to the timing of distribution following a partial wind-up of a plan in which there is an actuarial surplus. The respondent reasons that, since (i) s. 70(6) requires the rights and benefits on a partial wind-up to not be less than those available on full wind-up, and (ii) all parties agree that surplus distribution would occur on a full wind-up (Court of Appeal judgment, at para. 43; see also s. 79(4)), then (iii) s. 70(6) must require surplus distribution on a partial wind-up. In contrast, the appellants argue that, at most, s. 70(6) requires the vesting of the right to participate in surplus distribution in a potential future full wind-up because it is only on final wind-up that an actual, rather than actuarial, surplus can exist. In my opinion, the former interpretation accords

Ce contexte historique, quoique non décisif, est révélateur de l'intention du législateur à l'égard de l'effet du par. 70(6). Par ses interventions législatives, il visait à clarifier certains aspects de la relation employeur-employés en matière de régimes de retraite. Des mesures furent prises pour améliorer de nombreux droits accordés aux employés, mais l'importance de maintenir un juste et délicat équilibre entre les intérêts de l'employeur et ceux de l'employé de manière à favoriser les régimes de retraite complémentaires fut aussi un thème récurrent. Conformément à la méthode d'interprétation des lois reconnue, c'est à la lumière de ce contexte que le sens de la disposition doit être déterminé.

#### B. *Sens grammatical et ordinaire*

Tel que l'a fait remarquer la Cour d'appel, le par. 70(6) précise le moment, le groupe et les droits qu'il vise. Premièrement, le moment est la liquidation partielle du régime de retraite. Deuxièmement, le groupe spécifié, à savoir « les participants, les anciens participants et les autres personnes qui ont droit à des prestations en vertu du régime de retraite » s'entend généralement des participants touchés par la liquidation partielle (par. 41). Enfin, les droits accordés sont les droits et prestations qui ne sont pas inférieurs à ceux que le groupe aurait s'il y avait liquidation totale du régime de retraite à la date de la liquidation partielle (par. 42). Les parties s'entendent sur ces points.

Là où il y a désaccord, c'est sur le moment de la distribution de l'excédent actuariel, s'il en est, à la suite de la liquidation partielle. D'après la thèse de l'intimé, puisque (i) le par. 70(6) exige que les droits et prestations à la liquidation partielle ne soient pas inférieurs à ceux qu'engendrerait une liquidation totale et que (ii) toutes les parties conviennent qu'il y aurait une distribution de l'excédent à la liquidation totale (jugement de la Cour d'appel, par. 43; voir aussi le par. 79(4)), (iii) le par. 70(6) doit dès lors exiger une distribution de l'excédent à la liquidation partielle. Au contraire, les appelantes soutiennent que le par. 70(6) crée tout au plus le droit de participer dans la distribution de l'excédent lors d'une éventuelle liquidation totale, parce que ce n'est qu'à la liquidation totale que l'excédent devient réel et

better with the ordinary and grammatical meaning of the section.

27 First, the section mandates that the Affected Members “shall have”, on the effective date of the partial wind-up, the rights and benefits they “would have” on a full wind-up. This wording transposes the timing of the rights and benefits exigible on full wind-up up to the effective date of partial wind-up. It does not connote any delay until the future date of full wind-up before the exercise of acquired rights.

28 Second, the phrase “on the effective date” (emphasis added) suggests more immediacy than other possible alternatives, such as “as of”. If the provision was worded “shall have rights and benefits . . . as of the effective date”, this would be more indicative of a situation where rights were being vested presently but paid out in the future. The actual wording of “shall have rights and benefits . . . on the effective date” (emphasis added) indicates a more immediate realization of rights and benefits.

29 Third, the appellants’ proposed interpretation, as adopted by the majority of the Tribunal, in effect reads out this last phrase of the provision. In my opinion, without the phrase “on the effective date of the partial wind up”, it may have been open to read s. 70(6) as only vesting rights to be exercised on full wind-up. However, the presence of this phrase confirms that rights and benefits are not only measured but also realized on the effective date of partial wind-up.

30 Lastly, s. 70(6) acts as a residual deeming provision rather than being an independent delineation of substantive rights. As a matter of logic, if it equalizes the position of the full and partial wind-up groups, and it is clear that there is surplus distribution on full wind-up, then there should also be surplus distribution on partial wind-up.

non actuariel. À mon avis, la première interprétation est plus conforme au sens ordinaire et grammatical de la disposition.

Premièrement, la disposition prévoit que les participants touchés « ont », à la date de prise d’effet de la liquidation partielle, les droits et les prestations « qu’ils auraient » à la liquidation totale. Ce libellé transpose à la date de prise d’effet de la liquidation partielle le moment où les droits et prestations exigibles à la liquidation totale sont réalisés. Il ne laisse pas entendre qu’il faille attendre jusqu’à la date de la liquidation totale pour exercer les droits acquis.

Deuxièmement, la locution « à la date de prise d’effet » (je souligne) suggère une application plus immédiate que d’autres variantes possibles, telles que « à compter de ». Si la disposition précisait « ont des droits et prestations [. . .] à compter de la date de prise d’effet », cela signifierait davantage que des droits sont acquis à ce moment, mais que le paiement ne se fera qu’ultérieurement. Le libellé « ont des droits et prestations [. . .] à la date de prise d’effet » (je souligne) comporte l’idée d’une réalisation immédiate des droits et prestations.

Troisièmement, l’interprétation proposée par les appelantes et adoptée à la majorité par le Tribunal fait en réalité abstraction des derniers mots de la disposition. À mon avis, sans la mention « à la date de prise d’effet de la liquidation partielle », il aurait été possible d’interpréter le par. 70(6) comme conférant seulement un droit acquis à exercer au moment d’une liquidation totale. Or, la présence de cette mention confirme que les droits et prestations sont non seulement déterminés mais aussi réalisés à la date de prise d’effet de la liquidation partielle.

Enfin, le par. 70(6) est une disposition résiduelle, qui crée une présomption plutôt qu’une disposition délimitant des droits substantiels. Logiquement, si la disposition a pour effet d’établir l’égalité entre les groupes touchés par une liquidation partielle et ceux touchés par une liquidation totale et s’il est clair qu’il y aura répartition d’un excédent à la liquidation totale, il doit alors y avoir aussi distribution de l’excédent lors de la liquidation partielle.

In sum, the provision indicates that the assessment of rights and benefits is to be conducted as if the Plan was winding up in full on the effective date of partial wind-up. The realization of rights and benefits, including the distribution of surplus assets, then occurs for the part of the Plan actually being wound up. Therefore, the Affected Members, if entitled, may receive their pro rata share of the surplus existing in the fund on a partial wind-up, as if the Plan was being fully wound up on that day.

### C. *Scheme of the Act*

The statutory scheme further supports this conclusion. First, the definitions of “wind up” and “partial wind up” in s. 1 of the Act closely parallel one another, both requiring a distribution of assets:

“partial wind up” means the termination of part of a pension plan and the distribution of the assets of the pension fund related to that part of the pension plan;

“wind up” means the termination of a pension plan and the distribution of the assets of the pension fund;

It then follows that s. 70(1)(c) requires the administrator to file as part of its full or partial wind-up report, “the methods of allocating and distributing the assets of the pension plan”. Similarly, s. 28.1(2) of Reg. 909 requires that the administrator of the Plan give to each person entitled to a pension a statement setting out, among other things: “[t]he method of distributing the surplus assets”, “[t]he formula for allocating the surplus among the plan beneficiaries” and “[a]n estimate of the amount allocated to the person.” Thus, delaying the distribution would not be consonant with these provisions that make distribution of surplus assets an intended part of the wind-up process, whether the wind-up is in whole or in part.

Second, the statutory scheme makes an important distinction between continuing plans and winding-up plans. The partial wind-up falls, for all purposes, in the latter group, even though there is a remaining

En résumé, la disposition prévoit que la détermination des droits et prestations doit être effectuée comme si le Régime était liquidé totalement à la date de prise d’effet de la liquidation partielle. La réalisation des droits et prestations, incluant la distribution de l’excédent d’actif, se produit alors pour la partie du Régime qui est effectivement en liquidation. En conséquence, les participants touchés peuvent recevoir, s’ils y ont droit, leur quote-part de l’excédent de la caisse à la liquidation partielle, comme si le Régime était liquidé totalement ce jour-là.

### C. *Économie de la Loi*

L’économie de la Loi soutient aussi cette conclusion. D’abord, les définitions de « liquidation » et de « liquidation partielle », de l’article premier de la Loi, sont très similaires, exigeant toutes deux une distribution de l’actif :

« liquidation » Cessation d’un régime de retraite et répartition de l’actif de la caisse de retraite.

« liquidation partielle » Cessation d’une partie d’un régime de retraite et répartition de l’actif de la caisse de retraite qui se rapporte à cette partie du régime de retraite.

De plus, l’al. 70(1)c) oblige l’administrateur à inclure dans le rapport de liquidation totale ou partielle qu’il dépose « les méthodes d’attribution et de répartition de l’actif du régime de retraite ». De même, en application du par. 28.1(2) du règl. 909, l’administrateur du régime doit donner à chaque personne qui a droit à une pension une déclaration indiquant notamment « [l]e mode de distribution de l’excédent d’actif », « [l]a formule de répartition de l’excédent entre les bénéficiaires du régime » et « [l]a somme estimative attribuée à la personne. » Ainsi, retarder la répartition irait à l’encontre de ces dispositions, qui ont pour effet d’intégrer la distribution de l’excédent d’actif dans le processus de liquidation, qu’elle soit totale ou partielle.

Ensuite, le régime législatif établit une distinction importante entre les régimes de retraite qui continuent d’exister et ceux qui sont en cours de liquidation. La liquidation partielle est incluse, à

part of the Plan that continues to exist. Under the scheme, in evaluating rights and procedural requirements, partial wind-up is treated the same as a full wind-up, which coincides with the purpose and effect of s. 70(6). For instance, in s. 78(1) the general rule is established that “[n]o money may be paid out of a pension fund to the employer without the prior consent of the Superintendent.” Sections 79(1) and 79(3) then provide for exceptions to this rule depending on whether the application for payment is being made with regard to a plan that is continuing or one that is winding up. As with the additional conditions set out in the regulations (Reg. 909, ss. 8 to 10 and 25 to 28.1), it is much more difficult to justify surplus withdrawal from a continuing plan than from a plan winding up in whole or in part. The interpretation of s. 70(6) herein proposed is consistent with the logic of this aspect of the statutory scheme and the legislature’s choice to treat partial wind-ups in the same manner as full wind-ups. As a result, a partial wind-up requires a full wind-up to notionally occur for the purposes of evaluating the pro rata share of the assets and liabilities related to the partial wind-up, followed by the continuation of the remainder of the Plan.

toutes fins, dans la deuxième catégorie, même si une partie du régime continue d’exister. Selon le régime législatif, l’évaluation des droits et la procédure de liquidation sont les mêmes, que la liquidation soit partielle ou totale. Cela coïncide avec l’objet et l’effet du par. 70(6). Ainsi, le par. 78(1) établit la règle générale selon laquelle « [a]ucune somme ne peut être prélevée sur une caisse de retraite pour payer un employeur sans le consentement préalable du surintendant. » Des exceptions à cette règle sont prévues aux par. 79(1) et (3), selon que la demande de paiement est présentée à l’égard d’un régime de retraite qui continue d’exister ou d’un régime en liquidation. Comme pour les autres conditions énoncées au règlement (règl. 909, art. 8 à 10 et 25 à 28.1), il est beaucoup plus difficile de justifier le retrait d’un excédent d’un régime qui continue d’exister que d’un régime en liquidation totale ou partielle. L’interprétation du par. 70(6) proposée ici est conforme à la logique de cet aspect du régime législatif et au choix du législateur de traiter les liquidations partielles et les liquidations totales de la même manière. Ainsi, pour l’évaluation de la part de l’actif et du passif qui correspond à la partie du régime en cours de liquidation, il faut présupposer la mise en œuvre d’une liquidation totale fictive. Le reste du régime continue d’exister par la suite.

34

Lastly, in this statutory scheme, the role of s. 70(6) appears to be as a residual deeming provision reflecting the legislature’s intent of assuring that rights on partial wind-up are not less than those available on full wind-up, whether granted under the Act or under the terms of the Pension Plan. In almost every section where wind-up is mentioned, the legislature has already clarified that it is referring to wind-up “in whole or in part”. This is the case when referring to grow-in rights (s. 74(1)) and immediate vesting rights (s. 73(1)(b)). These are special rights that members affected by a wind-up acquire but that ordinary retirees or individuals leaving employment do not. Provisions regarding the procedural requirements on wind-up similarly specify application on wind-up both “in whole or in part” (see, e.g., ss. 68 to 70). One of the rare instances in the Act where both are not expressly included is with regard to transfer rights on wind-up, which only mentions “wind up” (s. 73(2)). The appellants seem to agree,

Enfin, dans ce régime législatif, le par. 70(6) apparaît comme une disposition résiduelle qui crée une présomption, reflétant ainsi l’intention du législateur de veiller à ce que les droits à la liquidation partielle ne soient pas inférieurs à ceux dévolus lors de la liquidation totale, que ces derniers soient issus de la Loi ou du régime de retraite. Dans presque toutes les dispositions qui renvoient à une liquidation, le législateur a déjà précisé qu’il s’agit d’une « liquidation partielle ou totale ». Tels sont les cas des droits réputés acquis (par. 74(1)) et des droits dévolus immédiatement (al. 73(1)b)). Ces droits spéciaux sont conférés aux participants touchés par une liquidation, mais non aux retraités ordinaires ou aux personnes qui quittent leur emploi. Les dispositions concernant les modalités de la liquidation précisent aussi qu’elles s’appliquent tant aux liquidations totales qu’aux liquidations partielles (voir, p. ex., les art. 68 à 70). L’une des rares dispositions de la Loi où les deux types de liquidation ne

correctly in my opinion, that those rights would still have effect on partial wind-up even though it is not explicitly mentioned. Presumably, this must result from the application of s. 70(6), and controverts any sort of *expressio unius est exclusio alterius* logic for s. 73(2).

As a last point, it is worth commenting on the approach of the majority judgment of the Tribunal in disregarding the regulations in construing the meaning of s. 70(6). While it is true that a statute sits higher in the hierarchy of statutory instruments, it is well recognized that regulations can assist in ascertaining the legislature's intention with regard to a particular matter, especially where the statute and regulations are "closely meshed" (see *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, at para. 26; *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 282). In this case, the statute and the regulations form an integrated scheme on the subject of surplus treatment and the thrust of s. 70(6) can be gleaned in light of this broader context.

In summary, the scheme of the Act and of the regulations supports the ordinary and grammatical meaning of s. 70(6) as requiring distribution of surplus at the time of partial wind-up.

#### D. *Object of the Act*

A purposive interpretation of s. 70(6) should be mindful of the legislative objective in the context of the statutory scheme surrounding surplus and partial wind-up.

The Act is public policy legislation that recognizes the vital importance of long-term income security. As a legislative intervention in the administration of voluntary pension plans, its purpose is to establish minimum standards and regulatory supervision in order to protect and safeguard the pension benefits and rights of members, former members and

sont pas expressément inclus concerne les droits de transfert à la liquidation, où l'on retrouve seulement le terme « liquidation » (par. 73(2)). Les appelantes semblent concéder, à bon droit selon moi, que ces droits produiraient aussi leurs effets lors d'une liquidation partielle, même si cela n'est pas explicitement prévu. On peut supposer que cela résulte de l'application du par. 70(6) et que toute application de la règle *expressio unius est exclusio alterius* (la mention explicite de l'un signifie l'exclusion de l'autre) est écartée pour le par. 73(2).

En dernière analyse, il est utile de commenter l'approche adoptée par les membres majoritaires du Tribunal, qui n'ont pas tenu compte du règlement lors de l'interprétation du par. 70(6). Même s'il est vrai qu'une loi est supérieure à un règlement dans la hiérarchie des normes, il est bien établi que le recours aux règlements est utile dans la détermination de l'intention du législateur à l'égard d'un aspect particulier, surtout lorsque la loi et le règlement sont [TRADUCTION] « étroitement liés » (voir *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, par. 26; *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4<sup>e</sup> éd. 2002), p. 282). En l'espèce, la loi et ses règlements forment un tout à l'égard de la question du traitement de l'excédent et le sens général du par. 70(6) peut être dégagé de ce contexte global.

Bref, l'économie de la Loi et de ses règlements mettent en évidence que le sens ordinaire et grammatical du par. 70(6) commande une répartition de l'excédent lors d'une liquidation partielle.

#### D. *Objet de la Loi*

Lors de l'interprétation téléologique du par. 70(6), il est important de ne pas perdre de vue l'objectif de la Loi dans le contexte du régime législatif établi à l'égard de l'excédent et de la liquidation partielle.

La Loi, qui est d'intérêt public, reconnaît l'importance cruciale de la sécurité du revenu à long terme. Cette intervention législative dans l'administration des régimes de retraite à participation volontaire vise à établir des normes minimales et une supervision réglementaire afin de protéger et de garantir les prestations et les droits des participants, des anciens

35

36

37

38

others entitled to receive benefits under private pension plans (see *GenCorp, supra*; *Firestone Canada Inc. v. Ontario (Pension Commission)* (1990), 1 O.R. (3d) 122 (C.A.), at p. 127). This is especially important when, as recognized by this Court in *Schmidt v. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 S.C.R. 611, at p. 646, it is remembered that pensions are now generally given for consideration rather than being merely gratuitous rewards. At the same time, the voluntary nature of the private pension system requires the interventions in this area to be carefully calibrated. This is necessary to avoid discouraging employers from making plan decisions advantageous to their employees. The Act thus seeks, in some measure, to ensure a balance between employee and employer interests that will be beneficial for both groups and for the greater public interest in established pension standards.

participants et des autres personnes qui ont droit à des prestations en vertu des régimes de retraite complémentaires (voir *GenCorp*, précité; *Firestone Canada Inc. c. Ontario (Pension Commission)* (1990), 1 O.R. (3d) 122 (C.A.), p. 127). Comme l'a reconnu notre Cour dans l'arrêt *Schmidt c. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 R.C.S. 611, p. 646, ceci devient particulièrement important dans un contexte où les pensions sont maintenant généralement accordées moyennant une contrepartie et qu'elles ne sont plus de simples récompenses gratuites. Par ailleurs, en raison de la nature volontaire des régimes de retraite complémentaires, il faut équilibrer soigneusement les interventions dans ce domaine. Cette prudence est nécessaire pour éviter de décourager les employeurs de prendre des décisions avantageuses pour leurs employés en ce qui concerne ces régimes. La Loi tend donc, dans une certaine mesure, à assurer, entre les intérêts des employés et ceux des employeurs, un équilibre favorable aux deux groupes et à l'intérêt du grand public à ce que des normes soient établies en matière de pensions.

39

Employers often argue that the risk and responsibility of a defined benefit plan are borne by the employer and, thus, it should be allowed the control and flexibility to manage the plan as it sees fit. It is contended that requiring distribution of surplus weighs the balance too heavily in favour of the employees and will result in funds being contributed to according to less cautious actuarial estimates, fewer defined benefit plans, and fewer private pension plans overall. While important considerations, these arguments are unpersuasive. First, the requirement of distribution is value-neutral to the question of entitlement, which must be determined separately under the provisions of the Plan and the Act. Second, the statutory scheme protects against underfunding by requiring employers and administrators to follow accepted actuarial practice in their valuations (Reg. 909, s. 16). Lastly, the provision of pensions serves a number of labour market functions which benefit the corporate sector, including attracting a labour supply, reducing turnover, improving morale, increasing productivity and efficiency, promoting loyalty to the corporation, and so on (Deaton, *supra*, at p. 119). In short, there are many reasons for employers to maintain pension plans

Il n'est pas rare que les employeurs s'appuient sur le fait qu'ils supportent le risque et la responsabilité du régime de retraite à prestations déterminées pour prétendre qu'ils devraient disposer du contrôle et de la souplesse nécessaires pour gérer le régime à leur manière. On a aussi prétendu qu'exiger la répartition de l'excédent ferait trop pencher la balance en faveur des employés et qu'il en résulterait que les cotisations seraient versées selon des évaluations actuarielles moins prudentes, et qu'il y aurait moins de régimes à prestations déterminées et moins de régimes de retraite complémentaires dans l'ensemble. En dépit de leur intérêt, ces arguments ne sont pas persuasifs. Premièrement, l'obligation de répartition n'est pas liée à la question du droit à l'excédent, qui doit être décidée séparément selon les dispositions du Régime et de la Loi. Deuxièmement, le régime législatif contrôle le niveau du financement en obligeant les employeurs et les administrateurs à suivre les normes actuarielles reconnues pour l'évaluation de la solvabilité du régime (règl. 909, art. 16). Enfin, la mise en place de régimes de retraite remplit certaines fonctions sur le marché du travail au profit des entreprises. Elles permettent

and a construction of s. 70(6) that is in accordance with the terms of the statute is unlikely to disrupt the balance between employer and employee interests.

As between employees, it is difficult to see how this interpretation of s. 70(6) results in any unfairness to the ongoing members, as was argued before us in this appeal. Requiring that the pro rata share of the actuarial surplus be distributed at the time of partial wind-up is unlikely to compromise the continuing integrity of the pension fund. By definition, the fund will still be in surplus after the distribution, except that the amount of surplus will be reduced in proportion to the size and level of entitlement, if any, of the partial wind-up group and subject to the statutory restrictions on withdrawal of surplus by the employer. In this case, approximately \$16 million in actuarial surplus would have remained in the fund even if the entire surplus related to the partial wind-up was distributed.

By contrast, if Affected Members are required to await a full wind-up at some indeterminate future date to share in the distribution of surplus, it would place them in a worse position than continuing employees. Affected Members are placed in a significantly different position from continuing employees because they have just lost their jobs, their level of pensionable earnings are reduced, and they will rarely be able to replicate the same level of benefits elsewhere. Since pension plans are theoretically intended to be indeterminate in nature, Affected Members may no longer be reachable if a full wind-up occurs. It makes sense for the Affected Members to be subject to the risks of the Plan while they are a part of it, but not after they have been terminated from it. This same rationale would equally apply to future Affected Members if another partial

notamment d'attirer la main-d'œuvre, de réduire le roulement du personnel, d'améliorer le moral, d'augmenter la productivité et le rendement et de promouvoir la loyauté envers l'entreprise (Deaton, *op. cit.*, p. 119). Bref, les employeurs ont bien des raisons d'offrir des régimes de retraite et une interprétation du par. 70(6) qui correspond au libellé de la Loi ne perturbera vraisemblablement pas l'équilibre entre les intérêts des employeurs et des employés.

Quant aux effets entre les employés, il est difficile de voir comment cette interprétation du par. 70(6) entraîne un résultat inéquitable pour les participants qui conservent leur emploi, comme ce fut plaidé devant nous en l'espèce. Exiger que la part proportionnelle de l'excédent actuariel soit répartie à la liquidation partielle ne compromettra vraisemblablement pas l'intégrité de la caisse de retraite. Par définition, la caisse aura encore un excédent après la répartition, sauf que le montant de l'excédent sera diminué proportionnellement à l'importance et au niveau des droits à pension, le cas échéant, du groupe visé par la liquidation et sera sujet aux restrictions législatives relatives aux retraits d'un excédent par l'employeur. En l'espèce, environ 16 millions de dollars d'excédent actuariel seraient restés dans la caisse même si la totalité de l'excédent lié à la liquidation partielle avait été distribuée.

Par contre, si les participants touchés devaient attendre la liquidation totale à une date ultérieure indéterminée pour recevoir leur part de l'excédent, ils se trouveraient dans une moins bonne situation que les employés qui restent. Le sort des employés qui restent est sensiblement différent de celui des participants touchés, car ces derniers viennent de perdre leur emploi, leur niveau de gains ouvrant droit à pension est limité et ils pourront rarement trouver ailleurs un même niveau de prestations. Comme, en principe, les régimes de retraite sont d'une durée indéterminée, les participants touchés lors de la liquidation partielle seront peut-être impossibles à joindre au moment de la liquidation totale. Il est logique que les employés qui conservent leur emploi soient exposés aux risques inhérents au Régime, mais cette logique ne s'applique

40

41

wind-up occurs and to all members at the time of a full wind-up, so that each group would bear the consequences of market forces at the time of their termination from the Plan. This seems to be the fairest distribution of risk and in accordance with the object of the Act.

42 There are also policy and practical reasons supporting an interpretation requiring distribution upon partial wind-up. A surplus is, in effect, a windfall because it was not within the expectations of either the employer or the employees when the regime was implemented. The employer contributes to the fund as much as is necessary to match the funding target of the Plan on a going concern basis, taking into consideration actuarial estimates and assumptions. The basic expectation of the employees when joining the Plan is to receive periodic pension benefits on retirement. The fluctuation in the value of the assets is essentially the result of unforeseen market performance or plan experience. As discussed earlier, the most equitable solution is to distribute the fortunes of favourable markets at the time Affected Members are terminated. In this way, the windfall is related to their actual time and participation in the plan rather than being subject to the experience of a plan of which they are no longer a part.

43 Moreover, the increasingly mobile nature of labour should be recognized. When a group of employees is terminated and that part of the Plan is wound up, those accounts should generally be settled concurrently. The Affected Members should be able to know their status at the time of their termination so as to arrange their affairs accordingly and not be indefinitely tied to an employer that laid them off. On the flip side, if Affected Members only have a right to surplus distribution on full wind-up, assuming they are so entitled to receive it, they may no longer be alive to realize their right when, if ever, a full wind-up occurs. Even if they are, they may be difficult to locate or contact. As a practical matter, it is at the time of termination that

plus à ceux qui l'ont quitté. Le même raisonnement s'appliquerait également aux futurs participants touchés si une autre liquidation partielle survenait et à tous les participants au moment d'une liquidation totale, de sorte que chaque groupe supporterait les conséquences des forces du marché au moment de sa désaffiliation du Régime. Cela semble constituer la plus juste répartition des risques et être conforme à l'objet de la Loi.

Des raisons d'ordre politique et pratique justifient aussi une interprétation requérant une répartition lors de la liquidation partielle. Un excédent est, en réalité, un cadeau du ciel, auquel ni l'employeur ni les employés ne s'attendent lorsque le régime est mis en place. L'employeur verse à la caisse les cotisations qui sont requises pour réaliser l'objectif de financement à long terme du Régime, selon des évaluations et des hypothèses actuarielles. L'expectative fondamentale des employés qui adhèrent au Régime est de recevoir des prestations de pension périodiques à la retraite. La fluctuation de la valeur de l'actif résulte essentiellement du rendement imprévu du marché ou de l'évolution du régime. Comme je l'ai précisé précédemment, la solution la plus équitable consiste à distribuer les bénéfices d'une conjoncture favorable au moment où les participants touchés perdent leur emploi. De cette manière, ce cadeau du ciel est relié à leur participation réelle au Régime plutôt que de dépendre de l'évolution du régime après le moment où leurs liens avec celui-ci sont rompus.

De plus, il convient de reconnaître la mobilité croissante de la main-d'œuvre. Lorsqu'un groupe d'employés perdent leur emploi et qu'une partie du Régime est liquidée, leurs comptes devraient généralement être réglés simultanément. Les participants touchés devraient pouvoir connaître leur situation au moment de la cessation de leur emploi afin d'être en mesure d'organiser leurs affaires en conséquence. Ils ne devraient pas être liés indéfiniment à un employeur qui les a mis à pied. D'ailleurs, si les participants touchés avaient un droit à la répartition de l'excédent seulement au moment de la liquidation totale, en présumant qu'ils y ont droit, il se peut qu'ils ne soient plus vivants pour réaliser leur droit, si une liquidation



their right to surplus, if any, is most needed, considering they have just lost their jobs and their source of regular income.

Furthermore, the argument that actuarial surplus is notional and thus too unreliable to justify the liquidation of any Plan assets is unconvincing. Although the assessment of an actuarial surplus is of necessity an estimate, it does not follow that the distribution of surplus would be unsound. Actuarial estimates of pension values are used for many purposes, including the sale of corporations or divisions of corporations, the division of matrimonial property, and the taking of contribution holidays by employers. Further, while the actuarial assumptions at play can vary, some uniformity can be found by requiring particular methods of valuation for certain purposes. For instance, the regulations prescribe that a “going concern valuation” (defined in Reg. 909, s. 1(2)) be used for valuing continuing pension plans (see, e.g., Reg. 909, s. 13(1) or 26). In contrast, a “solvency valuation” or “wind-up valuation” can be used when plans are actually or notionally wound up. This is in line with the different purposes underlying the regulation of continuing as opposed to winding up plans. In the former, the main concern is capital regulation to ensure adequate contribution levels based on estimates of current service costs to maintain fund integrity. In the latter, for wind-ups in whole or in part, the main concern is severing the terminated part of the Plan and ensuring Affected Members receive their legal entitlements, if any, as beneficiaries through the distribution of assets related to the part of the Plan being wound up.

Lastly, distribution upon partial wind up is consistent with the trust principles outlined in *Schmidt*,

totale survient effectivement un jour. Même s’ils vivent toujours, il se peut qu’il soit difficile de les trouver ou de les joindre. En pratique, c’est au moment de la cessation de leur emploi que leur droit à l’excédent, le cas échéant, est le plus utile, étant donné qu’ils viennent de perdre leur emploi et leur source de revenu régulier.

En outre, l’argument voulant que l’excédent actuariel soit fictif et qu’il ne soit pas possible de s’y fier pour liquider une quelconque partie de l’actif du Régime n’est pas convaincant. Même si l’évaluation d’un excédent actuariel est nécessairement une estimation, il ne s’ensuit pas que sa distribution est mal fondée. Les évaluations actuarielles de la valeur de la pension servent plusieurs fins, telles que la vente ou les divisions d’entreprises, le partage des biens matrimoniaux et les exonérations de cotisations des employeurs. De plus, même si les hypothèses actuarielles en cause peuvent varier, il est possible d’atteindre une certaine uniformité en imposant des méthodes d’évaluation précises dans certains cas. Par exemple, le règlement prescrit qu’une « évaluation à long terme » (définie dans le règl. 909, par. 1(2)) doit être utilisée pour l’évaluation d’un régime qui continue d’exister (voir, p. ex., le règl. 909, par. 13(1) ou l’art. 26). À l’inverse, une « évaluation de solvabilité » ou une « évaluation de liquidation » peut être utilisée en cas de liquidation effective ou fictive. Cela s’explique par les objectifs différents qui sous-tendent la réglementation des régimes qui continuent d’exister par rapport à ceux qui sont en liquidation. Dans le premier cas, la préoccupation majeure est de prévoir des mesures liées à assurer la capitalisation afin d’assurer que les niveaux de cotisations, fixés en fonction de l’estimation des coûts des services courants, soient suffisants pour préserver l’intégrité de la caisse. Dans le deuxième cas, qu’il s’agisse de liquidation totale ou partielle, la préoccupation majeure est de s’assurer que la partie du Régime qui est liquidée est mise à part et que les participants touchés reçoivent ce à quoi ils ont droit, le cas échéant, en tant que bénéficiaires, par la répartition de l’actif lié à la partie du Régime en liquidation.

Enfin, la répartition à la liquidation partielle se concilie harmonieusement avec les principes du

*supra*, regarding surplus entitlement and contribution holidays. Although that case dealt with a situation of entitlement to surplus on a full wind-up, which is not in issue here, the appellants placed much weight on the distinction made by Cory J. between actual and actuarial surplus. Cory J. held at pp. 654-55 that:

Employees can claim no entitlement to surplus in an ongoing plan because it is not definite. The right to any surplus is crystallized only when the surplus becomes ascertainable upon termination of the plan. Therefore, the taking of a contribution holiday represents neither an encroachment upon the trust nor a reduction of accrued benefits.

. . .

When the plan is terminated, the actuarial surplus becomes an actual surplus and vests in the employee beneficiaries. [Emphasis added.]

46

Section 70(6) provides for distribution of surplus only at the time of plan termination, be it partial or full. The definition of “partial wind up” in s. 1 of the Act explicitly refers to the “termination” of “that part of the pension plan”. Also, surplus is ascertainable at that time according to current valuation methods. Neither s. 70(6) nor this appeal affects the ability of an employer to take contribution holidays while the Plan is ongoing and the Plan allows for it. Therefore, requiring distribution on partial wind-up is fully compatible with this Court’s decision in *Schmidt* and the principles discussed therein. Upon partial wind-up, the pro rata share of the surplus ceases to be notional. It is then actual.

47

Section 70(6) was enacted to ensure that Affected Members on partial wind-up are not in a worse position than a future full wind-up group. This requirement of equity provided by s. 70(6) is in relation to other rights provided for under the Act. As far as the distribution of surplus is concerned, the object of the Act and s. 70(6) strongly promote an interpretation that requires this

droit des fiducies exposés dans l’arrêt *Schmidt*, précité, à l’égard du droit à un surplus de caisse de retraite et de la période d’exonération de cotisations. Bien que cet arrêt porte sur le droit au surplus en cas de liquidation totale, ce qui n’est pas le cas en l’espèce, les appelantes ont beaucoup insisté sur la distinction faite par le juge Cory entre les surplus réel et actuariel. Ce dernier précise (p. 654-655) :

Les employés ne peuvent revendiquer aucun droit au surplus d’un régime existant puisqu’il n’est pas définitif. Le droit à tout surplus n’est cristallisé que lorsque celui-ci devient vérifiable à la cessation du régime. Par conséquent, le fait de s’accorder une période d’exonération de cotisations ne représente ni un empiétement sur la fiducie, ni une réduction des prestations acquises.

. . .

À la cessation du régime, le surplus actuariel devient un surplus réel et est dévolu aux employés bénéficiaires. [Je souligne.]

Le paragraphe 70(6) prévoit la répartition de l’excédent seulement à la cessation du régime, qu’elle soit partielle ou totale. La définition de « liquidation partielle », à l’article premier de la Loi, renvoie explicitement à la « cessation » de « cette partie du régime de retraite ». De plus, l’excédent est vérifiable à ce moment selon les méthodes d’évaluation alors en vigueur. Ni le paragraphe 70(6) ni le présent pourvoi n’empêchent l’employeur de se prévaloir de périodes d’exonération de cotisations lorsque le Régime continue d’exister et qu’il le permet. Exiger la répartition lors de la liquidation partielle est dès lors compatible avec la décision de notre Cour dans l’arrêt *Schmidt* et les principes qui y sont analysés. À la liquidation partielle, la part proportionnelle de l’excédent cesse d’être fictive. Elle devient réelle.

Le paragraphe 70(6) a été adopté pour assurer aux participants touchés par une liquidation partielle un traitement aussi favorable que celui réservé aux groupes visés par une liquidation totale. Le paragraphe 70(6), qui exprime un souci d’équité, fait écho aux autres dispositions de la Loi. Pour ce qui est de la répartition de l’excédent, l’objet de la Loi et le par. 70(6) militent fortement en faveur d’une

distribution to occur at the time of the partial wind-up rather than later.

#### V. Conclusion

In light of all of the above, I conclude that s. 70(6) requires the distribution of actuarial surplus related to the part of the Plan being wound up, on the effective date of the partial wind-up. As a consequence, I agree with the Court of Appeal's interpretation and find that the Tribunal incorrectly interpreted the provision at first instance.

This result is also consistent with the historical context of pension law. Statutory interventions in pension law have sought to clarify and regulate the relationship between employers and employees in order to promote the pension system while adjusting imbalances of power. With regard to surplus and its distribution on wind-up, the legislature has implemented some measures in this regard, be it to improve the position of employees if the Plan fails to provide for distribution (s. 79(4) of the Act) or to require consent of members for the withdrawal of surplus by employers (Reg. 909, s. 8). However, these steps have also been tailored in such a way as to avoid placing too heavy a burden on employers in exercising their rights under the Plan or discouraging them from maintaining pension funds for their workforce. Distribution of surplus on partial wind-up reflects this balance because it does not reduce or remove any entitlements of the employers. In contrast, failure to require distribution could negatively impact the potential entitlements of affected employees of the partial wind-up group. Considering the text, scheme and purpose of the Act against this background discloses an intent of the legislature to require surplus distribution on partial wind-up of a plan.

The vital importance of pension schemes in the modern labour market is evident. Pension funds are a significant asset for employers and an invaluable nest egg for an aging workforce. Legislative schemes that establish minimum standards and

interprétation selon laquelle cette répartition doit avoir lieu lors de la liquidation partielle et non après.

#### V. Conclusion

En raison de ce qui précède, je conclus que le par. 70(6) commande que la répartition de l'excédent actuariel qui se rapporte au groupe touché par la liquidation partielle soit effectuée à la date de la prise d'effet de cette liquidation. En conséquence, je souscris à l'interprétation de la Cour d'appel et conclus que le Tribunal a mal interprété la disposition en première instance.

Ce résultat est aussi conforme avec le contexte historique du droit des pensions. Les interventions du législateur dans le domaine des régimes de retraite visaient à expliquer et à réglementer la relation employeur-employés afin de promouvoir le système des régimes de retraite tout en rééquilibrant les forces en présence. En ce qui a trait aux excédents et à leur répartition lors de la liquidation, le législateur a mis en œuvre des mesures destinées à améliorer la situation des employés lorsqu'un régime ne prévoit pas de répartition (par. 79(4) de la Loi) ou à exiger l'accord des participants pour le retrait d'un excédent par l'employeur (règl. 909, art. 8). Ces mesures ont toutefois été conçues de façon à ne pas imposer un fardeau trop lourd aux employeurs qui exercent leurs droits en vertu du Régime et à ne pas les décourager de maintenir un régime de retraite pour leur personnel. La répartition de l'excédent à la liquidation partielle reflète cet équilibre, parce qu'elle ne réduit ou ne supprime pas les droits des employeurs. À l'inverse, ne pas exiger cette répartition pourrait porter atteinte aux droits que pourraient avoir les employés du groupe touché par la liquidation partielle. Sur cette toile de fond, le libellé, l'esprit et l'objet de la Loi mettent en évidence que le législateur avait l'intention d'exiger la répartition de l'excédent lors de la liquidation partielle du régime de retraite.

Sur le marché moderne du travail, il est évident que les régimes de retraite revêtent une importance cruciale. Les caisses de retraite représentent un élément d'actif important pour les employeurs et un inestimable coussin de sécurité pour une

48

49

50

ensure the protection of employee benefits are an element of sound financial and social policy. The facilitation and encouragement of pension plan participation advance the interests of employees, employers, and the public. As part of the legislature's statutory structure that aims to accommodate the interests of ongoing and terminated employees, it enacted s. 70(6) to require actual distribution of the pro rata share of actuarial surplus on plan wind-up, be it full or partial.

main-d'œuvre vieillissante. Les régimes législatifs qui établissent des normes minimales et qui assurent la protection des avantages sociaux des employés s'inscrivent dans une politique financière et sociale saine. Faciliter et encourager la mise en place de régimes de retraite favorisent les intérêts des employés, des employeurs et du public. Dans le cadre d'un aménagement législatif visant à concilier les intérêts des employés qui restent et de ceux qui ont perdu leur emploi, le législateur a édicté le par. 70(6), qui prescrit la répartition effective d'une part proportionnelle de l'excédent actuariel lors de la liquidation du régime, qu'elle soit totale ou partielle.

51

The appeal is dismissed with costs.

Le pourvoi est rejeté avec dépens.

#### APPENDIX

#### ANNEXE

##### Statutory Provisions

##### Dispositions législatives

(1) *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8

(1) *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8

1. In this Act,

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

. . .

. . .

“partial wind up” means the termination of part of a pension plan and the distribution of the assets of the pension fund related to that part of the pension plan;

« excédent » L'excédent de la valeur de l'actif de la caisse de retraite liée à un régime de retraite par rapport à la valeur du passif relatif au régime de retraite, les deux sommes étant calculées de la manière prescrite.

. . .

. . .

“surplus” means the excess of the value of the assets of a pension fund related to a pension plan over the value of the liabilities under the pension plan, both calculated in the prescribed manner;

« liquidation » Cessation d'un régime de retraite et répartition de l'actif de la caisse de retraite.

« liquidation partielle » Cessation d'une partie d'un régime de retraite et répartition de l'actif de la caisse de retraite qui se rapporte à cette partie du régime de retraite.

. . .

. . .

“wind up” means the termination of a pension plan and the distribution of the assets of the pension fund;

. . .

. . .

68. (1) The employer or, in the case of a multi-employer pension plan, the administrator may wind up the pension plan in whole or in part.

68 (1) L'employeur ou, dans le cas d'un régime de retraite interentreprises, l'administrateur peut liquider totalement ou partiellement un régime de retraite.

(2) The administrator shall give written notice of proposal to wind up the pension plan to,

(2) L'administrateur donne un avis écrit de son intention de liquider le régime de retraite :

(a) the Superintendent;

a) au surintendant;

- |   |  |
|---|--|
| (b) each member of the pension plan;                              | b) à chaque participant au régime de retraite;                                 |
| (c) each former member of the pension plan;                       | c) à chaque ancien participant au régime de retraite;                          |
| (d) each trade union that represents members of the pension plan; | d) à chaque syndicat qui représente les participants au régime de retraite;    |
| (e) the advisory committee of the pension plan; and               | e) au comité consultatif du régime de retraite;                                |
| (f) any other person entitled to a payment from the pension fund. | f) à toute autre personne qui a droit à un paiement sur la caisse de retraite. |

(3) In the case of a proposal to wind up only part of a pension plan, the administrator is not required to give written notice of the proposal to members, former members or other persons entitled to payment from the pension fund if they will not be affected by the proposed partial wind up.

(3) Dans le cas de l'intention de liquider seulement en partie un régime de retraite, l'administrateur n'est pas tenu de donner un avis écrit de son intention aux participants, aux anciens participants ou aux autres personnes qui ont droit à un paiement sur la caisse de retraite si la liquidation partielle projetée n'a pas d'incidence sur eux.

(4) The notice of proposal to wind up shall contain the information prescribed by the regulations.

(4) L'avis d'intention de liquider contient les renseignements prescrits par les règlements.

(5) The effective date of the wind up shall not be earlier than the date member contributions, if any, cease to be deducted, in the case of contributory pension benefits, or, in any other case, on the date notice is given to members.

(5) La date de prise d'effet de la liquidation n'est pas antérieure à la date où les cotisations des participants, s'il y en a, cessent d'être déduites, dans le cas des prestations de pension contributives, ou, dans tous les autres cas, à la date où l'avis est donné aux participants.

(6) The Superintendent by order may change the effective date of the wind up if the Superintendent is of the opinion that there are reasonable grounds for the change.

(6) Le surintendant peut, par ordre, changer la date de prise d'effet de la liquidation s'il est d'avis qu'il existe des motifs raisonnables de le faire.

**69.** (1) The Superintendent by order may require the wind up of a pension plan in whole or in part if,

**69** (1) Le surintendant peut, par ordre, exiger la liquidation partielle ou totale d'un régime de retraite dans les cas suivants :

- |   |   |
|---|---|
| (a) there is a cessation or suspension of employer contributions to the pension fund;   | a) il y a cessation ou suspension des cotisations de l'employeur à la caisse de retraite;   |
| (b) the employer fails to make contributions to the pension fund as required by this Act or the regulations;  | b) l'employeur ne verse pas de cotisations à la caisse de retraite comme l'exigent la présente loi ou les règlements;   |
| (c) the employer is bankrupt within the meaning of the <i>Bankruptcy and Insolvency Act</i> (Canada);   | c) l'employeur est en faillite au sens de la <i>Loi sur la faillite et l'insolvabilité</i> (Canada);  |
| (d) a significant number of members of the pension plan cease to be employed by the employer as a result of the discontinuance of all or part of the business of the employer or as a result of the reorganization of the business of the employer; | d) un nombre important de participants au régime de retraite ont vu leur emploi prendre fin par suite de la cessation de la totalité ou d'une partie des affaires de l'employeur ou par suite de la réorganisation des affaires de l'employeur; |
| (e) all or a significant portion of the business carried on by the employer at a specific location is discontinued;   | e) la totalité ou une partie importante des affaires que l'employeur fait dans un lieu en particulier ont cessé;  |
| (f) all or part of the employer's business or all or part of the assets of the employer's business are  | f) la totalité ou une partie des affaires de l'employeur, ou la totalité ou une partie de l'actif   |

sold, assigned or otherwise disposed of and the person who acquires the business or assets does not provide a pension plan for the members of the employer's pension plan who become employees of the person;

- (g) the liability of the Guarantee Fund is likely to be substantially increased unless the pension plan is wound up in whole or in part;
- (h) in the case of a multi-employer pension plan,
  - (i) there is a significant reduction in the number of members, or
  - (ii) there is a cessation of contributions under the pension plan or a significant reduction in such contributions; or
- (i) any other prescribed event or prescribed circumstance occurs.

(2) In an order under subsection (1), the Superintendent shall specify the effective date of the wind up, the persons or class or classes of persons to whom the administrator shall give notice of the order and the information that shall be given in the notice.

**70.** (1) The administrator of a pension plan that is to be wound up in whole or in part shall file a wind up report that sets out,

- (a) the assets and liabilities of the pension plan;
- (b) the benefits to be provided under the pension plan to members, former members and other persons;
- (c) the methods of allocating and distributing the assets of the pension plan and determining the priorities for payment of benefits; and
- (d) such other information as is prescribed.

(2) No payment shall be made out of the pension fund in respect of which notice of proposal to wind up has been given until the Superintendent has approved the wind up report.

(3) Subsection (2) does not apply to prevent continuation of payment of a pension or any other benefit the payment of which commenced before the giving of the notice of proposal to wind up the pension plan or to prevent any other payment that is prescribed or that is approved by the Superintendent.

relatif aux affaires de l'employeur sont vendus, cédés ou autrement aliénés et la personne qui acquiert ces affaires ou cet actif n'offre pas de régime de retraite aux participants au régime de retraite de l'employeur, qui sont devenus des employés de la personne;

- (g) le passif du Fonds de garantie augmentera vraisemblablement de façon importante si le régime de retraite n'est pas totalement ou partiellement liquidé;
- (h) dans le cas d'un régime de retraite interentreprises :
  - (i) ou bien il y a une réduction importante du nombre des participants,
  - (ii) ou bien il y a cessation des cotisations versées aux termes du régime de retraite ou une réduction importante de ces cotisations;
- (i) d'autres circonstances ou événements prescrits se produisent.

(2) Dans un ordre prévu au paragraphe (1), le surintendant précise la date de prise d'effet de la liquidation, les personnes, la ou les catégories de personnes auxquelles l'administrateur doit donner avis de l'ordre et les renseignements qui doivent être inclus dans l'avis.

**70** (1) L'administrateur d'un régime de retraite, lorsque ce régime doit être totalement ou partiellement liquidé, dépose un rapport de liquidation qui indique ce qui suit :

- a) l'actif et le passif du régime de retraite;
- b) les prestations qui seront fournies aux participants, aux anciens participants ou aux autres personnes aux termes du régime de retraite;
- c) les méthodes d'attribution et de répartition de l'actif du régime de retraite, et la méthode de détermination des priorités pour le paiement des prestations;
- d) les autres renseignements prescrits.

(2) Aucun paiement n'est effectué sur la caisse de retraite qui a fait l'objet d'un avis d'intention de liquider tant que le surintendant n'a pas approuvé le rapport de liquidation.

(3) Le paragraphe (2) n'a pas pour effet d'empêcher la continuation du paiement d'une pension ou de toute autre prestation si ce paiement a commencé avant la remise de l'avis d'intention de liquider le régime de retraite, ou d'empêcher tout autre paiement qui est prescrit ou qui est approuvé par le surintendant.

(4) An administrator shall not make payment out of the pension fund except in accordance with the wind up report approved by the Superintendent.

(5) The Superintendent may refuse to approve a wind up report that does not meet the requirements of this Act and the regulations or that does not protect the interests of the members and former members of the pension plan.

(6) On the partial wind up of a pension plan, members, former members and other persons entitled to benefits under the pension plan shall have rights and benefits that are not less than the rights and benefits they would have on a full wind up of the pension plan on the effective date of the partial wind up.

**73.** (1) For the purpose of determining the amounts of pension benefits and any other benefits and entitlements on the winding up of a pension plan, in whole or in part,

- (a) the employment of each member of the pension plan affected by the winding up shall be deemed to have been terminated on the effective date of the wind up;
- (b) each member's pension benefits as of the effective date of the wind up shall be determined as if the member had satisfied all eligibility conditions for a deferred pension; and
- (c) provision shall be made for the rights under section 74.

(2) A person entitled to a pension benefit on the wind up of a pension plan, other than a person who is receiving a pension, is entitled to the rights under subsection 42(1) (transfer) of a member who terminates employment and, for the purpose, subsection 42(3) does not apply.

**74.** (1) A member in Ontario of a pension plan whose combination of age plus years of continuous employment or membership in the pension plan equals at least fifty-five, at the effective date of the wind up of the pension plan in whole or in part, has the right to receive,

- (a) a pension in accordance with the terms of the pension plan, if, under the pension plan, the member is eligible for immediate payment of the pension benefit;
- (b) a pension in accordance with the terms of the pension plan, beginning at the earlier of,

(4) Un administrateur ne fait des paiements sur la caisse de retraite qu'en conformité avec le rapport de liquidation approuvé par le surintendant.

(5) Le surintendant peut refuser d'approuver un rapport de liquidation qui ne répond pas aux exigences de la présente loi et des règlements, ou qui ne protège pas les intérêts des participants et des anciens participants au régime de retraite.

(6) À la liquidation partielle d'un régime de retraite, les participants, les anciens participants et les autres personnes qui ont droit à des prestations en vertu du régime de retraite ont des droits et prestations qui ne sont pas inférieurs aux droits et prestations qu'ils auraient à la liquidation totale du régime de retraite à la date de prise d'effet de la liquidation partielle.

**73** (1) Afin de déterminer les montants des prestations de retraite et des autres prestations et droits à la liquidation totale ou partielle d'un régime de retraite :

- a) l'emploi de chaque participant au régime de retraite touché par la liquidation est réputé avoir pris fin à la date de prise d'effet de la liquidation;
- b) les prestations de retraite de chaque participant à la date de prise d'effet de la liquidation sont déterminées comme si le participant avait rempli toutes les conditions d'admissibilité à une pension différée;
- c) il est tenu compte des droits prévus à l'article 74.

(2) Une personne qui a droit à une prestation de retraite à la liquidation d'un régime de retraite, autre qu'une personne qui touche une pension, peut se prévaloir des droits prévus au paragraphe 42(1) (transfert) à l'intention du participant qui met fin à son emploi et, à cette fin, le paragraphe 42(3) ne s'applique pas.

**74** (1) En Ontario, un participant à un régime de retraite dont le total de l'âge plus le nombre d'années d'emploi continu ou d'affiliation continue est d'au moins cinquante-cinq, à la date de prise d'effet de la liquidation totale ou partielle, a droit à l'une des pensions suivantes :

- a) une pension conforme aux conditions du régime de retraite si, aux termes du régime de retraite, le participant est admissible au paiement immédiat d'une prestation de retraite;
- b) une pension conforme aux conditions du régime de retraite, commençant à la plus antérieure des dates suivantes :

- (i) the normal retirement date under the pension plan, or
  - (ii) the date on which the member would be entitled to an unreduced pension under the pension plan if the pension plan were not wound up and if the member's membership continued to that date; or
- (c) a reduced pension in the amount payable under the terms of the pension plan beginning on the date on which the member would be entitled to the reduced pension under the pension plan if the pension plan were not wound up and if the member's membership continued to that date.

**77.** Subject to the application of the Guarantee Fund, where the money in a pension fund is not sufficient to pay all the pension benefits and other benefits on the wind up of the pension plan in whole or in part, the pension benefits and other benefits shall be reduced in the prescribed manner.

**78.** (1) No money may be paid out of a pension fund to the employer without the prior consent of the Superintendent.

**79.** (1) Subject to section 89 (hearing and appeal), the Superintendent shall not consent to payment of money that is surplus to the employer out of a continuing pension plan unless,

- (a) the Superintendent is satisfied, based on reports provided with the application, that the pension plan has a surplus;
- (b) the pension plan provides for the withdrawal of surplus by the employer while the pension plan continues in existence, or the applicant satisfies the Superintendent that the applicant is otherwise entitled to withdraw the surplus;
- (c) where all pension benefits under the pension plan are guaranteed by an insurance company, an amount equal to at least two years of the employer's current service costs is retained in the pension fund as surplus;
- (d) where the members are not required to make contributions under the pension plan, the greater of,
  - (i) an amount equal to two years of the employer's current service costs, or

- (i) la date normale de retraite prévue par le régime de retraite,
  - (ii) la date à laquelle le participant aurait droit à une pension non réduite aux termes du régime de retraite si celui-ci n'était pas liquidé et que l'affiliation du participant avait continué jusqu'à cette date;
- c) une pension réduite dont le montant correspond à celui à verser aux termes du régime de retraite commençant à la date à laquelle le participant aurait droit à la pension réduite en vertu du régime de retraite si celui-ci n'était pas liquidé et que l'affiliation du participant avait continué jusqu'à cette date.

**77** Sous réserve de l'application du Fonds de garantie, si les sommes de la caisse de retraite ne suffisent pas à payer toutes les prestations de retraite et autres prestations à la liquidation totale ou partielle du régime de retraite, les prestations de retraite et autres prestations sont réduites de la manière prescrite.

**78** (1) Aucune somme ne peut être prélevée sur une caisse de retraite pour payer un employeur sans le consentement préalable du surintendant.

**79** (1) Sous réserve de l'article 89 (audience et appel), le surintendant ne consent à effectuer un paiement à un employeur, par prélèvement sur un régime de retraite qui continue d'exister, d'une somme excédentaire qu'aux conditions suivantes :

- a) le surintendant est convaincu, d'après les rapports fournis avec la demande, qu'il y a un excédent dans le régime de retraite;
- b) le régime de retraite prévoit le retrait d'un excédent par l'employeur pendant que le régime de retraite continue d'exister, ou l'auteur de la demande convainc le surintendant qu'il a, d'une autre façon, le droit de retirer l'excédent;
- c) si toutes les prestations de retraite prévues par le régime de retraite sont garanties par une compagnie d'assurance, un montant au moins égal à deux ans de coûts des services courants de l'employeur est retenu dans la caisse de retraite comme excédent;
- d) si les participants ne sont pas tenus de cotiser au régime de retraite, est retenu dans la caisse de retraite comme excédent le plus élevé des montants suivants :
  - (i) soit un montant égal à deux ans de coûts des services courants de l'employeur,



- (ii) an amount equal to 25 per cent of the liabilities of the pension plan calculated as prescribed,

is retained in the pension fund as surplus;

- (e) where members are required to make contributions under the pension plan, all surplus attributable to contributions paid by members and the greater of,

- (i) an amount equal to two years of the employer's current service costs, or

- (ii) an amount equal to 25 per cent of the liabilities of the pension plan calculated as prescribed,

are retained in the pension fund as surplus; and

- (f) the applicant and the pension plan comply with all other requirements prescribed under other sections of this Act in respect of the payment of surplus money out of a pension fund.

- (ii) soit un montant égal à 25 pour cent du passif du régime de retraite calculé selon ce qui est prescrit;

- e) si les participants sont tenus de cotiser au régime de retraite, sont retenus dans la caisse de retraite comme excédent tout l'excédent imputable aux cotisations versées par les participants et le plus élevé des montants suivants :

- (i) soit un montant égal à deux ans de coûts des services courants de l'employeur,

- (ii) soit un montant égal à 25 pour cent du passif du régime de retraite calculé selon ce qui est prescrit;

- f) l'auteur de la demande et le régime de retraite se conforment à toutes les autres exigences prescrites en vertu d'autres articles de la présente loi à l'égard du prélèvement de sommes excédentaires sur la caisse de retraite.

(3) Subject to section 89 (hearing and appeal), the Superintendent shall not consent to an application by an employer in respect of surplus in a pension plan that is being wound up in whole or in part unless,

- (a) the Superintendent is satisfied, based on reports provided with the application, that the pension plan has a surplus;
- (b) the pension plan provides for payment of surplus to the employer on the wind up of the pension plan;
- (c) provision has been made for the payment of all liabilities of the pension plan as calculated for purposes of termination of the pension plan; and
- (d) the applicant and the pension plan comply with all other requirements prescribed under other sections of this Act in respect of the payment of surplus money out of a pension fund.

(4) A pension plan that does not provide for payment of surplus money on the wind up of the pension plan shall be construed to require that surplus money accrued after the 31st day of December, 1986 shall be distributed proportionately on the wind up of the pension plan among members, former members and any other persons entitled

(3) Sous réserve de l'article 89 (audience et appel), le surintendant ne consent à une demande d'un employeur à l'égard de l'excédent d'un régime de retraite qui est, en totalité ou en partie, en cours de liquidation que si les conditions suivantes sont réunies :

- a) le surintendant est convaincu, d'après les rapports fournis avec la demande, qu'il y a un excédent dans le régime de retraite;
- b) le régime de retraite prévoit le paiement de l'excédent à l'employeur à la liquidation du régime de retraite;
- c) le paiement de l'ensemble du passif du régime de retraite tel qu'il a été calculé aux fins de la cessation du régime de retraite a été prévu;
- d) l'auteur de la demande et le régime de retraite se conforment à toutes les autres exigences prescrites en vertu d'autres articles de la présente loi à l'égard du prélèvement de sommes excédentaires sur une caisse de retraite.

(4) Un régime de retraite qui ne prévoit pas le paiement de sommes excédentaires à la liquidation du régime de retraite s'interprète comme exigeant que les sommes excédentaires accumulées après le 31 décembre 1986 soient réparties proportionnellement, à la liquidation du régime de retraite, entre les participants, les anciens

to payments under the pension plan on the date of the wind up.

**84.** (1) If the Superintendent by order declares that the Guarantee Fund applies to a pension plan, the following are guaranteed by the Guarantee Fund, subject to the limitations and qualifications as are set out in this Act or are prescribed:

1. Any pension in respect of employment in Ontario.
2. Any deferred pension in respect of employment in Ontario to which a former member is entitled, if the former member's employment or membership was terminated before the 1st day of January, 1988 and the former member was at least forty-five years of age and had at least ten years of continuous employment with the employer, or was a member of the pension plan for a continuous period of at least ten years, at the date of termination of employment.
3. A percentage of any defined pension benefits in respect of employment in Ontario to which a member or former member is entitled under section 36 or 37 (deferred pension), or both, if the member's or former member's employment or membership was terminated on or after the 1st day of January, 1988, equal to 20 per cent if the combination of the member's or former member's age plus years of employment or membership in the pension plan equals fifty, plus an additional 2/3 of 1 per cent for each additional one-twelfth credit of age and employment or membership to a maximum of 100 per cent.
4. All additional voluntary contributions, and the interest thereon, made by members or former members while employed in Ontario.
5. The minimum value of all required contributions made to the pension plan by a member or former member in respect of employment in Ontario plus interest.
6. That part of a deferred pension guaranteed under this subsection to which a former spouse or same-sex partner of a member or of a former member is entitled under a domestic contract or an order under the *Family Law Act*.

participants et les autres personnes qui ont droit à des paiements aux termes du régime de retraite à la date de la liquidation.

**84** (1) Si le surintendant déclare par ordre que le Fonds de garantie s'applique à un régime de retraite, le Fonds de garantie, sous réserve des restrictions et des conditions requises qui sont énoncées dans la présente loi ou prescrites, garantit ce qui suit :

1. Les pensions à l'égard de l'emploi en Ontario.
2. Une pension différée à l'égard de l'emploi en Ontario à laquelle un ancien participant a droit, si l'emploi ou l'affiliation de l'ancien participant a pris fin avant le 1<sup>er</sup> janvier 1988 et que l'ancien participant était âgé d'au moins quarante-cinq ans et avait accumulé au moins dix années d'emploi continu chez l'employeur, ou avait été participant au régime de retraite pendant une période continue d'au moins dix ans, à la date de cessation d'emploi.
3. Un pourcentage de prestations de pension déterminées à l'égard de l'emploi en Ontario auxquelles un participant ou un ancien participant a droit en vertu de l'article 36 ou 37 (pension différée), ou des deux, si l'emploi ou l'affiliation du participant ou de l'ancien participant a pris fin le 1<sup>er</sup> janvier 1988 ou par la suite, soit 20 pour cent si le total de l'âge du participant ou de l'ancien participant plus ses années d'emploi ou d'affiliation au régime de retraite est de cinquante, plus 2/3 de 1 pour cent pour chaque douzième de crédit additionnel pour l'âge et l'emploi ou l'affiliation, jusqu'à concurrence de 100 pour cent.
4. Toutes les cotisations facultatives supplémentaires, et l'intérêt sur ces cotisations, versées par des participants ou des anciens participants pendant qu'ils travaillent en Ontario.
5. La valeur minimale de toutes les cotisations requises versées au régime de retraite par un participant ou un ancien participant à l'égard de l'emploi en Ontario, et l'intérêt sur ces cotisations.
6. La partie d'une pension différée garantie en vertu du présent article à laquelle l'ancien conjoint ou partenaire de même sexe d'un participant ou d'un ancien participant a droit en vertu d'un contrat familial conclu ou d'une ordonnance rendue en vertu de la *Loi sur le droit de la famille*.

7. Any pension to which a survivor of a former member is entitled under subsection 48(1) (death before commencement of payment).

91. (1) A party to a proceeding before the Tribunal under section 89 may appeal to the Divisional Court from the decision or order of the Tribunal.

(2) *Pension Benefits Act* General Regulations, R.R.O. 1990, Reg. 909

1. . . .

(2) In this Part,

. . . .

“going concern valuation” means a valuation of the assets and liabilities of a pension plan using methods and actuarial assumptions that are consistent with accepted actuarial practice for the valuation of a continuing pension plan;

4. (1) Every pension plan shall set out the obligation of the employer or any person required to make contributions on behalf of an employer, to contribute both in respect of the normal cost and any going concern unfunded actuarial liabilities and solvency deficiencies under the plan.

8. (1) No payment may be made from surplus out of a pension plan that is being wound up in whole or in part unless,

- (a) the payment is to be made to or for the benefit of members, former members and other persons, other than an employer, who are entitled to payments under the pension plan on the date of wind up; or
- (b) the payment is to be made to an employer with the written agreement of,
  - (i) the employer,
  - (ii) the collective bargaining agent of the members of the plan or, if there is no collective bargaining agent, at least two-thirds of the members of the plan, and
  - (iii) such number of former members and other persons who are entitled to payments under the pension plan on the date of the wind up as the Superintendent considers appropriate in the circumstances.

7. Toute pension à laquelle un survivant d'un ancien participant a droit en vertu du paragraphe 48(1) (décès avant le commencement du paiement).

91 (1) Une partie à une instance tenue devant le Tribunal en vertu de l'article 89 peut interjeter appel de la décision du Tribunal devant la Cour divisionnaire.

(2) *Loi sur les régimes de retraite*, Dispositions générales, R.R.O. 1990, règl. 909

1. . . .

(2) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

. . . .

« évaluation à long terme » Évaluation de l'actif et du passif d'un régime selon des hypothèses actuarielles et des méthodes qui sont compatibles avec les normes actuarielles reconnues pour l'évaluation d'un régime qui continue d'exister.

4 (1) Le régime énonce l'obligation qu'a l'employeur ou toute personne qui est tenue de le faire pour le compte de celui-ci de cotiser à la fois à l'égard du coût normal, du passif actuariel à long terme non capitalisé et du déficit de solvabilité du régime.

8 (1) Aucun paiement ne peut être prélevé sur l'excédent d'un régime qui est en voie d'être liquidé en totalité ou en partie, sauf, selon le cas :

- a) si le paiement doit être fait aux participants, aux anciens participants et à d'autres personnes, autres qu'un employeur, qui ont droit à des paiements prévus par le régime à la date de la liquidation, ou au profit de ceux-ci;
- b) si le paiement doit être fait à un employeur, avec l'accord écrit des personnes suivantes :
  - (i) l'employeur,
  - (ii) l'agent de négociation collective des participants au régime ou, s'il n'y en a pas, au moins les deux tiers des participants au régime,
  - (iii) le nombre d'anciens participants et d'autres personnes, jugé approprié par le surintendant dans les circonstances, qui ont droit à des paiements prévus par le régime à la date de liquidation.

(2) Despite subsection (1), a payment may be made from surplus out of a pension plan that is being wound up in whole or in part if,

- (a) the payment would have been permitted by this section as it read immediately before the 18th day of December, 1991; and
- (b) notice of proposal to wind up the pension plan was given to the Superintendent of Pensions before December 18, 1991.

(3) Subsections (1) and (2) do not apply after December 31, 2004.

9. If an amendment to a pension plan with defined benefits converts the defined benefits to defined contribution benefits, the employer may offset the employer's contributions for normal costs against the amount of surplus, if any, in the pension fund after the conversion.

10. (1) The criteria described in this section must be met before the Superintendent may consent to the payment of money that is surplus out of a continuing pension plan to the employer.

(2) All persons who are entitled to receive benefits under the pension plan and all members must consent to the terms upon which the surplus is to be paid out of the plan.

(3) All persons in respect of whom the administrator has purchased a pension, deferred pension or ancillary benefit, other than those persons who requested that the administrator do so, must consent to the terms upon which the surplus is to be paid out of the pension plan.

(4) The pension plan must provide that a former member's contributions to the plan and the interest on the contributions shall not be used to provide more than 50 per cent of the commuted value of a pension or deferred pension in respect of contributory benefits to which the member is entitled under the plan on termination of membership or employment.

(5) The pension plan must provide that a former member who is entitled to a pension or deferred pension on termination of employment or membership is entitled to payment from the pension fund of a lump sum payment equal to the amount by which the former member's contributions under the plan and the interest on the contributions exceed one-half of the commuted value of the former member's pension or deferred pension in respect of the contributory benefits.

(2) Malgré le paragraphe (1), un paiement peut être prélevé sur l'excédent d'un régime qui est en voie d'être liquidé en totalité ou en partie, si les conditions suivantes sont remplies :

- a) le paiement aurait été autorisé par le présent article tel qu'il existait immédiatement avant le 18 décembre 1991;
- b) l'avis de proposition de liquidation du régime a été donné au surintendant des régimes de retraite avant le 18 décembre 1991.

(3) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent plus après le 31 décembre 2004.

9 Si la modification d'un régime à prestations déterminées convertit les prestations déterminées en prestations à cotisation déterminée, l'employeur peut compenser ses cotisations au titre des coûts normaux par le montant de l'excédent éventuel du régime après la conversion.

10 (1) Il doit être satisfait aux critères énoncés au présent article avant que le surintendant ne puisse donner son consentement au paiement à l'employeur de sommes excédentaires d'un régime qui continue d'exister.

(2) Les personnes qui ont le droit de recevoir des prestations dans le cadre du régime ainsi que les participants doivent donner leur consentement aux conditions auxquelles l'excédent sera prélevé sur le régime.

(3) Les personnes à l'égard desquelles l'administrateur a constitué une pension, une pension différée ou une prestation accessoire, autres que celles qui ont demandé à l'administrateur de le faire, doivent donner leur consentement aux conditions auxquelles l'excédent sera prélevé sur le régime.

(4) Le régime doit prévoir que les cotisations d'un ancien participant et les intérêts sur celles-ci ne doivent pas être utilisés pour fournir plus de 50 pour cent de la valeur de rachat d'une pension ou d'une pension différée relativement aux prestations contributives auxquelles le participant a droit dans le cadre du régime à la cessation de son affiliation ou de son emploi.

(5) Le régime doit prévoir qu'un ancien participant qui a droit à une pension ou à une pension différée à la cessation de son emploi ou de son affiliation a droit au paiement d'une somme globale sur la caisse de retraite dont le montant est égal au montant de l'excédent des cotisations de l'ancien participant au régime et des intérêts sur celles-ci sur la moitié de la valeur de rachat de la pension ou de la pension différée de l'ancien participant relativement aux prestations contributives.

(8) If surplus is allocated to a person to increase the person's benefits, the person must be offered the choice of receiving the surplus in the form of inflation adjustments to the existing benefits.

(9) The inflation adjustments that are provided must be made,

- (a) by indexing the benefits in accordance with a formula based upon increases in the annual Consumer Price Index;
- (b) by providing an annual percentage increase in the amount of the benefits or an annual increase of a specified dollar amount; or
- (c) by a combination of the methods described in clauses (a) and (b).

(10) For the purpose of subsection (9), the employer may select the method for providing the inflation adjustments.

(11) The pension plan must state who is entitled, or must provide a mechanism for determining who is entitled, to any surplus in the plan after the payment of surplus to which the Superintendent is being asked to consent.

(12) Subsection (11) applies with respect to applications under section 78 of the Act made after the 31st day of October, 1990.

**10.1** (1) This section applies with respect to a payment from surplus out of a pension plan to the employer,

- (a) if a court has appointed an individual to represent persons described in subclause 8(1)(b)(iii), persons described in subsection 10(2) (but not members) or persons described in subsection 10(3); and
- (b) if the Superintendent is satisfied, on the basis of such information and evidence as he or she may require from the employer or administrator, that,
  - (i) in the case of a proposed payment to the employer from surplus out of a pension plan that is being wound up in whole or in part, the employer has obtained the written agreement referred to in clause 8(1)(b) of 90 per cent of the former members who are in receipt of a pension payable from the pension fund on the date of the wind up, or
  - (ii) in the case of a proposed payment of money that is surplus out of a continuing pension

(8) Si un excédent est attribué à une personne afin d'augmenter ses prestations, celle-ci doit se voir offrir le choix de recevoir l'excédent sous forme de rajustement lié à l'inflation, des prestations existantes.

(9) Les rajustements liés à l'inflation qui sont offerts doivent être faits de l'une des façons suivantes :

- a) en indexant les prestations conformément à une formule fondée sur les augmentations de l'indice annuel des prix à la consommation;
- b) en fournissant une augmentation annuelle du montant des prestations selon un pourcentage ou une somme fixe en dollars;
- c) en combinant les méthodes prévues aux alinéas a) et b).

(10) Pour l'application du paragraphe (9), l'employeur peut choisir la méthode applicable aux rajustements liés à l'inflation.

(11) Le régime doit soit préciser qui a droit à un excédent du régime existant après le paiement d'un excédent à l'égard duquel il est demandé au surintendant de donner son consentement, soit prévoir un mécanisme permettant de déterminer qui y a droit.

(12) Le paragraphe (11) s'applique aux demandes faites en vertu de l'article 78 de la Loi après le 31 octobre 1990.

**10.1** (1) Le présent article s'applique à l'égard d'un paiement à l'employeur de sommes excédentaires d'un régime si les conditions suivantes sont réunies :

- a) un tribunal a nommé un particulier pour représenter des personnes visées au sous-alinéa 8(1)(b)(iii), des personnes visées au paragraphe 10(2) (mais non les participants) ou des personnes visées au paragraphe 10(3);
- b) le surintendant est convaincu, sur la foi des renseignements et de la preuve qu'il peut exiger de l'employeur ou de l'administrateur, de ce qui suit :
  - (i) dans le cas d'un paiement projeté à l'employeur de sommes excédentaires d'un régime qui est en voie d'être liquidé en totalité ou en partie, l'employeur a obtenu l'accord écrit visé à l'alinéa 8(1)(b) de 90 pour cent des anciens participants qui touchent une pension payable par prélèvement sur la caisse de retraite à la date de liquidation,
  - (ii) dans le cas d'un paiement projeté à l'employeur de sommes excédentaires d'un

plan to the employer, the employer has obtained the consent of 90 per cent of the former members who are in receipt of a pension payable from the pension fund, whose consent is required by subsection 10(2).

(2) The court-appointed representative is authorized to give the written agreement referred to in clause 8(1)(b) on behalf of the former members in receipt of a pension payable from the pension fund, who he or she represents. However, the representative is not authorized to give written agreement on behalf of former members who have agreed or have objected to the payment from surplus.

(3) The court-appointed representative is authorized to give the consent required by subsection 10(2) on behalf of the former members in receipt of a pension payable from the pension fund, who he or she represents. However, the representative is not authorized to consent on behalf of former members who have consented or have objected to the terms upon which the surplus is to be paid out of the plan.

13. (1) Within sixty days after the date of establishment of a plan, the administrator shall submit a report on the basis of a going concern valuation that sets out,

- (a) the normal cost, in the first year during which the plan is registered and the rule for computing the normal cost in subsequent years up to the date of the next report;
- (b) an estimate of the normal cost, in the subsequent years up to the date of the next report;
- (c) where applicable, the estimated aggregate employee contributions to the pension plan during each year up to the date of the succeeding report;
- (d) the past service unfunded actuarial liability, if any, under the pension plan as at the date on which the plan qualified for registration;
- (e) the special payments required to liquidate the past service unfunded actuarial liability in accordance with section 5;
- (f) any other going concern unfunded liability;
- (g) the special payments required to liquidate any going concern unfunded liability referred to in clause (f);

régime qui continue d'exister, l'employeur a obtenu le consentement de 90 pour cent des anciens participants qui touchent une pension payable par prélèvement sur la caisse de retraite et dont le consentement est exigé par le paragraphe 10(2).

(2) Le représentant nommé par le tribunal est autorisé à donner l'accord écrit visé à l'alinéa 8(1)b) au nom des anciens participants qui touchent une pension payable par prélèvement sur la caisse de retraite et qu'il représente. Toutefois, il n'est pas autorisé à donner cet accord au nom des anciens participants qui ont donné leur accord ou qui se sont opposés au paiement des sommes excédentaires.

(3) Le représentant nommé par le tribunal est autorisé à donner le consentement exigé par le paragraphe 10(2) au nom des personnes qui touchent une pension payable par prélèvement sur la caisse de retraite et qu'il représente. Toutefois, il n'est pas autorisé à donner ce consentement au nom des anciens participants qui ont donné leur consentement ou qui se sont opposés aux conditions auxquelles l'excédent sera prélevé sur le régime.

13 (1) Dans les soixante jours qui suivent la date d'établissement d'un régime, l'administrateur présente un rapport, préparé d'après une évaluation à long terme, qui précise les éléments suivants :

- a) le coût normal pour le premier exercice pendant lequel le régime est enregistré et la règle de calcul du coût normal pour les exercices suivants jusqu'à la date du prochain rapport;
- b) l'estimation du coût normal pour les exercices suivants jusqu'à la date du prochain rapport;
- c) le cas échéant, le montant estimatif total des cotisations des employés qui seront versées au régime pendant chaque exercice jusqu'à la date du rapport suivant;
- d) le cas échéant, le passif actuariel pour services antérieurs non capitalisé du régime à la date à laquelle le régime est devenu admissible à l'enregistrement;
- e) les paiements spéciaux nécessaires pour acquitter le passif actuariel pour services antérieurs non capitalisé conformément à l'article 5;
- f) tout autre passif à long terme non capitalisé;
- g) les paiements spéciaux nécessaires pour acquitter le passif à long terme non capitalisé visé à l'alinéa f);

- (j) where the plan provides for an escalated adjustment, whether and to what extent,
- (i) liability for the future cost of the adjustment has been included in the determination of any going concern unfunded actuarial liability, or
- (ii) the cost for the escalated adjustment is included in the normal cost.
- (1.1) The report shall also set out, on the basis of a solvency valuation,
- (a) whether there is a solvency deficiency;
- (b) if there is a solvency deficiency, the amount of the solvency deficiency and the special payments required to liquidate it in accordance with section 5;
- (c) whether the transfer ratio is less than one; and
- (d) if the transfer ratio is less than one, the transfer ratio.
- 16. (1)** An actuary preparing a report under section 70 of the Act or under section 3, 5.3, 13 or 14 shall use methods and actuarial assumptions that are consistent with accepted actuarial practice and with the requirements of the Act and this Regulation.
- (2) An actuary preparing a report under section 4 shall use his or her best effort to meet the standards set out in subsection (1).
- (3) The person preparing a report referred to in subsection (1) or (2) shall certify that it meets the requirements of subsection (1) or (2), as the case may be.
- (4) The person preparing a report referred to in subsection (2) shall disclose in the report any respect in which the report does not meet the standards set out in subsection (1).
- 25. (1)** The following information is prescribed for the purposes of a notice respecting an application under subsection 78(2) of the Act:
1. The name of the pension plan and its provincial registration number.
  2. The valuation date of the report provided with the application and the amount of surplus in the pension plan.
  3. The surplus attributable to employee and employer contributions.
  4. The amount of surplus withdrawal requested.
- (j) lorsque le régime prévoit un rajustement indexé, la question de savoir si et dans quelle mesure :
- (i) le passif rattaché au coût futur du rajustement a été inclus dans la détermination d'un passif actuariel à long terme non capitalisé,
- (ii) le coût du rajustement a été inclus dans le coût normal.
- (1.1) Le rapport précise également, d'après une évaluation de solvabilité, les éléments suivants :
- (a) la question de savoir s'il existe un déficit de solvabilité;
- (b) s'il existe un déficit de solvabilité, son montant et celui des paiements spéciaux nécessaires pour l'acquitter conformément à l'article 5;
- (c) la question de savoir si le ratio de transfert est inférieur à un;
- (d) le ratio de transfert, s'il est inférieur à un.
- 16 (1)** L'actuaire qui prépare un rapport prévu à l'article 70 de la Loi ou à l'article 3, 5.3, 13 ou 14 utilise des hypothèses actuarielles et des méthodes compatibles avec les normes actuarielles reconnues ainsi qu'avec les exigences de la Loi et du présent règlement.
- (2) L'actuaire qui prépare un rapport prévu à l'article 4 s'efforce, au mieux de ses capacités, de satisfaire aux normes énoncées au paragraphe (1).
- (3) La personne qui prépare un rapport visé au paragraphe (1) ou (2) certifie qu'il satisfait aux exigences prévues au paragraphe (1) ou (2), selon le cas.
- (4) La personne qui prépare un rapport visé au paragraphe (2) y révèle tout élément qui ne satisfait pas aux normes énoncées au paragraphe (1).
- 25 (1)** Les renseignements qui suivent sont des renseignements prescrits aux fins de l'avis de demande prévu au paragraphe 78(2) de la Loi :
1. Le nom du régime et son numéro d'enregistrement provincial.
  2. La date d'évaluation du rapport fourni avec la demande et le montant de l'excédent du régime.
  3. L'excédent imputable aux cotisations des employés et de l'employeur.
  4. La valeur du retrait d'excédent demandé.

5. A statement that submissions in respect of the application may be made in writing to the Superintendent within thirty days after receipt of the notice.
6. The contractual authority for surplus withdrawals.
7. Notice that copies of the report and certificates filed with the Superintendent in support of the surplus request are available for review at the offices of the employer and information on how copies of the report may be obtained.

(2) The employer shall file a copy of the notice required by subsection 78(2) of the Act before transmitting it to the persons required by that subsection.

(4) An application by an employer for the consent of the Superintendent to a payment from a continuing pension plan under subsection 78(1) of the Act shall be accompanied by a certified copy of the notice referred to in subsection (1), a statement that subsection 78(2) of the Act has been complied with, details as to the classes of persons who received notice and the date the last notice was distributed.

(5) An application referred to in subsection (1) shall be accompanied by a current report prepared on the basis of a going concern valuation demonstrating that a surplus as determined in accordance with section 26 exists and that there are no special payments required to be made to the pension fund.

**26. (1)** For purposes of determining surplus in a continuing pension plan,

- (a) the value of the assets of the pension plan shall be calculated on the basis of the market value of the investments held by the pension fund plus any cash balances and accrued or receivable items; and
- (b) the value of the liabilities of the pension plan shall be the greater of the calculation of,
  - (i) the going concern liabilities, or
  - (ii) the solvency liabilities.

(2) For purposes of subclauses 79(1)(d)(ii) and 79(1)(e)(ii) of the Act, the liabilities of the pension plan shall be calculated as the solvency liabilities.

5. Une déclaration selon laquelle des observations écrites peuvent, dans les trente jours qui suivent la date de réception de l'avis, être présentées au surintendant à l'égard de la demande.
6. Les modalités contractuelles qui permettent les retraits d'excédent.
7. Un avis indiquant que des copies du rapport et des certificats déposés auprès du surintendant à l'appui de la demande relative à l'excédent peuvent être consultées aux bureaux de l'employeur, et des renseignements sur la façon d'obtenir des copies du rapport.

(2) L'employeur dépose une copie de l'avis exigé par le paragraphe 78(2) de la Loi avant de le transmettre aux personnes visées à ce paragraphe.

(4) La demande que présente un employeur en vue d'obtenir, conformément au paragraphe 78(1) de la Loi, le consentement du surintendant pour le prélèvement d'une somme sur un régime qui continue d'exister est accompagnée d'une copie certifiée conforme de l'avis visé au paragraphe (1), d'une déclaration selon laquelle le paragraphe 78(2) de la Loi a été respecté, de détails sur les catégories de personnes qui ont reçu l'avis et de la date à laquelle le dernier avis a été distribué.

(5) La demande visée au paragraphe (1) est accompagnée d'un rapport courant, préparé d'après une évaluation à long terme, qui montre qu'il existe un excédent déterminé conformément à l'article 26 et qu'aucun paiement spécial ne doit être fait à la caisse de retraite.

**26 (1)** Pour déterminer l'excédent d'un régime qui continue d'exister :

- a) la valeur de l'actif du régime est calculée sur la base de la valeur marchande des placements détenus par la caisse de retraite, plus le solde de trésorerie et les revenus accumulés ou à recevoir;
- b) la valeur du passif du régime est égale au plus élevé des passifs suivants :
  - (i) le passif à long terme,
  - (ii) le passif de solvabilité.

(2) Pour l'application des sous-alinéas 79(1)(d)(ii) et e)(ii) de la Loi, le passif du régime est calculé comme s'il s'agissait du passif de solvabilité.



28. . . .

(5) A notice required under subsection 78(2) of the Act for a plan that is being wound up shall contain,

- (a) the name of the pension plan and its provincial registration number;
- (b) the valuation date of the report provided with the application and amount of surplus in the pension plan;
- (c) the surplus attributable to employee and employer contributions;
- (d) the amount of surplus withdrawal requested;
- (e) a statement that submissions may be made in writing to the Superintendent within thirty days of receipt of the notice;
- (f) the contractual authority for surplus reversion; and
- (g) notice that copies of the wind up report filed with the Superintendent in support of the surplus request are available for review at the offices of the employer and information on how copies of the report may be obtained.

(6) An application by an employer for the consent of the Superintendent to a payment from a pension plan that is being wound up shall be accompanied by a certified copy of the notice referred to in subsection (5), a statement that subsection 78(2) of the Act has been complied with, the date the last notice was distributed and details as to the classes of persons who received notice.

**28.1** (1) This section applies if there is a surplus on the wind up of a pension plan in whole or in part.

(2) The administrator of the pension plan shall give to each person entitled to a pension, deferred pension or other benefit or to a refund in respect of the pension plan a statement setting out the following information:

1. The name of the pension plan and its provincial registration number.
2. The member's name and date of birth.
3. The method of distributing the surplus assets.
4. The formula for allocating the surplus among the plan beneficiaries.

28. . . .

(5) L'avis exigé par le paragraphe 78(2) de la Loi à l'égard d'un régime qui est en cours de liquidation comprend les éléments suivants :

- a) le nom du régime et son numéro d'enregistrement provincial;
- b) la date d'évaluation du rapport fourni avec la demande et le montant de l'excédent du régime;
- c) l'excédent imputable aux cotisations des employés et de l'employeur;
- d) la valeur du retrait d'excédent demandé;
- e) une déclaration selon laquelle des observations écrites peuvent, dans les trente jours qui suivent la date de réception de l'avis, être présentées au surintendant;
- f) les modalités contractuelles qui permettent le versement de l'excédent;
- g) un avis indiquant que des copies du rapport de liquidation déposé auprès du surintendant à l'appui de la demande relative à l'excédent peuvent être consultées aux bureaux de l'employeur, et des renseignements sur la façon d'en obtenir des copies.

(6) La demande que présente un employeur en vue d'obtenir le consentement du surintendant pour le prélèvement d'une somme sur un régime en cours de liquidation est accompagnée d'une copie certifiée conforme de l'avis visé au paragraphe (5), d'une déclaration selon laquelle le paragraphe 78(2) de la Loi a été respecté, de la date à laquelle le dernier avis a été distribué et de détails sur les catégories de personnes qui ont reçu l'avis.

**28.1** (1) Le présent article s'applique s'il y a un excédent lors de la liquidation totale ou partielle d'un régime.

(2) L'administrateur du régime donne à chaque personne qui a droit à une pension, à une pension différée ou à une autre prestation, ou encore à un remboursement, à l'égard du régime, une déclaration indiquant les renseignements suivants :

1. Le nom du régime et son numéro d'enregistrement provincial.
2. Le nom du participant et sa date de naissance.
3. Le mode de distribution de l'excédent d'actif.
4. La formule de répartition de l'excédent entre les bénéficiaires du régime.

5. An estimate of the amount allocated to the person.
6. The options available to the person concerning the method for distributing the amount allocated to the person and the period within which any election respecting the options must be made.
7. The method of distribution that will be used, if an election is not made within the specified period.
8. The name and details of the person to be contacted with respect to any questions arising out of the statement.
9. Notice that the allocation of surplus and the options available for distributing it are subject to the approval of the Superintendent and of the Canada Customs and Revenue Agency, and may be adjusted accordingly.

(3) *Financial Services Commission of Ontario Act, 1997, S.O. 1997, c. 28*

1. In this Act,

. . . .

“regulated sector” means a sector that consists of,

- (a) all co-operative corporations to which the *Co-operative Corporations Act* applies;
- (b) all credit unions, caisses populaires and leagues to which the *Credit Unions and Caisses Populaires Act, 1994* applies;
- (c) all persons engaged in the business of insurance and governed by the *Insurance Act*;
- (d) all corporations registered or incorporated under the *Loan and Trust Corporations Act*;
- (e) all mortgage brokers registered under the *Mortgage Brokers Act*; or
- (f) all persons who establish or administer a pension plan within the meaning of the *Pension Benefits Act* and all employers or other persons on their behalf who are required to contribute to any such pension plan;

6. (1) There is hereby established a tribunal to be known in English as the Financial Services Tribunal and in French as Tribunal des services financiers.

. . . .

5. La somme estimative attribuée à la personne.
6. Les options qui s’offrent à la personne quant au mode de distribution de la somme qui lui est attribuée et le délai imparti pour faire un choix à leur égard.
7. Le mode de distribution qui sera utilisé en cas d’omission de faire un choix dans le délai imparti.
8. Le nom et les coordonnées de la personne avec laquelle le destinataire peut communiquer s’il a des questions au sujet de la déclaration.
9. Un avis indiquant que la répartition de l’excédent et les options offertes quant à sa distribution sont assujetties à l’approbation du surintendant et de l’Agence des douanes et du revenu du Canada et qu’elles peuvent être rajustées en conséquence.

(3) *Loi de 1997 sur la Commission des services financiers de l’Ontario, L.O. 1997, ch. 28*

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

. . . .

« secteur réglementé » Secteur comprenant, selon le cas :

- a) les sociétés coopératives visées par la *Loi sur les sociétés coopératives*;
- b) les caisses et les fédérations visées par la *Loi de 1994 sur les caisses populaires et les credit unions*;
- c) les personnes qui effectuent des opérations d’assurance et qui sont régies par la *Loi sur les assurances*;
- d) les sociétés constituées ou enregistrées en vertu de la *Loi sur les sociétés de prêt et de fiducie*;
- e) les courtiers en hypothèques inscrits aux termes de la *Loi sur les courtiers en hypothèques*;
- f) les personnes qui mettent sur pied ou administrent un régime de retraite au sens de la *Loi sur les régimes de retraite* et les employeurs ou d’autres personnes en leur nom qui sont tenus de contribuer à ce régime de retraite.

6. (1) Est créé un tribunal appelé Tribunal des services financiers en français et Financial Services Tribunal en anglais.

. . . .

(3) In addition to the chair and the two vice-chairs, the Lieutenant Governor in Council shall appoint at least six persons, and not more than 12, as members of the Tribunal for the length of time not exceeding three years that the Lieutenant Governor in Council specifies and may reappoint any member to the Tribunal.

(4) In appointing members to the Tribunal, the Lieutenant Governor in Council shall, to the extent practicable, appoint members who have experience and expertise in the regulated sectors.

7. (1) A matter referred to the Tribunal may be heard and determined by a panel consisting of one or more members of the Tribunal, as assigned by the chair of the Tribunal.

(2) In assigning members of the Tribunal to a panel, the chair shall take into consideration the requirements, if any, for experience and expertise to enable the panel to decide the issues raised in any matter before the Tribunal.

**20.** The Tribunal has exclusive jurisdiction to,

- (a) exercise the powers conferred on it under this Act and every other Act that confers powers on or assigns duties to it; and
- (b) determine all questions of fact or law that arise in any proceeding before it under any Act mentioned in clause (a).

**21.** . . .

(4) An order of the Tribunal is final and conclusive for all purposes unless the Act under which the Tribunal made it provides for an appeal.

**22.** For a proceeding before the Tribunal, the Tribunal may,

- (a) make rules for the practice and procedure to be observed;
- (b) determine what constitutes adequate public notice;
- (c) before or during the proceeding, conduct any inquiry or inspection that the Tribunal considers necessary; or
- (d) in determining any matter, consider any relevant information obtained by the Tribunal in addition to evidence given at the proceeding, if the Tribunal first informs the parties to the proceeding of the additional information and gives them an opportunity to explain or refute it.

(3) Outre le président et les deux vice-présidents, le lieutenant-gouverneur en conseil nomme au moins six et au plus 12 personnes, à titre de membres du Tribunal pour un mandat reconductible d'une durée qu'il précise et qui ne peut dépasser trois ans.

(4) Dans toute la mesure du possible, le lieutenant-gouverneur en conseil nomme à titre de membres du Tribunal des personnes qui ont de l'expérience et des compétences dans les secteurs réglementés.

7. (1) Un comité de un ou plusieurs membres du Tribunal, nommés par le président du Tribunal, peut connaître des affaires dont est saisi le Tribunal.

(2) Lorsqu'il affecte des membres du Tribunal à un comité, le président tient compte de l'expérience et des compétences qui sont nécessaires, le cas échéant, au comité pour trancher les questions soulevées dans toute affaire portée devant le Tribunal.

**20.** Le Tribunal a compétence exclusive pour :

- a) exercer les pouvoirs qui lui sont conférés par la présente loi et toute autre loi qui lui confère des pouvoirs ou lui assigne des fonctions;
- b) trancher les questions de fait ou de droit soulevées dans les instances introduites devant lui aux termes d'une loi visée à l'alinéa a).

**21.** . . .

(4) L'ordonnance du Tribunal est définitive à tous égards à moins que la Loi en vertu de laquelle le Tribunal l'a rendue ne prévoie un appel.

**22.** Le Tribunal peut, à l'égard des instances introduites devant lui :

- a) adopter les règles de pratique et de procédure à observer;
- b) décider ce qui constitue un avis suffisant au public;
- c) avant ou durant l'instance, mener les enquêtes ou les inspections qu'il juge nécessaires;
- d) pour prendre sa décision, examiner les renseignements pertinents qu'il a obtenus, en plus des témoignages reçus pendant l'instance, s'il communique d'abord aux parties à l'instance ces autres renseignements et leur donne l'occasion de s'expliquer ou de les contester.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant Monsanto Canada Inc.: Borden Ladner Gervais, Toronto.*

*Solicitors for the appellant the Association of Canadian Pension Management: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the National Trust Company: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Nicole Lacroix: Barnes, Sammon, Ottawa.*

*Solicitors for the interveners the Canadian Labour Congress and the Ontario Federation of Labour: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Solicitors for the interveners R. M. Smallhorn, D. G. Hulsall, S. J. Galbraith and S. W. (Bud) Wesley: Koskie Minsky, Toronto.*

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante Monsanto Canada Inc. : Borden Ladner Gervais, Toronto.*

*Procureurs de l'appelante l'Association canadienne des administrateurs de régimes de retraite : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante la Compagnie Trust National : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Nicole Lacroix : Barnes, Sammon, Ottawa.*

*Procureurs des intervenants le Congrès du travail du Canada et la Fédération du travail de l'Ontario : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

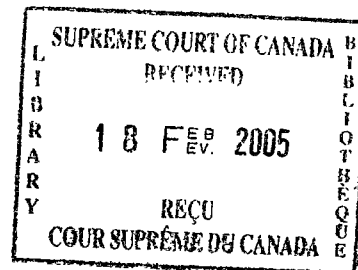
*Procureurs des intervenants R. M. Smallhorn, D. G. Hulsall, S. J. Galbraith et S. W. (Bud) Wesley : Koskie Minsky, Toronto.*

*If undelivered, return to:*

Publishing & Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0S5

*En cas de non-livraison, retourner à :*

Éditions et Services de dépôts  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0S5



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 2, 2004 Vol. 3**

**2<sup>e</sup> cahier, 2004 Vol. 3**

Cited as [2004] 3 S.C.R. 195-379

Renvoi [2004] 3 R.C.S. 195-379

---

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

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe  
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef  
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY HARLEY D'AOÛT CHANTAL DEMERS VALERIE DESJARLAIS LEE ANN GORMAN KAREN LEVASSEUR	Legal Counsel / Conseillers juridiques ARCHIBALD MCDONALD JOANNE NORMAN RÉMI SAMSON LOUISE SAVARD MARY JANE SINCLAIR IDA SMITH	JACQUELINE STENCEL LESLI TAKAHASHI CAMERON TAYLOR WITOLD TYMOWSKI TIMOTHY WILSON
STEPHEN BALOGH RICHARD BERBERI	Jurilinguists / Jurilinguistes CHRISTIAN C.-DESPRÉS JACQUES GAGNÉ	ROSALIE TO-THANH-HIEN CLAIRE VALLÉE

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

SUZANNE AUDET PAULINE MCTAVISH	Technical Revisors / Réviseurs techniques GINETTE MIGNEAULT ANNE-MARIE NOËL	PETER O'DOHERTY
-----------------------------------	---	-----------------

Legal Assistant / Adjointe juridique  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif  
CHANTAL CORBEIL

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

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

## CONTENTS

### **Cabiakman v. Industrial Alliance Life Insurance Co. ....195**

Employer and employee — Individual contract of employment — Employee charged with attempted extortion unrelated to his work — Suspension without pay imposed by employer until final decision of courts to protect interest of business — Contract of employment between parties silent as to employer's power to suspend — Whether employer may suspend without pay for administrative reasons employee against whom criminal charges pending.

### **Côté v. Rancourt.....248**

Barristers and solicitors — Duty to advise — Duty of loyalty — Conflict of interest — Client alleging that lawyer who represented her in criminal trial failed to advise her regarding civil aspect of case and allowed his partner to represent co-accused whose interests were adverse to hers — Whether lawyer violated duty to advise and duty of loyalty.

### **Entreprises Sibeca Inc. v. Frelighsburg (Municipality).....304**

Civil liability — Municipality — Exercise of power to make by-laws — Relative immunity — Zoning by-law — Developer suing municipality for loss of profits following amendment to zoning by-law affecting its real estate development project — Whether public law immunity attaching to exercise of regulatory power included in rules of liability applicable to municipalities — Whether municipality acted in bad faith, or in circumstances leading to conclusion it acted in bad faith, in amending its zoning by-law — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1457.

Municipal law — Exercise of power to make by-laws — Relative immunity — Whether public law immunity attaching to exercise of regulatory power included in rules of liability applicable to municipalities — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1457.

Municipal law — Zoning by-law — Whether municipality acted in bad faith, or in circumstances leading to conclusion it acted in bad faith, in amending its zoning by-law.

### **Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division «Éconogros» v. Collin .....257**

Suretyship — Suretyship attached to performance of special duties — Termination of suretyship — Transitional law — Suretyship contracted and surety ceasing to perform duties before coming into force of Civil Code of Québec — Action to enforce suretyship brought after coming into force of new Code — Whether art. 2363 of Civil Code of Québec applicable — Effect and application of s. 131 of Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code, S.Q. 1992, c. 57.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

### **Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie .....195**

Employeur et employé — Contrat individuel de travail — Employé accusé d'une tentative d'extorsion non reliée à son travail — Suspension sans traitement imposée par l'employeur jusqu'à la décision finale des tribunaux pour protéger l'intérêt de l'entreprise — Contrat de travail liant les parties muet quant au pouvoir de suspension patronal — Un employeur peut-il suspendre sans traitement pour des motifs administratifs un employé faisant l'objet d'accusations criminelles?

### **Côté c. Rancourt.....248**

Avocats et procureurs — Devoir de conseil — Devoir de loyauté — Conflit d'intérêts — Cliente reprochant à l'avocat qui l'a représentée dans un procès criminel d'avoir omis de la conseiller sur l'aspect civil du dossier et d'avoir permis à son associé de représenter un coaccusé ayant des intérêts opposés aux siens — L'avocat a-t-il manqué à ses devoirs de conseil et de loyauté?

### **Entreprises Sibeca Inc. c. Frelighsburg (Municipalité) .....304**

Responsabilité civile — Municipalité — Exercice du pouvoir réglementaire — Immunité relative — Règlement de zonage — Promoteur poursuivant une municipalité pour perte de profits à la suite d'une modification à un règlement de zonage qui affecte son projet de développement immobilier — L'immunité de droit public attachée à l'exercice du pouvoir réglementaire fait-elle partie du régime de responsabilité applicable aux municipalités? — La municipalité a-t-elle agi de mauvaise foi, ou dans des circonstances qui font conclure à sa mauvaise foi, en modifiant son règlement de zonage? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1457.

Droit municipal — Exercice du pouvoir réglementaire — Immunité relative — L'immunité de droit public attachée à l'exercice du pouvoir réglementaire fait-elle partie du régime de responsabilité applicable aux municipalités? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1457.

Droit municipal — Règlement de zonage — La municipalité a-t-elle agi de mauvaise foi, ou dans des circonstances qui font conclure à sa mauvaise foi, en modifiant son règlement de zonage?

### **Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division «Éconogros» c. Collin .....257**

Cautionnement — Cautionnement attaché à l'exercice de fonctions particulières — Fin du cautionnement — Droit transitoire — Cautionnement consenti et caution cessant d'exercer ses fonctions avant l'entrée en vigueur du Code

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

Suretyship — Termination of suretyship — Discharge of surety upon cessation of performance of his duties — Interpretation and application of art. 2363 of Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64.

### **Glykis v. Hydro-Québec .....285**

Public services — Supply of electricity — Interruption of service — Customer refusing to pay bill for electricity supplied to his rental property — Hydro-Québec ceasing to deliver electricity to customer's principal residence — Whether Hydro-Québec may interrupt supply of electricity to service point other than one in respect of which bill unpaid — Bylaw No. 411 establishing the conditions governing the supply of electricity, (1987) 119 G.O. II, 1233, ss. 3 "customer", "delivery point", 99.

### **Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development).....357**

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Marital status — Canada Pension Plan — Survivor's pension — Definition of "spouse" — Appropriate comparator group — Plan providing for survivor's benefit to be paid to common law spouse if cohabiting with contributor spouse at date of contributor's death and for one year prior to that date — No similar cohabitation restriction for married spouses — Whether correct comparator group "separated married spouses" or "divorced spouses" — Whether definition of "spouse" in Plan infringing right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Canada Pension Plan, R.S.C. 1985, c. C-8, s. 2(1) "spouse".

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Comparator groups — Criteria for identifying appropriate comparator group.

### **Lefebvre (Trustee of); Tremblay (Trustee of) .....326**

Bankruptcy and insolvency — Long-term lease — Setting up of lessor's right of ownership against lessee's trustee in bankruptcy — Failure to publish rights resulting from lease within legislated time limit — Whether long-term lessor of automobile may set up right of ownership against lessee's trustee in bankruptcy even though lessor failed to publish rights within time prescribed in art. 1852 C.C.Q. — Whether lessor's right of ownership equivalent to simple security — Whether trustee may be considered third person for purposes of art. 1852 C.C.Q. — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 67, 71, 81.

### **Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) .....323**

Practice — Supreme Court of Canada — Motion to strike — Documents on appeal — Motion to have certain documents struck from respondents' record — Whether factums from

## SOMMAIRE (Suite)

civil du Québec — Action sur cautionnement intentée après l'entrée en vigueur du nouveau Code — L'article 2363 du Code civil du Québec est-il applicable? — Effet et application de l'art. 131 de la Loi sur l'application de la réforme du Code civil, L.Q. 1992, ch. 57.

Cautionnement — Fin du cautionnement — Libération d'une caution à la cessation de l'exercice de ses fonctions — Interprétation et application de l'art. 2363 du Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64.

### **Glykis c. Hydro-Québec .....285**

Services publics — Fourniture d'électricité — Interruption de service — Client refusant de payer une facture pour l'électricité fournie à son immeuble locatif — Hydro-Québec cessant de livrer l'électricité à la résidence principale du client — Hydro-Québec peut-elle interrompre la fourniture d'électricité à un point de service autre que celui pour lequel un compte est en souffrance? — Règlement n° 411 établissant les conditions de fourniture de l'électricité, (1987) 119 G.O. II, 1918, art. 3 « client », « point de livraison », 99.

### **Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) .....357**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — État matrimonial — Régime de pensions du Canada — Pension de survivant — Définition de « conjoint » — Groupe de comparaison approprié — Régime prévoyant le versement d'une pension de survivant au conjoint de fait qui cohabitait avec le cotisant au moment du décès de celui-ci et ce, depuis au moins un an — Aucune exigence de cohabitation similaire pour les conjoints mariés — Le groupe de comparaison approprié est-il celui des « conjoints mariés qui se sont séparés » ou celui des « conjoints divorcés »? — La définition de « conjoint » dans le Régime porte-t-elle atteinte au droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Régime de pensions du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-8, art. 2(1) « conjoint ».

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Groupes de comparaison — Critères d'établissement du groupe de comparaison approprié.

### **Lefebvre (Syndic de); Tremblay (Syndic de) .....326**

Faillite et insolvabilité — Bail à long terme — Opposabilité du droit de propriété du locateur au syndic à la faillite du locataire — Défaut de publication des droits résultant du bail dans le délai prévu par la loi — Le locateur à long terme d'un véhicule automobile peut-il opposer son droit de propriété au syndic à la faillite du locataire, malgré son défaut de publier ses droits dans le délai prescrit par l'art. 1852 C.c.Q.? — Le droit de propriété du

*Continued on next page*

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

courts below, directions of Court of Appeal, motion to file fresh evidence and written representations on costs in Court of Appeal should be excluded from Part II of respondents' record — Whether these documents constitute "pleadings" or "orders" within meaning of Rule 39(1)(b) of Supreme Court Rules — Whether correspondence between parties regarding establishment of record in Supreme Court and table of concordance should be excluded from Parts III and IV of respondents' record — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 39(1).

### Ouellet (Trustee of) .....348

Bankruptcy and insolvency — Instalment sale — Setting up of trustee's reservation of ownership — Failure to publish reservation within legislated time limit — Whether reservation of ownership not published within time limit provided for in art. 1745 C.C.Q. can be set up against trustee — Whether trustee can be considered third person for purposes of art. 1749 C.C.Q.

### R. v. Chan.....245

Criminal law — Evidence — Admissibility — Similar fact evidence — Identification — Similar fact evidence of crimes committed by gang in three separate incidents put to jury for purpose of identifying particular gang member — Membership in gang varying — Whether evidence linking gang to one crime could be used against one member as similar fact evidence indicative of his participation in other crimes committed by same gang.

Criminal law — Charge to jury — Group similar fact evidence — Similar fact evidence of crimes committed by gang in three separate incidents put to jury for purpose of identifying particular gang member — Membership in gang varying — Whether trial judge erred in directing jury that evidence admitted with respect to each incident was admissible in proving guilt of accused with respect to others.

### R. v. Perrier.....228

Criminal law — Evidence — Admissibility — Similar fact evidence — Identification — Similar fact evidence of crimes committed by gang in three separate incidents put to jury for purpose of identifying particular gang member — Membership in gang varying — Whether evidence linking gang to one crime could be used against one member as similar fact evidence indicative of his participation in other crimes committed by same gang.

Criminal law — Charge to jury — Group similar fact evidence — Similar fact evidence of crimes committed by gang in three separate incidents put to jury for purpose of identifying particular gang member — Membership in gang

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

locateur est-il assimilable à une simple sûreté? — Le syndic peut-il être considéré comme un tiers au sens de l'art. 1852 C.c.Q.? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 67, 71, 81.

### Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration).....323

Pratique — Cour suprême du Canada — Requête en radiation — Documents d'appel — Requête visant à faire radier certains documents du dossier des intimés — Les mémoires des instances inférieures, les directives de la Cour d'appel, la requête visant le dépôt de preuves nouvelles et la plaidoirie écrite concernant les dépens en Cour d'appel doivent-ils être retirés de la partie II du dossier des intimés? — Ces documents sont-ils des « actes de procédure » ou des « ordonnances » au sens de l'art. 39(1)(b) des Règles de la Cour suprême? — La correspondance entre les parties relative à la constitution du dossier devant la Cour suprême et la table de concordance doivent-elles être retirées des parties III et IV du dossier des intimés? — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, art. 39(1).

### Ouellet (Syndic de).....348

Faillite et insolvabilité — Vente à tempérament — Opposabilité de la réserve de propriété au syndic — Défaut de publication de la réserve dans les délais prévus par la loi — La réserve de propriété non publiée dans le délai prescrit à l'art. 1745 C.c.Q. est-elle opposable au syndic? — Le syndic peut-il être considéré comme un tiers pour l'application de l'art. 1749 C.c.Q.?

### R. c. Chan.....245

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Preuve de faits similaires — Identification — Présentation au jury aux fins d'identification d'un membre d'un gang d'une preuve de faits similaires de crimes commis par le gang dans trois événements distincts — Variations dans la composition du gang — Est-ce que la preuve liant le gang à un crime pouvait être utilisée contre un membre du gang en tant que preuve de faits similaires tendant à établir sa participation à d'autres crimes commis par le même gang?

Droit criminel — Exposé au jury — Preuve de faits similaires concernant un groupe — Présentation au jury aux fins d'identification d'un membre d'un gang d'une preuve de faits similaires de crimes commis par le gang à l'occasion de trois événements distincts — Variations dans la composition du gang — Est-ce que le juge du procès a fait erreur en disant au jury que la preuve admise relativement à chacun des événements pouvait être utilisée pour établir la culpabilité de l'accusé quant aux autres événements?

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

varying — Whether trial judge erred in directing jury that evidence admitted with respect to each incident admissible in proving guilt of accused with respect to others.

## SOMMAIRE (Fin)

**R. c. Perrier .....228**

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Preuve de faits similaires — Identification — Présentation au jury aux fins d'identification d'un membre d'un gang d'une preuve de faits similaires de crimes commis par le gang à l'occasion de trois événements distincts — Variations dans la composition du gang — Est-ce que la preuve liant le gang à un crime pouvait être utilisée contre un membre du gang en tant que preuve de faits similaires tendant à établir sa participation à d'autres crimes commis par le même gang?

Droit criminel — Exposé au jury — Preuve de faits similaires concernant un groupe — Présentation au jury aux fins d'identification d'un membre d'un gang d'une preuve de faits similaires de crimes commis par le gang à l'occasion de trois événements distincts — Variations dans la composition du gang — Est-ce que le juge du procès a fait erreur en disant au jury que la preuve admise relativement à chacun des événements pouvait être utilisée pour établir la culpabilité de l'accusé quant aux autres événements?

**Industrial Alliance Life Insurance  
Company** *Appellant*

v.

**Gilbert Cabiakman** *Respondent*

**INDEXED AS: CABIAKMAN v. INDUSTRIAL ALLIANCE  
LIFE INSURANCE CO.**

**Neutral citation: 2004 SCC 55.**

File No.: 29584.

Hearing and judgment: March 19, 2004.

Reasons delivered: July 29, 2004.

Present: Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour,\* LeBel,  
Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Employer and employee — Individual contract of employment — Employee charged with attempted extortion unrelated to his work — Suspension without pay imposed by employer until final decision of courts to protect interest of business — Contract of employment between parties silent as to employer's power to suspend — Whether employer may suspend without pay for administrative reasons employee against whom criminal charges pending.*

The respondent joined the appellant insurance company in August 1995 as a sales manager. The parties entered into a contract of employment for an indeterminate term that included a two-year salary guarantee. Under that agreement, the respondent was responsible for hiring, training and supervising the branch's sales staff. He also sold investment products and advised customers about transfers of securities or cash. Three months after he was hired, the respondent was arrested at his home for an attempt to extort money from his securities broker. He was held in custody for a few days and was then released after pleading not guilty to the criminal charges against him. After consulting its legal counsel, the appellant suspended the respondent's contract without pay until the final decision of the courts because of the connection between the nature of the charges and the duties of

\* Arbour J. participated in the judgment of March 19, 2004 but took no part in these reasons for judgment.

**L'Industrielle-Alliance Compagnie  
d'Assurance sur la Vie** *Appelante*

c.

**Gilbert Cabiakman** *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : CABIAKMAN c. INDUSTRIELLE-  
ALLIANCE CIE D'ASSURANCE SUR LA VIE**

**Référence neutre : 2004 CSC 55.**

N<sup>o</sup> du greffe : 29584.

Audition et jugement : 19 mars 2004.

Motifs déposés : 29 juillet 2004.

Présents : Les juges Iacobucci, Bastarache, Binnie,  
Arbour\*, LeBel, Deschamps et Fish.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Employeur et employé — Contrat individuel de travail — Employé accusé d'une tentative d'extorsion non reliée à son travail — Suspension sans traitement imposée par l'employeur jusqu'à la décision finale des tribunaux pour protéger l'intérêt de l'entreprise — Contrat de travail liant les parties muet quant au pouvoir de suspension patronal — Un employeur peut-il suspendre sans traitement pour des motifs administratifs un employé faisant l'objet d'accusations criminelles?*

L'intimé se joint à la compagnie d'assurance appelante en août 1995 à titre de directeur des ventes. Le contrat de travail intervenu entre les parties est pour une durée indéterminée et comporte une garantie de salaire pour deux ans. En vertu de cette convention, l'intimé est responsable de l'embauche, la formation et la supervision des vendeurs attachés à sa succursale. Il vend également des produits de placement et conseille des clients sur des transferts de titres ou d'argent liquide. Trois mois après son embauche, l'intimé est arrêté à son domicile relativement à une tentative d'extorsion contre son courtier en valeurs mobilières. Il est détenu quelques jours, puis libéré après avoir plaidé non coupable aux accusations criminelles portées contre lui. Après avoir consulté ses avocats, l'appelante suspend sans solde le contrat de l'intimé jusqu'à la décision finale des tribunaux en raison

\* La juge Arbour a participé au jugement du 19 mars 2004, mais n'a pas pris part aux présents motifs.

his position. The appellant did this to protect the business's image and to protect its customers, if need be. The respondent then commenced an action against the appellant for dismissal without good and sufficient cause in which he sought damages for lost income together with moral and punitive damages. At his criminal trial, the respondent was acquitted in a judgment delivered from the bench and the appellant reinstated him in his position shortly thereafter, some two years after he had been suspended. At the civil trial, the Superior Court concluded that the suspension imposed by the appellant was justified but held that the failure to pay the respondent was unjustified. It therefore allowed the respondent's claim and ordered the appellant to compensate the respondent for the salary lost during the period of the suspension. The Court of Appeal affirmed that judgment but varied its disposition to award the respondent the quantum of damages fixed by the parties.

*Held:* The appeal should be dismissed.

According to the *Civil Code of Québec*, a contract of employment imposes reciprocal obligations on the parties. The employer must allow the employee to perform the work agreed upon, pay the employee remuneration and take any necessary measures to protect the employee's health, safety and dignity. The employee is bound to carry out his or her work with prudence and diligence and to act faithfully and honestly toward the employer. The flexibility and malleability of an individual contract of employment enable the parties to provide in the contract that the employer has the power to suspend, and to establish the conditions on which it may do so. Absent such an agreement, an employer has, in Quebec civil law, a unilateral power to temporarily suspend the effects of an individual contract of employment or certain of the obligations under the contract. The power to impose a disciplinary suspension is generally recognized. As for the power to suspend for administrative reasons, it is a necessary component of the power of direction the employee has accepted if the performance of his or her work should compromise the business's interest. This residual power to suspend for administrative reasons because of acts of which the employee has been accused is thus an integral part of any contract of employment, but it must be exercised in accordance with certain requirements. First, the action taken must be necessary to protect legitimate business interests. In this regard, the employer has the burden of showing that its decision is fair and reasonable. To determine whether a suspension was reasonable, it must be considered from the perspective of the point in time when the decision was made. Facts subsequent to the employer's decision may be admissible in evidence, however, if they are relevant and if they can be used to determine whether the employer's decision was justified

du lien entre la nature des accusations reprochées et les fonctions qu'il occupe. L'appelante veut ainsi sauvegarder l'image de l'entreprise et protéger ses clients, le cas échéant. L'intimé tente alors une poursuite contre l'appelante pour congédiement sans cause juste et suffisante, dans laquelle il réclame des dommages pour perte de revenu ainsi que des dommages moraux et punitifs. Lors de son procès criminel, l'intimé est acquitté séance tenante et l'appelante le réintègre peu après dans ses fonctions, soit quelque deux ans après sa suspension. Lors du procès civil, la Cour supérieure conclut au bien-fondé de la suspension imposée par l'appelante mais juge injustifiée l'absence de rémunération. Elle fait donc droit à la réclamation de l'intimé et condamne l'appelante à indemniser l'intimé du salaire perdu pendant la durée de la suspension. La Cour d'appel confirme ce jugement mais modifie son dispositif pour octroyer à l'intimé le quantum des dommages fixé par les parties.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Aux termes du *Code civil du Québec*, le contrat de travail prévoit des obligations réciproques pour les parties. L'employeur doit permettre au salarié d'exécuter la prestation de travail convenue, à lui verser rémunération et à prendre les mesures nécessaires en vue de protéger sa santé, sa sécurité et sa dignité. Le salarié est tenu pour sa part d'exécuter son travail avec prudence et diligence et d'agir avec loyauté et honnêteté envers son employeur. La flexibilité et la malléabilité du contrat individuel de travail permettent aux parties de prévoir dans le contrat le pouvoir de suspension de l'employeur et d'en fixer les modalités. À défaut d'une telle entente, l'employeur possède, en droit civil québécois, un pouvoir unilatéral de suspendre temporairement les effets d'un contrat individuel de travail ou certaines des obligations qui en découlent. Le pouvoir d'imposer une suspension disciplinaire est généralement admis. Quant au pouvoir de suspension administrative, il est une composante nécessaire du pouvoir de direction qu'accepte le salarié dans la mesure où l'exécution de sa prestation compromettrait l'intérêt de l'entreprise. Ce pouvoir résiduel de suspendre pour des motifs administratifs en raison d'actes reprochés à l'employé fait donc partie intégrante de tout contrat de travail mais doit être exercé selon certaines conditions. Premièrement, la mesure prise doit être nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'entreprise. À cet égard, l'employeur a le fardeau de démontrer le caractère juste et raisonnable de sa décision. Afin d'évaluer le caractère raisonnable de la suspension, il faut se placer au moment où la décision a été prise. Les faits postérieurs à une décision de l'employeur sont toutefois recevables en preuve s'ils sont pertinents et s'ils permettent de déterminer le bien-fondé de sa décision au moment où il l'a prise. Deuxièmement, la bonne foi et le devoir d'agir

at the time it was made. Second, the employer must be guided by good faith and the duty to act fairly in deciding to impose an administrative suspension. Although an employer does not have to make its own inquiries, either of the employee or of the competent public authorities, to ensure that the charges are well founded, it does have an obligation to allow the employee to explain the situation if the employee wishes to provide his or her version of the facts. Third, the temporary interruption of the employee's performance of the work must be imposed for a relatively short period that is or can be fixed, or else it would be little different from a resiliation or dismissal pure and simple. Finally, the suspension must, other than in exceptional circumstances, be with pay. The employer cannot unilaterally avoid its obligation to pay the employee's salary if it denies the employee an opportunity to perform the work. Thus, an employee on whom an administrative suspension without pay is imposed might, as a rule, properly regard that measure as a constructive dismissal. Also, there is an implied condition that the legal situation between the parties be restored after the cause of non-performance of the employee's duties has ceased to exist.

In the case at bar, the suspension of the respondent was justified, as it was made to protect the business's interests. In light of the nature of the offence with which the respondent was charged and the high level of responsibility associated with his position, the action taken was necessary to protect the image of the service provided by the appellant and to protect its customers. Also, the appellant proved that it could not have assigned the respondent to another position pending the outcome of the criminal proceedings. In general, the appellant conducted itself properly, although it would have been preferable for the appellant to give the respondent an opportunity to provide it with his version of the facts. However, the appellant cannot justify its failure to pay the respondent during the suspension. It was not open to the appellant to unilaterally impose a temporary cessation of performance of the correlative obligations while requiring that the employee continue to be available. The respondent was not required to endure the suspension, imposed on him by the appellant, of the performance of his work and also be denied the consideration for that work, namely his salary.

#### Cases Cited

**Distinguished:** *Laurier Auto Inc. v. Paquet*, [1987] R.J.Q. 804; *Thomas v. Surveyer, Nenniger & Chênevert Inc.* (1989), 34 Q.A.C. 61; **referred to:** *Air-Care Ltd. v. United Steel Workers of America*, [1976] 1 S.C.R. 2; *Syndicat du personnel de soutien du Cégep François-Xavier Garneau v. Cégep François-Xavier Garneau*,

équitablement doivent guider l'employeur dans sa décision d'imposer une suspension administrative. Bien que l'employeur n'ait pas à mener sa propre enquête auprès du salarié ou des autorités publiques compétentes afin de s'assurer du bien-fondé des accusations, il a toutefois l'obligation de laisser son employé s'expliquer si ce dernier désire donner sa version des faits. Troisièmement, l'interruption provisoire de la prestation de l'employé doit être prévue pour une durée relativement courte, déterminée ou déterminable, faute de quoi elle se distinguerait mal d'une résiliation ou d'un congédiement pur et simple. Enfin, sous réserve de cas exceptionnels, la suspension est en principe imposée avec solde. L'employeur ne peut en effet se dégager unilatéralement de son obligation de payer le salaire de l'employé s'il prive ce dernier de la possibilité d'exécuter sa prestation. Un salarié qui se voit imposer une suspension administrative sans solde pourra donc à juste titre, en général, considérer cette mesure comme un congédiement déguisé. De plus, il existe une condition implicite de rétablissement de la situation juridique des parties après la cessation de la cause de l'inexécution des fonctions du salarié.

En l'espèce, la suspension de l'intimé était justifiée puisqu'elle a été prise dans le but de sauvegarder l'intérêt de l'entreprise. En raison de la nature de l'infraction reprochée à l'intimé et du haut niveau de responsabilité associé aux fonctions de ce dernier, la mesure imposée était nécessaire pour protéger l'image du service offert par l'appelante et pour protéger ses clients. De plus, l'appelante a prouvé ne pouvoir affecter l'intimé à un autre poste jusqu'à l'issue des procédures pénales. De façon générale, l'appelante s'est comportée correctement quoiqu'il aurait été préférable qu'elle donne à l'intimé l'opportunité de lui présenter sa version des faits. Par contre, l'appelante ne peut justifier son défaut de rémunérer l'intimé durant la suspension. Elle ne pouvait décréter unilatéralement l'arrêt provisoire de l'exécution des prestations corrélatives tout en exigeant du salarié qu'il demeure disponible. L'intimé n'avait pas à subir la suspension de l'exécution de sa prestation de travail imposée par l'appelante et à être aussi privé de sa contrepartie, le salaire.

#### Jurisprudence

**Distinction d'avec les arrêts :** *Laurier Auto Inc. c. Paquet*, [1987] R.J.Q. 804; *Thomas c. Surveyer, Nenniger & Chênevert Inc.* (1989), 34 Q.A.C. 61; **arrêts mentionnés :** *Air-Care Ltd. c. United Steel Workers of America*, [1976] 1 R.C.S. 2; *Syndicat du personnel de soutien du Cégep François-Xavier Garneau c. Cégep François-*

[2003] Q.J. No. 3580 (QL); *Centre d'adaptation jeunesse inc. v. Syndicat canadien de la fonction publique* (1986), 5 Q.A.C. 241; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *Sûreté du Québec et Association des policiers provinciaux du Québec*, [1991] T.A. 666; *Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal et Communauté urbaine de Montréal*, [1984] T.A. 668; *C.U.M. et Fraternité des policiers de la C.U.M.*, D.T.E. 86T-312; *Cie minière Québec Cartier v. Québec (Grievances arbitrator)*, [1995] 2 S.C.R. 1095; *Association des pompiers de Sherbrooke et Ville de Sherbrooke*, [1989] T.A. 211; *Re United Automobile Workers, Local 127 and Eaton Springs Canada Ltd.* (1969), 21 L.A.C. 50; *Re United Steelworkers, Local 3129 & Moffats Ltd.* (1956), 6 L.A.C. 327; *Pharand et Gatineau (Ville de)*, D.T.E. 2003T-943; *Deux-Montagnes (Ville de) et Fraternité des policiers de Deux-Montagnes/Sainte-Marthe-sur-le-Lac*, [2002] R.J.D.T. 1683; *Re James Bay Lodge & Construction and General Workers' Union, Local 602* (1993), 33 L.A.C. (4th) 23; *Re Kimberly-Clark of Canada Ltd. and Canadian Paperworkers' Union, Local 307* (1981), 30 L.A.C. (2d) 316; *Columbia Builders Supplies Co. v. Bartlett*, [1967] B.R. 111; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; *Internote Canada Inc. v. Commission des normes du travail*, [1989] R.J.Q. 2097.

#### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting labour standards*, R.S.Q., c. N-1.1 [am. 2002, c. 80], ss. 2, 3, para. 1(6), 79.4, 82, 82.1, 83, 122 to 123.5.  
*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1379, 1380, 1383, 1432, 1434, 1435, 1436, 1437, 1604, 1605, 2085, 2087, 2088, 2091, 2092, 2094.  
*Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, ss. 12 to 19, 109.1 et seq., 110.

#### Authors Cited

Athanassiadis, Mimikos. "Sources of Disciplinary Power: an Analysis of the Employment Contract" (1998), 5 *R.E.J.* 267.  
 Bich, Marie-France. "Contracts of Employment", in *Reform of the Civil Code*, vol. 2-B, *Obligations*, Texts written for the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. Montréal: Barreau du Québec, 1993, 1.  
 Bich, Marie-France. "Le pouvoir disciplinaire de l'employeur — fondements civils" (1988), 22 *R.J.T.* 85.  
 Bonhomme, Robert, Clément Gascon and Laurent Lesage. *The Employment Contract under the Civil Code of Québec*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994.

Xavier Garneau, [2003] J.Q. n° 3580 (QL); *Centre d'adaptation jeunesse inc. c. Syndicat canadien de la fonction publique* (1986), 5 Q.A.C. 241; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *Sûreté du Québec et Association des policiers provinciaux du Québec*, [1991] T.A. 666; *Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal et Communauté urbaine de Montréal*, [1984] T.A. 668; *C.U.M. et Fraternité des policiers de la C.U.M.*, D.T.E. 86T-312; *Cie minière Québec Cartier c. Québec (arbitre des griefs)*, [1995] 2 R.C.S. 1095; *Association des pompiers de Sherbrooke et Ville de Sherbrooke*, [1989] T.A. 211; *Re United Automobile Workers, Local 127 and Eaton Springs Canada Ltd.* (1969), 21 L.A.C. 50; *Re United Steelworkers, Local 3129 & Moffats Ltd.* (1956), 6 L.A.C. 327; *Pharand et Gatineau (Ville de)*, D.T.E. 2003T-943; *Deux-Montagnes (Ville de) et Fraternité des policiers de Deux-Montagnes/Sainte-Marthe-sur-le-Lac*, [2002] R.J.D.T. 1683; *Re James Bay Lodge and Construction & General Workers' Union, Local 602* (1993), 33 L.A.C. (4th) 23; *Re Kimberly-Clark of Canada Ltd. and Canadian Paperworkers' Union, Local 307* (1981), 30 L.A.C. (2d) 316; *Columbia Builders Supplies Co. c. Bartlett*, [1967] B.R. 111; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *Internote Canada Inc. c. Commission des normes du travail*, [1989] R.J.Q. 2097.

#### Lois et règlements cités

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1379, 1380, 1383, 1432, 1434, 1435, 1436, 1437, 1604, 1605, 2085, 2087, 2088, 2091, 2092, 2094.  
*Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27, art. 12 à 19, 109.1 et suiv., 110.  
*Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., ch. N-1.1 [mod. 2002, ch. 80], art. 2, 3, al. 1(6), 79.4, 82, 82.1, 83, 122 à 123.5.

#### Doctrine citée

Athanassiadis, Mimikos. « Sources of Disciplinary Power : an Analysis of the Employment Contract » (1998), 5 *R.E.J.* 267.  
 Bich, Marie-France. « Le contrat de travail », dans *La réforme du Code civil*, vol. 2, *Obligations, contrats nommés*. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy : Presses de l'Université Laval, 1993, 741.  
 Bich, Marie-France. « Le pouvoir disciplinaire de l'employeur — fondements civils » (1988), 22 *R.J.T.* 85.  
 Bonhomme, Robert, Clément Gascon et Laurent Lesage. *Le contrat de travail en vertu du Code civil du Québec*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1994.

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

D'Aoust, Claude, Louis Leclerc et Gilles Trudeau. *Les mesures disciplinaires: étude jurisprudentielle et doctrinale*, monographie n° 13. Montréal: École de relations industrielles, Université de Montréal, 1982.

Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec*, 5<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.

Morin, Fernand, et Jean-Yves Brière. *Le droit de l'emploi au Québec*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2003.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2002] Q.J. No. 8521 (QL), affirming a judgment of the Superior Court, [2000] R.J.Q. 1508, [2000] R.J.D.T. 504, [2000] Q.J. No. 1407 (QL). Appeal dismissed.

*Michel St-Pierre and Jacques Reeves*, for the appellant.

*Raphaël Levy*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL AND FISH JJ. —

## I. Introduction

This appeal raises the question of the scope and nature of an employer's power to suspend an employee in a private labour law context. The issue is whether an employer has an obligation to pay an employee while the employee is under what is described as an "administrative" suspension, where the employer has imposed the suspension to protect the interests of the business and its customers while criminal charges are pending against the employee.

The trial judge concluded that the suspension was justified, because the employer was acting in good faith in the circumstances. However, he held that a suspension without pay was unjustified and ordered the appellant to compensate the respondent for the salary lost during the period of the suspension. The Court of Appeal unanimously affirmed that judgment.

The problem in this case arises out of the suspension of the respondent without pay for about two years at a time when he was the sales

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal : Thémis, 1999.

D'Aoust, Claude, Louis Leclerc et Gilles Trudeau. *Les mesures disciplinaires: étude jurisprudentielle et doctrinale*, monographie n° 13. Montréal : École de relations industrielles, Université de Montréal, 1982.

Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec*, 5<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.

Morin, Fernand, et Jean-Yves Brière. *Le droit de l'emploi au Québec*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2003.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2002] J.Q. n° 8521 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [2000] R.J.Q. 1508, [2000] R.J.D.T. 504, [2000] J.Q. n° 1407 (QL). Pourvoi rejeté.

*Michel St-Pierre et Jacques Reeves*, pour l'appelante.

*Raphaël Levy*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LES JUGES LEBEL ET FISH —

## I. Introduction

Le présent pourvoi porte sur l'étendue et la nature du pouvoir de suspension d'un employeur dans un contexte privé de droit du travail. Il s'agit ici de déterminer si un employeur a l'obligation de rémunérer un employé pendant la durée d'une suspension qualifiée d'administrative qu'il a imposée pour protéger l'intérêt de l'entreprise et celui de sa clientèle alors que l'employé faisait l'objet d'accusations criminelles.

Le premier juge a conclu au bien-fondé de la suspension, compte tenu de la bonne foi de l'employeur dans les circonstances. Toutefois, il a jugé injustifiée la suspension sans solde et a condamné l'appelante à indemniser l'intimé du salaire perdu pendant la durée de la suspension. La Cour d'appel a confirmé ce jugement à l'unanimité.

Le problème en cause découle d'une suspension sans traitement d'environ deux ans imposée à l'intimé qui agissait alors comme directeur des ventes

1

2

3



manager of one of the branch offices of the appellant, an insurance company. Shortly after he was hired, the respondent was arrested for attempted extortion. After an article about the case was published in a large circulation weekly newspaper in the Montréal area, the appellant decided to suspend the respondent without pay until the outcome of the legal proceedings brought against him by the Crown was decided. According to the appellant, it took this action, which it characterized as “administrative”, to protect its reputation and to preserve the image of the service it provides to its customers.

4 Following the trial, at which he was acquitted, the respondent was reinstated in his position at the Industrial Alliance Life Insurance Company (“Industrial”), where he has worked ever since. The issue is who must absorb the economic loss suffered by the respondent while he was suspended. The loss amounts to \$200,000, as the parties have agreed on the quantum of damages.

5 The contract between the parties is silent with respect to the employer’s power to suspend. The power to suspend for disciplinary reasons is not in issue. The question here is whether, in a legal situation governed solely by the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (“C.C.Q.”), and the individual contract in issue, the employer has a residual power to suspend for administrative reasons, independent of the disciplinary suspension power, that is implicitly derived from the contract of employment and can be exercised at the employer’s initiative in the business’s interest. If so, the Court is asked to determine the basis of that power and to delimit its scope in order to decide, specifically, whether the power could be used to impose a suspension without pay in the circumstances of the instant case.

6 For reasons that differ in part from the Court of Appeal’s reasons, it was our opinion, at the conclusion of the hearing, that the appellant’s appeal should be dismissed. This Court has therefore affirmed the relief granted, namely an order that the appellant pay the respondent the salary that was withheld from him during his suspension.

à l’une des succursales de l’appelante, une compagnie d’assurances. Peu après son engagement, l’intimé est arrêté pour tentative d’extorsion. À la suite de la publication d’un article sur cette affaire dans un hebdomadaire à grand tirage de la région de Montréal, l’appelante décide de suspendre l’intimé sans salaire jusqu’à l’aboutissement des procédures judiciaires entreprises contre lui par le ministère public. L’appelante impose cette mesure dite administrative dans le but avoué de sauvegarder sa réputation et l’image du service offert à sa clientèle.

À l’issue du procès prononçant son acquittement, l’intimé fut réintégré dans ses fonctions à L’Industrielle-Alliance Compagnie d’Assurance sur la Vie (« L’Industrielle »), où il travaille depuis. Il s’agit donc de déterminer qui doit absorber la perte économique subie par l’intimé lors de sa suspension. Ce montant s’élève à 200 000 \$, les parties s’étant entendues sur le quantum des dommages.

Le contrat liant les parties est muet sur la question du pouvoir de suspension patronal. Le pouvoir de suspension disciplinaire n’est pas en cause. Il s’agit ici de déterminer si, indépendamment du pouvoir de suspension disciplinaire, l’employeur détient un pouvoir résiduel de suspension administrative, exercé à son initiative, dans l’intérêt de l’entreprise, qui découle implicitement du contrat de travail, dans une situation juridique régie uniquement par le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »), et le contrat individuel en cause. Dans l’affirmative, la Cour est appelée à se prononcer sur les fondements de ce pouvoir et d’en circonscrire l’étendue afin de décider en particulier s’il permet d’imposer une suspension sans rémunération dans le présent contexte.

Pour des motifs différents en partie de ceux de la Cour d’appel, nous avons été d’avis à la fin de l’audience de rejeter le pourvoi de l’appelante. Notre Cour a ainsi confirmé la conclusion ordonnant à l’appelante de verser à l’intimé le salaire dont il a été privé durant sa suspension.

## II. Origin of the Case

The respondent, Gilbert Cabiakman (“Cabiakman”), was a sales manager for the London Life Insurance Company from 1984 to 1995. During that period, he became friends with his immediate supervisor, André Sarrazin (“Sarrazin”). Sarrazin then left London Life to work for the appellant, Industrial.

In August 1995, Sarrazin contacted Cabiakman and persuaded him to leave his job and join Industrial to work as a sales manager in its Ville Saint-Laurent branch. Cabiakman was hired because of his particular qualifications in the sale of insurance policies and related products. He also had the qualities needed to deal effectively with the target clientele in that field.

The parties entered into a contract of employment that, although it was for an indeterminate term, included a two-year salary guarantee.

Under that agreement, Cabiakman was responsible for hiring, training and supervising the branch’s sales staff. His duties also included selling investment products such as insurance plans, retirement plans, mutual funds and pension funds to certain customers. He was also responsible for transfers of money from one institution to another for major customers. On occasion, he also advised customers about transfers of securities or cash. As a result, Cabiakman’s integrity was of fundamental importance for his dealings both with his employer’s customers and with the sales team he supervised.

On about November 9 or 10, 1995, three months after he was hired, Cabiakman was arrested at his home for attempted extortion. At the time, he was on a week’s parental leave. He was charged with conspiracy to extort money from his securities broker. The broker had allegedly caused him to lose money on the stock market. Cabiakman was held in custody until Monday, November 13. He was then released after pleading not guilty to the criminal charges against him.

## II. Origine du litige

L’intimé, Gilbert Cabiakman (« Cabiakman ») travaille pour la compagnie d’assurances London Life à titre de directeur des ventes de 1984 à 1995. Il se lie alors d’amitié avec son superviseur immédiat André Sarrazin (« Sarrazin »). Ce dernier quitte la London Life pour aller travailler chez l’appelante, L’Industrielle.

En août 1995, Sarrazin contacte Cabiakman et le convainc de quitter son emploi pour se joindre à L’Industrielle afin d’y travailler à titre de directeur des ventes de sa succursale de Ville Saint-Laurent. Cabiakman est embauché en raison de ses qualifications particulières en matière de vente de polices d’assurance et de produits connexes. Il possède également les qualités requises pour s’adresser efficacement à la clientèle ciblée dans ce secteur.

Un contrat de travail intervient entre les parties pour une durée indéterminée. Il comporte toutefois une garantie de salaire pour deux ans.

En vertu de cette convention, Cabiakman est responsable de l’embauche, de la formation et de la supervision des vendeurs affectés à sa succursale. Dans le cadre de ses fonctions, il vend également chez certains clients des produits de placement, tels des plans d’assurance, des régimes de rentes, des fonds mutuels et des fonds de pension. Il est aussi chargé des transferts d’argent d’une institution à l’autre pour le compte de gros clients. Il peut même être appelé à conseiller des clients sur des transferts de titres ou d’argent liquide. Dans cette perspective, la probité de Cabiakman devient fondamentale, tant envers les clients de son employeur qu’auprès de l’équipe de vendeurs qu’il supervise.

Vers le 9 ou 10 novembre 1995, soit trois mois après son embauche, Cabiakman est arrêté à son domicile pour tentative d’extorsion. Il se trouve alors en congé parental d’une semaine. Il est accusé d’avoir comploté en vue d’extorquer son courtier en valeurs mobilières. Ce dernier lui aurait fait perdre de l’argent à la Bourse. Cabiakman est détenu jusqu’au lundi 13 novembre. Il est ensuite libéré après avoir plaidé non coupable aux accusations criminelles portées contre lui.

7

8

9

10

11

12 Two days later, he told Sarrazin about his arrest. Sarrazin told him not to worry and to keep working. The following week, Cabiakman learned that an article published in a weekly tabloid recounted the circumstances of the charges against him and stated his name. Cabiakman and Sarrazin immediately obtained a copy. Sarrazin then informed Cabiakman that he could no longer keep quiet about the matter and that he had to inform management.

13 The vice-president for sales, Paul-Émile Burelle, then submitted the case to the company's legal counsel. On their advice, Burelle decided to suspend Cabiakman's contract without pay [TRANSLATION] "until the final decision of the courts in this case". Industrial conducted no investigation and did not even give Cabiakman an opportunity to explain the situation. Cabiakman was told about his suspension on December 1, 1995.

14 Industrial decided to do this because of the connection between the nature of the charges and the duties of Cabiakman's position. It suspended Cabiakman to protect the business's image and reputation and the integrity of its relations with its customers. The other purpose of the administrative action taken was to protect its customers, if need be.

15 On February 1, 1996, Cabiakman instituted legal proceedings against Industrial for dismissal without good and sufficient cause. He claimed that Industrial's action in suspending him for an indefinite period that lasted two years was equivalent to dismissal. In his original declaration, he sought \$279,807.60 in lost income, moral damages and punitive damages.

16 The preliminary inquiry in Cabiakman's case was held on November 21, 1996 and he was committed for trial. On October 8, 1997, he was acquitted in a judgment delivered from the bench, without even having to testify. On November 24, 1997, he was reinstated in his position as soon as Industrial was informed that he had been acquitted. He has worked there ever since.

Deux jours plus tard, il informe Sarrazin de son arrestation. Ce dernier lui répond de ne pas s'inquiéter et de continuer son travail. La semaine suivante, Cabiakman prend connaissance de la publication d'un article dans un hebdomadaire à sensation qui relate les circonstances de sa mise en accusation et mentionne son nom. Cabiakman et Sarrazin s'en procurent immédiatement un exemplaire. Sarrazin informe alors Cabiakman qu'il ne peut plus passer l'affaire sous silence et qu'il doit en informer la direction.

Le vice-président aux ventes, Paul-Émile Burelle, soumet alors l'affaire aux avocats de l'entreprise. Sur leurs conseils, Burelle décide de suspendre sans solde le contrat de Cabiakman « jusqu'à la décision finale des tribunaux dans ce dossier ». L'Industrielle n'a jamais fait enquête ni même donné la chance à Cabiakman de s'expliquer. Ce dernier est informé de sa suspension le 1<sup>er</sup> décembre 1995.

L'Industrielle prend cette décision en raison du lien entre la nature des accusations reprochées et les fonctions occupées par Cabiakman. Elle impose la suspension dans le but de sauvegarder l'image de l'entreprise, sa réputation et l'intégrité de ses relations avec sa clientèle. Cette mesure administrative est aussi adoptée en vue de protéger les clients, le cas échéant.

Le 1<sup>er</sup> février 1996, Cabiakman entreprend des procédures judiciaires contre L'Industrielle pour congédiement sans cause juste et suffisante. Il allègue que, l'ayant suspendu pour une période indéterminée qui dura deux ans, L'Industrielle prenait une mesure équivalant à un congédiement. Dans sa déclaration initiale, il réclame 279 807,60 \$ à titre de perte de revenu, de dommages moraux et de dommages punitifs.

Le 21 novembre 1996, Cabiakman subit son enquête préliminaire et est renvoyé à son procès. Le 8 octobre 1997, il est acquitté séance tenante sans même avoir à témoigner. Le 24 novembre 1997, il est réintégré dans ses fonctions dès que L'Industrielle est mise au fait de son acquittement. Il y travaille depuis.

In his amended declaration dated January 26, 1998, Cabiakman added that during his suspension, from December 1, 1995, to November 23, 1997, he was unable to find another job or earn any income. In his reamended declaration dated May 15, 1998, he claimed an additional \$175,000 in damages for the inconvenience he had suffered, for a total of \$454,807.60.

The parties agreed that the quantum of damages was \$200,000. In its judgment of April 20, 2000, the Superior Court allowed Cabiakman's claim, but only in the amount of \$175,000: [2000] R.J.Q. 1508. The Court of Appeal affirmed that judgment on December 12, 2002 but awarded the full amount fixed by the parties: [2002] Q.J. No. 8521 (QL).

### III. Judicial History

#### A. *Superior Court (Laramée J.)*

In the trial judge's opinion, when the appellant suspended the respondent as it did, it stripped him of his dignity and breached its obligation to provide the work agreed to and allow the performance of that work, contrary to art. 2087 C.C.Q. The trial judge said that, as a rule, contracts do not survive deviations of this kind, which are equivalent to unilateral rescission. However, he held that in the circumstances it mattered little whether this was a rescission followed by renewal of the contract, or a simple suspension of the contract. The respondent had suffered substantial damage because of the appellant's failure to perform its obligation to provide the work and pay the appellant.

The trial judge then considered whether, in the circumstances, the administrative action taken by the appellant was justified. He noted that the appellant had clearly made its decision based on the possible impact on the business of the charges laid against the respondent, who held a position of trust. He added, however, that the employer is not presumed to act in good faith. The appellant therefore had to prove that it was acting in good faith, since it had deliberately breached its obligations to the respondent.

Dans sa déclaration modifiée du 26 janvier 1998, Cabiakman ajoute que, durant sa suspension, soit du 1<sup>er</sup> décembre 1995 au 23 novembre 1997, il a été incapable de se trouver un autre emploi et de gagner quelque revenu. Dans sa déclaration modifiée de nouveau le 15 mai 1998, il réclame des dommages additionnels de 175 000 \$ pour inconvénients subis, pour un total de 454 807,60 \$.

Les parties ont convenu que le quantum des dommages s'élevait à 200 000 \$. Dans son jugement du 20 avril 2000, la Cour supérieure fait droit à la réclamation de Cabiakman, mais seulement jusqu'à concurrence de 175 000 \$ : [2000] R.J.Q. 1508. Ce jugement est confirmé par la Cour d'appel le 12 décembre 2002, qui accorde cependant le montant total fixé par les parties : [2002] J.Q. n° 8521 (QL).

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour supérieure (le juge Laramée)*

Selon le premier juge, en suspendant l'intimé comme elle l'a fait, l'appelante le dépouillait de toute dignité et manquait à son obligation de fournir le travail prévu et d'en permettre l'exécution, contrairement à l'art. 2087 C.c.Q. Il affirme que le contrat ne survit pas en principe à de telles dérogations, qui équivalent à une résiliation unilatérale. Or, il juge que dans les circonstances il importait peu qu'il s'agisse d'une résiliation suivie d'un renouvellement de contrat ou d'une simple suspension de contrat. En effet, l'intimé avait subi des dommages importants en raison de l'inexécution par l'appelante de son obligation de fournir le travail et de le rémunérer.

Cela dit, le premier juge examine si, dans les faits, la mesure administrative prise par l'appelante était bien fondée. Il souligne que l'appelante a clairement pris cette décision en raison de l'incidence possible sur l'entreprise des accusations portées contre l'intimé qui y occupait un poste de confiance. Il ajoute cependant que la bonne foi de l'employeur ne se présume pas. L'appelante doit donc en faire la preuve car elle a délibérément manqué à ses obligations envers l'intimé.

17

18

19

20

21 The judge concluded that the appellant had established a clear connection between the alleged offence and the position held by the respondent. He noted that the potential harm to the appellant was obvious. In his opinion, an employer may take actions that are necessary for the survival, and even for the proper operation, of the business. He noted that the appellant had taken action to mitigate the harm that the media attention to the charge and potential conviction of the respondent could have caused. The judge accepted the appellant's evidence that it had been unable to assign the respondent to another position during his suspension. In the judge's opinion, it was open to the appellant to act in good faith in response to the publicity given to charges laid against one of its sales managers. For those reasons, he conceded that the suspension had been imposed in good faith.

22 Having reached that conclusion, the judge nonetheless allowed the respondent's action in damages and ordered the appellant to compensate the respondent for the salary lost during the suspension. He concluded that the appellant was able to justify its decision not to provide work but not the failure to pay the respondent, since it had not established that continuing to pay his salary could have damaged its image. The judge stated that the balance of economic convenience had to tip in favour of the respondent.

23 The trial judge's final observation was that if the appellant had entertained the slightest doubt as to the employee's integrity, its decision to reinstate him after the acquittal would have been inconsistent with the reasons the employer itself cited for suspending him, which were based on the relationship between the position he held and the trust that had to exist for him to perform his duties. The trial judge concluded that the appellant had to share with the respondent the burden of its discretionary decision to suspend him.

24 The judge awarded an amount of \$175,000, representing two years' salary plus interest. However, he dismissed the claim for moral damages on the ground that the decision to suspend the respondent was not made in bad faith and was in fact a reasonable administrative decision in the circumstances.

Le juge conclut que l'appelante a démontré l'existence d'un lien certain entre l'infraction reprochée et la fonction occupée par l'intimé. Il note que le tort potentiel pour l'appelante est évident. À son avis, un employeur peut prendre les mesures nécessaires à la survie de l'entreprise, voire à son bon fonctionnement. Il reconnaît que l'appelante a agi de façon à réduire l'importance du préjudice que pouvait causer la médiatisation de la mise en accusation et de la condamnation éventuelle de l'intimé. Le juge accepte la preuve de l'appelante selon laquelle il lui était impossible d'affecter l'intimé à un autre poste durant sa suspension. Selon le juge, l'appelante pouvait, en toute bonne foi, intervenir suite à la publicité entourant les accusations portées contre un de ses directeurs des ventes. Pour ces motifs, il admet que la suspension a été imposée de bonne foi.

Malgré cette conclusion, le juge accueille néanmoins l'action en dommages-intérêts de l'intimé et condamne l'appelante à indemniser ce dernier du salaire perdu durant la suspension. Il conclut que l'appelante pouvait justifier le bien-fondé de sa décision de ne pas fournir le travail mais non l'absence de rémunération puisqu'elle n'avait pas établi que le maintien du salaire aurait pu nuire à son image. Il affirme que la balance des inconvénients économiques devait pencher en faveur de l'intimé.

Enfin, le premier juge ajoute que, si l'appelante avait conservé le moindre doute au sujet de l'intégrité du salarié, sa décision de le réintégrer dès l'acquiescement serait incompatible avec les motifs qu'elle a elle-même invoqués au soutien de la suspension quant à la relation entre le poste occupé et la confiance nécessaire pour remplir ses fonctions. Il conclut que l'appelante doit partager avec l'intimé les inconvénients de sa décision purement potestative de le suspendre.

Le juge accorde la somme de 175 000 \$, représentant deux ans de salaire, plus les intérêts. Il rejette toutefois la réclamation d'une indemnité pour dommages moraux au motif que la décision de suspendre l'intimé n'a pas été prise de mauvaise foi et demeurerait une décision administrative raisonnable dans les circonstances.

B. *Court of Appeal (Rothman, Dussault and Delisle J.J.A.)*

The Court of Appeal unanimously affirmed the trial judgment. The court first found that the suspension imposed by the appellant was justified. It then accepted the trial judge's reasoning, which had led to the conclusion that the appellant had to bear the economic loss resulting from the suspension even though the suspension was justified. The court held that it fell to the appellant to bear the consequences of the suspension because a decision of that nature was, in essence, up to it alone to make. The court also allowed the respondent's cross-appeal that the disposition in the trial judgment be varied in light of the parties' agreement regarding the quantum of damages. It therefore ordered the appellant to pay the respondent \$200,000, with interest at the legal rate and the additional indemnity as of January 17, 2000.

IV. Issues

This appeal raises several questions, all of them relating to the performance and suspension of an individual contract of employment. Does an employer have a residual power, in addition to the power to impose a suspension as a disciplinary penalty, to unilaterally suspend the effects of an individual contract of employment? If so, what is the legal basis for that power? What conditions are applicable to the exercise of the power? Are there mechanisms for reviewing the employer's discretion, if it is found to exist? Finally, in the context of the instant case, could the employer exercise this power to suspend an employee against whom criminal charges had been laid?

V. Analysis

A. *The Nature of a Contract of Employment Governed by the Civil Code of Québec*

It should be noted that the situation at issue here is not governed by a collective agreement. The instant case concerns an individual contract of employment governed solely by the *Civil Code*

B. *Cour d'appel (les juges Rothman, Dussault et Delisle)*

La Cour d'appel confirme à l'unanimité le jugement de première instance. La cour reconnaît d'abord le bien-fondé de la suspension imposée par l'appelante. La cour accepte ensuite le raisonnement du premier juge selon lequel l'appelante devait supporter la perte économique résultant de cette suspension, même si celle-ci était justifiée. La cour juge qu'il revient à l'appelante de supporter les conséquences de la suspension puisqu'une telle décision relève à la base de sa seule volonté. De plus, la cour accueille l'appel incident de l'intimé visant à faire modifier le dispositif du jugement de première instance compte tenu du quantum des dommages sur lequel se sont entendues les parties. La cour condamne ainsi l'appelante à verser à l'intimé 200 000 \$, avec intérêt au taux légal et l'indemnité additionnelle à compter du 17 janvier 2000.

IV. Questions en litige

Ce pourvoi pose diverses questions, toutes liées à l'exécution et à la suspension d'un contrat individuel de travail. Outre son pouvoir d'imposer une suspension à titre de sanction disciplinaire, un employeur détient-il le pouvoir résiduel de suspendre unilatéralement les effets d'un contrat individuel de travail? Dans l'affirmative, quelle est l'assise juridique de ce pouvoir? Quelles modalités encadrent son exercice? Existe-t-il des mécanismes de contrôle de ce pouvoir discrétionnaire de l'employeur, si l'existence de celui-ci est admise? Enfin, dans le contexte de la présente affaire, l'employeur pouvait-il exercer un tel pouvoir pour suspendre un employé faisant l'objet d'accusations criminelles?

V. Analyse

A. *La nature du contrat de travail régi par le Code civil du Québec*

Nous prenons soin de préciser que le cadre du litige n'est pas régi par une convention collective. La présente affaire porte sur un contrat individuel de travail relevant uniquement du *Code civil*

25

26

27

of *Québec*. It is a synallagmatic contract (art. 1380 C.C.Q.) and a contract of successive or continuous performance (art. 1383 C.C.Q.). The *Civil Code of Québec* defines such a contract as one by which an employee undertakes to do work for remuneration under the direction or control of an employer (art. 2085 C.C.Q.). An agreement may be characterized as a contract of employment when the following three elements exist: performance of work by the employee, payment of wages by the employer and a relationship of subordination between the parties. These three elements also define the basic content of the contract of employment.

*du Québec*. Il s'agit d'un contrat synallagmatic (art. 1380 C.c.Q.) et à exécution successive ou continue (art. 1383 C.c.Q.). Le *Code civil du Québec* définit ce contrat comme celui par lequel le salarié s'oblige, moyennant rémunération, à effectuer un travail sous la direction ou le contrôle de l'employeur (art. 2085 C.c.Q.). Une convention peut être qualifiée de contrat de travail lorsque sont réunies les trois composantes suivantes : la prestation de travail du salarié, le versement du salaire par l'employeur et le lien de subordination qui prévaut entre les parties. Ces trois éléments définissent en même temps le contenu fondamental du contrat de travail.

28 The legal subordination of the employee to the employer is the most important characteristic of an agreement where an attempt is made to characterize the agreement as a contract of employment and to distinguish it from other onerous contracts. The creation of the relationship of subordination also implies acceptance by the employee of the employer's power of direction and control.

La subordination juridique du salarié à son employeur constitue la caractéristique la plus importante de la convention, lorsqu'on tente de la qualifier de contrat de travail et de la distinguer d'autres contrats à titre onéreux. La création du rapport de subordination implique par ailleurs l'acceptation par l'employé du pouvoir de contrôle et de direction de l'employeur.

29 A contract of employment imposes reciprocal obligations on the parties. The employer agrees to allow the employee to perform the work agreed upon, to pay the employee remuneration and to take any necessary measures to protect the employee's health, safety and dignity (art. 2087 C.C.Q.). The employee is bound to carry out his or her work with prudence and diligence and to act faithfully and honestly toward the employer (art. 2088 C.C.Q.). In light of the mutual obligations of the parties, we shall now examine the central issues in this case.

Le contrat de travail prévoit des obligations réciproques pour les parties. D'une part, l'employeur s'engage à permettre au salarié d'exécuter la prestation de travail convenue, à lui verser rémunération et à prendre les mesures nécessaires en vue de protéger sa santé, sa sécurité et sa dignité (art. 2087 C.c.Q.). D'autre part, le salarié est tenu d'exécuter son travail avec prudence et diligence et d'agir avec loyauté et honnêteté envers son employeur (art. 2088 C.c.Q.). Sous l'éclairage des obligations mutuelles des parties, il convient d'aborder maintenant le cœur du présent litige.

B. *The Problem of the Suspension by the Employer of Performance of the Contract of Employment*

B. *Le problème de la suspension de l'exécution du contrat de travail par l'employeur*

(1) The Theoretical Problem

(1) La difficulté théorique

30 In this appeal, we are asked to determine whether an employer has the implicit power to suspend temporarily the effects of a contract of employment or certain of its obligations thereunder. The question involves significant problems in

Le présent pourvoi nous invite à déterminer si l'employeur détient le pouvoir implicite de suspendre temporairement les effets d'un contrat de travail ou certaines de ses obligations corrélatives. La question présente des difficultés

terms of legal theory. There are no provisions in any legislation, be it the *Civil Code* or a special Act, that expressly set out the basis for the employer's power to suspend a contract of employment, be it for disciplinary reasons or for what are called administrative reasons.

The very concept of a power to unilaterally suspend the performance of the synallagmatic obligations under a contract is in fact difficult to reconcile with the classical theory of obligations. It is hard to imagine how one party could unilaterally, as and when it liked, suspend the effects of a contract that had been validly entered into in the absence of an agreement between the contracting parties to recognize the existence of such a power.

As there was no such agreement in the case at bar, we must now consider whether, in Quebec civil law, an employer has a unilateral power to temporarily suspend the effects of an individual contract of employment or certain of the obligations under the contract. It may then be necessary to determine the nature and legal basis of that power and delimit its scope and the conditions on which it may be exercised.

Some clarifications must be made at the outset of this analysis. This appeal does not involve an administrative layoff imposed for economic reasons in the sense in which that expression is normally understood. This is not a situation in which the employer has suspended the performance of work by the employee, and the employer's correlative obligation to pay the employee, because of extrinsic factors, such as financial difficulties, a shortage of work, technological change or reorganization of the business. In this case, the decision to suspend the employee was, to a certain extent, a result of the acts of which the employee was accused. In order to be perfectly clear, we would therefore reiterate that the only question raised by this appeal relates to the unilateral power to suspend an employee against whom criminal charges have been laid, for purely administrative reasons connected with the interests of the business.

importantes sur le plan de la théorie juridique. En effet, aucun texte législatif, qu'il s'agisse du *Code civil* ou de lois particulières, ne contient de dispositions qui explicitent le fondement du pouvoir de l'employeur de procéder à une suspension du contrat de travail, que ce soit pour des motifs disciplinaires ou des raisons dites administratives.

La notion même d'un pouvoir de suspension unilatéral de l'exécution des prestations synallagmatiques d'un contrat se concilie d'ailleurs mal avec la théorie classique des obligations. Il est en effet difficile de concevoir qu'une partie puisse unilatéralement et à sa guise suspendre les effets d'un contrat valablement conclu, en l'absence d'accord entre les contractants pour reconnaître l'existence d'une telle faculté.

Une telle entente faisant défaut en l'espèce, il faut maintenant examiner si l'employeur possède, en droit civil québécois, un pouvoir unilatéral de suspendre temporairement les effets d'un contrat individuel de travail ou certaines des obligations qui en découlent. Le cas échéant, il conviendra d'établir la nature et le fondement juridique de ce pouvoir et d'en fixer l'étendue et les conditions d'exercice.

Certaines précisions s'imposent toutefois au début de cette analyse. Le présent pourvoi ne vise pas la mise à pied administrative pour motif économique au sens où s'entend normalement cette expression. On ne se trouve pas dans une situation où l'employeur suspend l'exécution de la prestation du salarié et son obligation corrélatrice de le rémunérer en raison de facteurs extrinsèques — par exemple, des difficultés économiques, un manque de travail, des changements technologiques ou une restructuration de l'entreprise. En l'espèce, la décision d'imposer une suspension à l'employé demeure tributaire, dans une certaine mesure, de gestes reprochés à ce dernier. Par souci de clarté, nous réitérons alors que le présent pourvoi ne soulève que la question du pouvoir unilatéral d'imposer une suspension à un salarié visé par des accusations criminelles, pour des motifs purement administratifs rattachés à l'intérêt de l'entreprise.

31

32

33



(2) The Unique Nature of the Contract of Employment(2) Le particularisme du contrat de travail

34 Commentators have offered a variety of explanations for the existence of the employer's power to suspend performance of the contract of employment. Some have suggested that this unilateral power to suspend the successive obligations under a contract of employment can be justified in light of the unique nature of that type of contract. Under this approach, it is argued that a contract of employment produces different effects because of its unique nature. (See F. Morin and J.-Y. Brière, *Le droit de l'emploi au Québec* (2nd ed. 2003), at paras. II-115 and II-160.)

Pour expliquer l'existence d'un pouvoir de suspension de l'exécution du contrat de travail par l'employeur, la doctrine recourt à des explications variées. Par exemple, certains auteurs proposent de justifier ce pouvoir unilatéral de suspension des obligations successives découlant du contrat de travail en faisant appel à la nature spéciale de ce contrat. Selon cette approche, le contrat de travail produirait des effets distincts en raison de sa nature particulière. (Voir F. Morin et J.-Y. Brière, *Le droit de l'emploi au Québec* (2<sup>e</sup> éd. 2003), par. II-115 et II-160.)

35 Morin and Brière considered the question of a layoff for economic, technical, administrative or organizational reasons and stated that [TRANSLATION] "[t]he legal rationalization for the operation requires that we examine the unique, distinctive and *sui generis* nature of the contract of employment" (para. II-160).

Morin et Brière abordent la question de la mise à pied pour des motifs d'ordre économique, technique, administratif ou structurel. Ils ajoutent alors que « [l]a rationalisation juridique de l'opération exige que nous nous attardions au caractère particulier, distinctif et *sui generis* du contrat de travail » (par. II-160).

36 From this perspective, the unique nature of a contract of employment derives largely from the fact that the employee is legally subordinate to the employer's power of direction and control, and from the *intuitu personae* nature of the contract. Although the importance of this last characteristic should be tempered in light of the nature of a large company in the contemporary context, it is nonetheless useful in relation to penalties for failure to perform contractual obligations, particularly in the case of management personnel.

Dans cette optique, le particularisme du contrat de travail découle largement de l'assujettissement juridique de l'employé au pouvoir de direction et de contrôle de son employeur et de la nature *intuitu personae* de ce contrat. Bien que l'importance de cette dernière caractéristique mérite d'être tempérée devant la réalité contemporaine de la grande entreprise, elle demeure néanmoins utile en cas de sanction pour inexécution des obligations contractuelles, notamment dans le cas du personnel de direction.

(3) Labour Relations Practices and Suspension of the Performance of Work(3) La pratique des relations de travail et la suspension des prestations de travail

37 The unique nature of the contract of employment can be seen in practices relating to collective labour relations or individual employment relationships, which tend to confirm that some interruptions in the performance of the obligations inherent in an employment relationship do not necessarily terminate the relationship. Certain common practices in the labour market, such as layoffs for economic reasons and absences owing to sickness or accidents or, in a collective labour relations context, strikes or

Ce particularisme du contrat de travail se manifeste d'ailleurs dans la pratique des rapports de travail collectifs ou individuels. Celle-ci tend en effet à confirmer que certaines interruptions des prestations prévues dans le cadre d'une relation du travail ne mettent pas nécessairement fin à celle-ci. Certaines pratiques courantes en milieu de travail, telles les mises à pied pour des raisons économiques de même que l'absence pour cause de maladie ou d'accident, ou, dans un contexte de rapports collectifs du travail,

lockouts, are forms of suspension of performance of the contract of employment that have long been recognized and accepted.

These practices have been entrenched, at least partially, by the legislature in, *inter alia*, the *Act respecting labour standards*, R.S.Q., c. N-1.1 (“A.L.S.”). That Act applies to employees, with the exception of senior management personnel, although certain provisions do apply to the latter (ss. 2 and 3, para. 1(6) A.L.S.). The *Act respecting labour standards* does not define the legal basis for those interruptions, but it does specify the procedures and legal requirements that apply to the various situations in which a contract of employment may be suspended.

In this context, a layoff is not as a rule regarded as a breach of the contract of employment. Rather, a layoff for economic reasons is treated as a unilateral, temporary suspension of the work and of the employer’s performance of its obligations. Employees are laid off to meet the needs of the business. In *Air-Care Ltd. v. United Steel Workers of America*, [1976] 1 S.C.R. 2, this Court recognized the existence of the employer’s power to lay employees off in the context of the application of a collective agreement, although it did not state the basis for that power.

The *Act respecting labour standards* sets out the conditions on which the employer’s power to lay an employee off may be exercised. Before laying an employee off for six months or more, the employer must give written notice if the employee has at least three months of uninterrupted service (ss. 82 and 82.1 A.L.S.). An employer who does not give notice must pay the employee a compensatory indemnity in lieu of notice (s. 83 A.L.S.). The notice, which varies with the employee’s length of service (s. 82, para. 2 A.L.S.), is a minimum standard and does not prevent the employee from claiming a larger indemnity in lieu of notice under the rules of the civil law set out in arts. 2091 and 2092 C.C.Q. (s. 82, para. 4 A.L.S.).

Finally, it is recognized in labour law, in the collective labour relations context, that strikes and lockouts also operate to suspend the performance of

la grève ou le lock-out, constituent diverses formes de suspension de l’exécution du contrat de travail reconnues et acceptées depuis longtemps.

Ces pratiques trouvent d’ailleurs une consécration législative, au moins partielle, entre autres, dans la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., ch. N-1.1 (« L.N.T. »). Cette loi s’applique au salarié, à l’exclusion du cadre supérieur, sauf pour certaines dispositions (art. 2 et art. 3, al. 1(6) L.N.T.). La *Loi sur les normes du travail* ne définit pas l’assise juridique qui justifie ces interruptions, mais précise toutefois la procédure et les modalités juridiques applicables à ces divers cas de suspension du contrat de travail.

Dans ce contexte, la mise à pied n’est pas considérée en principe comme une rupture du contrat de travail. La mise à pied pour motif économique est plutôt traitée comme une suspension unilatérale et temporaire du travail et des prestations de l’employeur. Cette mesure vise à répondre aux impératifs de l’entreprise. Notre Cour a d’ailleurs reconnu l’existence de ce pouvoir de l’employeur, dans le cadre de l’application d’une convention collective, sans toutefois en préciser le fondement, dans *Air-Care Ltd. c. United Steel Workers of America*, [1976] 1 R.C.S. 2.

La *Loi sur les normes du travail* aménage les modalités de l’exercice du pouvoir de l’employeur de mettre à pied un salarié. Avant d’effectuer une mise à pied de six mois ou plus, l’employeur doit donner un avis écrit au salarié qui compte au moins trois mois de service continu (art. 82 et 82.1 L.N.T.). À défaut de préavis, l’employeur devra verser au salarié une indemnité compensatrice tenant lieu de salaire (art. 83 L.N.T.). Ce préavis, qui varie en fonction de la durée de service du salarié (art. 82, al. 2 L.N.T.), établit des normes minimales et n’empêche pas le salarié de réclamer une indemnité de préavis plus importante en vertu des règles de droit civil prévues aux art. 2091 et 2092 C.c.Q. (art. 82, al. 4 L.N.T.).

Enfin, dans le contexte des rapports collectifs du travail, le droit du travail reconnaît que la grève et le lock-out ont aussi pour effet de suspendre

38

39

40

41

the correlative obligations of the parties to the agreement without terminating the employment relationship. For example, ss. 109.1 *et seq.* of the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27 (“L.C.”), prohibit the hiring of substitute workers to replace striking or locked out employees. Section 110 L.C. expressly provides that the employment relationship continues during the strike or lockout. It reads as follows: “No person shall cease to be an employee for the sole reason that he has ceased to work in consequence of a strike or lock-out. Nothing in this code shall prevent an interruption of work that is not a strike or a lock-out.”

42 Failure by the employee to perform his or her work where the employee is absent by reason of sickness or accident also temporarily suspends the performance of the contract of employment but does not terminate it. On this point, the first paragraph of s. 79.4 A.L.S. provides that “[a]t the end of the absence owing to sickness or accident, the employer shall reinstate the employee in the employee’s former position with the same benefits, including the wages to which the employee would have been entitled had the employee remained at work.”

(4) Recognition of a Basis for the Power to Suspend for Disciplinary Reasons

43 The employer’s power to impose a suspension as a disciplinary penalty is generally recognized and is not in issue in this appeal. The existence of this power has been uniformly recognized in the case law, both by specialized labour relations tribunals and by the superior courts in the exercise of their power of judicial review or of their direct jurisdiction over disputes arising out of contracts of employment.

44 As well, some statutes tacitly recognize the power to suspend for disciplinary reasons, given that they provide for how that power may be exercised. For example, the legislature prohibits a series of practices in ss. 12 to 14 L.C. and then provides in the second paragraph of s. 14 L.C. that “[t]his section shall not have the effect of preventing an employer from suspending . . . an employee for a good and sufficient reason, proof whereof shall devolve upon the said employer.” (See also ss. 15 to 19 L.C., and

l’exécution des obligations corrélatives des parties à la convention, sans mettre fin pour autant à la relation d’emploi. Par exemple, les art. 109.1 et suiv. du *Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27 (« C.t. »), interdisent l’embauche de substituts des salariés en grève ou en lock-out. D’ailleurs, l’art. 110 C.t. prévoit explicitement le maintien du lien d’emploi durant la grève ou le lock-out. Cette disposition édicte que « [p]ersonne ne cesse d’être un salarié pour l’unique raison qu’il a cessé de travailler par suite de grève ou lock-out. Rien dans le présent code n’empêche une interruption de travail qui ne constitue pas une grève ou un lock-out. »

L’inexécution de la prestation de travail du salarié absent en raison d’une maladie ou d’un accident suspend aussi temporairement l’exécution du contrat de travail, sans le rompre. À ce propos, le premier alinéa de l’art. 79.4 L.N.T. précise qu’« [à] la fin de l’absence pour cause de maladie ou d’accident, l’employeur doit réintégrer le salarié dans son poste habituel, avec les mêmes avantages, y compris le salaire auquel il aurait eu droit s’il était resté au travail. »

(4) La reconnaissance d’un fondement au pouvoir de suspension disciplinaire

Le pouvoir de l’employeur d’imposer une suspension comme sanction disciplinaire est généralement admis et ne fait pas l’objet du présent pourvoi. L’existence de ce pouvoir est reconnue de façon uniforme par la jurisprudence des instances spécialisées en droit du travail comme par celle des tribunaux supérieurs dans l’exercice de leur fonction de révision judiciaire et de leur compétence directe sur les conflits résultant des contrats de travail.

Par ailleurs, certaines lois reconnaissent implicitement ce pouvoir de suspension disciplinaire puisque leurs dispositions encadrent son exercice. Par exemple, après avoir édicté une série de pratiques interdites aux art. 12 à 14 C.t., le législateur précise au deuxième alinéa de l’art. 14 que « [I]e présent article n’a pas pour effet d’empêcher un employeur de suspendre [. . .] un salarié pour une cause juste et suffisante dont la preuve lui incombe. » (Voir aussi les art. 15 à 19 C.t. ainsi

the second paragraph of s. 79.4 and ss. 122 to 123.5 A.L.S.)

In a context of individual relations, the power to suspend an employee for disciplinary reasons has been recognized by the commentators, although they have attributed it to various sources. Some of them say that it is implied by the employer's power of direction or describe it as a necessary corollary to the power of control and direction over the employee's work. The basis for the power therefore lies in the very nature of the contract of employment and can thus be inferred from art. 2085 C.C.Q., or it simply derives from custom and is sanctioned by art. 1434 C.C.Q. The suggestion has also been made that it can be explained on the basis of art. 1604 C.C.Q. by likening it to a reduction of the employer's obligations for a period proportional to the seriousness of the employee's non-performance. (See M.-F. Bich, "Le pouvoir disciplinaire de l'employeur — fondements civils" (1988), 22 *R.J.T.* 85; M.-F. Bich, "Contracts of Employment", in *Reform of the Civil Code*, vol. 2-B, *Obligations* (1993), 1, at pp. 11-12; C. D'Aoust, L. Leclerc and G. Trudeau, *Les mesures disciplinaires: étude jurisprudentielle et doctrinale* (1982), at pp. 56-57; Morin and Brière, *supra*, at paras. II-113 to II-118; M. Athanassiadis, "Sources of Disciplinary Power: an Analysis of the Employment Contract" (1998), 5 *R.E.J.* 267; R. P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec* (5th ed. 2003), at p. 98.)

Thus, it is recognized that an employer has the power to suspend an employee as a disciplinary sanction. However, the question as to whether an employer has a unilateral power to suspend the effects of an individual contract of employment for administrative reasons remains unanswered. This question has been a matter of controversy among Quebec's commentators and judges, and the debate continues today.

(5) The Problem of Administrative Suspension: Proposed Solutions

The commentators remain deeply divided on this question. Some maintain that the basis for administrative layoffs can be found in the recognized practice in the field. (See Morin and Brière, *supra*, at

que le deuxième alinéa de l'art. 79.4 et les art. 122 à 123.5 L.N.T.)

Dans un contexte de rapports individuels, la doctrine reconnaît le pouvoir d'imposer une suspension disciplinaire, bien qu'elle lui attribue des fondements divers. Elle estime parfois qu'il découle implicitement du pouvoir de direction de l'employeur. Elle le décrit comme le corollaire nécessaire de ce pouvoir de contrôle et de direction du travail du salarié. Ce pouvoir trouve alors son fondement dans la nature même du contrat de travail et se déduit donc implicitement de l'art. 2085 C.c.Q. ou provient simplement de l'usage, sanctionné par l'art. 1434 C.c.Q. On propose aussi de l'expliquer sur la base de l'art. 1604 C.c.Q. en l'assimilant à une réduction des obligations de l'employeur, pour une durée proportionnelle à la gravité de l'inexécution du salarié. (Voir M.-F. Bich, « Le pouvoir disciplinaire de l'employeur — fondements civils » (1988), 22 *R.J.T.* 85; M.-F. Bich, « Le contrat de travail », dans *La réforme du Code civil*, vol. 2, *Obligations, contrats nommés* (1993), 741, p. 763-765; C. D'Aoust, L. Leclerc et G. Trudeau, *Les mesures disciplinaires : étude jurisprudentielle et doctrinale* (1982), p. 56-57; Morin et Brière, *op. cit.*, par. II-113 à II-118; M. Athanassiadis, « Sources of Disciplinary Power : an Analysis of the Employment Contract » (1998), 5 *R.E.J.* 267; R. P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec* (5<sup>e</sup> éd. 2003), p. 98.)

On admet ainsi qu'un employeur est investi du pouvoir d'imposer une suspension comme sanction disciplinaire. La question demeure par contre entière en ce qui concerne le pouvoir unilatéral de suspendre les effets du contrat individuel de travail pour des motifs administratifs. Cette question a fait l'objet de controverses doctrinales et jurisprudentielles au Québec, et cette polémique dure toujours.

(5) Le problème de la suspension administrative : les solutions proposées

La doctrine reste profondément divisée sur cette question. Certains auteurs soutiennent qu'une mise à pied administrative trouve son fondement dans l'usage reconnu en la matière. (Voir Morin et

45

46

47

para. II-160.) Others argue that an employer's power to suspend the performance of its correlative obligations under the contract implicitly forms part of the contract of employment. They base this conclusion on the fact that the *Act respecting labour standards* contains provisions that govern layoffs in non-unionized workplaces. (See R. Bonhomme, C. Gascon and L. Lesage, *The Employment Contract under the Civil Code of Québec* (1994), at para. 4.3.2.)

48 On the other hand, some authors say that absent the express or implied consent of the employee, a layoff is always in the nature of a unilateral resiliation of the contract of employment. From this perspective, an employer who lays an employee off is in breach of its obligation under art. 2087 C.C.Q. to provide work and allow it to be performed. Under art. 1605 C.C.Q., the employee is justified in considering the contract of employment to have been terminated and may claim the compensation to which he or she is entitled under art. 2091 C.C.Q. (See Bich, "Contracts of Employment", *supra*, at pp. 8-9; see also Gagnon, *supra*, at pp. 96-97.)

49 However, decisions dealing with this question by the courts of original general jurisdiction are rare in Quebec labour law. At most, there are only a few judgments that are wholly or partially on point. Unfortunately, they are not always easy to reconcile.

50 In support of its position, the appellant cited *Laurier Auto Inc. v. Paquet*, [1987] R.J.Q. 804, at p. 805, in which the Court of Appeal found that the employment relationship had not been terminated by the nine-month layoff of a management employee, but that the employment relationship had merely been suspended. The court noted that in that case, the layoff was [TRANSLATION] "part of a plan to rescue the business".

51 The respondent relied on *Thomas v. Surveyer, Nenniger & Chênevert Inc.* (1989), 34 Q.A.C. 61, in which the Court of Appeal held that an employer was not entitled to temporarily suspend the effect of a contract absent either a contractual stipulation to that effect or the employee's consent. The Court of Appeal concluded that the layoff of an employee

Brière, *op. cit.*, par. II-160.) D'autres prétendent que le pouvoir d'un employeur de suspendre les prestations corrélatives qui découlent du contrat fait partie implicite du contrat de travail. Ils tirent cette conclusion de l'existence des articles de la *Loi sur les normes du travail* qui régissent les mises à pied en milieu non syndiqué. (Voir R. Bonhomme, C. Gascon et L. Lesage, *Le contrat de travail en vertu du Code civil du Québec* (1994), par. 4.3.2.)

À l'inverse, certains auteurs affirment qu'à défaut de consentement explicite ou implicite du salarié, la mise à pied est toujours assimilée à une résiliation unilatérale du contrat de travail. Selon cette approche, l'employeur qui impose une mise à pied à son salarié déroge à son obligation prévue à l'art. 2087 C.c.Q. de fournir le travail et d'en permettre l'exécution. En application de l'art. 1605 C.c.Q., le salarié est justifié de considérer le contrat de travail comme rompu et peut réclamer les indemnités auxquelles il a droit en vertu de l'art. 2091 C.c.Q. (Voir Bich, « Le contrat de travail », *loc. cit.*, p. 757-759; voir aussi Gagnon, *op. cit.*, p. 96-97.)

Par ailleurs, en droit du travail québécois, la jurisprudence des tribunaux de droit commun portant sur cette question demeure rare. On retrouve tout au plus quelques jugements pertinents en tout ou en partie. Malheureusement, ces décisions ne se concilient pas toujours aisément.

L'appelante invoque en sa faveur l'arrêt *Laurier Auto Inc. c. Paquet*, [1987] R.J.Q. 804, p. 805, où la Cour d'appel a reconnu qu'il n'y avait pas eu rupture du lien d'emploi par suite de la mise à pied de neuf mois d'un cadre, mais simplement suspension du lien d'emploi. La cour notait que la mise à pied dans cette affaire s'inscrivait « dans un plan de sauvetage de l'entreprise ».

Pour sa part, l'intimé se fonde sur l'arrêt *Thomas c. Surveyer, Nenniger & Chênevert Inc.* (1989), 34 Q.A.C. 61, où la Cour d'appel jugea qu'un employeur n'avait pas le droit de suspendre temporairement l'effet du contrat à défaut de stipulation contractuelle à cet effet ou sans le consentement de l'employé. La Cour d'appel a conclu que la mise à

constituted a unilateral resiliation of the contract of employment, or a dismissal without notice.

These contradictory decisions are relevant only in so far as they relate to cases in which the employer has suspended the performance of the correlative obligations, but had no intention of terminating the employment relationship. On the other hand, they are of little assistance to us in understanding the basis for an employer's power to suspend an employee and the manner in which that power is to be exercised in a case like the one before us. The decisions in question deal with the power to lay an employee off because of financial constraints on the employer — that is, because of factors that are completely extrinsic to the employee's conduct. Here, the connection between the nature of the acts of which the employee was accused and the importance of his duties is the determining factor. Other judgments raised by the parties were rendered in the very different context of legal relations governed by a collective agreement.

Thus, in support of its argument, the appellant cited *Syndicat du personnel de soutien du Cégep François-Xavier Garneau v. Cégep François-Xavier Garneau*, [2003] Q.J. No. 3580 (QL), in which the Court of Appeal summarily recognized the power of an employer to suspend a unionized employee without pay for administrative reasons. The respondent relied on *Centre d'adaptation jeunesse inc. v. Syndicat canadien de la fonction publique* (1986), 5 Q.A.C. 241, in which the employer had suspended the complainant, an educator of mentally disabled patients, on learning that he had been charged with committing an indecent act, and then reinstated him when he was acquitted. The arbitrator decided that the suspension was not justified and that after being reinstated the complainant was entitled to payment of his lost wages and benefits. The Court of Appeal refused to set aside the award. Rothman J.A. expressly acknowledged, at paras. 15 *et seq.* of his opinion, that the employee had retained the right to receive his salary:

While the offense charged did not relate to any of the patients of the Centre it was alleged to have occurred in the vicinity of the Centre. The nature of the institution

constituted a unilateral resiliation of the contract of employment, or a dismissal without notice.

Ces décisions contradictoires sont pertinentes dans l'unique mesure où elles portent sur des cas où l'employeur suspend l'exécution des prestations corrélatives mais n'entend nullement rompre le lien d'emploi. Par contre, elles ne nous instruisent guère sur les fondements et les modalités d'un pouvoir de suspension d'un employeur dans un cas comme celui qui nous occupe. En effet, ces arrêts portent sur le pouvoir de mettre à pied un employé en raison des contraintes économiques de l'employeur — donc en raison de facteurs complètement exogènes au comportement de l'employé. Ici, le lien entre la nature des actes reprochés à l'employé et l'importance de ses fonctions prend un caractère déterminant. D'autres jugements, que les parties ont invoqués, ont été rendus dans le contexte fort différent de rapports juridiques encadrés par une convention collective.

Ainsi, à l'appui de sa thèse, l'appelante cite l'affaire *Syndicat du personnel de soutien du Cégep François-Xavier Garneau c. Cégep François-Xavier Garneau*, [2003] J.Q. n° 3580 (QL), où la Cour d'appel a sommairement reconnu le pouvoir d'un employeur de procéder à une suspension administrative sans solde d'un employé syndiqué. Pour sa part, l'intimé se fonde sur l'arrêt *Centre d'adaptation jeunesse inc. c. Syndicat canadien de la fonction publique* (1986), 5 Q.A.C. 241. Dans ce dossier, l'employeur avait suspendu le plaignant, un éducateur auprès de patients handicapés mentaux, lorsqu'il apprit qu'il était accusé au criminel d'avoir commis un acte indécent, puis le réintégra lorsqu'il fut acquitté. L'arbitre décida que la suspension était injustifiée et que le plaignant avait droit, après sa réintégration, au versement du salaire et avantages perdus. La Cour d'appel refusa d'annuler cette décision. Le juge Rothman reconnut explicitement aux par. 15 *et suiv.* de son opinion que le salarié avait conservé le droit à son traitement :

[TRADUCTION] Même si l'infraction reprochée ne concernait aucun patient du Centre, elle aurait eu lieu aux alentours du Centre. Vu le genre d'établissement et

52

53

and its patients as well as the nature of Poulin's functions would have made it exceedingly difficult, if not impossible, for him to continue to perform his duties until the charge was disposed of. Once that was done and Poulin was acquitted, he was called back to work immediately.

In my opinion, there was nothing arbitrary or unjustified about the suspension.

. . .

But even if the arbitrator was wrong in his view that appellant should have investigated the charges further prior to suspending Poulin, I do not believe that error would permit the Court to intervene in his decision. It was, of course, within the arbitrator's jurisdiction to decide whether or not the suspension was unjustified and, if he erred in that decision, the error was not a jurisdictional error.

. . .

The critical issue before the arbitrator was not whether the suspension was justified but whether Poulin was entitled to receive his salary and other benefits for the period of the suspension. Even if the suspension was justified when it was made, the arbitrator nonetheless had jurisdiction to decide whether or not Poulin was entitled to his salary during the suspension once he was acquitted.

. . .

... Clearly, the only reason for the suspension was the criminal charge. Once Poulin was acquitted and he was reinstated, someone had to assume the loss for the salary that had not been paid to him. Was it to be Poulin who was found not guilty of the charge or the employer who, in good faith, had suspended him? The arbitrator decided it should be the employer. In my opinion, that decision was his to make and I do not believe that the decision he made was unreasonable.

(6) Basis for, Nature of and Limits on the Administrative Suspension Power: the Business's Interest

Identifying the bases and the nature of a power to suspend an employee for administrative reasons pursuant to an individual contract of employment poses significant conceptual problems. As mentioned above, the *Civil Code of Québec* does not

de ses patients ainsi que la nature des fonctions de M. Poulin, il aurait été extrêmement difficile, voire impossible, pour lui de continuer à assumer ses fonctions tant qu'il n'aurait pas été statué sur l'accusation. Une fois la décision rendue et son acquittement prononcé, M. Poulin fut immédiatement rappelé au travail.

À mon avis, la suspension n'avait rien d'arbitraire ou d'injustifié.

. . .

Même si l'arbitre avait eu tort de conclure que l'appelant aurait dû enquêter sur les accusations avant de suspendre M. Poulin, je ne pense pas que cette erreur permettrait à la Cour d'intervenir dans sa décision. Il est évident qu'il relève de la compétence de l'arbitre de décider du bien-fondé de la suspension et, s'il a commis une erreur, il ne s'agit pas d'une erreur juridictionnelle.

. . .

La question cruciale dont l'arbitre était saisi n'était pas de savoir si la suspension était justifiée, mais si M. Poulin avait droit à son salaire et à ses avantages sociaux pour la période de la suspension. Même si la suspension était justifiée au moment où elle a été décidée, l'arbitre avait compétence pour décider si M. Poulin avait droit à son salaire pour la période de suspension après son acquittement.

. . .

... Il est manifeste que l'unique raison de la suspension est l'accusation criminelle. Une fois M. Poulin acquitté et réintégré dans ses fonctions, il fallait que quelqu'un assume la perte du salaire qui ne lui avait pas été versé. Est-ce que ce doit être M. Poulin, qui a été déclaré non coupable, ou l'employeur qui, en toute bonne foi, l'avait suspendu? L'arbitre a décidé que ce devait être l'employeur. À mon avis, c'est à lui de décider et je ne pense pas que la décision qu'il a prise soit déraisonnable.

(6) Fondement, nature et limite du pouvoir de suspension administrative : l'intérêt de l'entreprise

L'identification des fondements et de la nature d'un pouvoir de suspension administrative d'un employé en vertu d'un contrat individuel de travail pose des problèmes conceptuels importants. En effet, comme on l'a vu plus haut, le *Code civil du*

expressly provide for such a power. In our view, the solution can be found by reviewing the contract of employment, on the one hand, and the nature and purpose of the employer's intervention in the performance of the work provided for in the agreement, on the other. Thus, it is first necessary to return to an analysis of the distinctive elements that make up a contract of employment.

The forms of contracts of employment and methods of performance of the obligations for which they provide have without question evolved substantially. However, the definition in the *Civil Code of Québec* has remained faithful to a classical conception of this type of contract. This conception is based on the acceptance of a relationship of subordination in which the employee accepts the employer's direction and control in performing the duties provided for in the contract. The existence and acceptance of this relationship mean that the employee recognizes that he or she is an integral part of a whole, namely the business run by the employer, and that the employee accepts the employer's power of decision and the need for his or her work to be consistent with the purpose of this whole. The acceptance of this power is an implied condition of the function of the contract of employment that therefore becomes a part of the contract's content. The creation of the relationship of subordination signifies that the employee agrees both that the employer must make necessary decisions in the business's interest and that his or her own work must be performed in a manner consistent with those decisions and with the guidance they provide, subject to any express or implied agreements between the parties.

This power of direction is not equivalent to the power to resiliate or amend a contract of employment. Rather, the power of resiliation or amendment falls within the scope of the power of direction. Thus, it must be determined whether the existence of a power to suspend for administrative reasons that would authorize the employer to prevent the employee from performing his or her work can be inferred from the power of direction that flows from the relationship of subordination. Although this decision leaves the framework of the contract of employment and the other obligations resulting

*Québec* ne prévoit pas expressément un tel pouvoir. La solution se dégage, à notre avis, à partir de l'examen, d'une part, du contrat de travail et, d'autre part, de la nature et de la finalité de cette intervention de l'employeur dans l'exécution des prestations prévues par l'entente. Il faut alors au départ en revenir à l'analyse des éléments constitutifs et distinctifs du contrat de travail.

Les formes du contrat de travail et des modes d'exécution des obligations qu'il prévoit ont sans aucun doute évolué considérablement. La définition du *Code civil du Québec* demeure cependant fidèle à une conception classique de ce contrat. Au cœur de celle-ci se situe, en effet, l'acceptation d'un rapport de subordination dans le cadre duquel le salarié accepte la direction et le contrôle de l'employeur dans l'exécution des fonctions prévues. L'existence et l'acceptation de ce rapport signifient que le salarié reconnaît qu'il s'intègre dans le cadre d'un ensemble, l'entreprise que dirige l'employeur, et qu'il accepte le pouvoir de décision de celui-ci et la nécessité que son travail se situe dans la finalité de cet ensemble. L'acceptation de ce pouvoir constitue une condition implicite de la fonction du contrat de travail qui devient ainsi une partie de son contenu. La naissance de ce rapport de subordination signifie que le salarié admet que l'employeur doit prendre les décisions nécessaires dans l'intérêt de l'entreprise et que sa propre prestation de travail doit s'exécuter dans le cadre de celles-ci et suivant les orientations qu'elles prévoient, sous réserve des ententes explicites ou implicites qui ont pu intervenir entre les parties.

55

Ce pouvoir de direction ne se confond pas avec la faculté de résiliation ou de modification du contrat de travail. Cette faculté de résiliation ou de modification se situe, en effet, dans le cadre de ce pouvoir de direction. Il faut alors rechercher si, de ce pouvoir de direction découlant du rapport de subordination, peut s'inférer l'existence d'un pouvoir de suspension pour raison administrative qui autoriserait l'employeur à ne pas laisser le salarié exécuter sa prestation de travail. Cette décision, qui laisse toutefois intacte le cadre du contrat de travail et les autres obligations qui en découlent, se rattache à l'exercice

56



therefrom intact, it relates to the performance of the function of direction of the business and draws its justification from the need to protect the business's interest. If the performance of the work should in itself compromise that interest, the power of suspension would seem to be a necessary component of the power of direction the employee has accepted. It therefore enables the employer to decide not to have the work performed.

57 In the case of a business such as Industrial, the continuing performance of sensitive duties involving relations with clients and the public justified such a measure after the criminal proceedings were brought against the respondent. This suspension remained administrative in nature, although the circumstances of this case show that the distinction between a disciplinary suspension and an administrative suspension can itself occasionally pose difficult problems. Some suspensions occur in situations that may be given different and successive legal characterizations depending on the stage they are at. However, that is not the case here, as the suspension remained administrative in nature to the very end due to the conduct and decisions of the parties.

58 The employer must be given all the powers it needs to manage its business properly and protect the interests of the business, subject to the limits imposed by law. It is logical that this should be the situation in the case at bar. This discretion is part of the latitude the employer has in managing its business. This interpretation is not inconsistent with the *Civil Code*; rather, it draws certain inferences therefrom that are consistent with the nature and the fundamental structures of the institution concerned. As Professor P.-A. Côté observed in *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 405: "If a strict interpretation was to be afforded [the articles of the *Civil Code*], situations which are not expressly foreseen might fall into the proverbial 'judicial void'."

59 It should be noted that the employer's right to terminate a contract under art. 2094 C.C.Q. does not include the power to suspend a contract of

de la fonction de direction de l'entreprise et trouve sa justification dans la nécessité de préserver l'intérêt de celle-ci. Dans la mesure où l'exécution de la prestation compromettrait elle-même cet intérêt, le pouvoir de suspension apparaît alors comme une composante nécessaire du pouvoir de direction qu'accepte le salarié. Il permet alors à l'employeur de ne pas faire exécuter le travail prévu.

Dans le cas d'une entreprise comme L'Industrielle, la continuation de l'exécution de fonctions sensibles dans les rapports avec la clientèle et le public justifiait une telle mesure à la suite des procédures criminelles entamées contre l'intimé. Cette suspension conservait néanmoins un caractère administratif. Les circonstances de cette affaire démontrent toutefois que la distinction entre suspension disciplinaire et suspension administrative peut elle-même poser des problèmes délicats à l'occasion. Certaines suspensions surviennent dans des situations qui peuvent recevoir des qualifications juridiques différentes et successives selon leur évolution. Tel n'est pas cependant le cas ici où la suspension a conservé jusqu'à son terme son caractère administratif en raison du comportement et des décisions des parties.

L'employeur doit être investi de tous les pouvoirs nécessaires afin de bien gérer son entreprise et d'en protéger les intérêts, sous réserve des limites qu'impose la loi. Il est logique qu'en pratique il en soit ainsi en l'espèce. Ce pouvoir discrétionnaire fait partie de la liberté de manœuvre dont dispose l'employeur dans la gestion de son entreprise. Cette interprétation ne va pas à l'encontre des dispositions du *Code civil*, mais en dégage certaines conséquences, conformes à la nature et aux structures fondamentales de l'institution en cause. Comme le souligne le professeur P.-A. Côté dans son traité *Interprétation des lois* (3<sup>e</sup> éd. 1999), p. 512 : « Si l'on devait les [articles du *Code civil*] interpréter de façon stricte, les situations qu'ils n'ont pas formellement prévues risqueraient de tomber pour ainsi dire dans des "limbes juridiques". »

Nous prenons soin de souligner que le droit de l'employeur de mettre fin au contrat conformément à l'art. 2094 C.c.Q. n'inclut pas le pouvoir de

employment. Article 2094 C.C.Q. allows an employer to resiliate a contract of employment unilaterally and without prior notice for a serious reason. It is doubtful that a desire to protect the image of the service offered to customers and the reputation of the company could, without further cause, constitute a serious reason within the meaning of art. 2094. As Gagnon, *supra*, observed at p. 120: [TRANSLATION] “. . . the meaning to be given to the expression ‘serious reason’ is a serious fault committed by the employee, or a good and sufficient reason that relates to the employee’s conduct or failure to perform the work”.

However, it would seem to be appropriate to note that, as a rule, the power to suspend for administrative reasons does not entail, as a corollary, the right to suspend the payment of salary. The employer cannot unilaterally, and without further cause, avoid the obligation to pay the employee’s salary if it denies the employee an opportunity to perform the work.

The employer may always waive its right to performance of the employee’s work, but it cannot avoid its obligation to pay the salary if the employee is available to perform the work but is denied the opportunity to perform it. By choosing not to terminate the contract of employment, with its associated compensation, the employer will, as a rule, still be required to honour its own reciprocal obligations even if it does not require that the employee perform the work.

This residual power to suspend for administrative reasons because of acts of which the employee has been accused is an integral part of any contract of employment, but it is limited and must be exercised in accordance with the following requirements: (1) the action taken must be necessary to protect legitimate business interests; (2) the employer must be guided by good faith and the duty to act fairly in deciding to impose an administrative suspension; (3) the temporary interruption of the employee’s performance of the work must be imposed for a relatively short period that is or can be fixed, or else it would be little different from a resiliation or

suspendre le contrat de travail. L’article 2094 C.c.Q. permet à un employeur de résilier unilatéralement et sans préavis un contrat de travail pour un motif sérieux. Il serait douteux que le désir de protéger l’image du service offert aux clients et la réputation de l’entreprise puisse constituer, sans autre cause, un motif sérieux au sens de cette disposition. En effet, comme le souligne Gagnon, *op. cit.*, p. 120 : « . . . le sens à donner à l’expression “motif sérieux” est celui d’une faute grave commise par le salarié ou d’une cause juste et suffisante qui se rapporte à sa conduite ou à son défaut d’exécuter le travail ».

Toutefois, une précision paraît de mise pour souligner que le pouvoir de suspension administrative n’entraîne pas, en principe, comme corollaire, le droit de suspension du salaire. L’employeur ne peut se dégager unilatéralement, sans autre cause, de l’obligation de payer le salaire de l’employé s’il prive ce dernier de la possibilité d’exécuter sa prestation.

L’employeur peut toujours renoncer à son droit de recevoir la prestation du salarié mais il ne peut se soustraire à son obligation de payer le salaire lorsque le salarié demeure disponible pour accomplir un travail dont l’exécution lui est refusée. En choisissant de ne pas mettre un terme au contrat de travail avec les compensations afférentes, fixées selon les principes applicables, l’employeur demeure en principe tenu de respecter ses propres obligations réciproques même s’il n’exige pas la prestation de travail de l’employé.

Ce pouvoir résiduel de suspendre pour des motifs administratifs en raison d’actes reprochés à l’employé fait partie intégrante de tout contrat de travail mais est limité et doit être exercé selon les conditions suivantes : (1) la mesure prise doit être nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l’entreprise; (2) la bonne foi et le devoir d’agir équitablement doivent guider l’employeur dans sa décision d’imposer une suspension administrative; (3) l’interruption provisoire de la prestation de l’employé doit être prévue pour une durée relativement courte, déterminée ou déterminable, faute de quoi elle se distinguerait mal d’une résiliation ou d’un

60

61

62

dismissal pure and simple; and (4) the suspension must, other than in exceptional circumstances that do not apply here, be with pay.

63 What must be done here is basically to balance the various interests in play. On the one hand, the employer's right to take preventive action to protect its business must be recognized. On the other hand, it must be recognized that "[a] person's employment is an essential component of his or her sense of identity, self-worth and emotional well-being": see *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 368; see also *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, at para. 93.

64 There are factors that have been developed in the decisions of labour arbitrators that can guide the courts in determining whether an employer was justified in deciding to temporarily suspend an employee against whom criminal charges had been laid. The tests essentially relate to legitimate business interests and the employer's good faith.

65 For example, the courts may consider the following factors: whether there is a sufficient connection between the act with which the employee is charged and the kind of employment the employee holds; the actual nature of the charges; whether there are reasonable grounds for believing that maintaining the employment relationship, even temporarily, would be prejudicial to the business or to the employer's reputation; and whether there are immediate and significant adverse effects that cannot practically be counteracted by other measures (such as assigning the employee to another position). It might also be determined whether the purpose of the suspension was to protect the image of the service that the employer is responsible for managing, taking the following factors, *inter alia*, into account: harm to the employer's reputation, the need to protect the public, the employer's motives and conduct during the term of the suspension, whether the employer acted in good faith, and absence of intent to harass or discriminate against the employee.

66 Although it was rendered in a collective labour relations context, the arbitration award in *Sûreté du Québec et Association des policiers provinciaux du*

congédiement pur et simple; (4) la suspension est en principe imposée avec solde, sous réserve de cas exceptionnels qui ne se posent pas en l'espèce.

Essentiellement, il s'agit de pondérer les divers intérêts en présence. D'un côté, il faut reconnaître le droit de l'employeur d'imposer des mesures préventives en vue de protéger l'entreprise. De l'autre, il faut reconnaître que « [l]'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel » : voir *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 368; voir aussi *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, par. 93.

Certains facteurs développés par la jurisprudence arbitrale pourront guider les tribunaux pour déterminer si la décision d'un employeur de suspendre temporairement un employé faisant l'objet d'accusations criminelles est justifiée. Ces critères se rapportent essentiellement aux intérêts légitimes de l'entreprise et à la bonne foi de l'employeur.

Par exemple, les tribunaux pourront considérer les éléments suivants : la suffisance du lien entre l'acte reproché et le genre d'emploi occupé; la nature même des accusations; l'existence de motifs raisonnables de croire que le maintien, même temporaire, du lien d'emploi serait préjudiciable à l'entreprise ou à la réputation de l'employeur; la présence d'inconvénients immédiats et importants ne pouvant être contrés de façon pratique par d'autres mesures (p. ex. affecter l'employé à un autre poste). On peut aussi vérifier si la suspension avait pour but de protéger l'image du service que l'employeur a la charge de gérer et tenir compte notamment des facteurs suivants : l'atteinte à la réputation de l'employeur, la nécessité de protéger le public, les motivations et le comportement de l'employeur lors de la suspension, la bonne foi de l'employeur lors de la prise des mesures, l'absence d'intention vexatoire ou discriminatoire.

Bien que prononcée dans un contexte de rapports collectifs du travail, une sentence arbitrale rendue dans l'affaire *Sûreté du Québec et Association des*

*Québec*, [1991] T.A. 666, at p. 670, provides a very useful summary of the rules that are applied by arbitrators in determining whether the administrative suspension of an employee charged with a criminal offence is legitimate. In that case, arbitration tribunal chairperson Frumkin quoted comments made in *Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal et Communauté urbaine de Montréal*, [1984] T.A. 668, at p. 671, by an arbitrator who, citing D. J. M. Brown and D. M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (2nd ed. 1984), had stated the following:

[TRANSLATION] ... in assessing the appropriateness of a suspension pending trial, rather than inquiring into the guilt or innocence of the accused employee, arbitrators will attempt to determine whether the effects of the alleged offence on the employment relationship are such that continuation of the employment pending the decisions of the competent authorities would create sufficient serious and immediate risk, contrary to the employer's legitimate interests, which encompass the employer's financial integrity, the safety and security of its property and of the other employees, and its reputation. In weighing these various interests, some arbitrators have concluded that it must be shown that the continuing presence of the employee at work would present a serious and immediate risk to the legitimate business of the employer, ... and that [the employer] has taken the necessary measures to determine whether the risk of continuing the employment could be reduced by enhanced supervision of the employee, or by assigning the employee to another position.

The employer has the burden of showing that a decision that has a fundamental impact on the performance of the obligations set out in the contract of employment is fair and reasonable. As well, to determine whether a suspension was reasonable in a particular case, it must be considered from the perspective of the point in time when the decision was made, even if the employee was subsequently acquitted. (See *C.U.M. et Fraternité des policiers de la C.U.M.*, D.T.E. 86T-312 (T.A.)) Facts subsequent to the employer's decision may be admissible in evidence, however, if they are relevant and if they can be used to determine whether the employer's decision was justified at the time it was made. (See *Cie minière Québec Cartier v. Québec (Grievances arbitrator)*, [1995] 2 S.C.R. 1095.)

*policiers provinciaux du Québec*, [1991] T.A. 666, p. 670, fait une synthèse fort utile des règles appliquées par les arbitres pour déterminer la légitimité d'une suspension administrative d'un employé accusé d'un acte criminel. À cette occasion, le président Frumkin du Tribunal d'arbitrage reprend les propos d'un arbitre dans la décision *Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal et Communauté urbaine de Montréal*, [1984] T.A. 668, p. 671, qui affirme, en citant D. J. M. Brown et D. M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (2<sup>e</sup> éd. 1984) :

... en évaluant la justesse d'une suspension en attendant le procès, au lieu de rechercher la culpabilité ou l'innocence du salarié accusé, les arbitres vont tenter de déterminer si l'infraction alléguée a des effets sur la relation d'emploi de façon telle que la continuation de celui-ci, en attendant les décisions des autorités compétentes, présenterait des risques sérieux et immédiats suffisants contraires aux intérêts légitimes de l'employeur, qui englobent son intégrité financière, la sécurité et la sûreté de ses propriétés et des autres employés, sa réputation. En soulevant ces divers intérêts, plusieurs arbitres concluent qu'il faut établir que la présence au travail continue de l'employé doit présenter un risque sérieux et immédiat sur les affaires légitimes de l'employeur, [...] et qu'il [l'employeur] a pris les mesures nécessaires pour apprécier si le risque de la continuation de l'emploi pourrait être mitigé par une meilleure supervision du salarié ou une affectation à un autre poste.

L'employeur a toutefois le fardeau de démontrer le caractère juste et raisonnable d'une décision qui touche de manière fondamentale à l'exécution des prestations prévues au contrat de travail. Aussi, afin d'évaluer le caractère raisonnable d'une suspension dans un cas donné, il faut se placer au moment où la décision a été prise, même si le salarié a été ultérieurement acquitté. (Voir *C.U.M. et Fraternité des policiers de la C.U.M.*, D.T.E. 86T-312 (T.A.)) Toutefois, les faits postérieurs à une décision de l'employeur sont recevables en preuve s'ils sont pertinents et s'ils permettent de déterminer si la décision de l'employeur était fondée au moment où il l'a prise. (Voir *Cie minière Québec Cartier c. Québec (arbitre des griefs)*, [1995] 2 R.C.S. 1095.)

68

It should be noted that preventive action taken by an employer in good faith to protect its reputation, its customers or the image of the service it manages or the product it sells does not jeopardize the presumption of innocence in favour of an employee against whom criminal charges have been laid. Nor will an employer generally have to make its own inquiries, either of the employee or of the competent public authorities, to ensure that the charges are well founded. However, it has an obligation to allow the employee to explain the situation if the employee wishes to make representations and provide his or her version of the facts.

C. *The Problem of the Suspension Without Pay*

69

A few remarks are in order concerning the employer's obligation to pay the employee's salary during the suspension. Since we have concluded that, in the context of individual employment relationships governed by a civil contract, an administrative suspension will generally be with pay, it is of little relevance that arbitration awards made in the collective labour relations context, in interpreting collective agreements that varied widely in content, recognized the right to impose an administrative suspension without pay in a variety of circumstances. (See *Association des pompiers de Sherbrooke et Ville de Sherbrooke*, [1989] T.A. 211; *C.U.M. et Fraternité des policiers de la C.U.M.*, *supra*; see also *Re United Automobile Workers, Local 127 and Eaton Springs Canada Ltd.* (1969), 21 L.A.C. 50; *Re United Steelworkers, Local 3129 & Moffats Ltd.* (1956), 6 L.A.C. 327.)

70

Moreover, in *Sûreté du Québec*, *supra*, at p. 672, arbitration tribunal chairperson Frumkin stated that the power to suspend an employee without pay is exceptional owing to the significant harm the suspension would cause the employee. As well, again in a collective labour relations context, a number of arbitrators have ordered that employees suspended without pay who were subsequently reinstated be paid their salaries in whole or in part. (See *Pharand et Gatineau (Ville de)*, D.T.E. 2003T-943 (C.R.T.); *Deux-Montagnes (Ville de) et Fraternité des policiers de Deux-Montagnes/Sainte-Marthe-sur-le-Lac*, [2002] R.J.D.T. 1683 (T.A.); see also *Re James Bay*

Nous soulignons que les mesures préventives prises par un employeur de bonne foi dans le but de protéger sa réputation, sa clientèle et l'image du service qu'il gère ou du produit qu'il vend ne compromettent pas la présomption d'innocence d'un employé faisant l'objet d'accusations criminelles. Aussi, de façon générale, l'employeur n'aura pas à mener sa propre enquête ni auprès du salarié ni auprès des autorités publiques compétentes afin de s'assurer du bien-fondé des accusations. Toutefois, il a l'obligation de laisser son employé s'expliquer si ce dernier désire faire des représentations et donner sa version des faits.

C. *Le problème de la suspension sans solde*

Quelques remarques s'imposent au sujet de l'obligation de l'employeur de verser le salaire de l'employé durant la suspension. Comme nous avons conclu que, dans un contexte de rapports individuels d'emploi régis par un contrat civil, la suspension administrative est généralement avec solde, il importe peu que des sentences arbitrales, rendues dans le contexte de rapports collectifs à l'occasion de l'interprétation de conventions collectives à caractère fort variable, aient reconnu le droit de suspension administrative sans traitement dans des circonstances diverses. (Voir *Association des pompiers de Sherbrooke et Ville de Sherbrooke*, [1989] T.A. 211; *C.U.M. et Fraternité des policiers de la C.U.M.*, précité; voir aussi *Re United Automobile Workers, Local 127 and Eaton Springs Canada Ltd.* (1969), 21 L.A.C. 50; *Re United Steelworkers, Local 3129 & Moffats Ltd.* (1956), 6 L.A.C. 327.)

D'ailleurs, dans l'affaire *Sûreté du Québec*, précitée, p. 672, le président Frumkin, du Tribunal d'arbitrage, qualifie d'exceptionnel le pouvoir de suspendre un employé sans traitement en raison du préjudice important que subira l'employé. Toujours dans un contexte de rapports collectifs du travail, on note aussi que plusieurs arbitres ont ordonné le paiement du salaire, en tout ou en partie, à la suite de la réintégration d'un salarié suspendu sans solde. (Voir *Pharand et Gatineau (Ville de)*, D.T.E. 2003T-943 (C.R.T.); *Deux-Montagnes (Ville de) et Fraternité des policiers de Deux-Montagnes/Sainte-Marthe-sur-le-Lac*, [2002] R.J.D.T. 1683 (T.A.); voir aussi

*Lodge and Construction & General Workers' Union, Local 602* (1993), 33 L.A.C. (4th) 23; *Re Kimberly-Clark of Canada Ltd. and Canadian Paperworkers' Union, Local 307* (1981), 30 L.A.C. (2d) 316.)

Thus, it is our view that in such situations there is an implied condition that the legal situation between the parties be restored after the cause of non-performance of the employee's duties has ceased to exist. If the cause of non-performance has come to an end, the prior situation must be restored. Even if an employee is suspended with pay, it may be that the suspension will ultimately be treated as a unilateral resiliation of the contract if the end result is not the reinstatement of the employee. Also, the initial suspension could turn into a constructive dismissal or be regarded as one because of its length or because of an indefinite or excessive extension. The courts would then have to review the situation, having regard to the legal principles that apply to dismissal and to the unilateral resiliation of a contract of employment.

Finally, we are of the opinion that an employee on whom an administrative suspension without pay — to which the employee has not consented — is imposed might, as a rule, properly regard that measure as a constructive dismissal. In such a case, the employer is in breach of its obligations under art. 2087 C.C.Q. to provide work and to pay the employee. Under art. 1605 C.C.Q., the employee will then be able to bring an action for damages for breach of contract based on art. 2091 and the principles that are applicable to such cases, to claim the equivalent of the severance pay to which he or she was entitled. (See *Columbia Builders Supplies Co. v. Bartlett*, [1967] B.R. 111, at pp. 119-20; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; *Wallace, supra.*)

#### D. *Malleability of the Contract of Employment — Restructuring of Contracts*

The flexibility and malleability of an individual contract of employment as an instrument for circumscribing the employment relationship enable the parties to agree to, and provide for the manner of exercise and performance of, such additional rights

*Re James Bay Lodge and Construction & General Workers' Union, Local 602* (1993), 33 L.A.C. (4th) 23; *Re Kimberly-Clark of Canada Ltd. and Canadian Paperworkers' Union, Local 307* (1981), 30 L.A.C. (2d) 316.)

Aussi, nous sommes d'avis que, dans de telles situations, il existe une condition implicite de rétablissement de la situation juridique des parties après la cessation de la cause de l'inexécution des fonctions du salarié. Si celle-ci s'est terminée, la situation antérieure doit être rétablie. Par ailleurs, même si un salarié est suspendu avec solde, il est possible que la suspension soit traitée éventuellement comme une résiliation unilatérale du contrat si elle ne se résout pas par la réintégration du salarié. De plus, il se peut que la suspension initiale se transforme en congédiement déguisé ou soit considérée comme tel en raison de sa durée même ou à cause d'une prolongation indéterminée ou excessive. Les tribunaux devront alors examiner la situation à l'aide des principes de droit applicables au congédiement et à la résiliation unilatérale du contrat de travail.

Enfin, nous sommes d'avis qu'un salarié qui se voit imposer une suspension administrative sans solde — à laquelle il n'a pas consenti — pourra à juste titre, en général, considérer cette mesure comme un congédiement déguisé. En effet, dans un cas pareil, l'employeur déroge à ses obligations de fournir le travail et de rémunérer le salarié conformément à l'art. 2087 C.c.Q. En application de l'art. 1605 C.c.Q., le salarié pourra constater la rupture du contrat et intenter un recours en dommages-intérêts sur la base de l'art. 2091 et des principes applicables en la matière en vue de réclamer l'équivalent de l'indemnité de départ à laquelle il avait droit. (Voir *Columbia Builders Supplies Co. c. Bartlett*, [1967] B.R. 111, p. 119-120; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *Wallace, précité.*)

#### D. *La malléabilité du contrat de travail — les aménagements contractuels*

Cependant, la flexibilité et la malléabilité du contrat individuel de travail comme instrument d'encadrement de la relation d'emploi permettent aux parties de convenir à leur gré de droits et d'obligations additionnels et d'en moduler l'exercice, sous

71

72

73

and obligations as they choose, subject to public order and the mandatory provisions of the law. The employer is free to provide in the contract that it has the power to suspend, and to establish the conditions on which it may do so within the bounds of the reasonable exercise of its rights. However, that power will be interpreted strictly against the employer if, in the circumstances, the contract is a contract of adhesion. (See arts. 1379, 1432, 1435, 1436 and 1437 C.C.Q.)

74

In some cases, the possibility of a future interruption in the contractual relationship may be implied at the time the contract is entered into, owing to the very nature of the work to be performed. In some fields of work, it is common practice to interrupt the performance of the reciprocal obligations temporarily where the work is intermittent or seasonal in nature. This practice is recognized implicitly in the third paragraph of s. 82 A.L.S. (See also *Internote Canada Inc. v. Commission des normes du travail*, [1989] R.J.Q. 2097 (C.A.)) As both parties know in advance that the contract will be interrupted, this is an implied term of the contract of employment pursuant to art. 1434 C.C.Q.

75

The parties may thus alter their rights and obligations during the term of the contract and make consensual changes to the content of the contract of employment. One possible scenario would be where the contract of employment is silent as to the employer's power to suspend the employee. If the employer wants to suspend an employee temporarily without pay in order to investigate acts of which the employee is accused, whether they involve criminal charges or allegations made by customers or other employees, the employee would be free to agree to the employer's initiative on the proposed terms in light of the specific circumstances. Thus, he or she may want to retain the possibility of being called back to work, and the benefits that have been accumulated. However, the employee would also be free to refuse the measure, and a refusal would not constitute a resignation. The employee may then choose to demand that the employer comply with the principles that apply to the unilateral resiliation of a contract of employment.

réserve de l'ordre public et des dispositions impératives de la loi. L'employeur est libre de prévoir dans le contrat son pouvoir de suspension et d'en fixer les modalités dans les limites de l'exercice raisonnable de ses droits. Toutefois, ce pouvoir sera interprété strictement à l'encontre de l'employeur, si les circonstances en font un contrat d'adhésion. (Voir art. 1379, 1432, 1435, 1436 et 1437 C.c.Q.)

Dans certains cas, il se peut que, dès la formation du contrat, la possibilité d'une éventuelle interruption contractuelle soit sous-entendue en raison de la nature même du travail effectué. Dans certains milieux de travail, il est pratique habituelle d'interrompre provisoirement les prestations réciproques en raison du caractère intermittent ou saisonnier du travail. Cette pratique est d'ailleurs reconnue implicitement au troisième alinéa de l'art. 82 L.N.T. (Voir aussi *Internote Canada Inc. c. Commission des normes du travail*, [1989] R.J.Q. 2097 (C.A.)) L'interruption du contrat étant connue d'avance des deux parties, il s'agit ici d'une condition implicite du contrat de travail au sens de l'art. 1434 C.c.Q.

Les parties peuvent ainsi modifier leurs droits et obligations en cours d'exécution et suppléer de façon consensuelle au contenu du contrat de travail. Prenons l'hypothèse du silence du contrat de travail quant au pouvoir de suspension de l'employeur. Ce dernier désire suspendre temporairement un salarié sans traitement afin d'enquêter sur les actes qui lui sont reprochés — qu'il s'agisse d'accusations criminelles ou d'allégations avancées par des clients ou autres salariés. Le salarié demeure libre d'accepter cette initiative de son employeur aux conditions proposées en raison des circonstances particulières. En effet, il pourra vouloir conserver la possibilité d'être rappelé au travail et les avantages accumulés. Toutefois, il reste aussi libre de refuser cette mesure sans que son refus constitue pour autant une démission. Il pourra choisir alors d'exiger de son employeur le respect des principes applicables à la résiliation unilatérale du contrat de travail.

E. *Application of the Principles to the Case at Bar*

The issue here is whether the suspension of the respondent without pay for two years was justified in the circumstances. Applying the principles we have set out, it is our view that the suspension imposed by the appellant was justified, having regard to the facts of the case. On the other hand, we are of the opinion that the appellant cannot justify its failure to pay the respondent during the suspension.

As we have pointed out, the decision to suspend the respondent was made to protect the business's interests. Keeping the respondent in his position could have seriously harmed the appellant's image and reputation in light of the position's importance within the business. The respondent was in direct and regular contact with the business's customers. Plainly, the respondent's personal reputation was an important component of the appellant's reputation and a factor in the quality of the service provided to customers. In light of the nature of the offence with which the respondent was charged and the high level of responsibility associated with his position, the action taken was necessary, in the circumstances, to protect the image of the service provided by the appellant and to protect the business's customers. The appellant's reputation and the integrity of its relationship with its customers were at stake. Finally, the appellant proved that it could not have assigned the respondent to another position pending the outcome of the criminal proceedings. No other temporary measure was possible in the circumstances.

In general, the appellant conducted itself properly. However, while it had no obligation to investigate or to make inquiries of the Crown as to whether the charges against the respondent were well founded, it would have been preferable for the appellant to give the respondent an opportunity to provide it with his version of the facts.

This having been said, the withholding of pay poses a different problem. In the instant case, in the context of a suspension that at all times remained administrative in nature, there was no reason to refuse to pay the salary of an employee

E. *Application des principes en l'espèce*

Il s'agit ici de déterminer si la suspension sans solde de l'intimé pour deux ans était justifiée dans les circonstances. En application des principes que nous avons exposés, à notre avis la suspension imposée par l'appelante est bien fondée en raison des faits de l'espèce. Par contre, nous sommes d'opinion que l'appelante ne peut justifier son défaut de rémunérer l'intimé durant la suspension.

Comme nous l'avons souligné, la décision de suspendre l'intimé a été prise dans le but de sauvegarder l'intérêt de l'entreprise. Le maintien de l'intimé dans ses fonctions risquait de porter une atteinte sérieuse à l'image et à la réputation de l'appelante en raison de l'importance de son poste au sein de l'entreprise. Il se trouvait en contact direct et régulier avec la clientèle de l'entreprise. Il est manifeste que sa réputation personnelle constituait un élément important de la réputation de l'appelante et un élément de la qualité du service à la clientèle. En raison de la nature de l'infraction reprochée à l'intimé et du haut niveau de responsabilité associé aux fonctions de ce dernier, la mesure imposée était nécessaire en l'espèce pour protéger l'image du service offert par l'appelante et pour protéger les clients de l'entreprise. La réputation de l'appelante et l'intégrité de ses relations avec sa clientèle étaient en jeu. Enfin, l'appelante a prouvé ne pouvoir affecter l'intimé à un autre poste jusqu'à l'issue des procédures pénales. Aucune autre mesure intérimaire n'était possible en l'espèce.

De façon générale, l'appelante s'est comportée correctement. Toutefois, bien qu'elle n'ait pas l'obligation de faire enquête ou de s'enquérir auprès du ministère public quant au bien-fondé des accusations portées contre l'intimé, il aurait été préférable qu'elle donne à l'intimé l'opportunité de lui présenter sa version des faits.

Cela dit, la privation du traitement pose un problème différent. Dans le présent dossier, dans le contexte d'une suspension qui a toujours conservé un caractère administratif, on ne retrouve pas de motif de refuser le paiement du salaire à un employé

76

77

78

79



who remained available to work. It was not open to the appellant to unilaterally impose a temporary cessation of performance of the correlative obligations while requiring that the employee continue to be available. The respondent was not required to endure the suspension, imposed on him by the appellant, of the performance of his work and also be denied the consideration for that work, namely his salary. This conclusion, which, as we have seen, is entirely consistent with the majority of the decisions of specialized labour law tribunals involving the application of collective agreements, is based on the nature of the reciprocal obligations created by an individual contract of employment governed by the *Civil Code*.

80 This is a situation that could have been regarded as a case of constructive dismissal, but it was treated by both parties as a suspension. The respondent could not have validly regarded his suspension as a dismissal, given that he has in fact gone back to work for the employer.

#### VI. Conclusion

81 For these reasons, we would dismiss the appeal with costs.

### APPENDIX

#### Legislative Context

*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64

**1605.** A contract may be resolved or resiliated without judicial proceedings where the debtor is in default by operation of law or where he has failed to perform his obligation within the time allowed in the writing putting him in default.

**2085.** A contract of employment is a contract by which a person, the employee, undertakes for a limited period to do work for remuneration, according to the instructions and under the direction or control of another person, the employer.

**2087.** The employer is bound not only to allow the performance of the work agreed upon and to pay the remuneration fixed, but also to take any measures consistent with the nature of the work to protect the health, safety and dignity of the employee.

qui demeure disponible. L'appelante ne pouvait décréter unilatéralement l'arrêt provisoire de l'exécution des prestations corrélatives tout en exigeant du salarié qu'il demeure disponible. L'intimé n'avait pas à subir la suspension de l'exécution de sa prestation de travail imposée par l'appelante et à être aussi privé de sa contrepartie, le salaire. Cette conclusion, parfaitement compatible avec la grande partie de la jurisprudence relative à l'application des conventions collectives par les instances spécialisées en droit du travail, comme nous l'avons vu, découle de la nature des obligations réciproques créées par un contrat individuel de travail régi par le *Code civil*.

Il s'agit ici d'une situation qui aurait pu constituer un cas de renvoi présumé, mais elle fut traitée comme une suspension par les deux parties. En effet, l'intimé ne pouvait valablement considérer sa suspension à titre de congédiement alors qu'il est effectivement retourné travailler pour l'employeur.

#### VI. Conclusion

Pour ces motifs, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

### ANNEXE

#### Contexte législatif

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64

**1605.** La résolution ou la résiliation du contrat peut avoir lieu sans poursuite judiciaire lorsque le débiteur est en demeure de plein droit d'exécuter son obligation ou qu'il ne l'a pas exécutée dans le délai fixé par la mise en demeure.

**2085.** Le contrat de travail est celui par lequel une personne, le salarié, s'oblige, pour un temps limité et moyennant rémunération, à effectuer un travail sous la direction ou le contrôle d'une autre personne, l'employeur.

**2087.** L'employeur, outre qu'il est tenu de permettre l'exécution de la prestation de travail convenue et de payer la rémunération fixée, doit prendre les mesures appropriées à la nature du travail, en vue de protéger la santé, la sécurité et la dignité du salarié.

**2088.** The employee is bound not only to carry on his work with prudence and diligence, but also to act faithfully and honestly and not to use any confidential information he may obtain in carrying on or in the course of his work.

These obligations continue for a reasonable time after cessation of the contract, and permanently where the information concerns the reputation and private life of another person.

**2091.** Either party to a contract with an indeterminate term may terminate it by giving notice of termination to the other party.

The notice of termination shall be given in reasonable time, taking into account, in particular, the nature of the employment, the special circumstances in which it is carried on and the duration of the period of work.

**2092.** The employee may not renounce his right to obtain compensation for any injury he suffers where insufficient notice of termination is given or where the manner of resiliation is abusive.

**2094.** One of the parties may, for a serious reason, unilaterally resiliate the contract of employment without prior notice.

*Act respecting labour standards, R.S.Q., c. N-1.1*

**79.4.** At the end of the absence owing to sickness or accident, the employer shall reinstate the employee in the employee's former position with the same benefits, including the wages to which the employee would have been entitled had the employee remained at work. If the position held by the employee no longer exists when the employee returns to work, the employer shall recognize all the rights and privileges to which the employee would have been entitled if the employee had been at work at the time the position ceased to exist.

Nothing in the first paragraph shall prevent an employer from dismissing, suspending or transferring an employee if, in the circumstances, the consequences of the sickness or accident or the repetitive nature of the absences constitute good and sufficient cause.

**82.** The employer must give written notice to an employee before terminating his contract of employment or laying him off for six months or more.

The notice shall be of one week if the employee is credited with less than one year of uninterrupted service, two weeks if he is credited with one year to five years of uninterrupted service, four weeks if he is credited with five years to ten years of uninterrupted service and eight weeks if he is credited with ten years or more of uninterrupted service.

**2088.** Le salarié, outre qu'il est tenu d'exécuter son travail avec prudence et diligence, doit agir avec loyauté et ne pas faire usage de l'information à caractère confidentiel qu'il obtient dans l'exécution ou à l'occasion de son travail.

Ces obligations survivent pendant un délai raisonnable après cessation du contrat, et survivent en tout temps lorsque l'information réfère à la réputation et à la vie privée d'autrui.

**2091.** Chacune des parties à un contrat à durée indéterminée peut y mettre fin en donnant à l'autre un délai de congé.

Le délai de congé doit être raisonnable et tenir compte, notamment, de la nature de l'emploi, des circonstances particulières dans lesquelles il s'exerce et de la durée de la prestation de travail.

**2092.** Le salarié ne peut renoncer au droit qu'il a d'obtenir une indemnité en réparation du préjudice qu'il subit, lorsque le délai de congé est insuffisant ou que la résiliation est faite de manière abusive.

**2094.** Une partie peut, pour un motif sérieux, résilier unilatéralement et sans préavis le contrat de travail.

*Loi sur les normes du travail, L.R.Q., ch. N-1.1*

**79.4.** À la fin de l'absence pour cause de maladie ou d'accident, l'employeur doit réintégrer le salarié dans son poste habituel, avec les mêmes avantages, y compris le salaire auquel il aurait eu droit s'il était resté au travail. Si le poste habituel du salarié n'existe plus à son retour, l'employeur doit lui reconnaître tous les droits et privilèges dont il aurait bénéficié au moment de la disparition du poste s'il avait alors été au travail.

Le premier alinéa n'a pas pour effet d'empêcher un employeur de congédier, de suspendre ou de déplacer un salarié si les conséquences de la maladie ou de l'accident ou le caractère répétitif des absences constituent une cause juste et suffisante, selon les circonstances.

**82.** Un employeur doit donner un avis écrit à un salarié avant de mettre fin à son contrat de travail ou de le mettre à pied pour six mois ou plus.

Cet avis est d'une semaine si le salarié justifie de moins d'un an de service continu, de deux semaines s'il justifie d'un an à cinq ans de service continu, de quatre semaines s'il justifie de cinq à dix ans de service continu et de huit semaines s'il justifie de dix ans ou plus de service continu.

A notice of termination of employment given to an employee during the period when he is laid off is absolutely null, except in the case of employment that usually lasts for not more than six months each year due to the influence of the seasons.

This section does not deprive an employee of a right granted to him under another Act.

**83.** An employer who does not give the notice prescribed by section 82, or who gives insufficient notice, must pay the employee a compensatory indemnity equal to his regular wage excluding overtime for a period equal to the period or remaining period of notice to which he was entitled.

The indemnity must be paid at the time the employment is terminated or at the time the employee is laid off for a period expected to last more than six months, or at the end of a period of six months after a layoff of indeterminate length, or a layoff expected to last less than six months but which exceeds that period.

The indemnity to be paid to an employee remunerated in whole or in part by commission is established from the average of his weekly wage, calculated from the complete periods of pay in the three months preceding the termination of his employment or his layoff.

**122.** No employer or his agent may dismiss, suspend or transfer an employee, practise discrimination or take reprisals against him, or impose any other sanction upon him

(1) on the ground that such employee has exercised one of his rights, other than the right contemplated in section 84.1, under this Act or a regulation;

(1.1) on the ground that an inquiry is being conducted by the Commission in an establishment of the employer;

(2) on the ground that such employee has given information to the Commission or one of its representatives on the application of the labour standards or that he has given evidence in a proceeding related thereto;

(3) on the ground that a seizure by garnishment has been or may be effected against such employee;

(3.1) on the ground that such employee is a debtor of support subject to the Act to facilitate the payment of support (chapter P-2.2);

(4) on the ground that such employee is pregnant;

(5) for the purpose of evading the application of this Act or a regulation;

L'avis de cessation d'emploi donné à un salarié pendant la période où il a été mis à pied est nul de nullité absolue, sauf dans le cas d'un emploi dont la durée n'excède habituellement pas six mois à chaque année en raison de l'influence des saisons.

Le présent article n'a pas pour effet de priver un salarié d'un droit qui lui est conféré par une autre loi.

**83.** L'employeur qui ne donne pas l'avis prévu à l'article 82 ou qui donne un avis d'une durée insuffisante doit verser au salarié une indemnité compensatrice équivalente à son salaire habituel, sans tenir compte des heures supplémentaires, pour une période égale à celle de la durée ou de la durée résiduaire de l'avis auquel il avait droit.

Cette indemnité doit être versée au moment de la cessation d'emploi ou de la mise à pied prévue pour plus de six mois ou à l'expiration d'un délai de six mois d'une mise à pied pour une durée indéterminée ou prévue pour une durée inférieure à six mois mais qui excède ce délai.

L'indemnité du salarié en tout ou en partie rémunéré à commission est établie à partir de la moyenne hebdomadaire de son salaire durant les périodes complètes de paie comprises dans les trois mois précédant sa cessation d'emploi ou sa mise à pied.

**122.** Il est interdit à un employeur ou à son agent de congédier, de suspendre ou de déplacer un salarié, d'exercer à son endroit des mesures discriminatoires ou des représailles ou de lui imposer toute autre sanction :

1° à cause de l'exercice par ce salarié d'un droit, autre que celui visé à l'article 84.1, qui lui résulte de la présente loi ou d'un règlement;

1.1° en raison d'une enquête effectuée par la Commission dans un établissement de cet employeur;

2° pour le motif que ce salarié a fourni des renseignements à la Commission ou à l'un de ses représentants sur l'application des normes du travail ou qu'il a témoigné dans une poursuite s'y rapportant;

3° pour la raison qu'une saisie-arrêt a été pratiquée à l'égard du salarié ou peut l'être;

3.1° pour le motif que le salarié est un débiteur alimentaire assujéti à la Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires (chapitre P-2.2);

4° pour la raison qu'une salariée est enceinte;

5° dans le but d'éviter l'application de la présente loi ou d'un règlement;

(6) on the ground that the employee has refused to work beyond his regular hours of work because his presence was required to fulfil obligations relating to the care, health or education of the employee's child or the child of the employee's spouse, or because of the state of health of the employee's spouse, father, mother, brother, sister or one of the employee's grandparents, even though he had taken the reasonable steps within his power to assume those obligations otherwise.

An employer must of his own initiative transfer a pregnant employee if her conditions of employment are physically dangerous to her or her unborn child. The employee may refuse the transfer by presenting a medical certificate attesting that her conditions of employment are not dangerous as alleged.

**123.** An employee who believes he has been the victim of a practice prohibited by section 122 and who wishes to assert his rights must do so before the Commission des normes du travail within 45 days of the occurrence of the practice complained of.

If the complaint is filed within that time to the Commission des relations du travail, failure to file the complaint with the Commission des normes du travail cannot be invoked against the complainant.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Beauvais Truchon & Associés, Québec.*

*Solicitors for the respondent: Madar Benabou Malamud & Levy, Montréal.*

6° pour le motif que le salarié a refusé de travailler au-delà de ses heures habituelles de travail parce que sa présence était nécessaire pour remplir des obligations reliées à la garde, à la santé ou à l'éducation de son enfant ou de l'enfant de son conjoint, ou en raison de l'état de santé de son conjoint, de son père, de sa mère, d'un frère, d'une sœur ou de l'un de ses grands-parents, bien qu'il ait pris les moyens raisonnables à sa disposition pour assumer autrement ces obligations.

Un employeur doit, de son propre chef, déplacer une salariée enceinte si les conditions de travail de cette dernière comportent des dangers physiques pour elle ou pour l'enfant à naître. La salariée peut refuser ce déplacement sur présentation d'un certificat médical attestant que ces conditions de travail ne présentent pas les dangers allégués.

**123.** Un salarié qui croit avoir été victime d'une pratique interdite en vertu de l'article 122 et qui désire faire valoir ses droits doit le faire auprès de la Commission des normes du travail dans les 45 jours de la pratique dont il se plaint.

Si la plainte est soumise dans ce délai à la Commission des relations du travail, le défaut de l'avoir soumise à la Commission des normes du travail ne peut être opposé au plaignant.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante : Beauvais Truchon & Associés, Québec.*

*Procureurs de l'intimé : Madar Benabou Malamud & Levy, Montréal.*

**Justin Lance Perrier** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. PERRIER**

**Neutral citation: 2004 SCC 56.**

File No.: 30002.

2004: May 19; 2004: September 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Evidence — Admissibility — Similar fact evidence — Identification — Similar fact evidence of crimes committed by gang in three separate incidents put to jury for purpose of identifying particular gang member — Membership in gang varying — Whether evidence linking gang to one crime could be used against one member as similar fact evidence indicative of his participation in other crimes committed by same gang.*

*Criminal law — Charge to jury — Group similar fact evidence — Similar fact evidence of crimes committed by gang in three separate incidents put to jury for purpose of identifying particular gang member — Membership in gang varying — Whether trial judge erred in directing jury that evidence admitted with respect to each incident admissible in proving guilt of accused with respect to others.*

The accused was charged with several offences arising from three separate incidents of gang home invasions that occurred in the same area over a four-week period. The method of operation adopted by the gang on each of these occasions was distinctive. The accused was first convicted of robbery and break and enter relating to the third incident. The charges in this case relate only to his alleged involvement in the first two incidents. The issue at trial was his identity. Although the Crown admitted that membership in the gang rotated, the Crown asserted that the accused was involved in all three incidents. The accused's role was also alleged to have varied. The trial

**Justin Lance Perrier** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. PERRIER**

**Référence neutre : 2004 CSC 56.**

N° du greffe : 30002.

2004 : 19 mai; 2004 : 30 septembre.

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

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

*Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Preuve de faits similaires — Identification — Présentation au jury aux fins d'identification d'un membre d'un gang d'une preuve de faits similaires de crimes commis par le gang à l'occasion de trois événements distincts — Variations dans la composition du gang — Est-ce que la preuve liant le gang à un crime pouvait être utilisée contre un membre du gang en tant que preuve de faits similaires tendant à établir sa participation à d'autres crimes commis par le même gang?*

*Droit criminel — Exposé au jury — Preuve de faits similaires concernant un groupe — Présentation au jury aux fins d'identification d'un membre d'un gang d'une preuve de faits similaires de crimes commis par le gang à l'occasion de trois événements distincts — Variations dans la composition du gang — Est-ce que le juge du procès a fait erreur en disant au jury que la preuve admise relativement à chacun des événements pouvait être utilisée pour établir la culpabilité de l'accusé quant aux autres événements?*

L'accusé a été inculpé de plusieurs infractions ayant trait à trois invasions de domicile par un gang survenues dans la même région au cours d'une période de quatre semaines. À chacune de ces occasions, le gang a utilisé une méthode de perpétration distinctive. L'accusé a d'abord été accusé et déclaré coupable de vol qualifié et d'introduction par effraction relativement au troisième événement. Les accusations en cause dans le présent pourvoi se rapportent uniquement à sa présumée participation aux deux premiers événements. L'identification était la question en litige au procès. Bien qu'il ait reconnu que la composition du gang variait, le ministère public a

judge instructed the jury that “evidence admitted with respect to each of the three incidents is admissible in proving the guilt of each accused on the others”. The jury convicted the accused on all counts. The majority of the Court of Appeal upheld the convictions.

**Held:** The appeal should be allowed and a new trial ordered.

The trial judge erred in directing the jury that they could consider the evidence from one incident as similar fact evidence with respect to identification, not of the gang but of the accused, for the other incidents. Similar fact evidence of group activities is admissible in order to identify a group or gang responsible for a particular crime. Where several crimes were committed with a unique *modus operandi*, and the objective improbability of coincidence is high, the trier of fact should be permitted to draw an inference that the same gang committed the acts. However, where evidence of similar offences committed by a gang is being introduced not just to identify the gang itself but to identify a particular member, a sufficient connection between the individual and the crimes of the group must be established. Where, as here, membership in the group is not constant, this additional requirement will be satisfied if (a) the accused’s role was sufficiently distinctive that no other member of the group or other person could have performed it; or (b) there is independent evidence linking the accused to each crime. Without this additional link, the required nexus between the similar fact evidence and the acts of a particular accused is absent, and it will not have sufficient probative value to outweigh the prejudice caused.

In this case, the similar fact evidence was admissible to attach blame to the gang itself but not to an individual member of the rotating gang. To use evidence of one crime as proof of involvement in others is only appropriate where the similarities are so striking as to preclude coincidence. The similarities between the incidents demonstrate that it was likely the same gang that committed the offences but do not point to any individual trademark or characteristic that can serve to identify the accused. The independent evidence against him was also insufficient to link him to each of the gang’s crimes. There was therefore no basis upon which this similar fact evidence

prétendu que l’accusé était impliqué dans les trois événements et y avait joué des rôles différents. Dans ses directives au jury, le juge du procès a dit ceci : « la preuve admise relativement à chacun des trois événements peut être utilisée pour établir la culpabilité de chaque accusé quant aux autres événements ». Le jury a déclaré l’accusé coupable de tous les chefs d’accusation. La Cour d’appel a majoritairement confirmé les déclarations de culpabilité.

**Arrêt :** Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Le juge du procès a eu tort de dire au jury que la preuve présentée à l’égard d’un événement pouvait être considérée comme une preuve de faits similaires aux fins d’identification, relativement aux autres événements, non pas du gang mais de l’accusé. Une preuve de faits similaires touchant les activités d’un groupe est admissible pour permettre l’identification d’un groupe ou gang responsable d’un crime particulier. Dans les cas où plusieurs crimes ont été commis suivant un *modus operandi* singulier et où l’improbabilité objective d’une coïncidence est grande, le juge des faits devrait être autorisé à inférer que les crimes sont l’œuvre du même gang. Toutefois, lorsque la preuve d’infractions similaires commises par un gang est présentée pour identifier non pas le gang lui-même mais un membre en particulier, la poursuite doit prouver l’existence d’un lien suffisant entre l’individu concerné et les crimes du groupe. Lorsque, comme en l’espèce, la composition du groupe n’est pas constante, cette condition supplémentaire est remplie dans les cas suivants : a) l’accusé jouait un rôle à ce point distinctif qu’aucun autre membre du groupe ou qui que ce soit d’autre n’aurait pu l’accomplir; b) il existe des éléments de preuve indépendants rattachant l’accusé à chaque crime. Sans ce facteur de rattachement supplémentaire, le lien requis entre la preuve de faits similaires et les actes d’un accusé donné n’existe pas et la valeur probante de cette preuve sera insuffisante pour l’emporter sur le préjudice que causerait l’utilisation de la preuve en question.

En l’espèce, la preuve de faits similaires pouvait être utilisée pour établir la responsabilité du gang lui-même mais non celle d’un membre donné de ce gang, dont la composition variait. La preuve relative à un crime donné ne peut être utilisée pour établir la participation à d’autres infractions que si les similitudes sont frappantes au point d’exclure toute coïncidence. Les similitudes entre les événements démontrent que le même gang a vraisemblablement commis les infractions, mais elles ne révèlent aucune marque ou caractéristique personnelle permettant d’identifier l’accusé. De plus, comme il n’existait pas suffisamment d’éléments de preuve indépendants

should have been put to the jury for the purposes of identification.

### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Handy*, [2002] 2 S.C.R. 908, 2002 SCC 56; *R. v. Shearing*, [2002] 3 S.C.R. 33, 2002 SCC 58; *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717; *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949; *R. v. Brown*, [1996] E.W.J. No. 2403 (QL); *R. v. Lee*, [1996] E.W.C.A. Crim. 59.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2003), 187 B.C.A.C. 214, 307 W.A.C. 214, 178 C.C.C. (3d) 97, 14 C.R. (6th) 88, [2003] B.C.J. No. 2187 (QL), 2003 BCCA 508 (*sub nom. R. v. Chan*), upholding the accused's convictions. Appeal allowed.

*Peter Leask, Q.C.*, and *Jeremy Gellis*, for the appellant.

*Bruce Johnstone*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. —

### I. Introduction

1 On April 21, 2000, the appellant, Justin Lance Perrier and co-accused, Chi Cheong Chan, were convicted of a number of counts of breaking and entering, robbery, unlawful confinement and possession of stolen property. The charges arose from three separate incidents of gang home invasions that occurred in the Vancouver area over a four-week period.

2 The method of operation adopted by the gang was distinctive. The only issue at trial was the identity of the appellant. The theory of the Crown was that membership in the gang rotated, but that the appellant was involved in all three incidents. The trial judge, without objection from counsel, instructed the jury that "evidence admitted with respect to each of the three incidents is admissible in proving the guilt of each accused on the others", which I take to mean that evidence linking the gang

rattachant ce dernier aux crimes du groupe, rien ne justifiait de soumettre au jury la preuve de faits similaires relativement à la question de l'identification.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Handy*, [2002] 2 R.C.S. 908, 2002 CSC 56; *R. c. Shearing*, [2002] 3 R.C.S. 33, 2002 CSC 58; *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717; *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949; *R. c. Brown*, [1996] E.W.J. No. 2403 (QL); *R. c. Lee*, [1996] E.W.C.A. Crim. 59.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2003), 187 B.C.A.C. 214, 307 W.A.C. 214, 178 C.C.C. (3d) 97, 14 C.R. (6th) 88, [2003] B.C.J. No. 2187 (QL), 2003 BCCA 508 (*sub nom. R. c. Chan*), qui a confirmé les déclarations de culpabilité de l'accusé. Pourvoi accueilli.

*Peter Leask, c.r.*, et *Jeremy Gellis*, pour l'appellant.

*Bruce Johnstone*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR —

### I. Introduction

Le 21 avril 2000, l'appellant Justin Lance Perrier et un coaccusé, Chi Cheong Chan, ont été déclarés coupables de chefs d'accusation d'introduction par effraction, de vol qualifié, de séquestration et de recel. Les accusations avaient trait à trois invasions de domicile par un gang survenues dans la région de Vancouver au cours d'une période de quatre semaines.

La méthode de perpétration de l'infraction utilisée par le gang possédait un caractère distinctif. L'identification de l'appellant était la seule question en litige au procès. Le ministère public soutenait que, en dépit de la composition changeante du gang, l'appellant avait participé aux trois événements. Dans ses directives au jury, le juge du procès a fait les commentaires suivants, sans objection de la part de l'avocat de la défense : [TRADUCTION] « la preuve admise relativement à chacun des trois

to one offence could be used against the appellant, a member of the gang, as similar fact evidence indicative of his participation in the other offences committed by the same gang.

The jury convicted the appellant of all charges. The majority of the Court of Appeal dismissed the appeal, Ryan J.A. dissenting. The issue on this appeal was whether the trial judge erred in directing the jury that they could consider the evidence on each respective count as similar fact evidence on the issue of identification of the appellant on the other counts.

The appeal is allowed. The use of one incident as evidence of others is only applicable where the similarities are so striking as to preclude coincidence. The similarities between the incidents demonstrate that it was likely the same gang that committed the offences but do not point to any individual trademark or characteristic that can serve to identify the appellant. I agree with the reasons of Ryan J.A. that the trial judge erred in directing the jury that they could consider the evidence on one count as similar fact evidence on the others as it applied to the appellant. The similar fact evidence was admissible to attach blame to the gang itself but not to an individual member of the rotating gang.

## II. Factual Background

On December 15, 1997, a gang of men invaded the home of a family located on East 19th Avenue in Vancouver. On January 2, 1998, a gang of men invaded a family residence located on Osler Street, while on January 14, 1998, a similar incident occurred on Fraserview Drive. The method of operation adopted by the gang on each of these occasions was distinctive.

événements peut être utilisée pour établir la culpabilité de chaque accusé quant aux autres événements ». Selon moi, cette affirmation signifie que la preuve liant le gang à une infraction pouvait être utilisée contre l'appellant — qui était membre du gang — en tant que preuve de faits similaires établissant sa participation aux autres infractions commises par le même gang.

Le jury a déclaré l'appellant coupable de toutes les accusations. La Cour d'appel a majoritairement rejeté l'appel, la juge Ryan étant dissidente. Il s'agit de décider si le juge du procès a fait erreur en disant au jury qu'il pouvait considérer la preuve concernant chaque chef d'accusation comme une preuve de faits similaires aux fins d'identification de l'appellant relativement aux autres chefs.

Le pourvoi est accueilli. Le recours à la preuve relative à un événement donné pour en prouver d'autres n'est permis que dans les cas où les similitudes entre les événements sont frappantes au point d'exclure toute coïncidence. Les similitudes entre les événements démontrent que le même gang a vraisemblablement commis les infractions, mais elles ne révèlent aucune marque ou caractéristique personnelle permettant d'identifier l'appellant. Je souscris aux motifs de la juge Ryan selon lesquels le juge du procès s'est trompé en disant au jury qu'il pouvait, en ce qui concernait l'appellant, considérer la preuve relative à un chef d'accusation comme une preuve de faits similaires à l'égard des autres chefs. La preuve de faits similaires pouvait être utilisée pour établir la responsabilité du gang lui-même mais non celle d'un membre donné de ce gang, dont la composition variait.

## II. Les faits

Le 15 décembre 1997, un groupe d'hommes a envahi le domicile d'une famille situé sur la 19<sup>e</sup> avenue Est à Vancouver. Le 2 janvier 1998, une autre résidence familiale, sur la rue Osler cette fois, a été envahie par un groupe d'hommes, puis, le 14 janvier suivant, un événement similaire est survenu sur Fraserview Drive. La méthode de perpétration utilisée par le gang à ces diverses occasions présentait un caractère distinctif.

3

4

5



6 One of the group's members would approach the targeted home disguised as a postman carrying a package. The phoney postman would ring the doorbell, while his two accomplices prepared to overpower the person who answered it. In all three incidents the person who answered the door was an Asian woman. Once inside, the intruders contacted others who then entered the home.

7 In all three incidents the intruders bound the occupant or occupants of the home with duct tape while members of the gang searched the home for valuables. The victims later supplied sketchy and inconsistent descriptions of the intruders, including their number. It was thought that five or six people were involved in each incident.

8 The appellant was first charged and convicted of robbery and break and enter relating to the third incident, on Frasersview Drive. The charges at issue before this Court relate only to his alleged involvement in the first two incidents. His trial on these charges occurred only after his Frasersview conviction.

9 The issue at trial was his identity. The Crown's theory was that two Asians and three or four Caucasians were involved in each incident. Although the Crown admitted that membership in the gang rotated, the Crown asserted that the appellant was involved in all three incidents. The appellant's role was also alleged to have varied. He was said to have dressed as the postman in one incident, and to have assisted in overpowering the victims in the others.

10 The other evidence against the appellant consisted of the testimony of Mr. Wang and the evidence collected upon the appellant's arrest on January 14, 1998.

11 Mr. Wang had previously been convicted of committing offences relating to the East 19th Street and Frasersview Drive incidents, been sentenced to a

L'un des membres du groupe s'approchait de la maison visée déguisé en facteur et portant un colis. Le faux facteur sonnait à la porte de la maison pendant que ses deux complices se préparaient à maîtriser la personne qui répondait à la porte. Dans les trois cas, c'est une femme asiatique qui a répondu à la porte. Une fois à l'intérieur, les complices communiquaient avec les autres membres du groupe, qui pénétraient à leur tour dans la maison.

Les trois fois, les intrus ont ligoté le ou les occupants de la maison avec du ruban adhésif en toile pendant que les autres membres du groupe fouillaient la maison à la recherche d'objets de valeur. Les victimes ont par la suite donné des descriptions sommaires et contradictoires des intrus, y compris quant à leur nombre. On estimait que cinq ou six personnes avaient été impliquées dans chaque événement.

L'appelant a d'abord été accusé et déclaré coupable de vol qualifié et d'introduction par effraction relativement au troisième événement, celui survenu sur Frasersview Drive. Les accusations en cause dans le présent pourvoi se rapportent uniquement à sa présumée participation aux deux premiers événements. Son procès concernant ces accusations s'est tenu après sa condamnation pour l'invasion commise sur Frasersview Drive.

L'identification de l'appelant était la question en litige au procès. Le ministère public a soutenu que deux Asiatiques et trois ou quatre individus de race blanche étaient impliqués dans chaque événement. Bien qu'il ait reconnu que la composition du gang variait, le ministère public a prétendu que l'appelant était impliqué dans les trois événements et y avait joué des rôles différents. Il aurait été déguisé en facteur au cours d'une invasion et il aurait aidé à maîtriser les victimes dans les autres.

Le reste de la preuve contre l'appelant se composait du témoignage de M. Wang et des éléments de preuve recueillis lors de l'arrestation de l'appelant, le 14 janvier 1998.

Monsieur Wang avait auparavant été déclaré coupable d'infractions commises au cours des événements de la 19<sup>e</sup> avenue Est et de Frasersview Drive

lengthy period of incarceration and faced deportation to Taiwan. In return for his evidence, Mr. Wang was to receive assistance with both the parole board and immigration authorities, and he was placed in the witness relocation program.

The appellant was arrested two to three blocks away from, and within minutes of, the Fraserview robbery on January 14, 1998. The victim of the robbery had a gash on her forehead. At the time of his arrest he appeared to have blood on his pants as well as on his jacket found nearby. The jacket pockets contained a cell phone, a pager and keys to his apartment suite. A subsequent search of the apartment found stolen speakers belonging to one of the victims of the Osler street robbery. It is important however that the appellant did not have exclusive use of the apartment but shared it with Jesse and Jean Lahn, alleged by Mr. Wang to also be participants in some of the incidents. Identification belonging to both Jesse Lahn and the appellant was found in the bedroom with the stolen property.

There was also evidence of a number of calls between the appellant and Mr. Wang just before and after all three incidents, including an intercepted phone call between Mr. Wang and the appellant, characterized by Ryan J.A. in the Court of Appeal as a conversation from which the jury might infer that the appellant and Mr. Wang were concerned that Michael Braun might be a “snitch” ((2003), 187 B.C.A.C. 214 (*sub nom. R. v. Chan*), 2003 BCCA 508, at para. 9).

### III. Judicial History

#### A. *British Columbia Supreme Court*

The trial proceeded by way of direct indictment. The trial judge, without objection from counsel, instructed the jury that “evidence admitted with respect to each of the three incidents is admissible

et condamné à une longue peine d’emprisonnement. Il risquait en outre d’être expulsé vers Taiwan. En contrepartie de son témoignage, M. Wang devait recevoir de l’aide dans ses démarches auprès de la commission des libérations conditionnelles et des autorités de l’immigration, en plus de bénéficier du programme de réinstallation des témoins.

L’appelant a été arrêté à deux ou trois rues du lieu du vol qualifié survenu sur Fraserview Drive le 14 janvier 1998, et ce quelques minutes seulement après l’événement. La victime du vol avait subi une coupure au front. Au moment de l’arrestation de l’appelant, il semblait y avoir du sang sur ses pantalons ainsi que sur sa veste, trouvée tout près. Les poches de cette veste contenaient un téléphone cellulaire, un téléavertisseur et les clés de l’appartement de l’appelant. La perquisition de cet appartement a permis de découvrir des haut-parleurs appartenant à l’une des victimes du vol qualifié perpétré dans la résidence de la rue Osler. Il importe toutefois de signaler que l’appelant n’était pas l’unique occupant de l’appartement, mais qu’il le partageait avec Jesse et Jean Lahn, qui auraient eux aussi participé à certains des événements, selon M. Wang. Des pièces d’identité appartenant à Jesse Lahn et à l’appelant ont été découvertes dans la chambre à coucher où se trouvaient les biens volés.

De plus, la preuve a révélé qu’un certain nombre d’appels téléphoniques avaient eu lieu entre l’appelant et M. Wang tout juste avant et tout juste après les trois événements, y compris un appel qui avait été intercepté et que la juge Ryan de la Cour d’appel a qualifié de conversation susceptible de permettre au jury d’inférer que l’appelant et M. Wang craignaient que Michael Braun puisse être un [TRADUCTION] « mouchard » ((2003), 187 B.C.A.C. 214 (*sub nom. R. c. Chan*), 2003 BCCA 508, par. 9).

### III. Historique des procédures judiciaires

#### A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*

L’appelant a été traduit en justice par voie de mise en accusation directe. Dans ses directives au jury, le juge du procès a dit ceci, sans objection de la part de l’avocat de la défense : [TRADUCTION] « la

12

13

14

in proving the guilt of each accused on the others". The appellant was convicted on all counts.

#### B. *British Columbia Court of Appeal*

15 The majority of the Court of Appeal dismissed the appeals. Ryan J.A., dissenting, would have allowed the appeals on the basis that the trial judge erred in directing the jury that they could consider the evidence of gang activity as similar fact evidence against the appellant.

#### IV. Issues

16 The question in this appeal is whether the trial judge should have directed the jury that they could consider the evidence from one incident as similar fact evidence with respect to identification, not of the gang but of the appellant, for the other incidents. The problem is whether evidence linking the appellant to one crime can be used to infer participation in other crimes, likely committed by the same gang, where membership in that gang is not fixed.

#### V. Analysis

##### A. *Admissibility of Similar Fact Evidence for the Purpose of Identification*

17 The law governing the admissibility of similar fact evidence is well established. It is presumptively inadmissible as it is propensity reasoning: see *R. v. Handy*, [2002] 2 S.C.R. 908, 2002 SCC 56; *R. v. Shearing*, [2002] 3 S.C.R. 33, 2002 SCC 58; *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717.

18 The onus falls on the prosecution to satisfy the trial judge, on a balance of probabilities, that the probative value of the evidence in relation to a particular issue outweighs its prejudicial effect. Where the similar fact evidence is relevant only to support the prohibited inference (that the accused is the type

preuve admise relativement à chacun des trois événements peut être utilisée pour établir la culpabilité de chaque accusé quant aux autres événements ». L'appelant a été déclaré coupable de tous les chefs d'accusation.

#### B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique*

La Cour d'appel a majoritairement rejeté les appels. Dissidente, la juge Ryan aurait accueilli les appels pour le motif que le juge du procès aurait fait erreur en disant au jury qu'il pouvait considérer la preuve des activités du gang comme une preuve d'actes similaires opposable à l'appellant.

#### IV. Les questions en litige

En l'espèce, notre Cour doit décider si le juge du procès a eu raison de dire au jury que la preuve présentée à l'égard d'un événement pouvait être considérée comme une preuve de faits similaires aux fins d'identification, relativement aux autres événements, non pas du gang mais de l'appellant. Il s'agit de se demander si la preuve rattachant l'appellant à un crime donné peut être utilisée pour conclure à sa participation à d'autres crimes, vraisemblablement commis par le même gang, alors que la composition du gang varie.

#### V. Analyse

##### A. *Admissibilité de la preuve de faits similaires aux fins d'identification*

Les règles de droit régissant l'admissibilité de la preuve de faits similaires sont bien établies. Une telle preuve est présumée inadmissible puisqu'elle tend à étayer un raisonnement fondé sur la propension : voir *R. c. Handy*, [2002] 2 R.C.S. 908, 2002 CSC 56; *R. c. Shearing*, [2002] 3 R.C.S. 33, 2002 CSC 58; *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717.

C'est à la poursuite qu'il incombe de convaincre le juge du procès, selon la prépondérance des probabilités, que la valeur probante de cette preuve à l'égard d'une question donnée l'emporte sur son effet préjudiciable. Lorsque la preuve de faits similaires ne sert qu'à étayer l'inférence interdite (à

of person who, because of past conduct or character, is predisposed to commit the type of crime for which he is being tried), it will not outweigh the prejudice caused.

The rationale for the admission and use of similar fact evidence where identity is in issue is the improbability that two persons would display the same configuration of matching characteristics in committing a crime. Thus a jury is not being asked to infer that the accused is the type of person who would commit the offence but to conclude that he is exactly the person who did commit the offence. This inference is made possible only if the high degree of similarity between the acts renders the likelihood of coincidence objectively improbable. See *Arp, supra*, at para. 45, per Cory J.:

Where, as here, similar fact evidence is adduced on the issue of identity, there must be a high degree of similarity between the acts for the evidence to be admitted. For example, a unique trademark or signature will automatically render the alleged acts “strikingly similar” and therefore highly probative and admissible. In the same way, a number of significant similarities, taken together, may be such that by their cumulative effect, they warrant admission of the evidence.

In *Arp*, Cory J. stated that a high degree of similarity was required in order to establish the objective improbability that the accused’s involvement in the alleged acts was the product of coincidence. This point was considered in *Handy, supra*, at para. 91, where Binnie J. equated the possibility of coincidence with mistaken identity or a mistake in the character of the act. The point is that we must be cautious when using propensity evidence in the context of identity. We want to be sure, on a balance of probabilities, that the same person committed the acts in question such that we can safely say it is not a coincidence nor a case of mistaken identity.

In determining whether the acts are similar enough to admit, the focus should first be on the acts themselves and not on evidence of the accused’s

savoir que, à cause de ses antécédents ou de sa personnalité, l’accusé est prédisposé à commettre le genre de crimes pour lequel il est jugé), l’effet préjudiciable de cette preuve ne peut être surmonté.

Selon le raisonnement invoqué pour justifier l’admission et l’utilisation de la preuve de faits similaires en matière d’identification, il est improbable que deux personnes commettent un même crime suivant un même ensemble de caractéristiques. Ainsi, le jury n’est pas invité à inférer que l’accusé est le genre de personne susceptible de commettre l’infraction, mais plutôt à conclure qu’il est précisément la personne qui a commis cette infraction. Cette conclusion n’est possible que si les faits présentent un degré de similitude si élevé qu’il est objectivement improbable que cela soit dû à une coïncidence. Voir *Arp*, précité, le juge Cory, par. 45 :

Lorsque, comme c’est le cas en l’espèce, une preuve de faits similaires est produite à l’égard de la question de l’identité, il doit exister un haut degré de similitude entre les faits pour que la preuve soit admise. Par exemple, la présence d’une marque ou signature singulière donnera automatiquement aux faits reprochés une « similitude frappante » et les rendra, par conséquent, extrêmement probants et admissibles. De même, il est possible que, considérées ensemble, un certain nombre de similitudes importantes soient telles que leur effet cumulatif justifie l’admission de la preuve.

Dans l’arrêt *Arp*, le juge Cory a affirmé qu’un degré élevé de similitude était nécessaire pour établir l’improbabilité objective que la participation de l’accusé aux actes reprochés soit le fruit du hasard. Ce point a été examiné dans l’arrêt *Handy*, précité, par. 91, où le juge Binnie a assimilé la possibilité d’une coïncidence à une erreur sur l’identité ou sur la nature de l’acte. Cela signifie que les tribunaux doivent faire montre de prudence lorsqu’ils utilisent une preuve de propension en matière d’identification. Le tribunal doit être convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que la même personne a commis les actes en cause et qu’il peut sans risque affirmer qu’il ne s’agit pas d’une coïncidence ou d’une erreur sur l’identité.

Pour déterminer si la similitude suffit pour justifier l’admission de la preuve, il faut d’abord s’attacher aux faits eux-mêmes et non à la preuve de la

19

20

21

involvement in those acts. A high degree of similarity between the acts is required in order to be admissible. The greater the similarity between the acts, the greater the probative value of the similar fact evidence.

22 The similarity between the acts must be determined on a case-by-case basis after considering all relevant factors. Such factors include, but are not limited to: proximity in time and place, number of occurrences of the similar acts and similarities in detail and circumstances: see *Handy, supra*, at para. 82.

23 Once the trial judge has determined that the crime charged and the similar act were likely committed by the same person, the judge must then consider whether there is evidence linking the accused to the similar act. A link between the accused and the similar acts is a precondition to admissibility: see *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949, at p. 954, as cited with approval in *Arp, supra*, at para. 54:

Before evidence may be admitted as evidence of similar facts, there must be a link between the allegedly similar facts and the accused. In other words there must be some evidence upon which the trier of fact can make a proper finding that the similar facts to be relied upon were in fact the acts of the accused for it is clear that if they were not his own but those of another they have no relevance to the matters at issue under the indictment.

If the similar facts relied upon were not in fact the acts of the accused, then they have no probative value.

24 The threshold is not particularly high. The trial judge must determine whether there is “some evidence” linking the accused to the similar acts. However, evidence of mere opportunity or possibility is not sufficient.

25 In the group context, the link between an accused and the similar acts of a group is particularly important. Where a group commits a series of crimes with a distinct *modus operandi*, such as in the case before the Court, the “signature” of the offence is the

participation de l'accusé à ces faits. Il faut que les faits présentent un degré élevé de similitude pour que la preuve de ceux-ci soit admissible. Plus la similitude entre les faits est grande, plus la valeur probante de la preuve de faits similaires est élevée.

L'existence de similitudes entre les actes doit être déterminée au cas par cas, après examen de tous les facteurs pertinents. Voici certains de ces facteurs : proximité dans le temps et dans l'espace, nombre de cas d'actes similaires et existence de similarités du point de vue des détails et des circonstances : voir *Handy*, précité, par. 82.

Une fois que le juge du procès a conclu que le crime en cause et les faits similaires sont vraisemblablement l'œuvre de la même personne, il doit se demander s'il existe des éléments de preuve rattachant l'accusé aux faits similaires. Ce lien entre l'accusé et les faits similaires est un préalable à l'admissibilité de la preuve : voir les propos suivants tirés de l'arrêt *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949, p. 954, cités et approuvés dans *Arp*, précité, par. 54 :

Pour que des éléments de preuve soient reçus comme preuve d'actes similaires, il doit y avoir un lien entre les actes que l'on prétend similaires et l'accusé. En d'autres termes, il doit exister des éléments de preuve qui permettent au juge des faits de conclure à bon droit que les actes similaires que l'on veut invoquer sont effectivement les actes de l'accusé, car il est évident que, s'il ne s'agit pas de ses propres actes mais plutôt de ceux d'une autre personne, ceux-ci n'ont aucun rapport avec les questions soulevées par l'acte d'accusation.

Si les faits similaires invoqués ne sont pas des actes de l'accusé, ils sont alors dépourvus de toute valeur probante.

Le critère applicable n'est pas très exigeant. Le juge du procès doit déterminer s'il existe « des éléments de preuve » rattachant l'accusé aux faits similaires. Toutefois, la preuve d'une simple opportunité ou possibilité ne suffit pas.

Dans une affaire où un groupe est impliqué, le lien entre l'accusé et les actes similaires du groupe est particulièrement important. Lorsqu'un groupe commet une série de crimes caractérisés par un *modus operandi* distinctif, comme c'est le cas en

“signature” of the group only. If the Crown can prove that membership in the gang never changed and that all members were present and participating in all offences, then the signature of the group will be the signature of the accused such that a similar fact instruction will likely be justified (provided that the overall probative value of the evidence outweighs its prejudice). However, where group membership was not constant, the fact that an individual may have been a member of the gang on one occasion proves nothing more than a mere possibility that he was a member on another occasion. In this case the evidence of group activity must be accompanied by evidence linking the individual to each of the group’s offences for which he has been charged, either by virtue of the distinctiveness of his role or by other independent evidence. Without this additional link, the required nexus between the similar fact evidence and the acts of a particular accused is absent, and the similar fact evidence will not have sufficient probative value to outweigh the prejudice caused.

#### B. *Application of Similar Fact Evidence to Crimes Committed by Groups*

Where it is highly improbable that two different groups employing the same *modus operandi* committed the crimes at issue, the evidence may be used to support the inference that the same gang committed all the acts. As pointed out by Ryan J.A., at para. 23 of her reasons in this case: “With gang activity, however, while it may be possible to identify several crimes as the work of one group, it does not follow with any degree of certainty that membership in the group is the same from crime to crime.” It would be illogical to infer individual liability without further evidence of individual participation.

The respondent Crown relied on a series of English cases to support its submission that similar fact evidence could be used in the context of crimes

l’espèce, la « signature » caractérisant l’infraction est uniquement la « signature » du groupe. Si la Couronne peut prouver que la composition du gang n’a jamais varié et que, lors de la perpétration de toutes les infractions, tous les membres du gang étaient présents et y ont participé, la signature du groupe devient alors celle de l’accusé et des directives concernant les faits similaires seront vraisemblablement justifiées (pourvu que la valeur probante globale de cette preuve l’emporte sur son caractère préjudiciable). Toutefois, lorsque la composition du groupe variait, le fait qu’un individu ait pu en être membre à une occasion ne prouve rien d’autre que la simple possibilité qu’il en ait été membre à une autre occasion. En l’espèce, la preuve des activités du groupe doit être accompagnée d’éléments de preuve rattachant l’individu à chacune des infractions du groupe dont il est accusé, qu’il s’agisse de la preuve du caractère distinctif de son rôle ou d’autres preuves indépendantes. Sans ce facteur de rattachement supplémentaire, le lien requis entre la preuve de faits similaires et les actes d’un accusé donné n’existe pas et la valeur probante de cette preuve sera insuffisante pour l’emporter sur le préjudice que causerait l’utilisation de celle-ci.

#### B. *Application de la preuve de faits similaires à des crimes commis par des groupes*

Lorsqu’il est très improbable que les crimes en cause soient l’œuvre de deux groupes différents employant le même *modus operandi*, on peut avoir recours à une preuve de faits similaires pour étayer l’inférence que tous les actes ont été commis par le même groupe. Comme l’a signalé la juge Ryan dans ses motifs, au par. 23, [TRADUCTION] « [d]ans le cas d’activités imputables à un gang, toutefois, bien qu’il puisse être possible d’identifier plusieurs crimes comme étant l’œuvre d’un groupe, il ne s’ensuit pas de façon certaine que la composition de ce groupe reste la même d’un crime à l’autre. » Il serait illogique de conclure à la responsabilité d’une personne sans disposer de preuves supplémentaires de sa participation aux faits reprochés.

Le ministère public intimé a invoqué une série d’arrêts anglais à l’appui de son argument voulant que la preuve de faits similaires soit

committed by groups. In particular, it relied on *R. v. Brown*, [1996] E.W.J. No. 2403 (QL) (C.A.), and *R. v. Lee*, [1996] E.W.C.A. Crim. 59 (QL), where, in both cases, the England and Wales Court of Appeal (Criminal Division) admitted evidence linking an appellant to one group crime as evidence against him on the other.

28 In *Lee, supra*, the England and Wales Court of Appeal (Criminal Division) held that

... what may be called “group identification evidence” was admissible against each of the defendants whether or not there was other evidence against them individually on count 2.

However, the court qualified this statement by adding that:

This would be subject always to any application which might be made on their behalf as individuals which called for an assessment of the overall strength of the cases against them.

29 Similarly, in *Brown, supra*, the England and Wales Court of Appeal (Criminal Division) stated, at para. 82:

The issue for the jury, once they are satisfied that it is the same gang who have committed both groups of offences, will be whether the prosecution have established on all the admissible evidence that the particular defendant was a member of that gang and, where the prosecution say that that defendant was a member of the gang on both occasions, whether the totality of the evidence has established that beyond reasonable doubt. [Emphasis added.]

30 Ryan J.A. reviewed the English case law and concluded that it stood for the proposition that similar fact evidence which identifies a certain group as responsible for a series of crimes may be considered at the trial of a particular member if there is something more in the evidence than the fact that the same gang committed two or more offences. I agree. The English courts were looking at the totality of the evidence against the

utilisable à l'égard de crimes perpétrés par des groupes. Plus particulièrement, il a fait état des arrêts *R. c. Brown*, [1996] E.W.J. No. 2403 (QL) (C.A.), et *R. c. Lee*, [1996] E.W.C.A. Crim. 59 (QL), où la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles (Division criminelle) a dans les deux cas admis des éléments de preuve à charge rattachant l'appellant à un crime commis par un groupe comme éléments de preuve contre l'appellant relativement à une autre infraction.

Dans l'arrêt *Lee*, précité, la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles (Division criminelle) a tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION] ... ce qu'il est possible d'appeler une « preuve d'identification d'un groupe » était admissible à l'encontre de chacun des défendeurs, qu'il existât ou non d'autres preuves à charge contre eux individuellement à l'égard du deuxième chef d'accusation.

Pendant, la cour a assorti cette affirmation de la réserve suivante :

[TRADUCTION] La validité de cette conclusion demeure toujours subordonnée à la possibilité que soit présentée, pour le compte de l'un ou l'autre des accusés, à titre individuel, une demande d'évaluation de la force probante générale de la preuve présentée contre eux.

De même, la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles (Division criminelle) a déclaré ceci dans l'arrêt *Brown*, précité, par. 82 :

[TRADUCTION] Une fois que le jury est convaincu que le même groupe a commis les deux séries d'infraction, il doit se demander, à la lumière de toute la preuve admissible, si la poursuite a prouvé que le défendeur en cause était membre du gang et, lorsque la poursuite affirme que le défendeur faisait partie du gang aux deux occasions, si l'ensemble de la preuve établit ce fait hors de tout doute raisonnable. [Je souligne.]

Après avoir examiné la jurisprudence anglaise, la juge Ryan a conclu que ces arrêts permettaient d'affirmer qu'une preuve de faits similaires identifiant un groupe donné comme étant l'auteur d'une série de crimes peut être prise en compte au procès d'un membre du groupe si la preuve établit davantage que le fait que le même gang a commis deux infractions ou plus. Je souscris à cette conclusion de la juge Ryan. Les tribunaux anglais ont considéré

individual, not solely the similar fact evidence of a group crime.

The proper approach to the case of similar fact evidence as it pertains to groups or gangs is to adopt a framework that goes one step beyond the basic prejudice versus probative value assessment. Similar fact evidence of group activities should be admissible in order to identify a group or gang responsible for a particular crime. Where, as here, you have several crimes committed with a unique *modus operandi*, and the objective improbability of coincidence is high, the trier of fact should be permitted to draw an inference that the same gang committed the acts. At this first stage, identification of the group, the trier of fact may rely on the factors outlined by Binnie J. in *Handy* to assess, according to the test in *Arp*, whether the evidence of one group activity can be used to identify the group responsible for another. Once the trier of fact has determined that the same group was involved, a second step or assessment is needed in order to determine if the evidence has enough probative value with regard to the individual accused to outweigh the prejudice it will cause.

Where evidence of similar offences committed by a gang is being introduced not just to identify the gang itself but to identify a particular member, a sufficient connection between the individual and the crimes of the group must be established. This can be done in two ways:

(1) If the Crown can prove that group membership never changed, that the gang always remained intact and never committed the criminal acts unless all were present, and that the accused was a member of the group, and present, at the relevant time, that will be sufficient to connect the individual to the crimes of the group, and

l'ensemble de la preuve présentée contre le défendeur en question, pas seulement la preuve de faits similaires relative à un crime commis par un groupe.

Dans les affaires impliquant des groupes ou des gangs, il convient, en matière de preuve de faits similaires, de recourir à une analyse dépassant la simple appréciation de la valeur probante de la preuve par rapport à son effet préjudiciable. Une preuve de faits similaires touchant les activités d'un groupe devrait être jugée admissible pour permettre l'identification d'un groupe ou gang responsable d'un crime particulier. Dans les cas où, comme en l'espèce, plusieurs crimes ont été commis suivant un *modus operandi* singulier et où l'improbabilité objective d'une coïncidence est grande, le juge des faits devrait être autorisé à inférer que les crimes sont l'œuvre du même gang. Lors de la première étape de l'analyse, à savoir l'identification du groupe, le juge des faits peut s'appuyer sur les facteurs énumérés par le juge Binnie dans l'arrêt *Handy* pour déterminer, suivant le critère formulé dans l'arrêt *Arp*, si la preuve touchant les activités d'un groupe peut être utilisée pour identifier le groupe responsable d'un autre acte. Toutefois, lorsque le juge des faits conclut que le même groupe est impliqué, il lui faut alors procéder à la deuxième étape ou évaluation et décider si, en ce qui concerne l'accusé, la force probante de la preuve l'emporte sur son effet préjudiciable.

Lorsque la preuve d'infractions similaires commises par un gang est présentée pour identifier non pas le gang lui-même mais un membre en particulier, la poursuite doit prouver l'existence d'un lien suffisant entre l'individu concerné et les crimes du groupe. Ce lien est considéré comme établi dans les deux cas suivants :

(1) Lorsque la Couronne prouve, d'une part, que la composition du groupe n'a à aucun moment varié, que le gang est toujours resté intact et n'a jamais perpétré d'actes criminels à moins que tous ses membres soient présents, et, d'autre part, que l'accusé était membre de ce groupe et était présent au moment pertinent, ces éléments sont

31

32



the evidence will usually have sufficient probative value to be admitted as similar fact.

(2) Where membership in the group is not constant, as in this case, then an additional “link” or “connection” must be made in order to use evidence of group activity against a particular accused. This additional requirement will be satisfied where (a) the accused’s role was sufficiently distinctive that no other member of the group or person could have performed it; thus he necessarily must have participated in all offences; or (b) there is independent evidence linking the accused to each crime. Without this second stage of analysis, there is a risk that the net will be cast too broadly and members of a group who participated in some crimes will be improperly convicted of other crimes by virtue of their association with the group alone.

suffisants pour rattacher l’individu aux crimes du groupe et la preuve aura généralement une valeur probante suffisante pour être admise comme preuve de faits similaires.

(2) Lorsque la composition du groupe n’est pas constante, comme c’est le cas en l’espèce, il faut alors démontrer l’existence d’un autre « lien » ou « facteur de rattachement » pour justifier l’utilisation contre l’accusé visé de la preuve concernant les activités du groupe. Cette condition supplémentaire est remplie dans les cas suivants : a) l’accusé jouait un rôle à ce point distinctif qu’aucun autre membre du groupe ou qui que ce soit d’autre n’aurait pu l’accomplir, et il a en conséquence nécessairement participé à toutes les infractions; b) il existe des éléments de preuve indépendants rattachant l’accusé à chaque crime. Sans cette deuxième étape dans l’analyse, on risque de tendre le filet trop largement et, ainsi, de faire que des membres du groupe ayant participé à certains crimes soient à tort déclarés coupables d’autres crimes sur la seule base de leur association au groupe.

33 Group similar fact evidence can be used to identify groups, but not to assign liability to particular members. Identifying the group will facilitate prosecution where it can be shown that membership in the group was constant and the individual members can be identified. Identifying the group will not likely facilitate prosecution where membership in the group was not constant, unless the role played by a particular accused was sufficiently distinct that he can be identified as having been involved in all the offences.

Une preuve de faits similaires concernant un groupe peut être utilisée pour identifier un groupe, mais non pour établir la responsabilité de membres donnés. L’identification du groupe facilite les poursuites dans les cas où il peut être démontré que la composition du groupe était constante et où les divers membres peuvent être identifiés. Elle n’aura vraisemblablement pas cet effet lorsque la composition du groupe varie, à moins que le rôle tenu par un accusé donné n’ait été suffisamment distinct pour permettre son identification en tant que personne ayant participé à toutes les infractions.

34 Where, as in this appeal, membership in the group varied, and the roles played by a particular accused were not distinctive, similar fact evidence may only be introduced against this accused once he has been linked to each individual crime. By that point, the utility of the inference may have dissipated, but any other approach generates too much potential prejudice and invites wrongful convictions.

Lorsque, comme en l’espèce, la composition du groupe changeait et les rôles joués par l’accusé n’avaient pas un caractère distinctif, la poursuite ne peut présenter de preuve de faits similaires contre ce dernier que s’il a d’abord été rattaché à chacun des crimes. Dans un tel cas, il est possible que l’inference ait perdu son utilité, mais toute autre démarche créerait un risque inacceptable de préjudice et ouvrirait la porte aux déclarations de culpabilité erronées.

### C. *Application to the Case at Bar*

The circumstances of this case can lead to erroneously relying on what might appear a compelling syllogism:

All the offences were carried out by X gang.

A was a member of X gang.

Therefore A was a party to all the offences.

This syllogism is incomplete. It would apply only if the Crown could prove that membership in the gang was permanent and that all members participated in all the home invasions charged.

There were many points of similarity offered by the Crown as evidence of similar fact in this case. Those included: proximity of time and place between offences; all incidents involved Asian and Caucasian men acting in concert; all attacks were against middle-aged Asian women within their homes; all invasions occurred during the day; the *modus operandi* was the same in all cases (a postman carried a package to the door, the victim was overcome by postman and others, assailants tied residents with duct tape, used violence to subdue, and demanded money); all incidents involved the use of walkie talkies or police scanner radios.

The points of similarity identified by the Crown and described by the trial judge in his charge to the jury only point to how the offence was carried out and not to any individual characteristics particular to the appellant. The striking similarities demonstrate that it was likely the same group that committed the offences. However, membership in the group varied and, short of speculation, there is nothing in the similarities themselves that would allow a juror to infer that any one individual formed part of that group on more than one occasion.

### C. *Application à l'espèce*

Les circonstances de la présente espèce pourraient inciter le tribunal à s'appuyer erronément sur ce qui peut sembler un syllogisme convaincant :

Toutes les infractions ont été commises par le gang X.

A était membre du gang X.

Par conséquent, A a été partie à toutes les infractions.

Ce syllogisme reste incomplet. Il ne pourrait s'appliquer que si le ministère public était capable de prouver que la composition du groupe était constante et que tous ses membres ont participé à toutes les invasions de domicile reprochées.

La preuve de faits similaires du ministère public faisait ressortir de nombreuses similitudes, notamment les suivantes : la proximité temporelle et géographique des infractions; dans tous les cas des hommes de race blanche et des Asiatiques agissaient de concert; toutes les attaques étaient perpétrées contre des femmes asiatiques d'âge moyen, dans leur domicile; les attaques avaient lieu dans la journée; le *modus operandi* était identique (un facteur portant un colis se présentait à la porte, le facteur et d'autres membres du groupe maîtrisaient la victime, les assaillants attachaient les occupants avec du ruban adhésif en toile, ils avaient recours à la violence pour maîtriser les victimes et ils exigeaient de l'argent); dans tous les cas des émetteurs-récepteurs portatifs ou des récepteurs à balayage des transmissions de police étaient utilisés.

Les similitudes identifiées par le ministère public et décrites par le juge du procès dans ses directives au jury portent uniquement sur le mode de perpétration de l'infraction et non sur des caractéristiques individuelles propres à l'appelant. Ces similitudes frappantes démontrent que le même groupe a vraisemblablement commis les infractions. Toutefois, la composition du groupe variait et, à moins de se satisfaire d'hypothèses, les similitudes elles-mêmes ne permettaient pas à un juré de déduire qu'un individu donné ait pu faire partie de ce groupe à plus d'une occasion.

35

36

37

38 The appellant's alleged role in the offences also varied. As such, there was nothing distinctive about his alleged involvement that could be characterized as a signature or unique skill that could have assisted the jury in identifying him as a constant or necessary member of the group.

39 Aside from the testimony of the accomplice (Mr. Wang), the only evidence against the appellant was that related to the Fraserview incident, for which he had previously been convicted, the telephone calls to the accomplice and stolen property from the Osler Street incident found in an apartment he shared with two other alleged perpetrators of these crimes.

40 Given that membership in the gang rotated, the fact that the appellant was a member of the group on one occasion, for which he was convicted, was not sufficient to tie the appellant to all the crimes. An additional link between this particular appellant and the crimes of the group was required. However, since the role played by the appellant was not distinctive, and the independent evidence against the appellant was not sufficient to link him to each of the group's crimes, there was no basis upon which this similar fact evidence should have been put to the jury for the purposes of identification.

41 By instructing the jury that the evidence admitted with respect to each of the three incidents could be used in proving the guilt of each accused on each of the offences, the trial judge failed to properly differentiate between the individuals before the court and the group who committed the offences. The similarities point only to the group, a group whose membership varied from incident to incident. However, the trial judge instructed the jury as follows:

It is for you to decide whether the characteristics of one incident are so similar to the characteristics of another incident that you are considering that they were likely committed by one person. If you find it likely that an accused was one of the persons who committed the offence of robbery and related offences in one incident, you may conclude, though you are not required to do

Le rôle qu'aurait joué l'appelant dans les infractions a varié lui aussi. Par conséquent, la participation qu'on lui attribuait ne présentait aucun élément distinctif pouvant être qualifié de signature ou d'habileté singulière susceptible d'aider le jury à l'identifier comme membre permanent ou indispensable du groupe.

Exception faite du témoignage du complice (M. Wang), les seuls éléments de preuve incriminant l'appelant étaient ceux se rapportant à l'événement de Fraserview Drive (à l'égard duquel il avait été déclaré coupable), les appels téléphoniques au complice et les biens volés au cours de l'événement de la rue Osler et trouvés dans l'appartement qu'il partageait avec deux autres présumés auteurs de ces crimes.

Compte tenu de la composition changeante du gang, le fait que l'appelant ait été un membre du groupe à une occasion, événement à l'égard duquel il a été déclaré coupable, ne suffisait pas pour le rattacher à tous les crimes. Un lien additionnel était requis entre l'appelant et les crimes du groupe. Cependant, comme le rôle joué par l'appelant ne présentait pas un caractère distinctif et qu'il n'existait pas suffisamment d'éléments de preuve indépendants rattachant ce dernier aux crimes du groupe, rien ne justifiait de soumettre au jury la preuve de faits similaires relativement à la question de l'identification.

En disant au jury que la preuve admise relativement à chacun des trois événements pouvait être utilisée pour établir la culpabilité de chacun des accusés à l'égard de chaque infraction, le juge du procès n'a pas fait la distinction requise entre les individus poursuivis et le groupe qui avait commis les infractions. Les similitudes concernaient seulement le groupe, dont la composition variait d'une invasion à l'autre. Toutefois, le juge du procès a donné la directive suivante au jury :

[TRADUCTION] Il vous appartient de décider si les caractéristiques d'un événement sont à ce point similaires à celles d'un autre que vous considérez qu'ils sont vraisemblablement l'œuvre d'une même personne. Si vous estimez probable qu'un accusé faisait partie des auteurs du vol qualifié et des infractions connexes lors d'un événement, vous pouvez conclure, sans toutefois y être

so, that because of the pattern of similar behaviour he is the person who committed robbery and related offences in the other incident you are considering. [Emphasis added.]

Inviting the jury to conclude, based on the similar *modus operandi* employed by the group, that participation in one offence was indicative of participation in the others is inviting the jury to make decisions based on the prohibited inference. There is no logical or evidentiary basis upon which one could conclude that being a member of the group and participating in a crime on one occasion means that you have participated on other occasions. Instead, the inference that is made is that since the appellant participated in one crime and is a member of the group, he is likely the type of person who would participate in crimes on more than one occasion. This is a fragile line of reasoning and should be avoided.

Without the required connection between the appellant and each of the crimes, the similar fact evidence did not have sufficient probative value to outweigh the prejudice caused to this particular appellant. The trial judge erred in putting this evidence to the jury and in instructing them as he did.

#### VI. Disposition

For the Crown to employ propensity reasoning against an accused, there must be sufficient evidence that the accused was involved. To use evidence of one crime as proof of involvement in others is only appropriate where the similarities are so striking as to preclude coincidence. The similarities between the incidents demonstrate that it was likely the same group that committed the offences but do not point to any individual trademark or characteristic that can serve to identify the appellant. There was no evidentiary basis for a similar fact instruction in this case.

The appeal is allowed and a new trial ordered.

obligés, qu'à cause de la similitude des comportements, il est l'auteur du vol qualifié et des infractions connexes dans l'autre événement soumis à votre examen. [Je souligne.]

Inviter le jury à conclure, sur la base de la similitude du *modus operandi* du groupe, que la participation à une infraction est un indice de la participation aux autres revient à l'inviter à décider sur la base de l'inférence interdite. Il n'existe aucun fondement logique ou probant permettant de conclure que l'appartenance d'une personne à un groupe et la participation de celle-ci à un crime signifie qu'elle a pris part à d'autres crimes. L'inférence qui est alors tirée est plutôt que, comme l'appellant a participé à un crime et qu'il est membre du groupe, il est vraisemblablement le genre de personne susceptible de participer à des crimes à plus d'une occasion. Un tel raisonnement est fragile et doit être évité.

En l'absence du lien nécessaire entre l'appellant et chacun des crimes, la valeur probante de la preuve de faits similaires ne l'emportait pas sur le préjudice causé à l'appellant en l'espèce. Le juge du procès a commis une erreur en soumettant cette preuve au jury et en lui donnant ses directives.

#### VI. Dispositif

Pour que le ministère public puisse invoquer contre un accusé un raisonnement fondé sur la propension de celui-ci à commettre certains crimes, il doit exister suffisamment d'éléments de preuve de la participation de ce dernier aux infractions reprochées. La preuve relative à une infraction donnée ne peut être utilisée pour établir la participation à d'autres infractions que si les similitudes sont frappantes au point d'exclure toute coïncidence. Les similitudes entre les événements démontrent que le même groupe a vraisemblablement commis les infractions, mais elles ne révèlent aucune marque ou caractéristique personnelle permettant d'identifier l'appellant. Dans la présente affaire, la preuve ne justifiait pas de donner au jury des directives concernant l'utilisation d'une preuve de faits similaires.

Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

42

43

44

45

*Appeal allowed and new trial ordered.*

*Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.*

*Solicitors for the appellant: Leask Bahen, Vancouver.*

*Procureurs de l'appelant : Leask Bahen, Vancouver.*

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

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

**Chi Cheong (Raymond) Chan** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. CHAN**

**Neutral citation: 2004 SCC 57.**

File No.: 29970.

2004: May 19; 2004: September 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Evidence — Admissibility — Similar fact evidence — Identification — Similar fact evidence of crimes committed by gang in three separate incidents put to jury for purpose of identifying particular gang member — Membership in gang varying — Whether evidence linking gang to one crime could be used against one member as similar fact evidence indicative of his participation in other crimes committed by same gang.*

*Criminal law — Charge to jury — Group similar fact evidence — Similar fact evidence of crimes committed by gang in three separate incidents put to jury for purpose of identifying particular gang member — Membership in gang varying — Whether trial judge erred in directing jury that evidence admitted with respect to each incident was admissible in proving guilt of accused with respect to others.*

The accused was convicted by a jury of several offences arising from three separate incidents of gang home invasions that occurred in the same area over a four-week period. The majority of the Court of Appeal upheld the convictions. This appeal is a companion case to *R. v. Perrier*, [2004] 3 S.C.R. 228, 2004 SCC 56, and raises the same issue.

**Held:** The appeal should be allowed and a new trial ordered.

The trial judge erred in directing the jury that they could consider the evidence from one incident as

**Chi Cheong (Raymond) Chan** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. CHAN**

**Référence neutre : 2004 CSC 57.**

Nº du greffe : 29970.

2004 : 19 mai; 2004 : 30 septembre.

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

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

*Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Preuve de faits similaires — Identification — Présentation au jury aux fins d'identification d'un membre d'un gang d'une preuve de faits similaires de crimes commis par le gang dans trois événements distincts — Variations dans la composition du gang — Est-ce que la preuve liant le gang à un crime pouvait être utilisée contre un membre du gang en tant que preuve de faits similaires tendant à établir sa participation à d'autres crimes commis par le même gang?*

*Droit criminel — Exposé au jury — Preuve de faits similaires concernant un groupe — Présentation au jury aux fins d'identification d'un membre d'un gang d'une preuve de faits similaires de crimes commis par le gang à l'occasion de trois événements distincts — Variations dans la composition du gang — Est-ce que le juge du procès a fait erreur en disant au jury que la preuve admise relativement à chacun des événements pouvait être utilisée pour établir la culpabilité de l'accusé quant aux autres événements?*

L'accusé a été inculpé de plusieurs infractions ayant trait à trois invasions de domicile par un gang survenues dans le même secteur au cours d'une période de quatre semaines. La Cour d'appel a majoritairement confirmé les déclarations de culpabilité. Le présent appel soulève la même question que le pourvoi connexe *R. c. Perrier*, [2004] 3 R.C.S. 228, 2004 CSC 56.

**Arrêt :** Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Le juge du procès a eu tort de dire au jury que la preuve présentée à l'égard d'un événement pouvait être

similar fact evidence with respect to identification, not of the gang but of the accused, for the other incidents. The similarities between the incidents demonstrate that it was likely the same group that committed the offences but do not point to any individual trademark or characteristic that can serve to identify the accused.

#### Cases Cited

**Applied:** *R. v. Perrier*, [2004] 3 S.C.R. 228, 2004 SCC 56.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2003), 187 B.C.A.C. 214, 307 W.A.C. 214, 178 C.C.C. (3d) 97, 14 C.R. (6th) 88, [2003] B.C.J. No. 2187 (QL), 2003 BCCA 508, upholding the accused's convictions. Appeal allowed.

*Adrian F. Brooks*, for the appellant.

*Bruce Johnstone*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

considérée comme une preuve de faits similaires aux fins d'identification, relativement aux autres événements, non pas du gang mais de l'accusé. Les similitudes entre les événements démontrent que le même groupe a vraisemblablement commis les infractions, mais elles ne révèlent aucune marque ou caractéristique personnelle permettant d'identifier l'accusé.

#### Jurisprudence

**Arrêt suivi :** *R. c. Perrier*, [2004] 3 R.C.S. 228, 2004 CSC 56.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2003), 187 B.C.A.C. 214, 307 W.A.C. 214, 178 C.C.C. (3d) 97, 14 C.R. (6th) 88, [2003] B.C.J. No. 2187 (QL), 2003 BCCA 508, qui a confirmé les déclarations de culpabilité de l'accusé. Pourvoi accueilli.

*Adrian F. Brooks*, pour l'appelant.

*Bruce Johnstone*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

1 MAJOR J. — This decision is a companion case to *R. v. Perrier*, [2004] 3 S.C.R. 228, 2004 SCC 56, with reasons released concurrently. While the disposition is the same and for the same reasons, there are some facts particular to Mr. Chan set out below.

2 The evidence against him was: the testimony of George Wang, an accomplice; stolen identification from one of the victims found by the police in a search of the appellant's residence; as well as evidence of numerous cell telephone calls and pager messages between the appellant and Mr. Wang just before and after each incident. In addition, the police intercepted a telephone call between Mr. Wang and the appellant that was later characterized by Ryan J.A. at the Court of Appeal as a conversation from which the jury might infer that the appellant and Mr. Wang were concerned that Michael Braun might be a "snitch" ((2003), 187 B.C.A.C. 214, 2003 BCCA 508, at para. 9).

LE JUGE MAJOR — Il s'agit d'un arrêt connexe au pourvoi *R. c. Perrier*, [2004] 3 R.C.S. 228, 2004 CSC 56, dont les motifs ont été déposés simultanément. Bien que, dans les deux affaires, le dispositif et les motifs soient les mêmes, le cas de M. Chan comporte certains faits particuliers, qui sont décrits ci-dessous.

La preuve présentée contre ce dernier se composait des éléments suivants : le témoignage de George Wang, un complice; une pièce d'identité volée à l'une des victimes et découverte par la police au cours d'une perquisition effectuée au domicile de l'appelant; de nombreux appels téléphoniques et messages de téléavertisseur échangés entre l'appelant et M. Wang tout juste avant et tout juste après chaque événement. En outre, la police a intercepté une conversation téléphonique entre M. Wang et l'appelant, que la juge Ryan de la Cour d'appel a qualifiée de conversation susceptible de permettre au jury d'inférer que l'appelant et M. Wang craignaient que Michael Braun puisse être un [TRADUCTION] « mouchard » ((2003), 187 B.C.A.C. 214, 2003 BCCA 508, par. 9).

The use of one incident as evidence of others is only applicable where the similarities are so striking as to preclude coincidence. The similarities between the incidents demonstrate that it was likely the same group that committed the offences but do not point to any individual trademark or characteristic that can serve to identify the appellant. As in *Perrier*, I agree with the reasons of Ryan J.A. that the trial judge erred in directing the jury that they could consider the evidence on one count as similar fact evidence on the others.

The appeal is allowed and a new trial ordered.

*Appeal allowed and new trial ordered.*

*Solicitors for the appellant: Brooks, Marshall & Reynolds, Victoria.*

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

Il n'est permis d'invoquer un événement pour en prouver d'autres que lorsque les similitudes entre les événements sont à ce point frappantes qu'elles excluent toute coïncidence. Les similitudes entre les événements démontrent que le même groupe a vraisemblablement commis les infractions, mais elles ne révèlent aucune marque ou caractéristique personnelle permettant d'identifier l'appellant. Tout comme dans l'arrêt *Perrier*, je souscris aux motifs de la juge Ryan selon lesquels le juge du procès a fait erreur en disant au jury qu'il pouvait considérer la preuve relative à un chef d'accusation comme une preuve de faits similaires à l'égard des autres chefs.

Le pourvoi est accueilli. Un nouveau procès est ordonné.

*Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.*

*Procureurs de l'appellant : Brooks, Marshall & Reynolds, Victoria.*

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

3

4



**Rita Côté and Les Entreprises générales  
Rimo Inc. Appellants**

v.

**Jean-Pierre Rancourt and Fonds d'assurance-  
responsabilité professionnelle du Barreau du  
Québec Respondents**

**INDEXED AS: CÔTÉ v. RANCOURT**

**Neutral Citation: 2004 SCC 58.**

File No.: 29939.

Hearing and judgment: June 11, 2004.

Reasons delivered: September 30, 2004.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps  
and Fish JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC**

*Barristers and solicitors — Duty to advise — Duty of loyalty — Conflict of interest — Client alleging that lawyer who represented her in criminal trial failed to advise her regarding civil aspect of case and allowed his partner to represent co-accused whose interests were adverse to hers — Whether lawyer violated duty to advise and duty of loyalty.*

R represented the appellant C on three criminal charges in connection with a fire at a place of business owned by the appellant Les Entreprises générales Rimo Inc., of which C was the directing mind. F, who was also charged and was represented by R's nominal partner, gave a statement in which he said that he had set fire to the building at C's request. C was found guilty after a jury trial. She appealed and R ceased representing her. The Court of Appeal ordered a new trial, at the conclusion of which C was acquitted. In the meantime, the action against the insurer had become prescribed. The appellants brought an action against R claiming that he had violated his duty to advise and his duty of loyalty. They alleged that R had failed to advise them regarding the effect of the passage of time on the action against the insurer. They also alleged that he had violated his obligation to provide C with representation free of conflict of interest, by allowing his partner to represent F, a co-accused whose interests were adverse to his client's. The appellants sought to recover the professional fees paid

**Rita Côté et Les Entreprises générales  
Rimo inc. Appelantes**

c.

**Jean-Pierre Rancourt et Fonds d'assurance-  
responsabilité professionnelle du Barreau du  
Québec Intimés**

**RÉPERTORIÉ : CÔTÉ c. RANCOURT**

**Référence neutre : 2004 CSC 58.**

N<sup>o</sup> du greffe : 29939.

Audition et jugement : 11 juin 2004.

Motifs déposés : 30 septembre 2004.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Avocats et procureurs — Devoir de conseil — Devoir de loyauté — Conflit d'intérêts — Cliente reprochant à l'avocat qui l'a représentée dans un procès criminel d'avoir omis de la conseiller sur l'aspect civil du dossier et d'avoir permis à son associé de représenter un coaccusé ayant des intérêts opposés aux siens — L'avocat a-t-il manqué à ses devoirs de conseil et de loyauté?*

R représente l'appelante C relativement à trois accusations criminelles liées à l'incendie d'un établissement commercial, propriété de l'appelante Les Entreprises générales Rimo inc., dont C est l'âme dirigeante. F, également accusé et représenté par l'associé nominal de R, fait une déclaration suivant laquelle il a mis feu à l'immeuble à la demande de C. À la suite d'un procès devant un jury, C est déclarée coupable. Elle se pourvoit et R cesse d'occuper. La Cour d'appel ordonne un nouveau procès au terme duquel C est acquittée. Entre-temps, le recours contre l'assureur devient prescrit. Les appelantes poursuivent R en alléguant un manquement à ses devoirs de conseil et de loyauté. R aurait omis de les conseiller quant à l'effet de l'écoulement du temps sur le recours contre l'assureur. Il aurait aussi manqué à son obligation d'assurer à C une représentation exempte de conflit d'intérêts en permettant que son associé représente F, un coaccusé dont les intérêts étaient opposés à ceux de sa cliente. Les appelantes réclament le remboursement des honoraires professionnels payés à R. La

to R. The Superior Court dismissed the action and the Court of Appeal affirmed that decision.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The obligational content of the lawyer-client relationship is not necessarily circumscribed by the object of the mandate. There are obligations that arise out of the general duty to advise. The boundaries of that duty will depend on the circumstances and expectations will be higher when a lawyer holds himself or herself out as an expert in a given field. In this case, C cannot argue breach of the general duty to advise. The object of the mandate given to R was the three criminal charges. R met his duty to advise when he acknowledged the limitations of his competence and recommended that C consult a specialist in civil law. This is consistent with the spirit of s. 3.02.03 of the *Code of ethics of advocates*.

Not every breach of the duty of loyalty will automatically entitle the aggrieved party to annulment of the contract, to a refund of the professional fees or to damages. We must analyse the nature of the conflict in order to characterize the violation and to decide what remedy, if any, should be applied. In this case, while the allegations against C arose out of F's testimony and F's interests were plainly adverse, the partner was not involved in preparing F for C's trial. In addition, R had told C that he was willing to ask his partner to withdraw from the case. Although the situation should have been avoided, there is nothing in the record to indicate that R was not able to represent C effectively. No interest higher than the interests of the parties was at stake. This was not a conflict of interest such as would render the contract for services between them absolutely null. Moreover, whether this case was one of relative nullity or of contractual fault, C cannot be granted a refund of the fees and could not have claimed damages. Having benefited from the professional services provided by R, C cannot restore the prestations she received and cannot claim a refund. C also sustained no injury on which to base an action in contractual liability. C has shown no palpable error on the questions of fact considered by the trial judge.

#### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Neil*, [2002] 3 S.C.R. 631, 2002 SCC 70; *Labrie v. Tremblay*, [2000] R.R.A. 5; *Fortin v. Chrétien*, [2001] 2 S.C.R. 500, 2001 SCC 45; *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235.

Cour supérieure rejette l'action et la Cour d'appel confirme cette décision.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Le contenu obligationnel de la relation avec un avocat ne se limite pas nécessairement à l'objet du mandat. Certaines obligations découlent du devoir général de conseil. Les limites à un tel devoir varient selon les circonstances, et les attentes sont plus grandes lorsque l'avocat se dit expert dans un domaine donné. En l'espèce, C ne peut invoquer le manquement au devoir général de conseil. Le mandat confié à R avait pour objet les trois accusations criminelles. R a satisfait à son devoir de conseil en reconnaissant les limites de sa compétence et en recommandant à C de consulter un spécialiste en matière civile. Ceci est conforme à l'esprit de l'art. 3.02.03 du *Code de déontologie des avocats*.

Quant à l'obligation de loyauté, tout manquement ne donne pas droit automatiquement à l'annulation du contrat, au remboursement des honoraires professionnels ou à des dommages-intérêts. Il faut analyser la nature du conflit d'intérêts allégué pour qualifier la contravention et pour déterminer, le cas échéant, la réparation qui s'impose. En l'espèce, si l'implication de C prenait sa source dans le témoignage de F et celui-ci avait des intérêts nettement opposés, l'associé n'a pas été mêlé à la préparation de F pour le procès de C. De plus, R a offert à C de demander à son associé de se retirer du dossier. Quoique la situation aurait dû être évitée, le dossier ne révèle pas que R était dans l'impossibilité de représenter C avec efficacité. L'intérêt en jeu ne s'élevait pas au-dessus de celui des parties. Il ne s'agissait pas d'un conflit d'intérêts susceptible de frapper de nullité absolue le contrat de service intervenu entre elles. En outre, qu'il y ait en l'espèce nullité relative ou faute contractuelle, C ne peut obtenir le remboursement des honoraires versés et n'aurait pu réclamer des dommages-intérêts. Ayant bénéficié des services professionnels de R, C ne peut restituer les prestations qu'elle a reçues et ne peut exiger un remboursement. C n'a également subi aucun préjudice qui puisse fonder un recours en responsabilité contractuelle. Relativement à ces questions de fait examinées par le juge de première instance, C n'a pas démontré d'erreur manifeste.

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Neil*, [2002] 3 R.C.S. 631, 2002 CSC 70; *Labrie c. Tremblay*, [2000] R.R.A. 5; *Fortin c. Chrétien*, [2001] 2 R.C.S. 500, 2001 CSC 45; *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235.

**Statutes and Regulations Cited**

*Act respecting the Barreau du Québec*, R.S.Q., c. B-1.  
*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1417, 1418, 1419, 1420, 1423.  
*Code of ethics of advocates*, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 1, arts. 3.01.01, 3.02.03, 3.02.04, 3.06.08.

**Authors Cited**

Proulx, Michel, and David Layton. *Ethics and Canadian Criminal Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2003] R.R.A. 760, [2003] Q.J. No. 8450 (QL), affirming a decision of the Superior Court. Appeal dismissed.

*Martin Gauthier*, for the appellants.

*Bernard Faribault* and *Patricia Timmons*, for the respondents.

English version of the judgment of the Court delivered by

1 DESCHAMPS J. — The issue in this appeal is the extent of a lawyer's duty to advise and duty of loyalty. At the conclusion of the hearing, the Court dismissed the appeal. These are the reasons for that decision.

2 In February 1990, three criminal charges were laid against the appellant Rita Côté. She consulted the respondent Jean-Pierre Rancourt, a lawyer, who agreed to represent her. The charges were in connection with a fire at a place of business owned by the appellant Les Entreprises générales Rimo Inc. ("Rimo"), of which the appellant Côté was the directing mind. One of Rimo's employees, Claude Fortin, gave a statement in which he said that he had set fire to the building at Côté's request. Fortin was also charged and was represented by Jean Leblanc, Rancourt's nominal partner. Côté was found guilty after a jury trial. She appealed that verdict. Rancourt ceased representing Côté. The Quebec Court of Appeal ordered a new trial, at the conclusion of which Côté was acquitted.

3 In the meantime, the action against the insurer had become prescribed. Côté and Rimo brought an action against Rancourt. They claimed that Rancourt

**Lois et règlements cités**

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1417, 1418, 1419, 1420, 1423.  
*Code de déontologie des avocats*, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 1, art. 3.01.01, 3.02.03, 3.02.04, 3.06.08.  
*Loi sur le Barreau*, L.R.Q., ch. B-1.

**Doctrine citée**

Proulx, Michel, and David Layton. *Ethics and Canadian Criminal Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2003] R.R.A. 760, [2003] J.Q. n° 8450 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi rejeté.

*Martin Gauthier*, pour les appelantes.

*Bernard Faribault* et *Patricia Timmons*, pour les intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LA JUGE DESCHAMPS — Le pourvoi porte sur l'étendue des devoirs de conseil et de loyauté de l'avocat. À l'issue de l'audience, la Cour a conclu au rejet de l'appel. Les motifs de cette décision suivent.

En février 1990, trois accusations criminelles sont portées contre l'appelante M<sup>me</sup> Rita Côté. Elle consulte l'intimé M<sup>e</sup> Jean-Pierre Rancourt qui accepte de la représenter. Les accusations sont liées à l'incendie d'un établissement commercial, propriété de l'appelante Les Entreprises générales Rimo inc. (« Rimo »), dont M<sup>me</sup> Côté est l'âme dirigeante. Un des employés de Rimo, M. Claude Fortin, a déclaré avoir mis feu à l'immeuble à la demande de M<sup>me</sup> Côté. Également accusé, M. Fortin est représenté par M<sup>e</sup> Jean Leblanc, associé nominal de M<sup>e</sup> Rancourt. À la suite d'un procès devant un jury, M<sup>me</sup> Côté est déclarée coupable. Elle se pourvoit. M<sup>e</sup> Rancourt cesse d'occuper. La Cour d'appel du Québec ordonne un nouveau procès au terme duquel M<sup>me</sup> Côté est acquittée.

Entre-temps, le recours contre l'assureur devient prescrit. M<sup>me</sup> Côté et Rimo poursuivent M<sup>e</sup> Rancourt. Elles prétendent que M<sup>e</sup> Rancourt a

had violated his duty to advise and his duty of loyalty. They alleged that Rancourt had failed to advise them regarding the effect of the passage of time on the action against the insurer. They also alleged that he had violated his obligation to provide Côté with representation free of conflict of interest, because he had allowed his partner to represent a co-accused whose interests were adverse to Côté's. Côté and Rimo sought to recover the professional fees paid to Rancourt.

The Superior Court dismissed the action: Sup. Ct. Saint-François, n° 450-05-001065-966, November 25, 1999. On the issue of the duty to advise, the trial judge accepted the testimony of Rancourt, who said he had declined to give an opinion on the action against the insurer when the question was raised. The judge noted that Rancourt [TRANSLATION] "professed his ignorance in that area, adding that he then recommended that Ms. [Côté] consult a lawyer specializing in civil law" (p. 21). The judge took into consideration the fact that [TRANSLATION] "at that stage, the deadline for filing the claim was still far off, and Rimo's accountant and the insurance company's [representative] were still exchanging financial information directly, without in any way informing Rancourt" (p. 22). On the subject of the conflict of interest, the trial judge related the discussions between Rancourt and Côté during which Côté had raised the issue. The judge noted, however, that Leblanc, Rancourt's partner, had not been involved in preparing Fortin's testimony for Côté's trial. In the judge's opinion, Rancourt had not placed himself in a conflict of interest. Moreover, since Fortin had pleaded guilty and been sentenced after Côté was found guilty, in the judge's opinion, [TRANSLATION] "[n]o adverse or conflicting interests were ever present at the same time" (p. 26). The judge criticized Côté for the delay in raising the conflict issue, implying that she had acted out of opportunism at the point when she appealed. In his view, she had acquiesced in the situation while Rancourt was representing her. The judge concluded that Côté had not suffered any prejudice.

The Court of Appeal dismissed the appeal: [2003] R.R.A. 760. The court said that it was bound

manqué à ses devoirs de conseil et de loyauté. M<sup>e</sup> Rancourt aurait omis de les conseiller quant à l'effet de l'écoulement du temps sur le recours contre l'assureur. Il aurait aussi manqué à son obligation d'assurer à M<sup>me</sup> Côté une représentation exempte de conflit d'intérêts en permettant que son associé représente un coaccusé dont les intérêts étaient opposés à ceux de sa cliente. M<sup>me</sup> Côté et Rimo réclament le remboursement des honoraires professionnels payés à M<sup>e</sup> Rancourt.

La Cour supérieure rejette l'action : C.S. Saint-François, n° 450-05-001065-966, 25 novembre 1999. Au sujet du devoir de conseil, le juge ajoute foi à la version de M<sup>e</sup> Rancourt, qui dit avoir refusé de se prononcer sur le recours contre l'assureur lorsque la question a été abordée. Le juge note que M<sup>e</sup> Rancourt a « professé de son ignorance en la matière, ajoutant qu'il [a] alors recommandé à Madame [Côté] de consulter un civiliste » (p. 21). Le juge prend en considération le fait qu'« à ce stade, la prescription du recours était encore loin et le comptable de Rimo et [le représentant] de l'assureur s'échangeaient directement encore des informations financières, sans que [M<sup>e</sup>] Rancourt ait été avisé de quelque façon » (p. 22). Au sujet du conflit d'intérêts, le juge de la Cour supérieure relate les discussions entre M<sup>e</sup> Rancourt et M<sup>me</sup> Côté au cours desquelles cette dernière a soulevé la question. Il note cependant que M<sup>e</sup> Leblanc, l'associé de M<sup>e</sup> Rancourt, n'a pas participé à la préparation du témoignage de M. Fortin en vue du procès de M<sup>me</sup> Côté. Selon lui, M<sup>e</sup> Rancourt ne s'est pas placé en position de conflit. De plus, comme M. Fortin a plaidé coupable et a été condamné à une peine après que M<sup>me</sup> Côté eut été déclarée coupable, « [i]l n'y a donc jamais eu, selon le [juge de la Cour supérieure], d'intérêts contradictoires ou conflictuels mis en présence l'un de l'autre » (p. 26). Le juge reproche à M<sup>me</sup> Côté d'avoir tardé à soulever la question du conflit, sous-entendant qu'elle a agi par opportunisme au moment de son pourvoi en appel. Selon lui, elle aurait plutôt acquiescé à la situation pendant que M<sup>e</sup> Rancourt la représentait. Il conclut enfin qu'elle n'a subi aucun préjudice.

La Cour d'appel rejette le pourvoi : [2003] R.R.A. 760. Elle se dit liée par la conclusion de

by the trial judge's findings of fact regarding the credibility of the witnesses. The Court of Appeal concluded that Rancourt had not breached his duty to advise, because he had recommended that Côté consult a lawyer specializing in civil law regarding questions that he did not feel qualified to answer. On the issue of conflict of interest, the Court of Appeal was of the view that the facts did not require that a general rule concerning conflicts of interest between lawyers in a nominal partnership be laid down. In this case, there was not merely an appearance of a conflict, but an actual conflict. However, relying on *R. v. Neil*, [2002] 3 S.C.R. 631, 2002 SCC 70, the Court of Appeal concluded that a breach of the duty of loyalty did not necessarily mean that the contract for services should be set aside and that the fees received should have to be refunded. The Court of Appeal reviewed the evidence and concluded that Côté had no valid ground for claiming a refund of the money paid for the services.

#### I. Duty to Advise

6

The Court of Appeal was correct in saying that the obligational content of the lawyer-client relationship is not necessarily circumscribed by the object of the mandate. There are obligations that arise out of the general duty to advise. While lawyers plainly must not undertake a mandate for which they are not sufficiently prepared (*Code of ethics of advocates*, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 1 (“*Code of ethics*”), s. 3.01.01), they must still set out for their clients the nature and implications of the problem that, in their opinion, arises from the set of facts brought to their attention (s. 3.02.04 of the *Code of ethics*; see also *Labrie v. Tremblay*, [2000] R.R.A. 5 (C.A.)). The boundaries of the duty to advise will depend on the circumstances, and expectations will be higher when a lawyer holds himself or herself out as an expert in a given field. The duty to advise may be met, however, when the lawyer acknowledges the limitations of his or her competence and recommends that a client consult a specialist regarding a matter in respect of which the lawyer feels less qualified. This approach is consistent with the spirit of s. 3.02.03 of the *Code of ethics*, which requires that lawyers avoid any misrepresentation with respect to their level of competence.

fait du juge de première instance sur la crédibilité des témoins. Elle conclut que M<sup>e</sup> Rancourt n'a pas manqué à son devoir de conseil puisqu'il a recommandé à M<sup>me</sup> Côté de consulter un civiliste relativement aux questions pour lesquelles il ne s'estimait pas compétent. En ce qui concerne le conflit d'intérêts, la Cour d'appel estime que les faits ne requièrent pas l'établissement d'une règle générale applicable aux avocats d'une société nominale. En effet, il y avait non seulement apparence de conflit, mais conflit réel. S'appuyant sur l'arrêt *R. c. Neil*, [2002] 3 R.C.S. 631, 2002 CSC 70, la Cour d'appel conclut toutefois qu'un manquement au devoir de loyauté n'entraîne pas nécessairement l'annulation d'un contrat de service et l'obligation de rembourser les honoraires touchés. Passant la preuve en revue, elle conclut que M<sup>me</sup> Côté n'a pas de motif valable d'exiger le remboursement du montant payé en contrepartie des services.

#### I. Devoir de conseil

La Cour d'appel a eu raison de préciser que le contenu obligationnel de la relation avec un avocat n'est pas nécessairement limité à l'objet du mandat. Certaines obligations découlent du devoir général de conseil. S'il est évident que l'avocat ne doit pas entreprendre l'exécution d'un mandat pour lequel il n'est pas suffisamment préparé (*Code de déontologie des avocats*, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 1 (« *Code de déontologie* »), art. 3.01.01), il demeure qu'il doit exposer à son client la nature et la portée du problème qui, à son avis, ressort de l'ensemble des faits qui sont portés à sa connaissance (art. 3.02.04 du *Code de déontologie*; voir aussi *Labrie c. Tremblay*, [2000] R.R.A. 5 (C.A.)). Les limites du devoir de conseil varient selon les circonstances, et les attentes sont plus grandes lorsque l'avocat se dit expert dans un domaine donné. L'avocat peut cependant satisfaire au devoir de conseil en reconnaissant les limites de sa compétence et en recommandant à son client de consulter un spécialiste sur une question pour laquelle il s'estime moins qualifié. Cette démarche est conforme à l'esprit de l'art. 3.02.03 du *Code de déontologie*, qui prescrit que l'avocat doit éviter toute fausse représentation quant à son niveau de compétence.

In this case, Côté retained Rancourt's services to defend her in connection with three criminal charges. This was the object of the mandate. According to the findings of fact made by the judge of the Superior Court, when Rancourt was questioned by Côté about the civil aspect of the problem, he declined to give any advice because he did not feel qualified in that area. He advised Côté to consult a lawyer specializing in civil law. Côté therefore cannot argue breach of the general duty to advise.

## II. Duty of Loyalty

Côté argued that the contract for services was void owing to absolute nullity because Rancourt had violated the *Act respecting the Barreau du Québec*, R.S.Q., c. B-1, by allowing his partner to represent a co-accused whose interests were adverse to her own. She also contended that Rancourt had misled her regarding the conflict of interest and that she cannot have consented to it.

The law governing conflicts of interest calls for a more nuanced analysis. The interests in conflict may involve either general public order or protective public order. The nature of the interest at stake will have an impact on the relief that may be ordered by a court. Not every breach of the duty of loyalty will automatically entitle the aggrieved party to annulment of the contract, to a refund of the professional fees or to damages.

Clearly, the statutory provisions governing the organization of professional corporations and the exclusive right to practice those professions are, in principle, matters of general political public order (*Fortin v. Chrétien*, [2001] 2 S.C.R. 500, 2001 CSC 45, at paras. 20-21). An aggrieved party will have a civil action for a violation of those provisions, based on the absolute nullity of the contract that is vitiated by that violation. However, not all regulatory provisions made under the laws governing professions are of equal importance, and the sanctions for violating them must be tailored to fit the prohibition on which that party relies and the circumstances of each case.

En l'espèce, M<sup>me</sup> Côté a retenu les services de M<sup>e</sup> Rancourt pour la défendre relativement à trois accusations criminelles. Il s'agissait là de l'objet du mandat. Selon la constatation de fait du juge de la Cour supérieure, lorsque M<sup>me</sup> Côté l'a questionné sur l'aspect civil du problème, M<sup>e</sup> Rancourt a refusé de lui donner des conseils parce qu'il ne s'estimait pas qualifié en cette matière. Il lui a conseillé de consulter un civiliste. M<sup>me</sup> Côté ne peut donc pas invoquer le manquement au devoir général de conseil.

## II. Devoir de loyauté

M<sup>me</sup> Côté prétend que le contrat de service est frappé de nullité absolue parce que M<sup>e</sup> Rancourt a contrevenu à la *Loi sur le Barreau*, L.R.Q., ch. B-1, en tolérant que son associé représente un coaccusé ayant des intérêts opposés. Elle prétend aussi qu'il l'a induite en erreur au sujet du conflit d'intérêts et qu'elle ne peut y avoir consenti.

Le droit régissant les conflits d'intérêts requiert une analyse plus nuancée. Les intérêts en conflit peuvent toucher soit l'ordre public général, soit l'ordre public de protection. La nature de l'intérêt en jeu influencera les conclusions susceptibles d'être prononcées par le tribunal. Tout manquement à l'obligation de loyauté ne donne pas droit automatiquement à l'annulation du contrat, au remboursement des honoraires professionnels ou à des dommages-intérêts.

Il est clair que les dispositions régissant l'organisation des corporations professionnelles et l'exercice exclusif des professions touchent en principe l'ordre public politique général (*Fortin c. Chrétien*, [2001] 2 R.C.S. 500, 2001 CSC 45, par. 20-21). Une contravention à ces dispositions confère à la partie lésée un recours civil fondé sur la nullité absolue du contrat ainsi entaché. Toutes les dispositions réglementaires adoptées en vertu des lois d'organisation des professions n'ont cependant pas la même importance, et la sanction d'une contravention doit être adaptée à la prohibition en cause et aux circonstances de l'affaire.

7

8

9

10

11 In the case of the prohibition against conflicts of interest, we must analyse the nature of the conflict in order to characterize the violation. In some situations, the integrity of the judicial system is at stake, while in others the only interests in play are those of the parties (M. Proulx and D. Layton, *Ethics and Canadian Criminal Law* (2001), at p. 287). Thus when a lawyer simultaneously represents two co-accused who are facing related criminal charges and whose interests are adverse, he or she cannot provide both clients with the assistance to which they are constitutionally entitled. The reliability of the verdict takes on an importance that prevails over the private interests of the clients. Respect for the integrity of the criminal justice system derives, first and foremost, from the reliability of verdicts. The protection of the integrity of the justice system is necessarily a part of general public order. A contract that violates general public order is absolutely null (art. 1417 of the *Civil Code of Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (“C.C.Q.”)) and may not be confirmed (art. 1418 C.C.Q.).

12 However, not all conflicts of interest call higher interests into question. Some cases involve merely private interests, and some of those conflicts vitiate the contract and are matters of protective public order (art. 1419 C.C.Q.). While those contracts may be annulled, they may also be confirmed (art. 1420 C.C.Q.). Other conflicts arise during the performance of the contract. They instead raise a problem involving contractual liability.

13 In *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235, this Court developed rules allowing a firm of professionals to continue representing a client despite the existence of a conflict of interest. There is an infinite variety of possible conflicts. It will sometimes be possible to reconcile the various interests in play, including the right to retain counsel of one’s choice. Mere disclosure, followed by waiver (s. 3.06.08 of the *Code of ethics*) or confirmation (art. 1423 C.C.Q.), may sometimes be sufficient when only the interests of the parties are at stake. Where the facts giving rise to the conflict have not been discussed and the case is one in which confirmation is possible, the judge must analyse the

Pour ce qui est de la prohibition des conflits d’intérêts, il faut analyser la nature du conflit pour qualifier la contravention. Certaines situations mettent en jeu l’intégrité du système judiciaire, et d’autres, seulement l’intérêt des parties (M. Proulx et D. Layton, *Ethics and Canadian Criminal Law* (2001), p. 287). Ainsi, lorsqu’un avocat représente simultanément deux coaccusés faisant l’objet d’accusations criminelles connexes et ayant des intérêts opposés, il ne peut apporter à chacun de ses clients l’assistance à laquelle il a constitutionnellement droit. La fiabilité du verdict revêt alors une importance qui prime l’intérêt privé des clients. Le respect de l’intégrité du système de justice criminelle repose en premier lieu sur la fiabilité des verdicts. La protection de l’intégrité du système judiciaire relève de l’ordre public général. Le contrat qui viole cet ordre est frappé de nullité absolue (art. 1417 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »)) et n’est pas susceptible de confirmation (art. 1418 C.c.Q.).

Tous les conflits d’intérêts ne font cependant pas intervenir des intérêts supérieurs. Certains ne mettent en cause que des intérêts particuliers. Parmi eux, certains entachent la validité du contrat et relèvent de l’ordre public de protection (art. 1419 C.c.Q.). Bien qu’annulable, le contrat demeure susceptible de confirmation (art. 1420 C.c.Q.). D’autres conflits surviennent dans l’exécution du contrat. Ils soulèvent plutôt un problème de responsabilité contractuelle.

Dans *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235, notre Cour a élaboré des règles permettant à un cabinet de professionnels de continuer à représenter un client malgré un conflit d’intérêts. Les cas de conflit peuvent varier à l’infini. Il sera parfois possible de concilier les divers intérêts en cause, dont le libre choix de l’avocat. Une simple divulgation, suivie d’une renonciation (art. 3.06.08 du *Code de déontologie*) ou confirmation (art. 1423 C.c.Q.), sera parfois suffisante lorsque seul l’intérêt des parties est en jeu. Dans le cas où la situation donnant lieu au conflit n’a pas fait l’objet de discussions et que la confirmation est possible, le juge doit analyser le conflit pour en déterminer la nature

conflict in order to determine its nature and decide what remedy, if any, should be applied.

The Court of Appeal was therefore correct to follow *Neil, supra*, in which this Court laid down principles on the issue of conflicts of interest that are valid not only in the common law provinces. In that case, this Court held, *inter alia*, that a breach of an ethical rule does not necessarily give rise to a malpractice action. That principle, when applied to an action in nullity, allows all of the circumstances in which the services were rendered to be taken into consideration.

In this case, Rancourt and Leblanc shared the same offices, the same receptionist, the same secretary and the same area of practice. Moreover, except in unusual cases in which he worked together with one of his partners, Rancourt did not share his files with them. As he put it, [TRANSLATION] “[he did not] mess with their cases and they [did not] mess with [his]” (A.R., at p. 212). While the allegations against Côté arose out of Fortin’s testimony and Fortin’s interests were plainly adverse, Leblanc was not involved in preparing Fortin for Côté’s trial. In addition, Rancourt had told Côté that he was willing to ask Leblanc to withdraw from the case. Although the situation should have been avoided, there is nothing in the record to indicate that Rancourt was not able to represent Côté effectively (s. 3.02.03 of the *Code of ethics*).

Based on these facts, we must conclude that no interest higher than the interests of the parties themselves was at stake. This is not a conflict of interest such as would render the contract for services between Côté and Rancourt absolutely null. The only possibilities are that the contract was relatively null at the time it was formed or there was contractual fault in its performance.

According to the record, the contract between Rancourt and Côté was entered into before the contract between Fortin and Leblanc. This therefore cannot be a case in which the contract was null at the time of its initial formation. On the other hand, given that the services were provided by Rancourt

et décider, s’il y a lieu, de la réparation qui s’impose.

C’est donc avec raison que la Cour d’appel s’est inspirée de l’arrêt *Neil*, précité, où, relativement à la question du conflit d’intérêts, notre Cour a énoncé des principes ne valant pas seulement dans les provinces de common law. Dans cet arrêt, notre Cour dit entre autres qu’un manquement à une règle de déontologie ne donne pas nécessairement ouverture à une action pour faute professionnelle. Ce principe, appliqué à une demande de nullité, permet la prise en considération de toutes les circonstances dans lesquelles les services sont rendus.

En l’espèce, M<sup>e</sup> Rancourt et M<sup>e</sup> Leblanc partageaient les mêmes bureaux, la même réceptionniste, la même secrétaire, le même domaine d’activité. Par ailleurs, sauf le cas exceptionnel où il travaillait conjointement avec l’un d’eux, M<sup>e</sup> Rancourt ne partageait pas ses dossiers avec ses associés. Selon ses dires, « jamais [il ne] jouai[t] dans leurs dossiers et jamais ils [ne] jouaient dans les [s]iens » (d.a., p. 212). Si l’implication de M<sup>me</sup> Côté prenait sa source dans le témoignage de M. Fortin et celui-ci avait des intérêts nettement opposés, M<sup>e</sup> Leblanc n’a pas été mêlé à la préparation de M. Fortin pour le procès de M<sup>me</sup> Côté. De plus, M<sup>e</sup> Rancourt a offert à M<sup>me</sup> Côté de demander à M<sup>e</sup> Leblanc de se retirer du dossier. La situation aurait dû être évitée, mais le dossier ne révèle pas que M<sup>e</sup> Rancourt était dans l’impossibilité de représenter avec efficacité M<sup>me</sup> Côté (art. 3.02.03 du *Code de déontologie*).

Au vu de ces faits, il y a lieu de conclure que l’intérêt en jeu ne s’élevait pas au-dessus de celui des parties elles-mêmes. Le conflit d’intérêts n’était pas susceptible de frapper de nullité absolue le contrat de service intervenu entre M<sup>me</sup> Côté et M<sup>e</sup> Rancourt. Il ne peut y avoir que nullité relative lors de la formation du contrat ou faute contractuelle dans son exécution.

Selon le dossier, le contrat intervenu entre M<sup>e</sup> Rancourt et M<sup>me</sup> Côté aurait été conclu avant celui liant M. Fortin et M<sup>e</sup> Leblanc. Il ne peut donc s’agir d’un cas de nullité lors de la formation initiale du contrat. Par contre, comme les services ont été fournis par M<sup>e</sup> Rancourt sur une période de plus d’un

14

15

16

17



over a period of more than a year, the legal relationship with his client may be characterized as a contract of successive performance. However, the circumstances of the case do not justify examining all of the detailed considerations related to restitution of prestations in the case of the relative nullity of a contract of successive performance or the possibility that this is a case of contractual fault. As a matter of fact, whether this case was one of relative nullity or of contractual fault, Côté cannot be granted a refund of the fees and could not have claimed damages.

- 18 Having regard to the findings of fact made by the Superior Court, it is not necessary for this Court to formally characterize the conflict. The Superior Court concluded that Côté had benefited from the professional services provided by Rancourt. Since Côté cannot restore the prestations she received, she is not entitled to a refund of the fees. Furthermore, in the opinion of the judge of the Superior Court, there was no injury on which to base an action in contractual liability. Côté has shown no palpable error in respect of these questions of fact.

- 19 For these reasons, the appeal is dismissed with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Martel, Brassard, Doyon, Sherbrooke.*

*Solicitors for the respondents: Faribault & Associés, Montréal.*

an, la relation juridique établie avec sa cliente peut être qualifiée de contrat à exécution successive. Les circonstances du dossier ne justifient cependant pas l'examen de toutes les nuances qui s'imposent pour ce qui est de la restitution des prestations en cas de nullité relative d'un contrat à exécution successive ou de la possibilité qu'il s'agisse d'une faute contractuelle. En effet, qu'il y ait en l'espèce nullité relative ou faute contractuelle, M<sup>me</sup> Côté ne peut obtenir le remboursement des honoraires versés et n'aurait pu réclamer de dommages-intérêts.

Compte tenu des conclusions de fait de la Cour supérieure, il n'est pas nécessaire que notre Cour qualifie formellement le conflit. En effet, la Cour supérieure a conclu que M<sup>me</sup> Côté avait bénéficié des services professionnels de M<sup>e</sup> Rancourt. Comme M<sup>me</sup> Côté ne peut restituer les prestations qu'elle a reçues, elle n'a pas droit au remboursement des honoraires. Par ailleurs, selon le juge de la Cour supérieure, aucun préjudice ne fonde un recours en responsabilité contractuelle. Relativement à ces questions de faits, M<sup>me</sup> Côté n'a pas démontré d'erreur manifeste.

Pour ces motifs, le pourvoi est rejeté avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs des appelantes : Martel, Brassard, Doyon, Sherbrooke.*

*Procureurs des intimés : Faribault & Associés, Montréal.*

**Georges Reid** *Appellant*

v.

**Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division  
“Éconogros”** *Respondent*

**INDEXED AS: ÉPICIERS UNIS MÉTRO-RICHELIEU  
INC., DIVISION “ÉCONOGROS” v. COLLIN**

**Neutral citation: 2004 SCC 59.**

File No.: 29394.

2004: June 17; 2004: October 1.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel  
and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Suretyship — Suretyship attached to performance of special duties — Termination of suretyship — Transitional law — Suretyship contracted and surety ceasing to perform duties before coming into force of Civil Code of Québec — Action to enforce suretyship brought after coming into force of new Code — Whether art. 2363 of Civil Code of Québec applicable — Effect and application of s. 131 of Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code, S.Q. 1992, c. 57.*

*Suretyship — Termination of suretyship — Discharge of surety upon cessation of performance of his duties — Interpretation and application of art. 2363 of Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64.*

In 1992, the appellant acquired 35 percent of the shares in Services Alimentaires B.S.L. Inc. (“B.S.L.”) and became both a director and the secretary of that company. He also agreed to stand surety for B.S.L. in relation to a contract with the respondent. The following year, the appellant transferred his shares in B.S.L. and resigned from his positions as director and secretary of the company. His resignation was effective September 1, 1993. Over a year after his resignation, the respondent demanded that the appellant discharge B.S.L.’s debts amounting to approximately \$43,400. The Quebec Superior Court dismissed the respondent’s action to enforce the suretyship. It found that the appellant had contracted his suretyship in connection with the duties he performed for B.S.L. and that, since the debts were contracted after he had ceased to perform his duties, the appellant could not be liable for

**Georges Reid** *Appellant*

c.

**Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division  
« Éconogros »** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : ÉPICIERS UNIS MÉTRO-RICHELIEU  
INC., DIVISION « ÉCONOGROS » c. COLLIN**

**Référence neutre : 2004 CSC 59.**

N<sup>o</sup> du greffe : 29394.

2004 : 17 juin; 2004 : 1<sup>er</sup> octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

*Cautionnement — Cautionnement attaché à l’exercice de fonctions particulières — Fin du cautionnement — Droit transitoire — Cautionnement consenti et caution cessant d’exercer ses fonctions avant l’entrée en vigueur du Code civil du Québec — Action sur cautionnement intentée après l’entrée en vigueur du nouveau Code — L’article 2363 du Code civil du Québec est-il applicable? — Effet et application de l’art. 131 de la Loi sur l’application de la réforme du Code civil, L.Q. 1992, ch. 57.*

*Cautionnement — Fin du cautionnement — Libération d’une caution à la cessation de l’exercice de ses fonctions — Interprétation et application de l’art. 2363 du Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64.*

En 1992, l’appelant acquiert 35 pour 100 des actions de Services Alimentaires B.S.L. Inc. (« B.S.L. ») et devient administrateur et secrétaire de cette compagnie. Il accepte également de cautionner B.S.L. dans le cadre d’un contrat conclu avec l’intimée. L’appelant cède l’année suivante ses actions de B.S.L. et démissionne de ses postes d’administrateur et de secrétaire de la compagnie. Cette démission prend effet le 1<sup>er</sup> septembre 1993. Plus d’un an après sa démission, l’intimée réclame à l’appelant le remboursement des dettes de B.S.L., soit environ 43 400 \$. La Cour supérieure du Québec rejette l’action sur cautionnement de l’intimée. Elle conclut que l’appelant a fourni son cautionnement en raison des fonctions qu’il exerçait au sein de B.S.L. et, puisque les dettes ont été contractées après la cessation de l’exercice de ses fonctions, l’appelant ne peut donc être tenu au

the discharge of the debts. The majority of the Court of Appeal allowed the respondent's appeal but limited the value of the claim to \$15,000, given that this was the upper limit of the appellant's undertaking.

*Held:* The appeal should be allowed in part.

The analysis of art. 2363 C.C.Q., which provides for the discharge of a surety upon cessation of the performance of his or her duties, must start from a review of the transitional law. The appellant's suretyship was contracted before the *Civil Code of Québec* came into force on January 1, 1994, and the duties he performed for B.S.L. ceased before that date. However, the respondent brought its action to enforce the suretyship after the new code had come into force. Section 131 of the *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code* ("A.I.R.C.C."), which applies to suretyship contracts, provides a specific solution as regards the temporal application of art. 2363. According to s. 131, a suretyship attached to the performance of special duties which ceased before January 1, 1994 terminates on that date, except with respect to existing debts.

Article 2363, the main objective of which is to protect the surety, applies to all suretyships attached to the performance of the surety's duties, without distinction between legal and conventional suretyships. Unlike art. 2362 C.C.Q., art. 2363 does not require a surety to send the creditor any notice whatsoever before terminating the suretyship or to establish that the creditor was aware of the cessation of his or her duties. The effects of art. 2363 are produced in their entirety once the surety has proven that the suretyship was contracted in connection with the duties he or she performed. The surety bears the burden of proof. Article 2363 is not of public order; rather, it supplements the parties' intention. It therefore applies in all cases where the parties have not overridden it by contract. Finally, under art. 2364 C.C.Q., the surety is discharged only from debts arising after the cessation of performance of his or her duties and remains liable for debts existing at that time.

This broad and liberal interpretation of art. 2363 does not mean that the article applies retroactively as a result of the effect of s. 131 A.I.R.C.C., which would be contrary to the principle set out in s. 2 A.I.R.C.C. that the provisions of the *Civil Code of Québec* do not have retroactive effect. The principles of retroactivity, immediate application and retrospectivity of new legislation should not be confused. Section 131 applies to a fact that has already occurred, that is, the signing of the suretyship contract, but governs only the future effects of the contract. As s. 131 does not modify legal effects that occurred before it came into force, its effect is merely

remboursement de ces dettes. La Cour d'appel, à la majorité, accueille l'appel de l'intimée, mais limite la valeur de la réclamation à 15 000 \$ vu que l'appellant ne s'est engagé qu'à la hauteur de ce montant.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli en partie.

L'analyse de l'art. 2363 C.c.Q., qui prévoit la libération d'une caution à la cessation de l'exercice de ses fonctions, doit être faite à partir d'un examen du droit transitoire. Le cautionnement de l'appellant a en effet été consenti avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, le 1<sup>er</sup> janvier 1994, et les fonctions qu'il exerçait au sein de B.S.L. ont cessé avant cette date. L'intimée a cependant intenté son action sur cautionnement après l'entrée en vigueur du nouveau code. L'article 131 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* (« L.a.r.C.c. »), qui vise les contrats de cautionnement, fournit une solution spécifique à l'application temporelle de l'art. 2363. Selon l'art. 131, le cautionnement attaché à l'exercice de fonctions particulières qui ont cessé avant le 1<sup>er</sup> janvier 1994 prend fin, sauf quant aux dettes existantes, à cette date.

L'article 2363, qui a pour objectif principal la protection de la caution, vise tous les cautionnements qui sont attachés à l'exercice des fonctions de la caution, sans distinction entre les cautionnements légaux ou conventionnels. Contrairement à l'art. 2362 C.c.Q., l'art. 2363 n'exige pas que la caution envoie un avis quelconque au créancier afin de mettre fin au cautionnement ou qu'elle établisse la connaissance acquise par celui-ci de la fin de ses fonctions. L'article 2363 produit pleinement ses effets dès que la caution prouve que le cautionnement a été consenti en raison de la fonction qu'elle exerce. Le fardeau de preuve repose sur les épaules de la caution. L'article 2363 n'est pas d'ordre public mais est supplétif de la volonté des parties. Il s'applique donc dans tous les cas où les parties n'y ont pas dérogé contractuellement. Enfin, en vertu de l'art. 2364 C.c.Q., la caution n'est libérée que des dettes subséquentes à la cessation de l'exercice de ses fonctions, et demeure tenue des dettes existantes à ce moment.

Cette interprétation large et libérale de l'art. 2363 ne rend pas son application rétroactive en raison de l'art. 131 L.a.r.C.c., contrairement au principe de la non-rétroactivité des dispositions du *Code civil du Québec* prévu à l'art. 2 L.a.r.C.c. Les principes de rétroactivité, d'application immédiate et de retrospectivité des lois nouvelles ne doivent pas être confondus. L'article 131 s'applique à un fait déjà accompli, soit la conclusion du contrat de cautionnement, mais il régit les seuls effets futurs de ce contrat. Puisqu'il ne modifie pas les effets juridiques survenus avant son entrée en vigueur, l'art. 131 n'a qu'un effet rétrospectif et non rétroactif.

retrospective, not retroactive. Section 131, which expresses the legislature's clear intention to make art. 2363 applicable to suretyship contracts in effect when the new code came into force, is an exception to the principle of survival of the former legislation laid down in s. 4 A.I.R.C.C.

In the case at bar, it can be seen from the evidence that the appellant's suretyship was contracted in connection with the duties he performed for B.S.L. For this reason, the appellant is discharged from his suretyship, except with respect to any debts existing when the *Civil Code of Québec* came into force up to \$15,000. The matter is remitted to the Superior Court to consider this issue.

#### Cases Cited

**Referred to:** *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; *General Motors Products of Canada Ltd. v. Kravitz*, [1979] 1 S.C.R. 790; *R. v. Jarvis*, [2002] 3 S.C.R. 757, 2002 SCC 73; *Swift Canadian Co. v. Wienstein*, J.E. 82-231; *Armoires D.L.M. inc. v. Constructions Planisphère inc.*, J.E. 96-639, AZ-96021212; *Entreprises Roofmart (Québec) ltée v. Filiatreault (Succession de)*, B.E. 99BE-906, AZ-99026441; *Emco ltée v. Plamondon*, B.E. 99BE-174, AZ-99036091; *Banque nationale du Canada v. Reid*, [2001] R.J.Q. 1349; *Caisse populaire Desjardins de Plessisville v. Parent*, J.E. 2000-789, AZ-00021374; *Groupe Permacon inc. v. Fata*, J.E. 97-1052, AZ-97031181; *Métropole Litho inc. v. Groupe Propulsion inc.*, J.E. 94-1990; Com. November 3, 1988, Bull. civ. IV, No. 283, p. 193 (*Prette v. Banque internationale pour l'Afrique occidentale (BIAO)*); Com. December 6, 1988, Bull. civ. IV, No. 334, p. 225 (*Crédit du Nord v. Bourlet*); Com. May 30, 1989, Bull. civ. IV, No. 166, p. 110 (*Crédit lyonnais v. Bonche*); Com. April 24, 1990, D.1991.177, (*Simon v. Banque française de l'agriculture et du crédit mutuel (BFACM)*), Annot. Morvan); *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. M.N.R.*, [1977] 1 S.C.R. 271; *Acme Village School District No. 2296 (Board of Trustees of) v. Steele-Smith*, [1933] S.C.R. 47.

#### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, S.Q. 1992, c. 57, arts. 2, 4, 131.  
*Civil Code of Lower Canada*, arts. 1953(5), 1954.  
*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 9, 242, 790, 1324, 2361, 2362, 2363, 2364.  
*Interpretation Act*, R.S.Q., c. I-16, arts. 41, 41.1.

#### Authors Cited

Bandrac, Monique. « Sûretés », *Rev. trim. dr. civ.* 1989.358.

L'article 131, qui exprime l'intention claire du législateur de rendre l'art. 2363 applicable aux contrats de cautionnement en vigueur lors de l'entrée en vigueur du nouveau code, est une exception au principe de la survie de la loi ancienne édicté à l'art. 4 L.a.r.C.c.

En l'espèce, la preuve établit que le cautionnement de l'appelant a été consenti en raison des fonctions qu'il exerçait au sein de B.S.L. En conséquence, l'appelant est libéré de son cautionnement, sauf pour les dettes qui existaient lors de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, s'il en est, et ce, jusqu'à 15 000 \$. Le dossier est renvoyé à la Cour supérieure pour qu'elle examine cette question.

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; *General Motors Products of Canada Ltd. c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790; *R. c. Jarvis*, [2002] 3 R.C.S. 757, 2002 CSC 73; *Swift Canadian Co. c. Wienstein*, J.E. 82-231; *Armoires D.L.M. inc. c. Constructions Planisphère inc.*, J.E. 96-639, AZ-96021212; *Entreprises Roofmart (Québec) ltée c. Filiatreault (Succession de)*, B.E. 99BE-906, AZ-99026441; *Emco ltée c. Plamondon*, B.E. 99BE-174, AZ-99036091; *Banque nationale du Canada c. Reid*, [2001] R.J.Q. 1349; *Caisse populaire Desjardins de Plessisville c. Parent*, J.E. 2000-789, AZ-00021374; *Groupe Permacon inc. c. Fata*, J.E. 97-1052, AZ-97031181; *Métropole Litho inc. c. Groupe Propulsion inc.*, J.E. 94-1990; Com. 3 novembre 1988, Bull. civ. IV, n° 283, p. 193 (*Prette c. Banque internationale pour l'Afrique occidentale (BIAO)*); Com. 6 décembre 1988, Bull. civ. IV, n° 334, p. 225 (*Crédit du Nord c. Bourlet*); Com. 30 mai 1989, Bull. civ. IV, n° 166, p. 110 (*Crédit lyonnais c. Bonche*); Com. 24 avril 1990, D. 1991.177 (*Simon c. Banque française de l'agriculture et du crédit mutuel (BFACM)*), note Morvan); *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. M.R.N.*, [1977] 1 R.C.S. 271; *Acme Village School District No. 2296 (Board of Trustees of) c. Steele-Smith*, [1933] R.C.S. 47.

#### Lois et règlements cités

*Code civil du Bas Canada*, art. 1953(5), 1954.  
*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 9, 242, 790, 1324, 2361, 2362, 2363, 2364.  
*Loi d'interprétation*, L.R.Q., ch. I-16, art. 41, 41.1.  
*Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, ch. 57, art. 2, 4, 131.

#### Doctrine citée

Bandrac, Monique. « Sûretés », *Rev. trim. dr. civ.* 1989.358.

- Bélangier, André. "De la fonction de la caution en tant que terme implicite du cautionnement" (1998), 58 R. du B. 137.
- Bergel, Jean-Louis. "Spécificité des codes et autonomie de leur interprétation". Dans *Le nouveau Code civil: interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992*. Montréal: Thémis, 1993, 3.
- Ciotola, Pierre. *Droit des sûretés*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 1999.
- Claxton, John B. *Security on Property and the Rights of Secured Creditors under the Civil Code of Québec*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
- Driedger, Elmer A. "Statutes: Retroactive Retrospective Reflections" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 264.
- Jutras, Daniel. "Le ministre et le Code — essai sur les Commentaires". Dans *Mélanges Paul-André Crépeau*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1997, 451.
- Mouly, Christian. *Les causes d'extinction du cautionnement*. Paris: Librairies Techniques, 1979.
- Poudrier-LeBel, Louise. "L'extinction du cautionnement". Dans *Collection de droit*, vol. 5, *Obligations et contrats*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003, 321.
- Poudrier-LeBel, Louise. "Provisions respecting suretyship in the new Civil Code of Quebec". In *Reform of the Civil Code*, vol. 3B, *Marine insurance, Carriage by water, Affreightment, Deposit, Loan, Suretyship, Gaming and Wagering, Transaction, Arbitration Agreements, Insurance and Annuities*. Translated by Susan Altschul. Texts written for the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. Montréal: Barreau du Québec, 1993.
- Quebec. Ministère de la Justice. *Projet de loi 125: Code civil du Québec. Commentaires détaillés sur les dispositions du projet, Livre V: Des obligations*. Titre deuxième: Des contrats nommés, vol. II (Art. 2117 à 2628). Québec: Le Ministère, 1991.
- Quebec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice: Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*, t. II. Québec: Publications du Québec, 1993.
- Quebec. Ministère de la Justice. *Loi sur l'application de la réforme du Code civil et Commentaires du ministre de la Justice*. Montréal: DACFO, 1994.
- Simler, Philippe. "Le juge et la caution. Excès de rigueur ou excès d'indulgence?", J.C.P. éd. N. 1986.I.169.
- Bélangier, André. « De la fonction de la caution en tant que terme implicite du cautionnement » (1998), 58 R. du B. 137.
- Bergel, Jean-Louis. « Spécificité des codes et autonomie de leur interprétation ». Dans *Le nouveau Code civil: interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992*. Montréal : Thémis, 1993, 3.
- Ciotola, Pierre. *Droit des sûretés*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal : Thémis, 1999.
- Claxton, John B. *Security on Property and the Rights of Secured Creditors under the Civil Code of Québec*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1994.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal : Thémis, 1999.
- Driedger, Elmer A. « Statutes : Retroactive Retrospective Reflections » (1978), 56 R. du B. can. 264.
- Jutras, Daniel. « Le ministre et le Code — essai sur les Commentaires ». Dans *Mélanges Paul-André Crépeau*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1997, 451.
- Mouly, Christian. *Les causes d'extinction du cautionnement*. Paris : Librairies Techniques, 1979.
- Poudrier-LeBel, Louise. « L'extinction du cautionnement ». Dans *Collection de droit*, vol. 5, *Obligations et contrats*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003, 321.
- Poudrier-LeBel, Louise. « Les dispositions du nouveau Code civil du Québec, relatives au cautionnement ». Dans *La réforme du Code civil*, t. 2, *Obligations, contrats nommés*. Sainte-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1993, 1031.
- Québec. Ministère de la Justice. *Projet de loi 125 : Code civil du Québec. Commentaires détaillés sur les dispositions du projet, Livre V : Des obligations*. Titre deuxième : Des contrats nommés, vol. II (Art. 2117 à 2628). Québec : Le Ministère, 1991.
- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice : Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*, t. II. Québec : Publications du Québec, 1993.
- Québec. Ministère de la Justice. *Loi sur l'application de la réforme du Code civil et Commentaires du ministre de la Justice*. Montréal : DACFO, 1994.
- Simler, Philippe. « Le juge et la caution. Excès de rigueur ou excès d'indulgence? », J.C.P. éd. N. 1986.I.169.
- APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2002] R.J.Q. 1652 (*sub nom. Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division "Éconogros" v. Reid*), [2002] Q.J. No. 1605 (QL), reversing a decision of the Superior Court, [1998] Q.J. No. 2689 (QL). Appeal allowed in part.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2002] R.J.Q. 1652 (*sub nom. Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division « Éconogros » c. Reid*), [2002] J.Q. n<sup>o</sup> 1605 (QL), qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [1998] A.Q. n<sup>o</sup> 2689 (QL). Pourvoi accueilli en partie.

*Marc-André Gravel, Andrée-Claude Harvey and Hugo Lafrenière, for the appellant.*

*Stéphane Davignon and Jean-Marc Clément, for the respondent.*

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL J. —

## I. Introduction

This appeal concerns the interpretation of art. 2363 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (“C.C.Q.”), which provides for the discharge of a surety upon cessation of the performance of his or her duties. More specifically, the categories of sureties to which this provision applies must be identified. It will be necessary to determine the provision’s scope and the effects of its application, and to resolve the issues it raises with respect to the burden of proof.

For the reasons that follow, it is my view that the dissenting judge of the Quebec Court of Appeal was correct in holding that the appellant was discharged from his suretyship effective January 1, 1994, owing to the cessation of his duties. However, this discharge operated only from that time onward and did not release him from paying any debts existing as of that date; unfortunately, the record does not allow us to determine if there were any.

## II. Origin of the Case

In May 1992, the appellant Georges Reid, through a geological research firm known as Prodiér Ltée (“Prodiér”), acquired 35 percent of the shares in Services Alimentaires B.S.L. Inc. (“B.S.L.”), a wholesale food distributor whose principal shareholders and officers were Marcel Collin and Françoise Gagné-Collin. The appellant also participated directly in the management of B.S.L. by sitting on its board of directors and acting as its secretary and accountant. On June 26, 1992, shortly after he took up his position at B.S.L., the appellant agreed to stand surety for B.S.L.’s debts relating to a distribution contract and line of credit with the

*Marc-André Gravel, Andrée-Claude Harvey et Hugo Lafrenière, pour l’appelant.*

*Stéphane Davignon et Jean-Marc Clément, pour l’intimée.*

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

## I. Introduction

Le présent pourvoi porte sur l’interprétation de l’art. 2363 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »), qui prévoit la libération d’une caution à la cessation de l’exercice de ses fonctions. Plus précisément, il s’agit de savoir à quelles catégories de cautions s’applique cette disposition. Il faut alors déterminer sa portée et les effets de son application, ainsi que régler les problèmes de charge de preuve qu’elle pose.

Pour les motifs que j’expose ici, je suis d’avis que le juge dissident de la Cour d’appel du Québec a valablement conclu que l’appelant fut libéré de son cautionnement dès le 1<sup>er</sup> janvier 1994, en raison de la cessation de l’exercice de ses fonctions. Cependant, cette libération n’intervient que pour l’avenir et ne le dégage pas des dettes qui pouvaient exister à cette date, ce que l’état du dossier ne permet malheureusement pas de déterminer.

## II. Origine du litige

En mai 1992, l’appelant Georges Reid acquiert, par l’intermédiaire de la compagnie Prodiér Ltée (« Prodiér »), spécialisée dans la recherche géologique, 35 pour 100 des actions de la compagnie Services Alimentaires B.S.L. Inc. (« B.S.L. »), une entreprise de distribution d’aliments en gros, dont les principaux actionnaires et dirigeants sont M. Marcel Collin et M<sup>me</sup> Françoise Gagné-Collin. L’appelant participe aussi directement à la gestion de B.S.L. en siégeant sur le conseil d’administration de la compagnie en plus d’agir comme son secrétaire et comptable. Le 26 juin 1992, peu après son arrivée au sein de B.S.L., l’appelant accepte de

1

2

3

respondent Éconogros, a division of Épicieris Unis Métro-Richelieu Inc.

4 The appellant's involvement in B.S.L. was short-lived. In November 1992, he accepted a position with Revenue Canada, which meant that he had to move from the Lower St. Lawrence region to Quebec City in May 1993. On August 29, 1993, the appellant transferred the shares in B.S.L. held by Prodir and resigned from his positions as director and secretary of the company. His resignation was effective September 1, 1993.

5 After the appellant's departure, B.S.L.'s financial health deteriorated. On April 26, 1994, B.S.L. and the respondent entered into an agreement aimed at improving B.S.L.'s situation. Under this agreement, B.S.L. became the respondent's exclusive distributor, and the respondent was to approve any client accounts opened with B.S.L. and receive all the profits from B.S.L.'s sales plus a percentage. Despite the agreement, B.S.L.'s financial situation continued to deteriorate, and the company ceased operations on May 31, 1994.

6 In October 1994, over a year after he left B.S.L., the appellant received a call from Jean-Pierre Charette, a representative of the respondent. Mr. Charette demanded that the appellant, as B.S.L.'s surety, discharge the company's debts, which totalled \$43,413.38. Particularly surprised to learn that B.S.L. had gone out of business, the appellant was amazed by the amount being claimed, as B.S.L.'s line of credit had a \$25,000 limit. This appeal arises out of that demand.

### III. Judicial History

A. *Quebec Superior Court*, [1998] Q.J. No. 2689 (QL)

7 At trial, the appellant argued that the respondent had not proven the existence of its claim. In the alternative, he added that, even if its existence had been proven, the demand was without merit because he had left B.S.L.

cautionner les dettes de cette dernière dans le cadre d'un contrat de distribution et de marge de crédit conclu avec l'intimée, Éconogros, division des Épicieris Unis Métro-Richelieu Inc.

La participation de l'appelant au sein de B.S.L. est toutefois de courte durée puisqu'en novembre 1992 il accepte d'occuper un poste à Revenu Canada, ce qui le force à déménager du Bas St-Laurent à Québec en mai 1993. Le 29 août 1993, l'appelant cède les actions de B.S.L. détenues par Prodir et il démissionne de ses postes d'administrateur et de secrétaire au sein de la compagnie. Cette démission prend effet le 1<sup>er</sup> septembre 1993.

À la suite du départ de l'appelant, la santé financière de B.S.L. se détériore. Le 26 avril 1994, B.S.L. et l'intimée concluent un accord visant à améliorer la situation de B.S.L. Selon cet accord, B.S.L. devient le distributeur exclusif de l'intimée, qui doit approuver chaque ouverture de compte des clients de B.S.L. et recevoir tous les profits majorés des ventes de B.S.L. Malgré cet accord, la situation financière de B.S.L. continue de se détériorer et la compagnie met fin à ses activités le 31 mai 1994.

En octobre 1994, soit plus d'un an après son départ de B.S.L., l'appelant reçoit un appel d'un représentant de l'intimée, M. Jean-Pierre Charette, qui lui demande de rembourser, en raison de son cautionnement, les dettes de B.S.L. qui s'élèvent alors à 43 413,38 \$. D'autant plus surpris d'apprendre la fermeture de B.S.L., l'appelant s'étonne du montant réclamé, vu que la marge de crédit de B.S.L. se limite à 25 000 \$. C'est cette réclamation qui est à l'origine du présent pourvoi.

### III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec*, [1998] A.Q. n<sup>o</sup> 2689 (QL)

L'appelant plaide en première instance que l'intimée n'a pas établi l'existence de sa créance. Subsidiairement, il ajoute que, même si une telle preuve avait été faite, cette réclamation n'est pas fondée en raison de son départ de B.S.L.

Cohen J. of the Quebec Superior Court first found that the respondent had not established the existence of its claim against B.S.L. In her opinion, the agreement of April 26, 1994 had extinguished all of B.S.L.'s obligations to the respondent.

The trial judge also found that, even if the claim had been established, the appellant could not be liable for it. According to Cohen J., the appellant had contracted his suretyship in connection with the duties he performed for B.S.L. Since B.S.L.'s debts were contracted after the cessation of his duties, and since the respondent was aware that he had left, the appellant could not be liable for the discharge of the debts. Cohen J. held that the suretyship, which was limited to B.S.L.'s operating debts, did not apply to the respondent's claim, which related only to debts contracted after B.S.L. had gone out of business. She therefore dismissed the respondent's action to enforce the suretyship.

B. *Quebec Court of Appeal*, [2002] R.J.Q. 1652

On appeal, Mr. Reid made two main submissions. He argued, first, that the suretyship had terminated when the *Civil Code of Québec* came into force on January 1, 1994, as he had ceased to perform his duties at B.S.L. in 1993, and, second, that the respondent's action was barred because the respondent had breached its duty to provide information.

The Court of Appeal was divided on the disposition of the appeal. Gendreau and Dussault J.J.A. allowed the appeal, while Chamberland J.A., dissenting, would have dismissed it.

Gendreau J.A., writing on behalf of the majority, addressed only the first of the appellant's submissions. After analysing the legislative history of art. 2363 C.C.Q., Gendreau J.A. gave the provision a narrow reading; in his opinion, an overly broad interpretation would be contrary to the principle of consensualism, according to which a contracting party may not resiliate a contract unilaterally. He concluded that art. 2363 C.C.Q. is the

La juge Cohen de la Cour supérieure du Québec conclut d'abord que l'intimée n'a pas établi l'existence de sa créance envers B.S.L. Selon la juge, l'entente du 26 avril 1994 a pour effet d'éteindre toutes les obligations de B.S.L. envers l'intimée.

La juge de première instance conclut aussi que, même si la créance avait été établie, l'appelant ne pourrait en être tenu responsable. En effet, selon la juge Cohen, l'appelant a consenti son cautionnement en raison des fonctions qu'il exerçait au sein de B.S.L. Puisque les dettes de B.S.L. ont été contractées après la cessation de l'exercice des fonctions de l'appelant et que l'intimée était au courant du départ de ce dernier, alors l'appelant ne peut pas être tenu de rembourser ces dettes. La juge Cohen décide finalement que le cautionnement, qui est limité aux dettes opérationnelles de B.S.L., ne s'applique pas à la réclamation de l'intimée, qui ne vise que des dettes contractées après la fermeture de B.S.L. La juge Cohen rejette donc l'action sur cautionnement de l'intimée.

B. *Cour d'appel du Québec*, [2002] R.J.Q. 1652

En appel, M. Reid invoque deux moyens principaux. Plaidant d'abord que le cautionnement a pris fin lors de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, le 1<sup>er</sup> janvier 1994, étant donné qu'il n'exerce plus ses fonctions au sein de B.S.L. depuis 1993, l'appelant oppose aussi une fin de non-recevoir en prétendant que l'intimée a manqué à son devoir d'information.

La Cour d'appel est divisée quant à l'issue de ce pourvoi. Les juges Gendreau et Dussault accueillent l'appel alors que le juge Chamberland, dissident, l'aurait rejeté.

Le juge Gendreau, au nom de la majorité, ne traite que du premier moyen soulevé par l'appelant. Après avoir analysé l'historique législatif de l'art. 2363 C.c.Q., le juge Gendreau adopte une interprétation restrictive de cette disposition car, à son avis, une interprétation trop large contreviendrait à la règle du consensualisme selon laquelle un cocontractant ne peut pas résilier un contrat unilatéralement. Le juge Gendreau conclut que

8

9

10

11

12



equivalent of art. 1954 of the *Civil Code of Lower Canada* ("C.C.L.C."). Thus, according to the majority of the Court of Appeal, art. 2363 C.C.Q. applies primarily to legal suretyships, that is, to suretyships required by law for the performance of special duties. As for a case in which a suretyship attached to the performance of a special duty was not imposed by law, Gendreau J.A. considered that it would have to be proven that the creditor had agreed to make termination of the suretyship contingent upon cessation of the performance of the surety's duties. He felt that, in the case before him, it had not been shown that the respondent had agreed that cessation of the performance of the surety's duties would be the term of his suretyship. Gendreau J.A. then turned to the value of the claim, limiting the amount of the award to \$15,000, as this was the upper limit of the appellant's undertaking.

13 Chamberland J.A., dissenting, began by varying certain of the trial judge's findings. In his opinion, the trial judge had made a patently unreasonable error in finding that there was no evidence of the claim's existence. Chamberland J.A. valued the claim at \$38,000.84. He also found that the agreement of April 26, 1994 had not extinguished the claim.

14 On the question of the interpretation of art. 2363 C.C.Q., Chamberland J.A. disagreed with the majority. He concluded that art. 2363 C.C.Q. should be construed broadly to ensure that its objective of protecting the surety's interests is attained. In his view, art. 2363 C.C.Q. is not merely the equivalent of art. 1954 C.C.L.C. Under art. 2363, suretyships attached to duties, whether they be legal or conventional suretyships, have as their term the cessation of the performance of the duties. According to Chamberland J.A., a surety who wishes to take advantage of this term must prove that the suretyship was contracted in connection with the duties he or she performed for the business. The dissenting judge therefore considered it unnecessary to prove that the creditor conferred on the surety the power to terminate the obligation upon cessation of the performance of his or her duties. He also noted that art. 2363 C.C.Q. is not of public order

l'art. 2363 C.c.Q. est le pendant de l'art. 1954 du *Code civil du Bas Canada* (« C.c.B.C. »). Ainsi, selon les juges majoritaires de la Cour d'appel, l'art. 2363 C.c.Q. vise d'abord les cautionnements légaux, soit ceux que la loi prescrit pour l'exercice de fonctions particulières. Dans les autres cas où le cautionnement attaché à l'exercice d'une fonction particulière n'est pas imposé par la loi, le juge Gendreau croit qu'il est nécessaire de prouver que le créancier a accepté d'assujettir la fin du cautionnement à la cessation de l'exercice des fonctions de la caution. Le juge Gendreau estime qu'en l'espèce rien ne démontre que l'intimée a accepté que le terme de son cautionnement soit la cessation de l'exercice des fonctions de la caution. Statuant ensuite sur la valeur de la réclamation, le juge Gendreau limite cependant la condamnation à 15 000 \$, puisque l'appelant ne s'est engagé qu'à hauteur de ce montant.

Le juge Chamberland, dissident, modifie d'abord certaines conclusions de la juge de première instance. À son avis, la juge de première instance a commis une erreur manifestement déraisonnable en concluant à l'absence de preuve de l'existence de la créance. Il évalue la créance à 38 000,84 \$. Le juge Chamberland décide aussi que l'entente du 26 avril 1994 n'a pas éteint cette créance.

Quant à l'interprétation de l'art. 2363 C.c.Q., le juge Chamberland est en désaccord avec les juges majoritaires. Selon lui, l'art. 2363 C.c.Q. doit recevoir une interprétation large afin de réaliser son objectif de protection des intérêts de la caution. Dans son optique, l'art. 2363 C.c.Q. n'est pas le simple pendant de l'art. 1954 C.c.B.C. En vertu de cette disposition, les cautionnements, tant légaux que conventionnels, qui sont attachés à des fonctions ont pour terme la cessation de leur exercice. D'après le juge Chamberland, la caution qui veut bénéficier de ce terme doit prouver que le cautionnement a été consenti en raison de la fonction qu'elle exerce au sein de l'entreprise. Le juge dissident conclut donc qu'il n'est pas nécessaire de prouver que le créancier a alors reconnu à la caution la faculté de résilier son obligation lors de la cessation de l'exercice de ses fonctions. Il note aussi que l'art. 2363 C.c.Q. n'est pas d'ordre

and that the parties can accordingly agree in their contract that it will not apply. Finally, Chamberland J.A. mentioned that sureties remain liable for debts existing at the time the suretyship terminates.

Chamberland J.A. held that, in this case, the appellant's suretyship was attached to the performance of his duties for B.S.L. and that the appellant should accordingly not be liable for B.S.L.'s debts.

#### IV. Legislative Provisions

*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64

9. In the exercise of civil rights, derogations may be made from those rules of this Code which supplement intention, but not from those of public order.

2361. Notwithstanding any contrary provision, the death of the surety terminates the suretyship.

2362. Where the suretyship is contracted with a view to covering future or indeterminate debts, or for an indeterminate period, the surety may terminate it after three years, so long as the debt has not become exigible, by giving prior and sufficient notice to the debtor, the creditor and the other sureties.

This rule does not apply in the case of a judicial suretyship.

2363. A suretyship attached to the performance of special duties is terminated upon cessation of the duties.

2364. Upon termination of the suretyship, the surety remains liable for debts existing at that time, even if those debts are subject to a condition or a term.

*Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, S.Q. 1992, c. 57

2. The new legislation has no retroactive effect; it applies only to the future.

It does not, therefore, change the conditions for creation of a previously created legal situation, nor the conditions for extinction of a previously extinguished legal situation, and it does not alter the effects already produced by a legal situation.

4. In contractual situations which exist when the new legislation comes into force, the former legislation

public et qu'en conséquence les parties pourront écarter l'application de cette disposition dans leur contrat. Enfin, le juge Chamberland souligne que la caution demeure tenue des dettes qui existent au moment où le cautionnement prend fin.

Le juge Chamberland décide qu'en l'espèce le cautionnement consenti par l'appelant était attaché à l'exercice de ses fonctions au sein de B.S.L. En conséquence, l'appelant ne devrait pas être tenu de rembourser les dettes de B.S.L.

#### IV. Dispositions législatives

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64

9. Dans l'exercice des droits civils, il peut être dérogé aux règles du présent code qui sont supplétives de volonté; il ne peut, cependant, être dérogé à celles qui intéressent l'ordre public.

2361. Le décès de la caution met fin au cautionnement, malgré toute stipulation contraire.

2362. Le cautionnement consenti en vue de couvrir des dettes futures ou indéterminées, ou encore pour une période indéterminée, comporte, après trois ans et tant que la dette n'est pas devenue exigible, la faculté pour la caution d'y mettre fin en donnant un préavis suffisant au débiteur, au créancier et aux autres cautions.

Cette règle ne s'applique pas dans le cas d'un cautionnement judiciaire.

2363. Le cautionnement attaché à l'exercice de fonctions particulières prend fin lorsque cessent ces fonctions.

2364. Lorsque le cautionnement prend fin, la caution demeure tenue des dettes existantes à ce moment, même si elles sont soumises à une condition ou à un terme.

*Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, ch. 57

2. La loi nouvelle n'a pas d'effet rétroactif : elle ne dispose que pour l'avenir.

Ainsi, elle ne modifie pas les conditions de création d'une situation juridique antérieurement créée ni les conditions d'extinction d'une situation juridique antérieurement éteinte. Elle n'altère pas non plus les effets déjà produits par une situation juridique.

4. Dans les situations juridiques contractuelles en cours lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, la loi

15

16

subsists where supplementary rules are used to determine the extent and scope of the rights and obligations of the parties and the effects of the contract.

However, the provisions of the new legislation apply to the exercise of the rights and the performance of the obligations, and to their proof, transfer, alteration or extinction.

131. A suretyship attached to the performance of special duties which ceased before 1 January 1994 terminates on 1 January 1994, except with respect to existing debts.

*Interpretation Act*, R.S.Q., c. I-16

41. Every provision of an Act is deemed to be enacted for the recognition of rights, the imposition of obligations or the furtherance of the exercise of rights, or for the remedying of some injustice or the securing of some benefit.

Such statute shall receive such fair, large and liberal construction as will ensure the attainment of its object and the carrying out of its provisions, according to their true intent, meaning and spirit.

41.1. The provisions of an Act are construed by one another, ascribing to each provision the meaning which results from the whole Act and which gives effect to the provision.

V. Issues

17

The case now before this Court involves three issues. First, it will be necessary to interpret art. 2363 C.C.Q. To this end, it must be determined whether the interpretation of the majority of the Court of Appeal can be endorsed or whether Chamberland J.A.'s interpretation should be preferred. In addition, the appellant has raised two other issues that were not considered by the Court of Appeal. The appellant submits, first, that the respondent breached its duty to provide him with information and, second, that the respondent's subrogatory remedy is now illusory as a result of the respondent's own actions. These last two issues are of no assistance for the purposes of this appeal. At any rate, the appellant's submissions in this regard have little merit. The interpretation and application of art. 2363 C.C.Q. are sufficient to decide this case.

ancienne survit lorsqu'il s'agit de recourir à des règles supplétives pour déterminer la portée et l'étendue des droits et des obligations des parties, de même que les effets du contrat.

Cependant, les dispositions de la loi nouvelle s'appliquent à l'exercice des droits et à l'exécution des obligations, à leur preuve, leur transmission, leur mutation ou leur extinction.

131. Le cautionnement attaché à l'exercice de fonctions particulières qui ont cessé avant le 1<sup>er</sup> janvier 1994 prend fin, sauf quant aux dettes existantes, le 1<sup>er</sup> janvier 1994.

*Loi d'interprétation*, L.R.Q., ch. I-16

41. Toute disposition d'une loi est réputée avoir pour objet de reconnaître des droits, d'imposer des obligations ou de favoriser l'exercice des droits, ou encore de remédier à quelque abus ou de procurer quelque avantage.

Une telle loi reçoit une interprétation large, libérale, qui assure l'accomplissement de son objet et l'exécution de ses prescriptions suivant leurs véritables sens, esprit et fin.

41.1. Les dispositions d'une loi s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'ensemble et qui lui donne effet.

V. Questions en litige

Le litige dont notre Cour est maintenant saisie comporte trois questions. Il est d'abord nécessaire d'interpréter l'art. 2363 C.c.Q. À cet égard, il faut déterminer si l'interprétation donnée par les juges majoritaires de la Cour d'appel peut être retenue ou s'il y a lieu de préférer celle du juge Chamberland. Deux autres questions, non examinées par la Cour d'appel, sont soulevées par l'appellant. Celui-ci prétend, d'une part, que l'intimée a manqué à son devoir d'information envers lui et, d'autre part, qu'elle a, par son fait, rendu illusoire son recours subrogatoire. Ces deux dernières questions ne présentent aucune utilité pour les besoins du présent pourvoi. De toute façon, les prétentions soulevées par l'appellant à cet égard ne sont guère fondées. L'interprétation et l'application de l'art. 2363 C.c.Q. suffisent pour trancher la présente affaire.

## VI. Analysis

This appeal ultimately hinges on the interpretation of art. 2363 C.C.Q. It will therefore be necessary to give careful consideration to this issue, which divided the Quebec Court of Appeal.

In the case at bar, the analysis of art. 2363 C.C.Q. must start with a review of the transitional law. The appellant contracted his suretyship before the *Civil Code of Québec* came into force on January 1, 1994, and he ceased to perform his duties for B.S.L. before that date. However, the respondent brought its action to enforce the suretyship after art. 2363 C.C.Q. had come into force. The transitional law must therefore be considered to determine whether that provision applies. Section 131 of the *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, S.Q. 1992, c. 57 (“A.I.R.C.C.”), provides a specific solution as regards the temporal application of art. 2363 C.C.Q. Under s. 131 A.I.R.C.C., a suretyship attached to the performance of special duties which ceased before the coming into force of art. 2363 C.C.Q. terminates on January 1, 1994, except with respect to debts existing as of that date. I will discuss the application of this provision in greater detail after interpreting art. 2363 C.C.Q.

### A. *Approach to Interpreting the Civil Code of Québec, Interpretation of Article 2363 C.C.Q. and Effects of the Application of That Article*

#### (1) Approach to Interpretation

The approaches to interpreting the *Civil Code of Québec* and the statute law of the common law provinces have traditionally been different, indeed totally opposite (P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at pp. 26 et seq.). In the common law provinces, statutes were considered exceptions whose nature often justified a narrow and at times quite formalistic interpretation. In contrast, the *Civil Code of Québec*, which sets out the *jus commune* of that civil law province, must be interpreted liberally. In *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862, Gonthier J. addressed this point, stating that “unlike statute law in the common law, the *Civil Code* is not a law of exception, and this must

## VI. Analyse

Le présent pourvoi porte, en définitive, sur l’interprétation de l’art. 2363 C.c.Q. Il faut donc examiner attentivement cette question qui a divisé la Cour d’appel du Québec.

En l’espèce, l’analyse de l’art. 2363 C.c.Q. doit commencer par l’examen du droit transitoire. L’appelant a, en effet, consenti son cautionnement avant l’entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, le 1<sup>er</sup> janvier 1994, et il a cessé d’exercer ses fonctions au sein de B.S.L. avant cette date. L’intimée a cependant intenté son action sur cautionnement après l’entrée en vigueur de l’art. 2363 C.c.Q. Il est donc nécessaire de recourir au droit transitoire pour déterminer si cette disposition s’applique. L’article 131 de la *Loi sur l’application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, ch. 57 (« L.a.r.C.c. »), fournit une solution spécifique à l’application temporelle de l’art. 2363 C.c.Q. En vertu de l’art. 131 L.a.r.C.c., le cautionnement attaché à l’exercice de fonctions particulières ayant cessé avant l’entrée en vigueur de l’art. 2363 C.c.Q. prend fin le 1<sup>er</sup> janvier 1994, sauf en ce qui concerne les dettes existantes à cette date. Je commenterai plus amplement l’application de cette disposition après avoir interprété l’art. 2363 C.c.Q.

### A. *La méthode d’interprétation du Code civil du Québec, l’interprétation de l’art. 2363 C.c.Q. et les effets de l’application de cet article*

#### (1) Méthode d’interprétation

Traditionnellement, les méthodes d’interprétation du *Code civil du Québec* et du droit d’origine législative des provinces de common law étaient différentes, voire clairement opposées (P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3<sup>e</sup> éd. 1999), p. 34 et suiv.). Dans les provinces de common law, les textes législatifs ou « *statutes* » étaient considérés comme un droit d’exception dont la nature justifiait souvent une interprétation restrictive, parfois empreinte de formalisme. Au contraire, le *Code civil du Québec*, qui établit le droit commun de cette province de droit civil, devait être interprété largement. Dans l’arrêt *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, le juge Gonthier précisa à ce propos que

18

19

20

be taken into account in interpreting it. It must be interpreted broadly so as to favour its spirit over its letter and enable the purpose of its provisions to be achieved” (para. 15); see also: *General Motors Products of Canada Ltd. v. Kravitz*, [1979] 1 S.C.R. 790, at p. 813; J.-L. Bergel, “Spécificité des codes et autonomie de leur interprétation”, in *Le nouveau Code civil: interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992* (1993), 3, at pp. 8 et seq.

21 However, this distinction between the approaches to interpreting civil law and statute law has become blurred as methods for interpreting legislation have evolved. The distinction is practically non-existent today, as statute law is no longer automatically given a narrow reading. This Court has discussed its preferred approach to interpreting legislation on numerous occasions. This approach, generally referred to as the modern approach to statutory interpretation, was defined clearly by Iacobucci and Major JJ. in *R. v. Jarvis*, [2002] 3 S.C.R. 757, 2002 SCC 73, at para. 77:

The approach to statutory interpretation can be easily stated: one is to seek the intent of Parliament by reading the words of the provision in context and according to their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme and the object of the statute (*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 12; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87).

22 This preferred approach is reinforced by the second paragraph of s. 41, and s. 41.1, of Quebec’s *Interpretation Act*, which provide that “[a] statute shall receive such fair, large and liberal construction as will ensure the attainment of its object and the carrying out of its provisions, according to their true intent, meaning and spirit” and that “[t]he provisions of an Act are construed by one another, ascribing to each provision the meaning which results from the whole Act and which gives effect to the provision.” Thus, in interpreting a provision of the *Civil Code of Québec*, a court should refer to, *inter alia*, other

« contrairement au droit d’origine législative des ressorts de common law, le *Code civil* n’est pas un droit d’exception et son interprétation doit refléter cette réalité. Il doit recevoir une interprétation large qui favorise l’esprit sur la lettre et qui permette aux dispositions d’atteindre leur objet » (par. 15); voir aussi : *General Motors Products of Canada Ltd. c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790, p. 813; J.-L. Bergel, « Spécificité des codes et autonomie de leur interprétation », dans *Le nouveau Code civil : interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992* (1993), 3, p. 8 et suiv.

Cette différence entre les méthodes d’interprétation du droit civil et du droit statutaire s’est toutefois estompée avec l’évolution des méthodes d’interprétation des lois. En fait, cette différence est pratiquement disparue aujourd’hui, puisque le droit statutaire ne s’interprète désormais plus automatiquement d’une manière restrictive. En effet, notre Cour a, maintes fois, décrit la méthode qu’elle privilégie en matière d’interprétation des lois. Cette méthode, généralement qualifiée de méthode moderne d’interprétation des lois, fut clairement définie par les juges Iacobucci et Major dans l’arrêt *R. c. Jarvis*, [2002] 3 R.C.S. 757, 2002 CSC 73, par. 77 :

Il est facile de décrire la méthode d’interprétation des lois : il faut déterminer l’intention du législateur et, à cette fin, lire les termes de la loi dans leur contexte, en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit et l’objet de la loi (*Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 12; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87).

Cette méthode privilégiée est renforcée par le deuxième alinéa de l’art. 41 ainsi que l’art. 41.1 de la *Loi d’interprétation* du Québec selon lesquels « [u]ne [ . . . ] loi reçoit une interprétation large, libérale, qui assure l’accomplissement de son objet et l’exécution de ses prescriptions suivant leurs véritables sens, esprit et fin » et « [l]es dispositions d’une loi s’interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l’ensemble et qui lui donne effet. » Ainsi, pour interpréter une disposition du *Code civil du Québec*, il convient d’avoir recours, notamment, aux dispositions du code, aux

provisions of the Code, related acts, the legislative objectives and the circumstances surrounding the drafting of the provision.

This being said, it is now time to address the interpretation of art. 2363 C.C.Q. in order to define its scope. I will begin by reviewing the legislative origins of the provision to make it easier to understand the various theories regarding the scope of art. 2363 C.C.Q. I will then discuss these theories, which can be found in the parties' submissions, as well as in Quebec court decisions and academic commentaries. Next, I will briefly outline the position of the French courts and commentators. This will bring me to a definition of the scope of art. 2363 C.C.Q.

(2) Interpretation of Article 2363 C.C.Q.

(a) *Legislative Origins of the Provision*

The legislative antecedents of arts. 2362 and 2363 C.C.Q. are found in arts. 1953(5) and 1954 C.C.L.C.:

**1953.** The surety who has bound himself with the consent of the debtor may, even before paying, proceed against the latter to be indemnified:

. . .

5. After ten years, when the term of the principal obligation is not fixed, unless the principal obligation, such as that of a tutor, is of a nature not to be discharged before a determinate period.

**1954.** The rule contained in the last paragraph of the preceding article does not apply to sureties given by public officers, or other employees, in order to secure the fulfilment of the duties of their office; such sureties have a right at all times to free themselves from future liability under their suretyship by giving sufficient notice unless it has been otherwise agreed.

In 1982, the Quebec Court of Appeal rendered what was at that time the seminal decision on the interpretation of these provisions of the C.C.L.C. and on the issue of suretyships attached to the performance of duties: *Swift Canadian Co. v. Wienstein*, J.E. 82-231. In that case, the court reversed the decision of the Superior Court judge, who had found that the suretyship of the three directors and officers

lois connexes, aux objectifs législatifs ainsi qu'aux circonstances ayant entouré la rédaction du texte.

Ceci dit, il convient maintenant d'aborder l'interprétation de l'art. 2363 C.c.Q. afin d'en définir la portée. À cette fin, je ferai d'abord un rappel de l'origine législative de cette disposition, ce qui permettra de mieux comprendre les différentes thèses relatives à la portée de l'art. 2363 C.c.Q. Je décrirai ensuite ces thèses, qui se retrouvent dans les prétentions des parties ainsi que dans la jurisprudence et dans la doctrine québécoise. Par la suite, je soulignerai brièvement la position de la doctrine et de la jurisprudence française. Ceci m'amènera enfin à définir la portée de l'art. 2363 C.c.Q.

(2) L'interprétation de l'art. 2363 C.c.Q.

a) *Origine législative de la disposition*

Les ancêtres législatifs des art. 2362 et 2363 C.c.Q. se retrouvent aux art. 1953(5) et 1954 C.c.B.C. :

**1953.** La caution qui s'est obligée du consentement du débiteur peut agir contre lui, même avant d'avoir payé, pour en être indemnisée :

. . .

5. Au bout de dix ans, lorsque l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance; à moins que l'obligation principale, telle qu'une tutelle, ne soit de nature à ne pouvoir être éteinte avant un terme déterminé.

**1954.** La règle contenue au dernier paragraphe du précédent article ne s'applique pas aux cautions que fournissent les officiers publics ou autres employés pour la garantie de l'exécution des devoirs de leurs charges; ces cautions ayant droit en tout temps de se libérer pour l'avenir de leur cautionnement, en donnant avis préalable suffisant, à moins qu'il n'en ait été autrement convenu.

En 1982, la Cour d'appel du Québec rendait l'arrêt clé de l'époque sur l'interprétation de ces dispositions du C.c.B.C. et sur le problème du cautionnement attaché à des fonctions, soit l'arrêt *Swift Canadian Co. c. Wienstein*, J.E. 82-231. La cour y renversait la décision du juge de la Cour supérieure, qui avait conclu que le cautionnement des trois administrateurs et dirigeants d'une

23

24

25

of a bankrupt debtor, *Marché Union Inc.*, had terminated upon cessation of their duties. The Court of Appeal held that a suretyship did not terminate simply because the surety had ceased to perform his or her duties. The agreement could be terminated for this reason only upon proof of a common intention of the parties that the suretyship attached to the performance of the surety's duties would terminate upon cessation of the performance thereof. What the decision meant was that a termination such as this would have to be provided for in the contract.

26

In the wake of that decision, the Civil Code Revision Office proposed that arts. 1953 and 1954 C.C.L.C. be amended to provide for the nature and term of suretyships attached to duties. The first legislative proposals in this regard can be found in clauses 2348 and 2349 of Bill 125. They were accompanied by the following commentaries prepared by the Minister of Justice for the National Assembly's Subcommittee on Institutions:

## [TRANSLATION]

**2348.** Where a suretyship is contracted for an indeterminate period or amount, the surety may terminate it after three years, so long as the debt has not become exigible, by giving prior and sufficient notice to the debtor, the creditor and the other sureties.

This rule does not apply to judicial suretyships.

. . .

**COMMENTARY:** This article is based on article 862 C.C.R.O., which was itself based on articles 1953(5) and 1954 C.C.L.C. It allows a suretyship contracted for an indeterminate period or amount to be revoked even if there is no clause to this effect in the contract. It seemed contrary to public order that such an agreement could be perpetual. Thus, rather than merely allowing the surety to sue the debtor even before paying, as did the fifth paragraph of article 1953 C.C.L.C., article 2348 allows the surety, where the period or amount for which the suretyship was contracted is indeterminate, to terminate the suretyship after three years by giving prior and sufficient notice to those concerned.

Judicial sureties do not have this power to revoke a suretyship, as the amount and period of the suretyship are fixed by the judgment.

débitrice en faillite *Marché Union Inc.* avait pris fin lors de la cessation de leurs fonctions. La Cour d'appel a alors jugé que le cautionnement ne prenait pas fin du seul fait de la cessation de l'exercice des fonctions de la caution. Cet engagement ne pouvait se terminer pour ce motif que sur preuve d'une intention commune des parties que le cautionnement, lié à l'exercice des fonctions de la caution, s'éteindrait lors de la cessation de cet exercice. Cet arrêt signifiait qu'une extinction de cette nature devait être prévue au contrat.

À la suite de cet arrêt, l'Office de révision du Code civil proposa de modifier les art. 1953 et 1954 C.c.B.C., de manière à prévoir la nature et le terme des cautionnements attachés à des fonctions. Les premières propositions législatives se trouvent aux art. 2348 et 2349 du projet de loi 125. Elles s'accompagnaient des commentaires suivants du ministre de la Justice à la Sous-commission des institutions de l'Assemblée nationale :

**2348.** Le cautionnement consenti pour une période ou une somme indéterminée comporte, après trois ans et tant que la dette n'est pas devenue exigible, la faculté pour la caution d'y mettre fin en donnant un préavis suffisant au débiteur, au créancier et aux autres cautions.

Cette règle ne s'applique pas lorsque le cautionnement est judiciaire.

. . .

**COMMENTAIRE :** Cet article s'inspire de l'article 862 O.R.C.C. lui-même inspiré des articles 1953-5° et 1954 C.c.B.C. Il permet la révocation du cautionnement consenti pour une période ou une somme indéterminée, même en l'absence d'une clause à cet effet au contrat. Il a semblé contraire à l'ordre public qu'un engagement puisse être perpétuel. Aussi, plutôt que de seulement permettre à la caution de poursuivre le débiteur, même avant d'avoir payé, comme le prévoyait le cinquième paragraphe de l'article 1953 C.c.B.C., l'article 2348 permet-il à la caution, après trois ans, lorsque la période ou la somme pour laquelle le cautionnement a été consenti ne sont pas déterminées, de mettre fin au cautionnement en donnant un préavis suffisant aux personnes concernées.

La caution judiciaire ne jouit pas de cette faculté de révocation, puisque le jugement en fixera le montant et la période.

*SUPPLEMENTARY NOTE: The various types of suretyships referred to in article 1954 C.C.L.C. are covered by sector-specific legislation respecting public servants.*

**2349.** A suretyship attached to the performance of special duties is terminated upon cessation of the duties.

**COMMENTARY:** This article is new law and puts an end to the debate surrounding the validity of a tacit revocation of a continuing suretyship (*Swift Canadian Co. v. Wienstein*, (1977) C.S. 12; C.A. Montréal, 500-09-000406-777, January 28, 1982 (J.E. 82-231)).

A suretyship contracted by a person in connection with special duties he or she performs is terminated upon cessation of the duties. It was felt that the cessation of the fundamental element of the agreement, namely the special duties performed by the surety, constituted the term of the suretyship.

(Projet de loi 125: Code civil du Québec, *Commentaires détaillés sur les dispositions du projet*, Book V: Des obligations. Titre II : Des contrats nommés (1991), vol. II, at pp. 775-76)

The *Civil Code of Québec* restates the text proposed by the Civil Code Revision Office. However, the commentary for art. 2363 C.C.Q. no longer mentions *Swift*:

**Art. 2362.** Where the suretyship is contracted with a view to covering future or indeterminate debts, or for an indeterminate period, the surety may terminate it after three years, so long as the debt has not become exigible, by giving prior and sufficient notice to the debtor, the creditor and the other sureties.

This rule does not apply in the case of a judicial suretyship.

[TRANSLATION]

#### *Commentary*

This article is based on articles 1953(5) and 1954 C.C.L.C. It allows a suretyship contracted with a view to covering future or indeterminate debts, or for an indeterminate period, to be revoked even if there is no clause to this effect in the contract. It seemed contrary to public order that such an agreement could be perpetual. Thus, rather than merely allowing the surety to sue the debtor even before paying, as in the fifth case listed in article 1953

*NOTE ADDITIONNELLE : Quant aux divers cautionnements dont fait état l'article 1954 C.c.B.C., ils sont couverts par les lois sectorielles concernant les employés publics.*

**2349.** Le cautionnement attaché à l'exercice de fonctions particulières prend fin lorsque cessent ces fonctions.

**COMMENTAIRE :** Cet article de droit nouveau met fin à la controverse entourant la validité de la révocation tacite d'un cautionnement continu (*Swift Canadian Co. v. Wienstein*, (1977) C.S. 12; C.A. Montréal, 500-09-000406-777, le 28 janvier 1982 (J.E. 82-231)).

Le cautionnement consenti par une personne en raison des fonctions particulières qu'elle exerce, prend fin lorsque cessent ces fonctions. On a considéré que la cessation de l'élément fondamental de l'engagement, les fonctions particulières exercées par la caution, constituait le terme du cautionnement.

(Projet de loi 125 : Code civil du Québec, *Commentaires détaillés sur les dispositions du projet*, Livre V : Des obligations. Titre deuxième : Des contrats nommés (1991), vol. II, p. 775-776)

Le *Code civil du Québec* reprend le texte des propositions de l'Office de révision du Code civil. Cependant, on note que le commentaire relatif à l'art. 2363 C.c.Q. ne renvoie plus à l'arrêt *Swift* :

**Art. 2362.** Le cautionnement consenti en vue de couvrir des dettes futures ou indéterminées, ou encore pour une période indéterminée, comporte, après trois ans et tant que la dette n'est pas devenue exigible, la faculté pour la caution d'y mettre fin en donnant un préavis suffisant au débiteur, au créancier et aux autres cautions.

Cette règle ne s'applique pas dans le cas d'un cautionnement judiciaire.

#### *Commentaire*

Cet article s'inspire des articles 1953(5) et 1954 C.C.B.C. Il permet la révocation du cautionnement consenti en vue de couvrir des dettes futures ou indéterminées, ou encore pour une période indéterminée, même en l'absence d'une clause à cet effet dans le contrat. Il a semblé contraire à l'ordre public qu'un engagement puisse être perpétuel. Aussi, plutôt que de seulement permettre à la caution de poursuivre le débiteur, même avant d'avoir payé,



C.C.L.C., article 2362 allows the surety to terminate the suretyship after three years by giving prior and sufficient notice to those concerned.

Judicial sureties do not have this power to revoke a suretyship, as the amount and period of the suretyship are fixed by the judgment.

As for the various types of suretyships referred to in article 1954 C.C.L.C., they are attached to the performance of special duties and are for this reason covered by article 2363 or by special Acts.

**Art. 2363.** A suretyship attached to the performance of special duties is terminated upon cessation of the duties.

[TRANSLATION]

#### *Commentary*

This article is new law.

A suretyship contracted in connection with special duties performed by the surety or the principal debtor is terminated upon cessation of the duties. It was felt that the cessation of the fundamental element of the agreement, namely the special duties, constituted the term of the suretyship.

*(Commentaires du ministre de la Justice: Le Code civil du Québec — Un mouvement de société (1993), vol. II, at pp. 1482-83)*

(b) *Debate Over the Interpretation and Scope of Article 2363 C.C.Q.*

28 Since the coming into force of the final version of art. 2363 C.C.Q., the Quebec legal community has been unable to agree on the scope it should be given. The arguments of the parties in the instant case illustrate the two ends of the spectrum of possible interpretations of this provision.

29 At one end of the spectrum, the appellant submits that the interpretation of the majority of the Court of Appeal is incorrect. According to him, art. 2363 C.C.Q. should be given a broad and liberal interpretation so as to further its objective of protecting the surety. The appellant thus contends that, where there is a connection between the suretyship and the surety's duties, the cessation of the performance of those duties terminates the suretyship. In his opinion, the provision supplements the intention of the parties

comme le prévoyait le cinquième cas de l'article 1953 C.C.B.C., l'article 2362 permet à la caution, après trois ans, de mettre fin au cautionnement en donnant un préavis suffisant aux personnes concernées.

La caution judiciaire ne jouit pas de cette faculté de révocation, puisque le jugement en fixera le montant et la période.

Quant aux divers cautionnements dont fait état l'article 1954 C.C.B.C., ils se rattachent à l'exercice de fonctions particulières et sont dès lors visés par l'article 2363 ou par des lois particulières.

**Art. 2363.** Le cautionnement attaché à l'exercice de fonctions particulières prend fin lorsque cessent ces fonctions.

#### *Commentaire*

Cet article est de droit nouveau.

Le cautionnement consenti en raison de fonctions particulières exercées par la caution ou par le débiteur principal, prend fin lorsque cessent ces fonctions. On a considéré que la cessation de l'élément fondamental de l'engagement, les fonctions particulières, constituait le terme du cautionnement.

*(Commentaires du ministre de la Justice : Le Code civil du Québec — Un mouvement de société (1993), t. II, p. 1482-1483)*

(b) *Les controverses relatives à l'interprétation et à la portée de l'art. 2363 C.c.Q.*

Depuis l'entrée en vigueur du texte définitif de l'art. 2363 C.c.Q., la communauté juridique québécoise ne s'entend pas sur la portée qui devrait être accordée à cette disposition. Les prétentions des parties en l'espèce mettent en évidence les deux extrémités du spectre des différentes interprétations possibles de cette disposition.

À une extrémité du spectre, l'appellant soutient que l'interprétation des juges majoritaires de la Cour d'appel est erronée. Selon lui, l'art. 2363 C.c.Q. devrait recevoir une interprétation large et libérale afin d'atteindre son objectif de protection de la caution. L'appellant prétend ainsi que, dès qu'il existe un lien entre le cautionnement et les fonctions de la caution, la cessation de l'exercice de ces fonctions met fin au cautionnement. À son avis, cette disposition est supplétive de la volonté des parties et,

and, unless the contract states otherwise as regards their intention, art. 2363 C.C.Q. should produce its full effect. Thus, Mr. Reid argues that there is no need to prove that the parties agreed on the term of the suretyship when they signed the contract.

At the other end of the spectrum, the respondent contends that art. 2363 C.C.Q. should be given a narrow reading. Thus, art. 2363 C.C.Q. applies only to legal suretyships involving, for example, tutors (art. 242 C.C.Q.), liquidators of successions (art. 790 C.C.Q.) and administrators of the property of others (art. 1324 C.C.Q.). According to this submission, art. 2363 C.C.Q. does not apply to cases in which a person stands surety for the obligations of a third party principal debtor. In these specific cases, the respondent submits, it must be proven, by showing that the surety's special duties were the fundamental element of their agreement, that the parties intended that the cessation of the surety's duties would terminate the suretyship. Thus, the provision does not apply to suretyships attached to the duties of directors of business corporations. In the alternative, if art. 2363 C.C.Q. were interpreted in such a way that it might apply to duties of this nature, it would still have to be shown that the creditor agreed that its agreements with the surety included this power to resiliate.

The decisions of the Quebec courts are divided on the scope of art. 2363 C.C.Q. One line of cases advocates a broad interpretation of art. 2363 C.C.Q. According to these cases, where a surety proves that the suretyship is attached to the performance of his or her duties in a company, the agreement is terminated upon cessation of the performance of those duties (*Armoires D.L.M. inc. v. Constructions Plani-sphère inc.*, J.E. 96-639 (Sup. Ct.), AZ-96021212; *Entreprises Roofmart (Québec) ltée v. Filiatreault (Succession de)*, B.E. 99BE-906 (Sup. Ct.), AZ-99026441; *Emco ltée v. Plamondon*, B.E. 99BE-174 (C.Q.), AZ-99036091). In *Armoires D.L.M.*, *supra*, Thibault J. (as she then was) held that, once this has been proven, the end of the suretyship is not dependent on the creditor's actually knowing about the cessation of the performance of the surety's duties. De Pokomandy J.C.Q.

en l'absence de volonté contraire prévue au contrat, l'art. 2363 C.c.Q. doit produire son plein effet. M. Reid plaide donc qu'il n'est pas nécessaire de prouver que les parties se sont entendues sur le terme du cautionnement lors de la conclusion du contrat.

À l'autre extrémité du spectre, l'intimée soutient que l'art. 2363 C.c.Q. doit recevoir une interprétation restrictive. Ainsi, l'art. 2363 C.c.Q. ne s'appliquerait qu'aux cautionnements légaux, tel que le cautionnement du tuteur (art. 242 C.c.Q.), du liquidateur d'une succession (art. 790 C.c.Q.) et de l'administrateur du bien d'autrui (art. 1324 C.c.Q.). D'après cette prétention, l'art. 2363 C.c.Q. ne viserait pas les cas où une personne cautionne les obligations d'un tiers débiteur principal. L'intimée prétend que, dans ces cas particuliers, il est nécessaire de prouver que les parties ont prévu que la cessation des fonctions de la caution mettrait fin au cautionnement, en démontrant que la fonction particulière de la caution a été l'élément fondamental de leur engagement. Cette disposition n'inclurait pas les cautionnements attachés aux fonctions des administrateurs de sociétés commerciales. Subsidiairement, si l'interprétation de l'art. 2363 C.c.Q. permettait de l'appliquer à ce type de fonction, encore faudrait-il démontrer que le créancier a accepté que cette faculté de résiliation fasse partie de ses accords avec la caution.

La jurisprudence québécoise est divisée quant à la portée à donner à l'art. 2363 C.c.Q. D'une part, on retrouve un courant jurisprudentiel qui prône une interprétation large de l'art. 2363 C.c.Q. Selon ce courant, lorsque la caution prouve que le cautionnement est attaché à l'exercice de ses fonctions dans la compagnie, alors cet engagement prend fin à la cessation de l'exercice de ces fonctions (*Armoires D.L.M. inc. c. Constructions Plani-sphère inc.*, J.E. 96-639 (C.S.), AZ-96021212; *Entreprises Roofmart (Québec) ltée c. Filiatreault (Succession de)*, B.E. 99BE-906 (C.S.), AZ-99026441; *Emco ltée c. Plamondon*, B.E. 99BE-174 (C.Q.), AZ-99036091). Dans l'affaire *Armoires D.L.M.*, précitée, la juge Thibault, alors à la Cour supérieure, a conclu que, lorsque cette preuve était faite, la fin du cautionnement n'était pas subordonnée à la connaissance effective du créancier de la cessation de l'exercice

30

31

went even further in his interpretation of art. 2363 C.C.Q. in *Banque nationale du Canada v. Reid*, [2001] R.J.Q. 1349, another case concerning Mr. Reid in the matter of a suretyship contracted in favour of the National Bank of Canada when he was a director of B.S.L. De Pokomandy J.C.Q. held that a suretyship undertaken by an officer or director of a company was presumed to be attached to the performance of the surety's duties (p. 1356). Opposed to this line of cases is a second line that advocates a narrow reading of art. 2363 C.C.Q. According to the second line of cases, the application of art. 2363 depends on proof that the parties agreed that the suretyship attached to duties was to be terminated upon cessation of the performance of those duties (*Caisse populaire Desjardins de Plessisville v. Parent*, J.E. 2000-789 (Sup. Ct.), AZ-00021374; *Groupe Permacon inc. v. Fata*, J.E. 97-1052 (C.Q.), AZ-97031181; *Métropole Litho inc. v. Groupe Propulsion inc.*, J.E. 94-1990 (Sup. Ct.)).

32

The debate concerning the interpretation of art. 2363 C.C.Q. is also reflected in the academic commentaries. Professor Bélanger favours a liberal construction of art. 2363 C.C.Q. that protects both the surety and the creditor. According to him, although it is not enough to merely show a connection between the suretyship and the duties performed by the surety, art. 2363 C.C.Q. should apply in cases where it is proven that the suretyship was contracted in connection with the surety's duties (A. Bélanger, "De la fonction de la caution en tant que terme implicite du cautionnement" (1998), 58 *R. du B.* 137, at pp. 141-42; see also the comments of Professor P. Ciotola, *Droit des sûretés* (3rd ed. 1999), at p. 67). Other authors, however, have expressed concern about the scope of the provision. They fear that an overly broad interpretation would weaken the effectiveness of the security and wonder whether, to give the provision an effect similar to the one suggested by the appellant, it would not have been necessary to frame it more clearly (L. Poudrier-LeBel, "Provisions respecting suretyship in the new Civil Code of Quebec", in *Reform of the Civil Code* (1993), vol. 3B, at p. 12).

des fonctions de la caution. Le juge de Pokomandy de la Cour du Québec est allé encore plus loin dans son interprétation de l'art. 2363 C.c.Q. dans l'affaire *Banque nationale du Canada c. Reid*, [2001] R.J.Q. 1349, qui impliquait aussi M. Reid à propos d'un cautionnement fourni en faveur de la Banque nationale du Canada, lorsqu'il était administrateur de B.S.L. En effet, le juge de Pokomandy a alors décidé qu'un cautionnement souscrit par un officier ou un administrateur d'une compagnie était présumé attaché à l'exercice de ces fonctions (p. 1356). À l'opposé de ce courant jurisprudentiel, une autre tendance prône une interprétation restrictive de l'art. 2363 C.c.Q. Selon cette tendance, l'application de l'art. 2363 dépend de la preuve que les parties entendaient que le cautionnement attaché à une fonction se termine à la cessation de l'exercice de cette fonction (*Caisse populaire Desjardins de Plessisville c. Parent*, J.E. 2000-789 (C.S.), AZ-00021374; *Groupe Permacon inc. c. Fata*, J.E. 97-1052 (C.Q.), AZ-97031181; *Métropole Litho inc. c. Groupe Propulsion inc.*, J.E. 94-1990 (C.S.)).

Cette controverse relative à l'interprétation de l'art. 2363 C.c.Q. se reflète aussi dans la doctrine. Le professeur Bélanger favorise une interprétation libérale de l'art. 2363 C.c.Q., qui assure une protection à la fois de la caution et du créancier. Selon cet auteur, bien qu'il ne suffise pas de démontrer l'existence d'un simple lien entre le cautionnement et la fonction exercée par la caution, l'art. 2363 C.c.Q. devrait trouver application dans les cas où il est prouvé que le cautionnement a été consenti en raison de la fonction de la caution (A. Bélanger, « De la fonction de la caution en tant que terme implicite du cautionnement » (1998), 58 *R. du B.* 137, p. 141-142; voir aussi les commentaires du professeur P. Ciotola, *Droit des sûretés* (3<sup>e</sup> éd. 1999), p. 67). À l'inverse, certains auteurs s'inquiètent de la portée de cette disposition. Ils redoutent qu'une interprétation trop large de celle-ci n'affaiblisse l'efficacité de la sûreté et ils se demandent si le texte n'aurait pas dû être rédigé dans des termes plus clairs pour qu'on lui donne le genre d'effet proposé par l'appelant (L. Poudrier-LeBel, « Les dispositions du nouveau Code civil du Québec, relatives au cautionnement », dans *La réforme du Code*

Claxton feels that art. 2363 C.C.Q. should be given a narrow reading and should apply only in exceptional cases where the suretyship is not contracted in return for payment (J. B. Claxton, *Security on Property and the Rights of Secured Creditors under the Civil Code of Québec* (1994), at pp. 308-9).

(c) *French Law and the Problem of Suretyships Attached to Duties*

In contrast to Quebec law, French civil law has no provision comparable to art. 2363 C.C.Q. In France, the commentators and the courts are in disagreement on the problem of suretyships terminated as a result of the cessation of the performance of the surety's duties: most of the commentators are in favour of such a term's being implicit in suretyships, but the Court of Cassation has categorically rejected this position.

A theory developed by Professor Mouly seems to have met with general acceptance among French commentators. According to it, the cessation of the performance of the surety's duties is considered an indeterminate extinctive term of the suretyship (C. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement* (1979), at pp. 347 *et seq.*). As Professor Simler points out, there is nothing that would prevent this term from being tacit:

[TRANSLATION] In this case, the term is indeterminate. There is no reason why the term could not also be tacit. It is perfectly obvious that if a senior officer stands surety for his or her company, it is not by accident, nor a coincidence. The connection between this personal undertaking and the duties performed by the officer is a consideration that has undeniably entered into the realm of contracts as an implicit element of a contract. Any creditor claiming otherwise would patently do so in bad faith.

(P. Simler, "Le juge et la caution. Excès de rigueur ou excès d'indulgence?", J.C.P. éd. N. 1986.I.169, at p. 175)

While some trial courts have accepted this theory, the Court of Cassation has consistently refused to endorse it (see, for example: Com. November 3, 1988, Bull. civ. IV, No. 283, p. 193

*civil*, t. II, *Obligations, contrats nommés* (1993), 1031, p. 1052). De même, l'auteur Claxton estime que l'art. 2363 C.c.Q. devrait recevoir une interprétation restrictive. Il ne devrait s'appliquer que dans les cas exceptionnels où le cautionnement n'est pas consenti à titre onéreux (J. B. Claxton, *Security on Property and the Rights of Secured Creditors under the Civil Code of Québec* (1994), p. 308-309).

c) *Le droit français et le problème du cautionnement de fonctions*

Contrairement au droit québécois, on ne retrouve pas, en droit civil français, une disposition similaire à l'art. 2363 C.c.Q. En France, la problématique de l'extinction du cautionnement par la cessation de l'exercice des fonctions de la caution oppose la doctrine et la jurisprudence, la première prônant majoritairement un tel terme implicite du cautionnement, la Cour de cassation rejetant catégoriquement cette thèse.

Une théorie émanant du professeur Mouly paraît généralement acceptée par la doctrine française. Selon cette théorie, la cessation de l'exercice des fonctions de la caution est considérée comme un terme extinctif indéterminé du cautionnement (C. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement* (1979), p. 347 *et suiv.*). Comme le souligne le professeur Simler, rien ne s'oppose à ce que ce terme soit tacite :

Le terme, dans ce cas, est indéterminé. Rien ne s'oppose à ce qu'il soit, au surplus, tacite. Or il est absolument évident que si un dirigeant cautionne sa société, ce n'est pas par l'effet du hasard ou de la coïncidence. Le lien entre cet engagement personnel et les fonctions exercées est une considération dont il n'est pas niable qu'elle soit entrée dans le champ contractuel, qu'elle soit un élément inexprimé du contrat. Le créancier qui prétendrait le contraire serait d'une mauvaise foi patente.

(P. Simler, « Le juge et la caution. Excès de rigueur ou excès d'indulgence? », J.C.P. éd. N. 1986.I.169, p. 175)

Bien que certaines juridictions de fond aient accepté cette théorie, la Cour de cassation a toujours refusé d'y adhérer (voir notamment : Com. 3 novembre 1988, Bull. civ. IV, n° 283, p. 193

33

34

35

(*Prette v. Banque internationale pour l'Afrique occidentale (BIAO)*); Com. December 6, 1988, Bull. civ. IV, No. 334, p. 225 (*Crédit du Nord v. Bourlet*); Com. May 30, 1989, Bull. civ. IV, No. 166, p. 110 (*Crédit lyonnais v. Bonche*); Com. April 24, 1990, D. 1991.177 (*Simon v. Banque française de l'agriculture et du crédit mutuel*), Annot. Morvan). The court's decision of April 24, 1990 is clear: [TRANSLATION] "a suretyship contracted by a senior officer of a company [is] limited to the term of his or her duties only if such a limitation is set out in the suretyship contract". Thus, according to the Court of Cassation, the cessation of the surety's duties is an extinctive term of the suretyship only if the parties have expressly provided for this (M. Bandrac, "Sûretés", *Rev. trim. dr. civ.* 1989.358, at p. 361).

(3) Effect of Applying Article 2363 C.C.Q.

36

Despite the difficulties caused by this provision and the concerns expressed about its effect on legal and commercial practices, it would appear that in Quebec law, as Chamberland J.A. concluded, the effect of art. 2363 C.C.Q. is that all suretyships attached to the performance of special duties have the cessation of the performance of those duties as their term.

37

This provision cannot be limited to legal suretyships without disregarding the broad and liberal approach to interpretation applicable to the *Civil Code of Québec*. As Chamberland J.A. pointed out, the main objective of this provision is to protect the surety (para. 97). The Minister of Justice stated in his commentaries on the *Civil Code of Québec's* chapter on suretyships that the suretyship provisions were intended [TRANSLATION] "to provide enhanced protection for sureties and limit the abuses that have been denounced on many occasions" (*Commentaires du ministre de la Justice*, vol. II, *supra*, at p. 1465). Although a balance must be maintained between protecting sureties' interests and protecting creditors' interests, the majority of the Court of Appeal gave the provision too narrow a scope. Thus, contrary to the respondent's contention, art. 2363 C.C.Q. cannot be interpreted and applied as if it were a mere renewal of

(*Prette c. Banque internationale pour l'Afrique occidentale (BIAO)*); Com. 6 décembre 1988, Bull. civ. IV, n° 334, p. 225 (*Crédit du Nord c. Bourlet*); Com. 30 mai 1989, Bull. civ. IV, n° 166, p. 110 (*Crédit lyonnais c. Bonche*); Com. 24 avril 1990, D. 1990.177 (*Simon c. Banque française de l'agriculture et du crédit mutuel*), note Morvan). L'arrêt du 24 avril 1990 est clair : « le cautionnement contracté par un dirigeant social n'[est] limité à la durée de ses fonctions que si une telle limitation était précisée dans l'acte de cautionnement ». Ainsi, selon la Cour de cassation, la cessation des fonctions de la caution n'est un terme extinctif du cautionnement que dans les cas où les parties l'ont prévu expressément (M. Bandrac, « Sûretés », *Rev. trim. dr. civ.* 1989.358, p. 361).

(3) L'effet de l'application de l'art. 2363 C.c.Q.

Malgré les difficultés causées par cette disposition et les inquiétudes exprimées quant à son effet sur la pratique juridique et commerciale, en droit québécois, l'art. 2363 C.c.Q. paraît bien vouloir, comme le conclut le juge Chamberland, que tous les cautionnements attachés à l'exercice de fonctions particulières aient pour terme la cessation de l'exercice de ces fonctions.

On ne saurait restreindre cette disposition aux seuls cas de cautionnements légaux sans mettre de côté la méthode d'application large et libérale applicable à l'interprétation du *Code civil du Québec*. Comme l'a fait remarquer le juge Chamberland, cette disposition a pour objectif principal la protection de la caution (par. 97). Dans ses commentaries relatifs au chapitre du cautionnement dans le *Code civil du Québec*, le ministre de la Justice a effectivement précisé que les dispositions relatives au cautionnement visent « à assurer une protection accrue des cautions et à limiter les abus souvent dénoncés » (*Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, *op. cit.*, p. 1465). Bien qu'il soit nécessaire de maintenir un équilibre entre la protection des intérêts de la caution et de ceux du créancier, l'opinion majoritaire de la Cour d'appel donnait une portée trop restrictive à cette disposition. Ainsi, contrairement à la prétention de l'intimée, l'art. 2363 C.c.Q.

art. 1954 C.C.L.C. that applied only to legal suretyships.

The respondent argues that art. 2363 C.C.Q. does not apply to suretyships of company directors because the reference to *Swift* does not appear in the Minister of Justice's commentary on the final version of the provision. This cannot be inferred from the Minister of Justice's commentary. These commentaries, which were drafted before and after the *Civil Code of Québec* was enacted, are of course not official and have no more weight than comments by academic authors (D. Jutras, "Le ministre et le Code — essai sur les *Commentaires*", in *Mélanges Paul-André Crépeau* (1997), 451, in particular at pp. 455 and 464; see also: Côté, *supra*, at p. 552, in which the author states that, when interpreting the *Civil Code*, the Minister's commentaries have the weight of "official doctrine"). This Court has indeed stated, in *Doré, supra*, at paras. 12-14, that it is possible to use the Minister of Justice's commentaries to interpret a provision of the *Civil Code of Québec*, but Gonthier J. was quick to add that "the commentaries are not an absolute authority. They are not binding on the courts, and their weight can vary, *inter alia*, in light of other factors that may assist in interpreting the *Civil Code's* provisions" (para. 14).

Article 2363 C.C.Q. cannot have so narrow a scope simply because the reference to *Swift* was omitted from the Minister of Justice's commentary. The commentary also states that art. 2363 C.C.Q. is new law and applies to the various suretyships referred to in art. 1954 C.C.L.C. Article 2363 C.C.Q. could not be new law if it applied to only those suretyships mentioned in art. 1954 C.C.L.C. The legislature included those suretyships in the scope of art. 2363 C.C.Q. but did not limit it to them. Such an interpretation of art. 2363 C.C.Q. would introduce a distinction between legal and conventional suretyships, whereas the provision, as worded, makes no such distinction. Chamberland J.A. was therefore correct to conclude that art. 2363 C.C.Q. is not merely the equivalent of

ne peut être interprété et appliqué comme s'il était la simple reconduction de l'art. 1954 C.c.B.C. et ne visait que les cautionnements légaux.

L'intimée plaide que l'art. 2363 C.c.Q. ne vise pas les cautionnements des administrateurs de compagnies, en raison de l'absence de référence à l'arrêt *Swift* dans les commentaires du ministre de la Justice à l'égard du texte définitif de la disposition. Il n'est pas possible d'inférer cela des commentaires du ministre de la Justice. Ces commentaires, élaborés tant avant qu'après l'adoption du *Code civil du Québec*, n'ont certes aucune valeur officielle, celle-ci ne dépassant pas celle de la doctrine (D. Jutras, « Le ministre et le Code — essai sur les *Commentaires* », dans *Mélanges Paul-André Crépeau* (1997), 451, notamment aux p. 455 et 464; voir aussi : Côté, *op. cit.*, p. 697, qui souligne que, lors de l'interprétation du *Code civil*, les commentaires du ministre ont une valeur de « doctrine officielle »). Notre Cour a déjà précisé, dans l'arrêt *Doré*, précité, qu'il était toutefois possible d'avoir recours aux commentaires du ministre de la Justice pour interpréter une disposition du *Code civil du Québec* (par. 12-14), mais le juge Gonthier s'est empressé d'ajouter que « ces commentaires ne constituent pas une autorité absolue. Ils ne lient pas les tribunaux et leur poids pourra varier, notamment, au regard des autres éléments pouvant aider l'interprétation des dispositions du *Code civil* » (par. 14).

L'article 2363 C.c.Q. ne saurait avoir une portée aussi restrictive à cause de la seule omission de la référence à l'arrêt *Swift* dans les commentaires du ministre de la Justice. En effet, on précise aussi dans ces commentaires que l'art. 2363 C.c.Q. est de droit nouveau et que les divers cautionnements prévus à l'art. 1954 C.c.B.C. y sont visés. L'article 2363 C.c.Q. ne pourrait être de droit nouveau s'il ne devait s'appliquer qu'aux seuls cautionnements prévus à l'art. 1954 C.c.B.C. Le législateur a inclus ces cautionnements dans l'art. 2363 C.c.Q., mais il ne s'y est point limité. De plus, une telle interprétation de l'art. 2363 C.c.Q. introduirait une distinction entre les cautionnements légaux et les cautionnements conventionnels, alors que le texte de la disposition ne fait pas cette distinction. Le juge

38

39

art. 1954 C.C.L.C. (para. 95). The provision applies to all suretyships attached to the performance of the surety's duties, without distinction between legal and conventional suretyships.

Chamberland a donc valablement conclu que l'art. 2363 C.c.Q. n'est pas le simple pendant de l'art. 1954 C.c.B.C. (par. 95). Cette disposition vise tous les cautionnements attachés à l'exercice des fonctions de la caution, sans distinction entre les cautionnements légaux ou conventionnels.

40 Moreover, unlike art. 2362 C.C.Q., which requires a surety to give notice to the creditor before terminating the suretyship, art. 2363 C.C.Q. includes no such requirement. Although the legislature could have included words to this effect, none appear in the provision in question. Thus, for art. 2363 C.C.Q. to operate, the surety need not send the creditor any notice whatsoever or establish that the creditor was aware of the cessation of his or her duties.

De plus, contrairement à l'art. 2362 C.c.Q., qui exige que la caution envoie un avis au créancier afin de mettre fin à son cautionnement, l'art. 2363 C.c.Q. ne contient pas cette exigence. Bien qu'il eût été possible d'adopter une disposition législative de ce genre, celle-ci ne se retrouve pas dans le texte pertinent. L'article 2363 C.c.Q. produit donc ses effets sans que la caution ait à envoyer un avis quelconque au créancier ou à établir la connaissance acquise par celui-ci de la fin de ses fonctions.

41 The effects of art. 2363 C.C.Q. are produced in their entirety once the surety has proven that the suretyship was contracted in connection with the duties he or she performs. Thus, as Chamberland J.A. concluded on this issue, the surety bears the burden of proof (paras. 90-91). Contrary to the opinion of the majority of the Court of Appeal, a surety is required to prove neither that the creditor required the suretyship solely because of his or her capacity nor that the parties intended to make the termination of the suretyship conditional on the cessation of the performance of his or her duties (para. 28). Since the parties could always provide that the suretyship would terminate at the same time as the employment, to require such proof would, as Chamberland J.A. mentioned, render art. 2363 C.C.Q. essentially meaningless (para. 98). Since art. 2363 C.C.Q. already provides that the suretyship terminates upon cessation of the performance of the surety's duties, there is no need for the parties to provide for this in their contract. It is enough for the surety to show that the duties he or she performed constituted one of the reasons why the creditor requested the suretyship.

L'article 2363 C.c.Q. produira pleinement ses effets dès que la caution aura prouvé que le cautionnement a été consenti en raison de la fonction qu'elle exerce. Ainsi, tel que l'a conclu le juge Chamberland quant à cette question, le fardeau de preuve repose sur les épaules de la caution (par. 90-91). Contrairement à l'opinion des juges majoritaires de la Cour d'appel, la caution n'a donc pas l'obligation de prouver que le créancier a exigé son cautionnement en raison uniquement de sa qualité ni de prouver que les parties voulaient assujettir l'extinction du cautionnement à la cessation de l'exercice de ses fonctions (par. 28). Vu que les parties pouvaient toujours stipuler que le cautionnement prendrait fin avec l'emploi, comme l'a souligné le juge Chamberland, une telle exigence de preuve viderait en grande partie de son sens l'art. 2363 C.c.Q. (par. 98). Puisque l'art. 2363 C.c.Q. prévoit déjà que le cautionnement prend fin à la cessation de l'exercice des fonctions de la caution, il n'est, en effet, pas nécessaire de le stipuler dans le contrat. Il suffit que la caution démontre que l'un des motifs pour lesquels le créancier a demandé le cautionnement était la fonction qu'elle exerçait.

42 When the scope of this provision and the risks it may entail for creditors are being assessed, it is important to note that art. 2363 C.C.Q. is not

Par ailleurs, dans l'appréciation de la portée de cette disposition et des risques qu'elle comporte pour les créanciers, il importe de souligner que

of public order; rather, it supplements the parties' intention within the meaning of art. 9 C.C.Q. To justify a narrow reading of art. 2363 C.C.Q., the respondent contended that the provision was in fact of public order because of the Minister of Justice's commentary regarding s. 131 A.I.R.C.C., which reads as follows:

[TRANSLATION] This section is of the same nature as the section preceding it. In existing contractual situations, the section provides for the immediate application of the imperative provisions of the new legislation requiring that a suretyship contracted in connection with special duties performed by the surety or the principal debtor terminate upon cessation of the duties. The suretyship will be terminated, except with respect to debts already existing at the time, when the new provisions come into force provided that the special duties constituting the fundamental element of the agreement have already ceased at that time.

This section is also consistent with the principle laid down in section 5. [Emphasis added.]

*(Loi sur l'application de la réforme du Code civil et Commentaires du ministre de la Justice (1994), at p. 348)*

For reasons that I will also present in analysing s. 131 A.I.R.C.C., I think this argument is unsound. The wording of art. 2363 C.C.Q. is very different from that of art. 2361 C.C.Q., in which the legislature expressly provided that the death of the surety would terminate the suretyship "[n]otwithstanding any contrary provision". The fact that the legislature did not include such a clarification in art. 2363 C.C.Q. indicates that its intention was not for this provision to be one of public order. There is therefore an error in the Minister of Justice's commentary regarding s. 131 A.I.R.C.C., since it does not take into account the clear difference in wording between arts. 2361 and 2363 C.C.Q. Thus, art. 2363 C.C.Q. applies in all cases where the parties have not overridden it by contract. As the academic commentators have noted, the parties are always free to include in their suretyship contract the stipulations needed to exclude or alter the application of art. 2363 C.C.Q. The creditor might agree with the surety on a clause regarding, *inter alia*, the term of the suretyship or a notification procedure, in order to enhance the protection

l'art. 2363 C.c.Q. n'est pas d'ordre public, mais est supplétif de la volonté des parties en vertu de l'art. 9 C.c.Q. Pour justifier une interprétation étroite de l'art. 2363 C.c.Q., l'intimée a prétendu que la disposition était plutôt d'ordre public en raison des commentaires du ministre de la Justice concernant l'art. 131 L.a.r.C.c., qui se lisent comme suit :

Cet article est de même nature que l'article précédent. Il prévoit l'application immédiate, aux situations contractuelles en cours, des dispositions impératives de la loi nouvelle voulant qu'un cautionnement consenti en raison de fonctions particulières exercées par la caution ou par le débiteur principal, prenne fin lorsque cessent ces fonctions. Ce cautionnement s'éteindra, sauf à l'égard des dettes alors existantes, avec l'entrée en vigueur des dispositions nouvelles, dès lors qu'avaient déjà cessé, à ce moment, les fonctions particulières qui constituaient l'élément fondamental de l'engagement.

Cet article est également conforme au principe énoncé à l'article 5. [Je souligne.]

*(Loi sur l'application de la réforme du Code civil et Commentaires du ministre de la Justice (1994), p. 348)*

Pour les raisons que j'exposerai lors de l'analyse de l'art. 131 L.a.r.C.c., cette prétention me paraît mal fondée. En effet, le texte de l'art. 2363 C.c.Q. diffère nettement de celui de l'art. 2361 C.c.Q., où le législateur a expressément prévu que le décès de la caution mettait fin au cautionnement « malgré toute stipulation contraire ». N'ayant pas apporté une telle précision à l'art. 2363 C.c.Q., le législateur n'avait pas l'intention d'en faire une disposition d'ordre public. Les commentaires du ministre de la Justice concernant l'art. 131 L.a.r.C.c. comportent donc une erreur, puisqu'ils ne tiennent pas compte de la différence claire de formulation des art. 2361 et 2363 C.c.Q. Ainsi, l'art. 2363 C.c.Q. s'applique dans tous les cas où les parties n'y ont pas dérogé contractuellement. Comme le souligne la doctrine, les parties sont toujours libres d'inclure les stipulations nécessaires dans leur contrat de cautionnement afin d'écarter l'application de l'art. 2363 C.c.Q. ou de le moduler. Le créancier peut alors convenir avec la caution de dispositions relatives au terme du cautionnement ou à la procédure d'avis notamment, afin d'améliorer la



he or she obtains in requiring this personal security (Claxton, *supra*, at p. 309; Poudrier-LeBel, *supra*, at p. 12; L. Poudrier-LeBel, “L’extinction du cautionnement”, in Collection de droit, vol. 5, *Obligations et contrats* (2003), 321, at p. 323; Bélanger, *supra*, at p. 144).

44

As Chamberland J.A. correctly pointed out, the effect of art. 2363 C.C.Q. is to discharge the surety but not the principal debtor (para. 96). Moreover, under art. 2364 C.C.Q., the surety is discharged only from debts arising after the cessation of performance of his or her duties and remains liable for debts existing at that time (para. 99).

#### B. *The Transitional Law*

45

The respondent submits that the effect of the above interpretation of art. 2363 C.C.Q. is that the article applies retroactively in light of s. 131 A.I.R.C.C., which is contrary to the principle established by s. 2 A.I.R.C.C. that the provisions of the *Civil Code of Québec* do not have retroactive effect. The respondent argued before this Court that, when the suretyship contract was signed, the rule in *Swift* was the law. The respondent added that the parties could not have foreseen that art. 2363 C.C.Q. would have the effect of terminating the suretyship upon cessation of the performance of the appellant’s duties and that the provision accordingly could not supplement their intention. I cannot agree with this argument.

46

The principles of retroactivity, immediate application and retrospectivity of new legislation must not be confused with each other. New legislation does not operate retroactively when it is applied to a situation made up of a series of events that occurred before and after it came into force or with respect to legal effects straddling the date it came into force (Côté, *supra*, at p. 175). If events are under way when it comes into force, the new legislation will apply in accordance with the principle of immediate application, that is, it governs the future development of the legal situation (Côté, *supra*, at pp. 152 *et seq.*). If the legal effects of the situation are already occurring when the new

protection qu’il reçoit en exigeant cette sûreté personnelle (Claxton, *op. cit.*, p. 309; Poudrier-LeBel, *loc. cit.*, p. 1052; L. Poudrier-LeBel, « L’extinction du cautionnement », dans Collection de droit, vol. 5, *Obligations et contrats* (2003), 321, p. 323; Bélanger, *loc. cit.*, p. 144).

Comme l’a bien souligné le juge Chamberland, l’art. 2363 C.c.Q. a pour effet de libérer la caution, mais non le débiteur principal (par. 96). De plus, en vertu de l’art. 2364 C.c.Q., la caution n’est libérée que des dettes subséquentes à la cessation de l’exercice de ses fonctions, et demeure tenue des dettes existantes à ce moment (par. 99).

#### B. *Le droit transitoire*

L’intimée prétend que l’interprétation de l’art. 2363 C.c.Q. qui vient d’être dégagée rend son application rétroactive en raison de l’art. 131 L.a.r.C.c., contrairement au principe de la non-rétroactivité des dispositions du *Code civil du Québec* prévu à l’art. 2 L.a.r.C.c. L’intimée a ainsi plaidé devant notre Cour que, lors de la conclusion du contrat de cautionnement, l’état du droit était régi par l’arrêt *Swift*. Elle ajoute que les parties ne pouvaient pas prévoir que l’art. 2363 C.c.Q. aurait pour effet de mettre fin au cautionnement lors de la cessation de l’exercice des fonctions de l’appelant et qu’en conséquence cette disposition ne pouvait être supplétive de leur volonté. Je ne puis souscrire à cette prétention.

En effet, les principes de rétroactivité, d’application immédiate et de retrospectivité des lois nouvelles ne doivent pas être confondus. Il n’y a pas de rétroactivité lorsqu’une loi nouvelle s’applique à une situation constituée d’un ensemble de faits survenus avant et après l’entrée en vigueur du nouveau texte de loi ou à des effets juridiques qui chevauchent cette date (Côté, *op. cit.*, p. 220). Lorsque des faits sont en cours au moment de son entrée en vigueur, la loi nouvelle s’applique selon le principe de l’application immédiate, c’est-à-dire qu’elle régit le déroulement futur de la situation juridique (Côté, *op. cit.*, p. 191 *et suiv.*). Si les effets juridiques sont en cours au moment de

legislation comes into force, the principle of retrospective effect applies. According to this principle, the new legislation governs the future consequences of events that happened before it came into force but does not modify effects that occurred before that date (Côté, *supra*, at pp. 133 *et seq.* and pp. 194 *et seq.*). When new legislation modifies those prior effects, its effect is retroactive (Côté, *supra*, at pp. 133 *et seq.*). Professor Driedger gave a good explanation of this distinction between retroactive and retrospective effect:

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.]

(E. A. Driedger, "Statutes: Retroactive Retrospective Reflections" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 264, at pp. 268-69)

In the case at bar, s. 131 A.I.R.C.C. has retrospective effect. It applies to an event that has already happened, namely the signing of the suretyship contract, but governs only the future effects of the contract. Thus, under this provision, the suretyship is terminated upon cessation of the performance of the surety's duties, except as regards debts already in existence when the new legislation came into force. As s. 131 A.I.R.C.C. does not modify legal effects that occurred before it came into force, its effect is merely retrospective, not retroactive.

This application of the new legislation might have been avoided by applying the principle of survival of the former legislation (Côté, *supra*, at pp. 152 *et seq.*). As Professor Côté points out, the signing of a contract usually creates rights and obligations, which are considered vested rights and which, generally speaking, remain subject

l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, le principe de la rétrospectivité s'applique. Selon ce principe, la loi nouvelle régit les conséquences futures de faits accomplis avant son entrée en vigueur, sans toutefois modifier les effets qui se sont produits avant cette date (Côté, *op. cit.*, p. 167 *et suiv.*, et p. 245 *et suiv.*). Dans le cas où elle vient modifier ces effets antérieurs, la loi nouvelle a un effet rétroactif (Côté, *op. cit.*, p. 167 *et suiv.*). Le professeur Driedger a bien mis en évidence cette distinction entre les effets rétroactif et rétrospectif :

[TRADUCTION] Une loi rétroactive est une loi qui 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 rétroactive rend la loi différente de ce qu'elle serait autrement à l'égard d'un événement antérieur. [En italique dans l'original.]

(E. A. Driedger, « Statutes : Retroactive Retrospective Reflections » (1978), 56 *R. du B. can.* 264, p. 268-269)

En l'espèce, l'art. 131 L.a.r.C.c. a un effet rétrospectif. En effet, cette disposition s'applique à un fait déjà accompli, soit la conclusion du contrat de cautionnement, mais elle ne régit que les effets futurs de ce contrat. Ainsi, en vertu de cette disposition, le cautionnement s'éteint à la cessation de l'exercice des fonctions de la caution, sauf quant aux dettes existantes lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. L'article 131 L.a.r.C.c. ne modifiant pas les effets juridiques survenus avant son entrée en vigueur, il n'a alors qu'un effet rétrospectif et non rétroactif.

Cette application de la loi nouvelle aurait pu être mise de côté en vertu du principe de la survie de la loi ancienne (Côté, *op. cit.*, p. 191 *et suiv.*). Comme le souligne le professeur Côté, la conclusion d'un contrat emporte généralement des droits et obligations qui sont considérés comme des droits acquis et qui, en règle générale, demeurent régis par loi

to the former legislation (Côté, *supra*, at p. 163). This specific case of survival of the former legislation has even been addressed in the first paragraph of s. 4 A.I.R.C.C. However, this principle is not absolute and may be subject to certain exceptions expressly or implicitly provided for by the legislature (*Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. M.N.R.*, [1977] 1 S.C.R. 271, at p. 282; *Acme Village School District No. 2296 (Board of Trustees of) v. Steele-Smith*, [1933] S.C.R. 47). For example, in the second paragraph of s. 4 A.I.R.C.C., the legislature provided that the exercise of rights and performance of obligations, and the proof, transfer, alteration or extinction thereof, would be governed by the new legislation rather than the former legislation. Section 131 A.I.R.C.C. is another exception that applies specifically to the case at bar. In the case before us, the former legislation has not survived, so the new legislation applies retrospectively. Section 131 A.I.R.C.C. expresses the legislature's clear intention, namely that, by the operation of s. 131, art. 2363 C.C.Q. applies to suretyship contracts in effect when the new code came into force.

49

As I noted above, to apply art. 2363 C.C.Q. retrospectively like this does not make the provision an imperative one. The legislature intended merely to rectify certain abuses so as to better protect sureties who contract suretyships in connection with the performance of their duties and to adopt a consistent approach to situations of this nature in the future.

*C. Application of Article 2363 C.C.Q. and Section 131 A.I.R.C.C. to the Facts of the Case at Bar*

50

Article 2363 C.C.Q. applies in the case at bar, as it has been shown that the appellant's suretyship was contracted in connection with the duties he performed for B.S.L. After investing in the company through Prodiar, the appellant became a director and the secretary of B.S.L. The trial judge found that the appellant had contracted the suretyship in connection with the duties he performed. Cohen J. accepted the testimony of Mr. Charette, the respondent's representative,

ancienne (Côté, *op. cit.*, p. 205). Ce cas particulier de survie de la loi ancienne a même été prévu au premier alinéa de l'art. 4 L.a.r.C.c. Ce principe n'est toutefois pas absolu, mais peut souffrir certaines exceptions expressément ou implicitement prévues par le législateur (*Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. M.R.N.*, [1977] 1 R.C.S. 271, p. 282; *Acme Village School District No. 2296 (Board of Trustees of) c. Steele-Smith*, [1933] R.C.S. 47). Par exemple, au deuxième alinéa de l'art. 4 L.a.r.C.c., le législateur a prévu que l'exercice des droits, l'exécution des obligations, leur preuve, leur transmission, leur mutation et leur extinction sont régis par la loi nouvelle et non par la loi ancienne. L'article 131 L.a.r.C.c. constitue une autre exception qui vise spécifiquement le cas d'espèce. Dans le cas qui nous occupe, il n'y a donc pas de survie de la loi ancienne au profit d'une application rétrospective de la loi nouvelle. L'article 131 L.a.r.C.c. exprime donc l'intention claire du législateur, c'est-à-dire qu'il a pour effet de rendre l'art. 2363 C.c.Q. applicable aux contrats de cautionnement en vigueur lors de l'entrée en vigueur du nouveau code.

Comme je l'ai souligné précédemment, une telle application rétrospective de l'art. 2363 C.c.Q. n'a pas pour effet de rendre la disposition impérative. Le législateur ne voulait que remédier à certains abus afin de mieux protéger les cautions qui fournissent des cautionnements dans le cadre de l'exercice de leur fonction et d'uniformiser toutes les situations de cette nature pour l'avenir.

*C. Application des art. 2363 C.c.Q. et 131 L.a.r.C.c. aux faits de la présente affaire*

L'article 2363 C.c.Q. s'applique en l'espèce, car il a été démontré que le cautionnement de l'appelant a été consenti en raison des fonctions qu'il exerçait au sein de B.S.L. Après avoir investi dans celle-ci par l'intermédiaire de Prodiar, l'appelant est devenu administrateur et secrétaire de cette compagnie. La juge de première instance a conclu que l'appelant avait consenti son cautionnement en raison des fonctions qu'il exerçait. La juge Cohen a effectivement retenu le témoignage

that the respondent required only the individuals involved in the company's management and administration to stand surety (para. 15). Chamberland J.A. correctly held that the trial judge's conclusion in this regard was well founded. He mentioned the testimony of Mr. Collin, a shareholder in B.S.L., that the respondent [TRANSLATION] "[wanted] to have everyone who was part of the company and was a director of the company", and the appellant's testimony that he had contracted his suretyship [TRANSLATION] "as an owner-director of the company" (para. 92). Chamberland J.A. also noted that the testimony of the appellant and Mr. Collin had not been contradicted and, moreover, that it would appear from Mr. Charette's testimony that the respondent checked into Mr. Reid's creditworthiness only after requiring him to stand surety. Although the evidence was somewhat limited, the trial judge's findings of fact are nonetheless valid and cannot be varied by this Court. The evidence thus establishes that the appellant's suretyship was contracted in connection with the duties he performed for B.S.L. For this reason, the appellant is discharged from his suretyship, except with respect to debts existing when the *Civil Code of Québec* came into force on January 1, 1994. As too many uncertainties still remain as to whether any debts existed at that time and, if so, what their value might be, and since these uncertainties could not be cleared up at the hearing, the matter should be remitted to the Superior Court to consider and decide this issue.

## VII. Conclusion

The appeal is allowed in part. The appellant is discharged from his suretyship, except with respect to any debts existing on January 1, 1994. The matter is remitted to the Quebec Superior Court to determine the amount of any balance due at that date and order the appellant to pay that amount, if any, to the respondent up to the limit of his suretyship, which has been fixed at \$15,000. The whole with costs to the appellant.

de M. Charette, représentant de l'intimée, selon lequel l'intimée a exigé un cautionnement uniquement des personnes impliquées dans la gestion et l'administration de l'entreprise (par. 15). Le juge Chamberland a décidé, à juste titre, que cette conclusion du juge de première instance était bien fondée. Il a souligné que M. Collin, actionnaire de B.S.L., avait témoigné que l'intimée « [voulait] avoir tout le monde qui faisait partie de la compagnie puis qui était administrateur de la compagnie », et que l'appelant avait témoigné qu'il avait consenti son cautionnement « à titre de propriétaire administrateur de l'entreprise » (par. 92). Le juge Chamberland a aussi noté que ces témoignages de l'appelant et de M. Collin n'ont pas été contredits et qu'au surplus il appert du témoignage de M. Charette que l'intimée n'a vérifié la solvabilité de M. Reid qu'après avoir exigé son cautionnement. Malgré le caractère assez sommaire de la preuve, ces conclusions de fait du juge de première instance demeurent valables et ne sauraient être modifiées par notre Cour. La preuve établit donc que le cautionnement de l'appelant a été consenti en raison des fonctions qu'il exerçait au sein de B.S.L. En conséquence, l'appelant est libéré de son cautionnement, sauf pour les dettes qui existaient lors de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, le 1<sup>er</sup> janvier 1994. Comme de nombreux doutes subsistent quant à l'existence et au montant des dettes existantes à cette date et que ceux-ci n'ont pas pu être dissipés à l'audition, il y a lieu de renvoyer l'affaire à la Cour supérieure pour qu'elle examine cette question et statue sur son objet.

## VII. Conclusion

Le pourvoi est accueilli en partie. L'appelant est déclaré libéré de son cautionnement, sauf quant aux dettes existantes le 1<sup>er</sup> janvier 1994, s'il en est. Le dossier est renvoyé à la Cour supérieure du Québec pour qu'elle détermine le montant de tout solde dû à cette date et ordonne à l'appelant d'acquiescer ce solde, s'il est établi, en faveur de l'intimée, jusqu'à concurrence, s'il y a lieu, de la limite de son cautionnement établi à 15 000 \$. Le tout avec dépens en faveur de l'appelant.

*Appeal allowed in part with costs.*

*Solicitors for the appellant: Gravel Bédard  
Vaillancourt, Sainte-Foy.*

*Solicitors for the respondent: Clément Davi-  
gnon, Montréal.*

*Pourvoi accueilli en partie avec dépens.*

*Procureurs de l'appelant : Gravel Bédard  
Vaillancourt, Sainte-Foy.*

*Procureurs de l'intimée : Clément Davignon,  
Montréal.*

**Hydro-Québec** *Appellant*

v.

**Modestos Glykis and Eleftheria  
Theodossiou Glykis** *Respondents*

INDEXED AS: GLYKIS v. HYDRO-QUÉBEC

Neutral citation: 2004 SCC 60.

File No.: 29588.

2004: April 13; 2004: October 1.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, Arbour,\*  
LeBel, Deschamps and Fish JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUÉBEC

*Public services — Supply of electricity — Interruption of service — Customer refusing to pay bill for electricity supplied to his rental property — Hydro-Québec ceasing to deliver electricity to customer's principal residence — Whether Hydro-Québec may interrupt supply of electricity to service point other than one in respect of which bill unpaid — Bylaw No. 411 establishing the conditions governing the supply of electricity, (1987) 119 G.O. II, 1233, ss. 3 "customer", "delivery point", 99.*

After a customer refused to pay an amount he owed for electricity services supplied to a rental property he owned, Hydro-Québec, after serving notice on him, interrupted the supply of electricity to his residence even though the account for that delivery point was not in arrears. The customer and his wife brought an action against Hydro-Québec, alleging that they had sustained damage as a result of the interruption of service. The Superior Court dismissed the action, holding that Hydro-Québec has the right to interrupt the supply of electricity to a service point other than the one in respect of which the bill is unpaid. The majority of the Court of Appeal set aside the judgment.

*Held* (LeBel and Fish JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie and Deschamps JJ.: Regulatory provisions must be interpreted by following the approach to statutory

\* Arbour J. took no part in the judgment.

**Hydro-Québec** *Appelante*

c.

**Modestos Glykis et Eleftheria  
Theodossiou Glykis** *Intimés*

RÉPERTORIÉ : GLYKIS c. HYDRO-QUÉBEC

Référence neutre : 2004 CSC 60.

N<sup>o</sup> du greffe : 29588.2004 : 13 avril; 2004 : 1<sup>er</sup> octobre.Présents : La juge en chef McLachlin et les juges  
Bastarache, Binnie, Arbour\*, LeBel, Deschamps et Fish.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Services publics — Fourniture d'électricité — Interruption de service — Client refusant de payer une facture pour l'électricité fournie à son immeuble locatif — Hydro-Québec cessant de livrer l'électricité à la résidence principale du client — Hydro-Québec peut-elle interrompre la fourniture d'électricité à un point de service autre que celui pour lequel un compte est en souffrance? — Règlement n<sup>o</sup> 411 établissant les conditions de fourniture de l'électricité, (1987) 119 G.O. II, 1918, art. 3 « client », « point de livraison », 99.*

À la suite du refus d'un client de payer la somme qu'il doit pour des services d'électricité fournis à un immeuble locatif dont il est propriétaire, Hydro-Québec, après avis, interromp la fourniture d'électricité à sa résidence même si aucun arrérage n'est dû pour ce point de livraison. Le client et son épouse intentent une action contre Hydro-Québec alléguant avoir subi des dommages en raison de l'interruption de service. La Cour supérieure rejette l'action, concluant qu'Hydro-Québec a le droit d'interrompre la fourniture d'électricité à un point de service autre que celui pour lequel le compte est en souffrance. La Cour d'appel, à la majorité, infirme ce jugement.

*Arrêt* (les juges LeBel et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie et Deschamps : L'interprétation de textes réglementaires doit, avec les adaptations nécessaires, se faire

\* La juge Arbour n'a pas pris part au jugement.

interpretation, with necessary adaptations. Thus, the relevant provision must be read in its entire context, taking into consideration the ordinary and grammatical sense of the words, together with the scheme and object of the statute and the intention of the legislature. In the instant case, s. 99(1) of *Bylaw No. 411 establishing the conditions governing the supply of electricity* provided the basis for the authority to interrupt service where “the customer fail[ed] to pay his bill on time”. Since a customer, as defined in the bylaw, may have more than one contract, since each contract corresponds to a separate delivery point, and since Hydro-Québec may interrupt service when a customer has not paid his or her bill, the ordinary meaning of the words leads to the conclusion that s. 99(1) allows power to be interrupted at any delivery point in respect of which the defaulting customer holds a contract. Section 99 establishes a relationship between the customer and Hydro-Québec, rather than between a delivery point and the service provider. The right to interrupt service at any delivery point is consistent with other provisions of the bylaw and reflects the legislature’s intention to give Hydro-Québec a means to limit overdue amounts by putting pressure on defaulting customers. The legislative history of Hydro-Québec’s constituent legislation confirms this interpretation. Furthermore, since the service provider does not choose its customers, the possible interruption of service is not an exorbitant or draconian measure, as it is preceded by a warning and affects only the defaulting customer. Nor can the rule limiting the exception for nonperformance of obligations to correlative obligations (art. 1591 C.C.Q.) be an obstacle to the power of interruption exercised in the case at bar. Interpreted in light of arts. 1590 and 300 C.C.Q., the customer’s correlative obligation to Hydro-Québec includes all contracts between them. Finally, this power to interrupt service does not confer a new right, as it dates from the last century and is very similar to powers conferred by law on other public utilities.

*Per LeBel and Fish JJ. (dissenting):* Since the content of a contract between Hydro-Québec and a customer is determined largely by statutes and regulations, the discretionary power to interrupt the supply of electricity at all of a customer’s service points if the customer has failed to pay a bill relating to one of his or her contracts must be expressly granted by the legislature. However, it can be seen from s. 99 of *Bylaw No. 411 establishing the conditions governing the supply of electricity* that the contractual relationship between Hydro-Québec and the consumer is founded on a contract. This regulatory scheme based on the concept that contracts are linked to individual service points defines the scope of Hydro-Québec’s power to act. It allows Hydro-Québec to manage contracts, but not to interfere in other contractual

selon la méthode d’interprétation de textes législatifs. Ainsi, la disposition visée doit être lue dans son contexte global, en prenant en considération le sens ordinaire et grammatical des mots, ainsi que l’esprit et l’objet de la loi et l’intention du législateur. En l’espèce, l’art. 99, par. 1<sup>o</sup> du *Règlement n<sup>o</sup> 411 établissant les conditions de fourniture de l’électricité* constitue le fondement du pouvoir d’interruption de service lorsque le « client ne paie pas sa facture à échéance ». Puisqu’un client, tel que défini au règlement, peut avoir plusieurs abonnements, que chaque abonnement correspond à un point de livraison distinct, et qu’Hydro-Québec peut interrompre le service lorsque le client ne paie pas sa facture, le sens ordinaire des mots amène à conclure que l’art. 99, par. 1<sup>o</sup> permet l’interruption à n’importe quel point de livraison pour lequel le client défaillant est titulaire d’un abonnement. L’article 99 établit une relation entre le client et Hydro-Québec, et non entre un point de livraison et le fournisseur de service. Le droit d’interrompre le service à n’importe quel point de livraison est compatible avec d’autres dispositions du règlement et reflète l’intention du législateur de doter Hydro-Québec d’un moyen de limiter les sommes en souffrance tout en faisant pression sur les clients défaillants. L’historique législatif de la loi constitutive d’Hydro-Québec confirme d’ailleurs cette interprétation. De plus, comme le fournisseur de service ne choisit pas ses clients, l’interruption éventuelle du service n’est pas une mesure exorbitante ou draconienne puisqu’elle est précédée d’un avis et que celle-ci ne touche que le client défaillant. Par ailleurs, la règle limitant aux obligations corrélatives le droit d’invoquer l’exception d’inexécution des obligations (art. 1591 C.c.Q.) ne saurait faire obstacle au pouvoir d’interruption exercé en l’espèce. Interprétée à la lumière des art. 1590 et 300 C.c.Q., l’obligation corrélatrice du client envers Hydro-Québec inclut tous les abonnements dont il est titulaire. Enfin, ce pouvoir d’interruption ne confère aucun droit inédit puisqu’il date du siècle dernier et est tout à fait semblable à celui conféré par la loi à d’autres fournisseurs de services publics.

*Les juges LeBel et Fish (dissidents):* Puisque la législation et la réglementation déterminent largement le contenu du contrat entre Hydro-Québec et son client, le pouvoir discrétionnaire d’interrompre la fourniture d’électricité à tous les points de service d’un client au cas de défaut de paiement à l’égard de l’un de ses abonnements doit être expressément accordé par le législateur. Or, il ressort de l’art. 99 du *Règlement n<sup>o</sup> 411 établissant les conditions de fourniture de l’électricité* que la relation contractuelle entre Hydro-Québec et le consommateur est établie sur la base d’un abonnement. Cette structure réglementaire fondée sur un concept d’abonnement rattaché à des points de service distincts délimite la portée du pouvoir d’intervention d’Hydro-Québec. Elle permet de gérer les abonnements, mais non de s’immiscer dans

relationships. This interpretation nevertheless does not deprive Hydro-Québec of the right to recover the amount of a claim in the ordinary manner. It simply means that Hydro-Québec cannot interrupt service at will other than at the service point linked to the contract in respect of which the dispute has arisen.

### Cases Cited

By Deschamps J.

**Considered:** *Montreal Gas Co. v. Cadieux*, [1899] A.C. 589; **referred to:** *Boucher v. Commission hydro-électrique de Québec*, [1968] R.L. 347; *Delage v. Hydro-Québec*, Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-013881-73, December 11, 1973; *Landry v. Hydro-Québec*, Sup. Ct. Québec, No. 200-05-003524-928, October 28, 1992; *Dallaire v. Hydro-Québec*, Sup. Ct. Québec, No. 200-05-003377-939, January 7, 1994; *Godbout v. Hydro-Québec*, [2001] R.D.I. 106; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42.

By LeBel and Fish JJ. (dissenting)

*Bédard v. Hydro-Québec*, [1982] C.A. 518; *Montreal Gas Co. v. Cadieux*, [1899] A.C. 589, rev'g (1898), 28 S.C.R. 382; *Solunac v. Hydro-Québec*, R.E.J.B. 2001-23403.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting the mode of payment for electric and gas service in certain buildings*, R.S.Q., c. M-37, s. 2.

*Act to amend and consolidate the act incorporating the Royal Electric Company*, S.Q. 1898, 61 Vict., c. 66, ss. 27, 29.

*Act to amend the Act incorporating the New City Gas Company of Montreal, and to extend the powers of the said Company*, S. Prov. C. 1849, 12 Vict., c. 183, s. 20.

*Bylaw No. 411 establishing the conditions governing the supply of electricity*, (1987) 119 G.O. II, 1233, ss. 3. "customer", "delivery point", 10, 82(1), 99.

*Bylaw No. 634 respecting the conditions governing the supply of electricity*, (1996) 128 G.O. II, 2292.

*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 300, 1437, 1590, 1591.

*Electric Power Terms and Conditions of Supply Regulation*, Man. Reg. 186/90, s. 17.

*Hydro-Québec Act*, R.S.Q., c. H-5, ss. 22.0.1 [ad. 1983, c. 15, s. 15], 48.

*Nova Scotia Power Incorporated Approved Regulations*, November 1, 2002, s. 6.1.

*Quebec Hydro-Electric Commission Act*, R.S.Q. 1941, c. 98A, s. 51 [ad. 1945, c. 30, s. 22].

*SaskEnergy Act*, S.S. 1992, c. S-35.1, s. 35.

des relations contractuelles différentes. Cette interprétation ne prive pas pour autant Hydro-Québec du droit de recouvrer ses créances par les moyens habituels. Elle signifie tout simplement qu'Hydro-Québec ne peut à son gré interrompre le service ailleurs qu'au point de service de l'abonnement où le différend a pris naissance.

### Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

**Arrêt examiné :** *Montreal Gas Co. c. Cadieux*, [1899] A.C. 589; **arrêts mentionnés :** *Boucher c. Commission hydro-électrique de Québec*, [1968] R.L. 347; *Delage c. Hydro-Québec*, C.S. Montréal, n° 500-05-013881-73, 11 décembre 1973; *Landry c. Hydro-Québec*, C.S. Québec, n° 200-05-003524-928, 28 octobre 1992; *Dallaire c. Hydro-Québec*, C.S. Québec, n° 200-05-003377-939, 7 janvier 1994; *Godbout c. Hydro-Québec*, [2001] R.D.I. 106; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42.

Citée par les juges LeBel et Fish (dissidents)

*Bédard c. Hydro-Québec*, [1982] C.A. 518; *Montreal Gas Co. c. Cadieux*, [1899] A.C. 589, inf. (1898), 28 R.C.S. 382; *Solunac c. Hydro-Québec*, R.E.J.B. 2001-23403.

### Lois et règlements cités

*Acte pour amender l'Acte d'Incorporation de la Nouvelle Compagnie du Gaz de Montréal, et pour étendre les pouvoirs de la dite Compagnie*, S. Prov. C. 1849, 12 Vict., ch. 183, art. 20.

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 300, 1437, 1590, 1591.

*Electric Power Terms and Conditions of Supply Regulation*, Règl. du Man. 186/90, art. 17.

*Loi amendant et refondant la loi constituant en corporation la compagnie royale d'électricité*, S.Q. 1898, 61 Vict., ch. 66, art. 27, 29.

*Loi de la Commission hydroélectrique de Québec*, S.R.Q. 1941, ch. 98A, art. 51 [aj. 1945, ch. 30, art. 22].

*Loi sur Hydro-Québec*, L.R.Q., ch. H-5, art. 22.0.1 [aj. 1983, ch. 15, art. 15], 48.

*Loi sur le mode de paiement des services d'électricité et de gaz dans certains immeubles*, L.R.Q., ch. M-37, art. 2.

*Nova Scotia Power Incorporated Approved Regulations*, 1<sup>er</sup> novembre 2002, art. 6.1.

*Règlement n° 411 établissant les conditions de fourniture de l'électricité*, (1987) 119 G.O. II, 1918, art. 3 « client », « point de livraison », 10, 82, par. 1<sup>o</sup>, 99.

*Règlement n° 634 sur les conditions de fourniture de l'électricité*, (1996) 128 G.O. II, 2998.

*SaskEnergy Act*, S.S. 1992, ch. S-35.1, art. 35.



APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2003] R.J.Q. 36, [2002] Q.J. No. 5661 (QL), reversing a decision of the Superior Court. Appeal allowed, LeBel and Fish JJ. dissenting.

*Jules Brière, Hélène Gauvin and Jacinte Lafontaine*, for the appellant.

*Jérôme Choquette, Q.C., and Jean-Stéphane Kourie*, for the respondents.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie and Deschamps JJ. delivered by

DESCHAMPS J. —

#### I. Introduction

1 This appeal concerns the right of the appellant, Hydro-Québec, to interrupt the supply of electricity to a service point other than the one in respect of which the bill is unpaid. For the reasons that follow, I would allow the appeal.

2 In June 1994, the respondent, Modestos Glykis, was the owner of a rental property. He refused to pay the amount he owed for electricity supplied to that property. After serving notice on Mr. Glykis, Hydro-Québec interrupted the supply of electricity to his residence, even though the account for that delivery point was not in arrears. Glykis paid the bill after a few days without power. He and his spouse, Eleftheria Theodossiou, brought an action against Hydro-Québec. They alleged that they had sustained damage as a result of the interruption of service.

3 Rousseau J. of the Superior Court ruled that the payment was due and that Hydro-Québec had the right to interrupt service: Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-013674-955, July 26, 1999. She applied the interpretation given in the vast majority of cases to the provisions enabling Hydro-Québec to take such actions (*Boucher v. Commission hydro-électrique de Québec*, [1968] R.L. 347 (Prov. Ct.); *Delage v. Hydro-Québec*, Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-013881-73, December 11, 1973; *Landry v. Hydro-Québec*, Sup. Ct. Québec, No. 200-05-003524-928, October 28,

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2003] R.J.Q. 36, [2002] J.Q. n° 5661 (QL), qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi accueilli, les juges LeBel et Fish sont dissidents.

*Jules Brière, Hélène Gauvin et Jacinte Lafontaine*, pour l'appelante.

*Jérôme Choquette, c.r., et Jean-Stéphane Kourie*, pour les intimés.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Binnie et Deschamps a été rendu par

LA JUGE DESCHAMPS —

#### I. Introduction

Le pourvoi porte sur le droit de l'appelante Hydro-Québec d'interrompre la fourniture d'électricité à un point de service autre que celui pour lequel le compte est en souffrance. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

En juin 1994, l'intimé, M. Modestos Glykis, est propriétaire d'un immeuble locatif. Il refuse de payer la somme qu'il doit pour des services d'électricité fournis à cet immeuble. Hydro-Québec, après avis à M. Glykis, interrompt la fourniture d'électricité à sa résidence même si aucun arrérage n'est dû pour ce point de livraison. M. Glykis paie après quelques jours d'interruption. Son épouse, M<sup>me</sup> Eleftheria Theodossiou et lui-même intentent une poursuite. Ils allèguent avoir subi des dommages par suite de l'interruption de service.

La juge Rousseau, de la Cour supérieure, conclut que le compte est en souffrance et qu'Hydro-Québec était en droit d'interrompre le service : C.S. Montréal, n° 500-05-013674-955, 26 juillet 1999. Elle suit l'interprétation largement majoritaire donnée aux dispositions habilitant Hydro-Québec à prendre une telle mesure (*Boucher c. Commission hydro-électrique de Québec*, [1968] R.L. 347 (C.P.); *Delage c. Hydro-Québec*, C.S. Montréal, n° 500-05-013881-73, 11 décembre 1973; *Landry c. Hydro-Québec*, C.S. Québec, n° 200-05-003524-928, 28 octobre

1992; *Dallaire v. Hydro-Québec*, Sup. Ct. Québec, No. 200-05-003377-939, January 7, 1994; *Godbout v. Hydro-Québec*, [2001] R.D.I. 106 (Sup. Ct.).

The majority of the Court of Appeal set aside the judgment: [2003] R.J.Q. 36. Nuss J.A. was of the view that an interruption of service is aimed at preventing a customer's debt from growing and cannot be used to pressure a customer into paying. According to him, service may be interrupted only at the delivery point with respect to which the bill is unpaid. As for Brossard J.A., he acknowledged that the applicable legislative provisions allowed power to be cut off at a location other than the one with the overdue payment, but found that such a power was exorbitant. Mailhot J.A., dissenting, upheld the Superior Court's approach and concluded that art. 1590 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("C.C.Q."), gives Hydro-Québec the authority to rely on its bylaws to enforce its right to have a customer perform his or her obligation to pay an overdue bill.

## II. Analysis

The approach to statutory interpretation is well-known (*Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42). A statutory provision must be read in its entire context, taking into consideration not only the ordinary and grammatical sense of the words, but also the scheme and object of the statute, and the intention of the legislature. This approach to statutory interpretation must also be followed, with necessary adaptations, in interpreting regulations.

### A. *The Ordinary Sense of the Enabling Statutory and Regulatory Provisions*

At the time in question, s. 22.0.1 of the *Hydro-Québec Act*, R.S.Q., c. H-5 (as am. by S.Q. 1983, c. 15, s. 15), authorized Hydro-Québec to adopt bylaws fixing the conditions for the provision of its service:

**22.0.1** The rates and conditions upon which power is supplied must be consistent with sound financial management.

1992; *Dallaire c. Hydro-Québec*, C.S. Québec, n° 200-05-003377-939, 7 janvier 1994; *Godbout c. Hydro-Québec*, [2001] R.D.I. 106 (C.S.).

La Cour d'appel, à la majorité, infirme le jugement : [2003] R.J.Q. 36. Le juge Nuss estime que l'interruption de service a pour but d'éviter l'accroissement de la dette d'un client et ne peut être utilisée pour faire pression en vue d'obtenir paiement. Selon lui, l'interruption de service ne peut avoir lieu qu'au point correspondant au compte en souffrance. Le juge Brossard, quant à lui, reconnaît que les dispositions législatives applicables permettent l'interruption à un point autre que celui pour lequel la somme est due, mais il conclut qu'un tel pouvoir est exorbitant. La juge Mailhot, dissidente, confirme l'approche de la Cour supérieure et conclut que l'art. 1590 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »), autorise Hydro-Québec à s'appuyer sur sa réglementation pour mettre en œuvre son droit à l'exécution de l'obligation du client de payer le compte échu.

## II. Analyse

La méthode d'interprétation des textes législatifs est bien connue (*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42). La disposition législative doit être lue dans son contexte global, en prenant en considération non seulement le sens ordinaire et grammatical des mots mais aussi l'esprit et l'objet de la loi et l'intention du législateur. Cette méthode, énoncée à l'occasion de l'analyse de textes législatifs, s'impose, avec les adaptations nécessaires, pour l'interprétation de textes réglementaires.

### A. *Le sens ordinaire de l'habilitation législative et réglementaire*

L'article 22.0.1 de la *Loi sur Hydro-Québec*, L.R.Q., ch. H-5 (mod. L.Q. 1983, ch. 15, art. 15), autorisait, à l'époque pertinente, Hydro-Québec à adopter des règlements fixant les conditions de fourniture de service :

**22.0.1** Les tarifs et les conditions auxquels l'énergie est fournie doivent être compatibles avec une saine administration financière.

4

5

6

The rates and conditions are fixed by by-law of the Corporation, according to the categories it determines, or by special contracts.

The by-laws and contracts are subject to the approval of the Government.

7

At the time the dispute arose, s. 99(1) of *Bylaw No. 411 establishing the conditions governing the supply of electricity*, (1987) 119 G.O. II, 1233 ("Bylaw"), provided the basis for the authority to interrupt service. In 1996, it was replaced by *Bylaw No. 634 respecting the conditions governing the supply of electricity*, (1996) 128 G.O. II, 2292, but the changes are not relevant to this case. Section 99 reads as follows:

**99.** Subject to provisions in the Act respecting the mode of instalment for electric and gas service in certain buildings (R.S.Q., c. M-37), Hydro-Québec may refuse to supply or deliver electricity or may interrupt the supply or delivery of it in the following cases:

- (1) the customer fails to pay his bill on time;
- (2) a federal, provincial or municipal agency with jurisdiction in this realm orders it to do so;
- (3) public safety requires that it do so;
- (4) the customer defrauds, manipulates or tampers with metering equipment or any other Hydro-Québec equipment, impedes the supply or delivery of electricity or contravenes Section 104;
- (5) the customer refuses to provide Hydro-Québec with information required under this Bylaw or supplies erroneous information;
- (6) the customer refuses to make the deposit or supply any other guarantee required under this Bylaw;
- (7) the customer fails to make the modifications or adjustments necessary to ensure that his electrical installation complies with requirements stipulated in this Bylaw or, despite Hydro-Québec's request that he do so, fails to eliminate the causes of disturbances on the system;
- (8) the customer does not use electricity in accordance with conditions and requirements stipulated in Division 1 of this Chapter;
- (9) contrary to Section 103, the customer refuses Hydro-Québec representatives access to his premises;
- (10) contrary to Section 65, the customer refuses to allow the installation on his premises of Hydro-Québec's equipment, including metering and control equipment;

Ces tarifs et ces conditions sont fixés par règlement de la Société, selon les catégories qu'elle détermine, ou par contrats spéciaux.

Ces règlements et ces contrats sont soumis à l'approbation du gouvernement.

Au moment du litige, le par. 1<sup>o</sup> de l'art. 99 du *Règlement n<sup>o</sup> 411 établissant les conditions de fourniture de l'électricité*, (1987) 119 G.O. II, 1918 (« Règlement »), constituait le fondement du pouvoir d'interruption de service. Il a été remplacé en 1996 par le *Règlement n<sup>o</sup> 634 sur les conditions de fourniture de l'électricité*, (1996) 128 G.O. II, 2998, mais les changements ne sont pas pertinents pour les besoins du dossier. L'article 99 dispose :

**99.** Sous réserve de la Loi sur le mode de paiement des services d'électricité et de gaz dans certains immeubles (L.R.Q., c. M-37), le distributeur peut refuser de fournir ou de livrer l'électricité ou en interrompre la fourniture ou la livraison dans les cas suivants :

- 1<sup>o</sup> le client ne paie pas sa facture à échéance;
- 2<sup>o</sup> un organisme fédéral, provincial ou municipal ayant juridiction en la matière l'ordonne;
- 3<sup>o</sup> la sécurité publique l'exige;
- 4<sup>o</sup> le client fraude, manipule ou dérange l'appareillage de comptage ou tout autre appareillage du distributeur, entrave la fourniture ou la livraison de l'électricité ou contrevient à l'article 104;
- 5<sup>o</sup> le client refuse de fournir au distributeur les renseignements exigibles en vertu du présent règlement ou fournit des renseignements erronés;
- 6<sup>o</sup> le client refuse de fournir le dépôt ou toute autre garantie exigibles en vertu du présent règlement;
- 7<sup>o</sup> le client n'apporte pas les modifications ou ajustements nécessaires pour que son installation électrique soit conforme aux exigences prévues au présent règlement, ou, malgré la demande du distributeur, il n'élimine pas les causes de perturbation au réseau;
- 8<sup>o</sup> le client n'utilise pas l'électricité conformément aux conditions et aux exigences prévues à la section 1 du présent chapitre;
- 9<sup>o</sup> le client refuse l'accès chez lui aux représentants du distributeur, contrairement à l'article 103;
- 10<sup>o</sup> le client refuse de permettre l'installation, chez lui, de l'équipement du distributeur, dont l'équipement de comptage et de contrôle, contrairement à l'article 65;

(11) the customer's electrical installation has been connected to Hydro-Québec's system without the latter's approval;

(12) the customer's electrical installation has not been approved or, as the case may be, authorized by an authority having jurisdiction in this realm according to any applicable legislative or regulatory provision; or

(13) an individual, partnership, corporation or organization covered by Section 14 uses electricity without having concluded a contract.

The word "customer", which appears in 10 of the 13 subsections of s. 99, is defined in s. 3 of the Bylaw:

customer: An individual, partnership, corporation or organization having one or more contracts.

Section 3 also defines the term "delivery point":

delivery point: Point located immediately on the load side of Hydro-Québec's metering equipment and from which electricity is put at the disposal of the customer. In cases where Hydro-Québec does not install metering equipment, or where it is on the line side of the connection point, the delivery point is the connection point.

Moreover, s. 10 expressly provides that "[e]very delivery point is covered by a separate contract", except in certain circumstances not applicable in the case at bar.

There is no provision expressly limiting the exercise of the right to interrupt service to the location for which the bill is outstanding.

According to the ordinary meaning of the words, since a customer, as defined in s. 3, may have more than one contract, since each contract corresponds to a separate delivery point, and since Hydro-Québec may interrupt service when a customer has not paid his or her bill, it follows that s. 99(1) allows power to be interrupted at any delivery point in respect of which the defaulting customer holds a contract.

The use in s. 99(1) of the words "his bill" in the singular form in the phrase "fails to pay his bill" gives another indication of the ambit of the

11° l'installation électrique du client a été raccordée au réseau du distributeur sans l'approbation de celui-ci;

12° l'installation électrique du client n'a pas été approuvée ou, le cas échéant, autorisée par une autorité ayant juridiction en la matière d'après toute disposition législative ou réglementaire applicable; ou

13° une personne, société, corporation ou organisme visé à l'article 14 utilise l'électricité sans avoir conclu un abonnement.

Le mot « client », employé dans 10 des 13 paragraphes de l'art. 99, est défini à l'art. 3 du Règlement :

Client : une personne, une société, une corporation ou un organisme titulaire d'un ou de plusieurs abonnements.

Cet article définit aussi l'expression « point de livraison » :

Point de livraison : un point situé immédiatement après l'appareillage de comptage du distributeur et à partir duquel l'électricité est mise à la disposition du client; lorsque le distributeur n'installe pas d'appareillage de comptage ou lorsque celui-ci est en amont du point de raccordement, le point de livraison se situe au point de raccordement.

De plus, l'art. 10 énonce expressément que « [c]haque point de livraison fait l'objet d'un abonnement distinct », sauf certaines exceptions qui ne sont pas applicables en l'espèce.

Aucune disposition ne limite expressément l'exercice du droit d'interrompre le service au lieu pour lequel la facture est impayée.

Selon le sens ordinaire des mots, comme un client, selon la définition, peut avoir plusieurs abonnements, que chaque abonnement correspond à un point de livraison distinct et qu'Hydro-Québec peut interrompre le service lorsque le client ne paie pas sa facture, il s'ensuit que l'art. 99, par. 1° permet l'interruption à n'importe quel point de livraison pour lequel le client défaillant est titulaire d'un abonnement.

L'utilisation à l'art. 99, par. 1° des mots « sa facture » au singulier dans l'expression « ne paie pas sa facture » donne une indication additionnelle de la

8

9

10

11

12

13

provision. The possessive adjective “his” links the customer to the bill, and the bill is in no way linked to the “contract” or “delivery point”, as neither of these terms even appears in the provision. Use of the plural rather than the singular form would have meant that all bills relating to all delivery points would have to be in arrears before service could be interrupted. Thus, the provision refers to one bill for one contract out of all the contracts the customer may have signed. Had the definite article been used, as in “the customer fails to pay the bill”, the bill would not have been linked to the customer. Finally, connecting the bill to the one delivery point with an account in arrears would make the use of the word “customer” superfluous. Had the legislature intended to limit the application of the provision to the place in respect of which the bill was unpaid, the use of the word “contract” or “delivery point”, both of which entail a limitation, would have been sufficient.

14 The introductory paragraph to s. 99 also supports this interpretation. The paragraph provides for two measures: refusing to supply or deliver electricity and interrupting the supply or delivery thereof. Had the legislature intended that the service be limited to the delivery point in respect of which the bill was unpaid, there would be no need to mention the refusal to supply or deliver electricity in cases where the customer has not paid. Clearly, no unpaid bills can exist before the electricity is supplied or delivered. The refusal to supply or deliver services can relate only to cases where the customer has not paid his or her bill for another delivery point. For the first subsection to be interpreted in harmony with the introductory paragraph, it must allow for the interruption of service at any delivery point where service is provided to a customer.

15 Aside from s. 99(13), which applies to cases where power is fraudulently obtained by a person without a contract, and ss. 99(2) and 99(3), which apply to circumstances over which the parties have no control, the wording of s. 99 establishes a relationship between the customer and Hydro-Québec, rather than between a delivery point and the service provider.

portée de la disposition. L’adjectif possessif « sa » fait le lien entre le client et la facture, alors que celle-ci n’est reliée d’aucune façon aux expressions « abonnement » ou « point de livraison », qui ne figurent même pas dans cette disposition. De plus, si le pluriel avait été employé plutôt que le singulier, toutes les factures relatives à tous les points de livraison auraient dû être en souffrance pour donner ouverture au droit d’interruption. Il s’agit donc d’une facture pour un abonnement parmi tous ceux dont le client est titulaire. De même, l’utilisation de l’article défini — le client ne paie pas la facture — n’aurait pas permis de relier la facture au client. Enfin, relier la facture au seul point de livraison pour lequel il y a défaut rend inutile l’utilisation du mot « client ». Si le législateur n’avait voulu viser que le lieu pour lequel le compte est en souffrance, l’utilisation des termes « abonnement » ou « point de livraison », qui, eux, comportent une limitation, aurait été suffisante.

Le paragraphe introductif de l’art. 99 supporte aussi cette interprétation. Ce paragraphe prévoit deux mesures : le refus de fourniture ou de livraison ou l’interruption. Si le législateur avait voulu que la facture se rapporte au seul point de livraison pour lequel le service est impayé, il aurait été inutile de mentionner le refus de fourniture ou de livraison en cas de non-paiement par le client. Il ne peut, évidemment, y avoir de facture impayée avant la fourniture ou la livraison. Le refus de fourniture ou de livraison de service ne peut viser que le cas où le client n’a pas payé sa facture à un autre point de livraison. Pour interpréter harmonieusement le paragraphe premier avec le paragraphe introductif, il faut envisager l’interruption à n’importe quel point de livraison où le service est fourni à un client.

Sauf le par. 13<sup>o</sup>, qui porte sur le cas d’utilisation frauduleuse par une personne qui n’est pas abonnée et les par. 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup>, qui évoquent des circonstances indépendantes de la volonté des parties, le texte de l’art. 99 établit une relation entre le client et Hydro-Québec, et non entre un point de livraison et le fournisseur de service.

There are references to this supplier-customer relationship elsewhere in the Bylaw. In certain circumstances, Hydro-Québec may, pursuant to s. 82(1), require a deposit in the case of a contract covering domestic use. For example, a person requesting service may be required to provide a deposit if he or she failed to pay by the due date a bill for a contract he or she holds or held. Thus, s. 82(1) also establishes a connection between the customer and Hydro-Québec, rather than between Hydro-Québec and individual delivery points.

Given the ordinary sense of the words used in the definitions in the Bylaw, and based on a grammatical analysis, the interpretation according to which an interruption of service may take place at any delivery point must prevail.

#### B. *The Scheme and the Object of the Provision*

The Bylaw sets out the conditions for the supply of the service. The obligational content of a contract between Hydro-Québec and a customer is not open to negotiation between the parties. Hydro-Québec may not impose special conditions if the customer is or is expected to become insolvent. If the customer meets the conditions set out in the Bylaw, Hydro-Québec is required to provide the service. In a free market, a service provider may, except where this would be inconsistent with its constitutional obligations, refuse to do business with a customer it believes to be insolvent. However, the obligation to provide the service to the public ceases to apply where a customer fails to pay his or her bill. The provision is undeniably to Hydro-Québec's advantage. It not only places limits on debts, but also offers an effective means of putting pressure on defaulting customers and inciting them to pay what they owe.

The amount owed by an individual customer may be very small compared with the costs of legal proceedings. The Bylaw therefore gives Hydro-Québec another means to put pressure on its customers. Insofar as the service provider does not choose the customers it does business with, a possible interruption of service is not, in my view, an exorbitant or draconian measure. On the one hand, the exercise of this right is preceded by a warning; on the other hand, the interruption affects only the

Cette relation fournisseur-client est reprise ailleurs dans le Règlement. Ainsi, dans certaines circonstances, Hydro-Québec peut, conformément au par. 1<sup>o</sup> de l'art. 82, exiger un dépôt dans le cas d'un abonnement pour fins d'usage domestique. Ainsi, le demandeur de service peut se voir imposer le versement d'un dépôt s'il n'a pas acquitté à l'échéance une facture pour laquelle il est ou était le détenteur d'abonnement. L'article 82, par. 1<sup>o</sup> établit donc aussi un lien entre le client et Hydro-Québec, et non entre Hydro-Québec et chaque point de livraison.

Vu le sens ordinaire des mots utilisés dans les définitions du Règlement et compte tenu de l'analyse grammaticale, l'interprétation suivant laquelle l'interruption peut avoir lieu à n'importe quel point de livraison doit prévaloir.

#### B. *L'esprit et l'objet de la disposition*

Le Règlement établit les conditions de fourniture de service. Le contenu obligationnel du contrat liant Hydro-Québec au client n'est pas laissé à la négociation entre les parties. Hydro-Québec ne peut imposer de conditions particulières en cas d'insolvabilité réelle ou anticipée. Si le client satisfait aux conditions prescrites par le Règlement, Hydro-Québec est obligée de fournir le service. Sur un marché libre, un fournisseur de service, hormis ses obligations constitutionnelles, peut refuser de faire affaire avec un client qu'il estime insolvable. L'obligation de fournir le service au public cède cependant lorsque le client ne paie pas sa facture. La disposition est indéniablement à l'avantage d'Hydro-Québec. Elle ne sert pas seulement à limiter l'endettement. Elle offre par ailleurs un moyen efficace de faire pression sur les clients défaillants et de les inciter au paiement des montants dus.

Les montants impayés par chaque client peuvent s'avérer minimes par rapport aux coûts d'une poursuite judiciaire. Le Règlement prévoit donc pour Hydro-Québec un autre moyen de faire pression sur ses clients. Dans la mesure où le fournisseur de service ne choisit pas les clients avec qui il fait affaire, j'estime que l'interruption éventuelle du service n'est pas une mesure exorbitante ou draconienne. D'une part, l'exercice du droit est précédé d'un avis et, d'autre part, l'interruption ne

16

17

18

19

defaulting customer. It should be noted that the introductory paragraph includes an important limitation that protects apartment dwellers whose rent includes the cost of electricity. In such cases, Hydro-Québec may not interrupt service and thereby deprive persons of electricity when they have already paid for it in paying their rent, which is often the case for senior citizens. This type of contract is covered by the *Act respecting the mode of payment for electric and gas service in certain buildings*, R.S.Q., c. M-37, which provides that Hydro-Québec can have rent assigned to it should the customer be in default (s. 2). In such cases, Hydro-Québec may not interrupt service but is not limited to going to court to collect outstanding amounts.

20 It is difficult to understand how an approach that favours poorer customers who cannot pay their bills could modify the interpretation adopted above as regards the power to interrupt. People whose rent includes the cost of electricity are not affected as a result of the wording of the introductory paragraph quoted above. Moreover, the only effect of the interpretation supported by the majority of the Court of Appeal would be to favour customers holding two or more contracts, which is not generally the case for poorer citizens. It would of course be possible to conjure up pathetic cases, but this is not the case here. More importantly, the parties did not argue that Hydro-Québec had improperly exercised its discretion in deciding to interrupt service. Only its authority to make such a decision has been challenged.

21 The argument that the mandatory nature of the service contract is a source of law or a ground for an interpretation favourable to the respondents cannot be accepted either. Neither Hydro-Québec nor the customer may change the content of the contract, the terms of which are dictated by the Bylaw. Thus, no judge may circumvent or reduce the obligations flowing from the contract on the ground that it is a contract of adhesion within the meaning of art. 1437 C.C.Q.

touche que le client défaillant. Il faut en effet noter que le paragraphe introductif comporte une limitation importante qui protège tous les occupants de logements dont le loyer inclut le service d'électricité. Dans ces cas, Hydro-Québec ne peut interrompre le service et priver ainsi d'électricité des personnes qui ont payé pour le service en acquittant leur loyer, ce qui est souvent le cas des personnes âgées. Ce type d'abonnement est visé par la *Loi sur le mode de paiement des services d'électricité et de gaz dans certains immeubles*, L.R.Q., ch. M-37, laquelle prévoit qu'Hydro-Québec peut obtenir une cession de loyer en cas de défaut de l'abonné (art. 2). Dans ces cas, Hydro-Québec ne peut interrompre le service, mais elle n'est pas limitée à un recours devant les tribunaux lorsqu'un compte est en souffrance.

Il est difficile de concevoir comment une approche favorisant les clients plus pauvres et incapables de payer leur compte pourrait, en ce qui a trait au pouvoir d'interruption, modifier l'interprétation adoptée ci-dessus. Ceux dont le loyer inclut le coût de l'électricité ne sont pas touchés en raison du libellé du paragraphe introductif, cité précédemment. De plus, l'interprétation préconisée par les juges majoritaires de la Cour d'appel a comme seul effet de favoriser les clients détenteurs de plusieurs abonnements, ce qui n'est généralement pas le lot des citoyens plus démunis. Il est certes possible d'imaginer des cas pathétiques, mais ce n'est pas le cas en l'espèce. Plus important encore, les parties n'ont pas plaidé qu'Hydro-Québec avait mal exercé sa discrétion en décidant d'interrompre le service. Seul son pouvoir de prendre une telle décision a été mis en question.

L'argument voulant que le caractère obligatoire du contrat de service soit source de droit ou motif d'interprétation favorable aux intimés ne peut non plus être retenu. Ni Hydro-Québec ni le client ne peuvent modifier la teneur du contrat dont les termes sont dictés par le Règlement. Un juge ne peut donc le contourner ou réduire les obligations en découlant au motif qu'il s'agit d'un contrat d'adhésion au sens de l'art. 1437 C.c.Q.

The provision authorizing interruptions of service is limited in scope, but its purpose is clearly not to protect the customer and cannot be raised in support of an interpretation favourable to the customer. Rather, it supports an interpretation that allows for the expeditious resolution of disputes between Hydro-Québec and its customers. Neither the wording nor the purpose of the provision when considered in the overall context of the Bylaw warrants regarding the provision as only a means to prevent debts from growing.

### C. *The Legislative Context*

The Royal Electric Company already had the authority to interrupt service when it was integrated into Hydro-Québec. Sections 27 and 29 of the Company's constituent legislation (*Act to amend and consolidate the act incorporating the Royal Electric Company*, S.Q. 1898, 61 Vict., c. 66) provided as follows:

27. If any person supplied by the company neglect [*sic*] to pay the rent, rate or charge due to the company at the time fixed for the payment thereof, the company, or any person acting under its authority, on giving eight days' previous notice, may stop the supply to the person in arrears, as aforesaid, by any means the company or its officers may see fit to use; and the company may recover the rent or charges then due, together with the expenses of cutting off the electricity, notwithstanding any contract to furnish for a longer time.

29. The two preceding sections shall not prevent any of the provisions therein contained being altered or modified by contract.

This power was retained and has been enjoyed by Hydro-Québec ever since s. 51 of the *Quebec Hydro-Electric Commission Act*, R.S.Q. 1941, c. 98A (as am. by S.Q. 1945, c. 30, s. 22), was enacted in 1945:

51. The Commission may avail itself of the provisions of sections 26, 27, 28, 29 and 32 of the act 61 Victoria, chapter 66.

When the *Hydro-Québec Act* was amended in 1983, the text of former s. 51 was retained in s. 48

La disposition autorisant l'interruption de service est circonscrite, mais son application ne vise certainement pas à protéger le client. Son but ne peut être invoqué au soutien d'une interprétation favorable au client. Il milite plutôt en faveur d'une interprétation qui permet la résolution rapide des différends entre Hydro-Québec et ses clients. Ne voir dans la disposition qu'un moyen d'éviter un accroissement de la dette n'est justifié ni par le texte ni par l'objet de la disposition considérée dans le contexte global du Règlement.

### C. *Le contexte législatif*

Lors de son intégration à Hydro-Québec, la Compagnie royale d'électricité disposait d'un pouvoir d'interruption de service. Les articles 27 et 29 de sa loi constitutive (*Loi amendant et refondant la loi constituant en corporation la compagnie royale d'électricité*, S.Q. 1898, 61 Vict., ch. 66) prévoyaient :

27. Dans le cas où une personne recevant de la compagnie un approvisionnement d'électricité néglige de payer les loyers, taux ou redevances dus à la compagnie, aux dates fixées pour leur paiement, la compagnie ou toute autre personne agissant en son nom, après un avis préalable de huit jours, pourra suspendre l'approvisionnement à la personne ainsi arriérée, comme susdit, par tous moyens que la compagnie ou ses officiers jugeront convenables; et la compagnie pourra recouvrer les loyers ou redevances dus à cette date, ainsi que les dépenses résultant de l'interception de l'électricité, nonobstant tout contrat d'approvisionnement pour une période ultérieure.

29. Les deux sections précédentes n'auront pas pour effet d'empêcher les dispositions qu'elles contiennent d'être changées ou modifiées par contrat.

Ce pouvoir a été préservé et bénéficie à Hydro-Québec depuis l'adoption, en 1945, de l'art. 51 de la *Loi de la Commission hydroélectrique de Québec*, S.R.Q. 1941, ch. 98A (mod. S.Q. 1945, ch. 30, art. 22) :

51. La Commission peut se prévaloir des dispositions des articles 26, 27, 28, 29 et 32 de la loi 61 Victoria chapitre 66.

Lors de la modification de la *Loi sur Hydro-Québec* en 1983, la disposition a été conservée à

22

23

24

25



despite the adoption at the same time of s. 22.0.1, which authorizes the passing of bylaws:

48. The Company may avail itself of the provisions of sections 26, 27, 28, 29 and 32 of chapter 66 of the statutes of 1897-1898.

It may also take advantage of the provisions of sections 16, 18 and 19 of the Act 12 Victoria, chapter 183 (Provincial Statutes of Canada) and of section 20 of the said Act as amended by section 8 of the Statutes of Québec, 1872, chapter 61.

26

A similar power to interrupt service was granted to the New City Gas Company of Montreal: *Act to amend the Act incorporating the New City Gas Company of Montreal, and to extend the powers of the said Company*, S. Prov. C. 1849, 12 Vict., c. 183. This provision was considered by the Privy Council in *Montreal Gas Co. v. Cadieux*, [1899] A.C. 589. Preferring an interpretation based on the supplier-customer relationship to one based on the point of delivery, Sir Henry Strong, writing for the court, stated the following (at pp. 592-93):

There is nothing in the Act to limit the right of the company to the service-pipes of the defaulter in a particular building or connected with a particular meter in respect of which the default has been committed. There is nothing in the Act to throw the rate, rent, or charge for gas upon the premises for which the supply is furnished, or to make it payable out of the premises of the defaulter. The supply is to the consumer and the default is the consumer's default. His liability to the company is a liability for the whole of the debt which he owes them at the time.

Their Lordships are unable to see anything unreasonable in the particular instance given, or anything unreasonable in a provision authorizing a gas company to cease supplying a customer who will not pay his gas bills; but the real answer to the argument of the learned judge is that it is not for the Court to pronounce an opinion upon the policy of the Legislature. Their only duty is to give effect to the language of the Legislature construing it fairly. It seems impossible to find the limitation in question in the language of the statute without introducing some proviso or some qualifying words which are not there.

l'art. 48 malgré l'adoption, au même moment, de l'art. 22.0.1 qui autorise l'adoption de règlements :

48. La Société peut se prévaloir des dispositions des articles 26, 27, 28, 29 et 32 du chapitre 66 des lois de 1897-1898.

Elle peut aussi se prévaloir des dispositions des articles 16, 18 et 19 de la loi 12 Victoria, chapitre 183 (Statuts provinciaux du Canada) et de l'article 20 de ladite loi modifié par l'article 8 du Statut de Québec, 1872, chapitre 61.

Un pouvoir d'interruption semblable a aussi été accordé à la Nouvelle Compagnie du Gaz de Montréal : *Acte pour amender l'Acte d'Incorporation de la Nouvelle Compagnie du Gaz de Montréal, et pour étendre les pouvoirs de la dite Compagnie*, S. Prov. C. 1849, 12 Vict., ch. 183. Cette disposition a été étudiée par le Conseil privé dans l'affaire *Montreal Gas Co. c. Cadieux*, [1899] A.C. 589. Préconisant une interprétation axée sur la relation fournisseur-client plutôt que sur le point de livraison, Sir Henry Strong a dit ce qui suit au nom de la cour (p. 592-593) :

[TRADUCTION] Aucune disposition de la Loi ne contraint la compagnie à exercer son droit seulement à l'égard des conduites de branchement du débiteur défaillant dans un immeuble donné ou à l'égard de celles qui sont reliées au compteur pour lequel il y a défaut. La Loi n'impute aucunement le coût du gaz à l'immeuble desservi ni ne le rend exigible par voie d'exécution sur l'immeuble du débiteur défaillant. Le gaz est fourni au consommateur, et c'est ce dernier qui est en défaut. Son obligation envers la compagnie a pour objet la totalité des sommes qu'il doit alors à cette dernière.

Leurs Seigneuries ne voient rien de déraisonnable dans le cas considéré ni dans la disposition autorisant la compagnie du gaz à cesser d'approvisionner le client qui néglige d'acquitter sa facture. Mais surtout, pour répondre à l'argument formulé par le juge, la Cour n'a pas à donner son avis sur le choix du législateur. Il lui incombe seulement de donner effet au libellé de la loi en l'interprétant objectivement. Il paraît impossible de voir dans le texte de la loi la limitation alléguée sans y intégrer une condition ou une restriction qui en est absente.

By referring specifically to chapter 66 of the statutes of Quebec from 1898, the legislature could not, in my opinion, have expressed more clearly its intention to preserve the law as interpreted by the Privy Council. This not only enabled Hydro-Québec to pass a bylaw authorizing the interruption of service at a point other than the one in respect of which an amount is overdue, it also incorporated by reference a judicial interpretation confirming the scope of the power to interrupt service.

The legislative history therefore confirms the interpretation given by the Superior Court and the minority of the Court of Appeal.

However, the respondents argue that, in the context of the coming into force of the *Civil Code of Québec* and, more specifically, of art. 1591 C.C.Q., an interruption of service may be used only in answer to failure to perform a correlative obligation. According to them, only an interruption of service corresponding to the contract for which the bill is unpaid is compatible with the rule limiting the exception for nonperformance of obligations to correlative obligations.

This argument, which was endorsed by one of the judges of the majority of the Court of Appeal, cannot be accepted. Article 1590 C.C.Q. provides that creditors may take any other measure provided by law to enforce their right to the performance of an obligation:

**1590.** An obligation confers on the creditor the right to demand that the obligation be performed in full, properly and without delay.

Where the debtor fails to perform his obligation without justification on his part and he is in default, the creditor may, without prejudice to his right to the performance of the obligation in whole or in part by equivalence,

- (1) force specific performance of the obligation;
- (2) obtain, in the case of a contractual obligation, the resolution or rescission of the contract or the reduction of his own correlative obligation;
- (3) take any other measure provided by law to enforce his right to the performance of the obligation.

En renvoyant spécifiquement au ch. 66 des lois du Québec de 1898, le législateur ne pouvait, à mon avis, exprimer plus clairement son intention de préserver le droit ainsi interprété par le Conseil privé. Non seulement permet-il à Hydro-Québec d'adopter un règlement qui autorise l'interruption de service à un point autre que celui pour lequel la somme est en souffrance, mais il incorpore par renvoi une interprétation judiciaire confirmant la portée du pouvoir d'interruption.

La prise en considération de l'historique législatif confirme donc l'interprétation donnée par la Cour supérieure et par la juge minoritaire de la Cour d'appel.

Les intimés soulèvent cependant que, dans le contexte de l'adoption du *Code civil du Québec*, et plus particulièrement de l'art. 1591 C.c.Q., l'interruption ne peut sanctionner que le non-respect des obligations corrélatives. Selon les intimés, seule une interruption correspondant à l'abonnement pour lequel le compte est impayé est compatible avec la règle limitant aux obligations corrélatives le droit d'invoquer l'exception d'inexécution des obligations.

Cet argument, retenu par l'un des juges majoritaires de la Cour d'appel, ne peut être accepté. L'article 1590 C.c.Q. prévoit que le créancier peut prendre tout autre moyen que la loi prévoit pour la mise en œuvre de son droit à l'exécution de l'obligation :

**1590.** L'obligation confère au créancier le droit d'exiger qu'elle soit exécutée entièrement, correctement et sans retard.

Lorsque le débiteur, sans justification, n'exécute pas son obligation et qu'il est en demeure, le créancier peut, sans préjudice de son droit à l'exécution par équivalent de tout ou partie de l'obligation:

- 1° Forcer l'exécution en nature de l'obligation;
- 2° Obtenir, si l'obligation est contractuelle, la résolution ou la résiliation du contrat ou la réduction de sa propre obligation corrélatrice;
- 3° Prendre tout autre moyen que la loi prévoit pour la mise en œuvre de son droit à l'exécution de l'obligation.

27

28

29

30

31 Hydro-Québec has the right, as limited by the Bylaw, to interrupt the service provided to a customer. The power is reinforced both by the third subparagraph of the second paragraph of art. 1590 C.C.Q. and by art. 300 C.C.Q., which states that public bodies are primarily governed by their special Acts:

300. Legal persons established in the public interest are primarily governed by the special Acts by which they are constituted and by those which are applicable to them; legal persons established for a private interest are primarily governed by the Acts applicable to their particular type.

Interpreted from this perspective, the customer's correlative obligation to Hydro-Québec includes all contracts between them. Neither art. 1590 nor art. 1591 C.C.Q. is an obstacle to the power to interrupt service. On the contrary, they incorporate it.

32 The power to interrupt service does not confer a new right. It dates from the last century and is very similar to powers conferred by law on other public utilities (*SaskEnergy Act*, S.S. 1992, c. S-35.1, s. 35; *Electric Power Terms and Conditions of Supply Regulation*, Man. Reg. 186/90, s. 17; *Nova Scotia Power Incorporated Approved Regulations*, November 1, 2002, s. 6.1).

### III. Conclusion

33 The right to interrupt service at a location other than the one in respect of which the bill is unpaid is expressed clearly. This right is consistent with other provisions of the Bylaw and reflects the legislature's intention to give Hydro-Québec a means to limit overdue amounts by putting pressure on defaulting customers.

34 Hydro-Québec did not request costs in this Court. On the contrary, it offered to pay the respondents' judicial costs and such reasonable extrajudicial costs as might be fixed by the Court. Nor did Hydro-Québec ask for its costs in the Court of Appeal.

35 For these reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal without costs and uphold the judgment of the Superior Court

Hydro-Québec, dans les limites fixées par le Règlement, a le droit d'interrompre le service fourni à un client. Ce pouvoir est préservé tant par le troisième paragraphe du deuxième alinéa de l'art. 1590 que par le texte de l'art. 300 C.c.Q., qui énonce que les corps publics sont d'abord régis par leurs lois particulières:

300. Les personnes morales de droit public sont d'abord régies par les lois particulières qui les constituent et par celles qui leur sont applicables; les personnes morales de droit privé sont d'abord régies par les lois applicables à leur espèce.

Ainsi interprétée, l'obligation corrélatrice du client envers Hydro-Québec inclut tous les abonnements dont il est titulaire. Ni l'art. 1590 ni l'art. 1591 C.c.Q. ne font obstacle au pouvoir d'interruption. Au contraire, ils l'incorporent.

Le pouvoir d'interruption ne confère par ailleurs aucun droit inédit. Il date du siècle dernier et est tout à fait semblable à celui conféré par la loi à d'autres fournisseurs de services publics (*SaskEnergy Act*, S.S. 1992, ch. S-35.1, art. 35; *Electric Power Terms and Conditions of Supply Regulation*, Règl. du Man. 186/90, art. 17; *Nova Scotia Power Incorporated Approved Regulations*, 1<sup>er</sup> novembre 2002, art. 6.1).

### III. Conclusion

Le droit d'interrompre le service à un point autre que celui pour lequel le compte est en souffrance est exprimé en termes clairs. Il est compatible avec d'autres dispositions du Règlement et reflète l'intention du législateur de doter Hydro-Québec d'un moyen de limiter les sommes en souffrance tout en faisant pression sur les clients défaillants.

Hydro-Québec n'a pas réclamé les dépens devant notre Cour. Elle a au contraire offert de payer les frais judiciaires des intimés et les frais extrajudiciaires raisonnables qui pourraient être fixés par la Cour. De plus, Hydro-Québec n'a pas demandé à notre Cour de lui accorder les dépens en Cour d'appel.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel sans frais et de confirmer le jugement de la Cour supérieure

dismissing the action with costs. As for the judicial and extrajudicial costs connected with the appeal to this Court, Hydro-Québec is ordered to pay the respondents an amount to be fixed by the Registrar on a solicitor-client basis.

English version of the reasons delivered by

LEBEL AND FISH JJ. (dissenting) — We have considered the reasons of our colleague Justice Deschamps. With respect, we do not agree. In our view, rather, the judgment of the Quebec Court of Appeal ([2003] R.J.Q. 36), in particular as explained in the reasons of Nuss J.A., correctly interprets s. 99 of Hydro-Québec's bylaw entitled *Bylaw No. 411 establishing the conditions governing the supply of electricity*, (1987) 119 G.O. II, 1233.

It is not our intention to go back over either the statement of facts of our colleague Deschamps J. or her presentation of the history of the regulatory and statutory provisions relevant to this case. Our disagreement is limited to Hydro-Québec's contention that it has an exceptional power allowing it, should a customer fail to pay a bill relating to one contract, to interrupt service in respect of all of the customer's contracts.

The efficacy of such a measure — the interruption of service — to put pressure on customers is not a valid reason for giving judicial recognition to this power if it has not been granted to Hydro-Québec by the legislature. The contract with Hydro-Québec is an example of a regulated contract between a public utility and a customer (*Bédard v. Hydro-Québec*, [1982] C.A. 518). The content of such a contract is determined largely by statutes and regulations. The power claimed by Hydro-Québec must fall within the legal framework defined by those statutes and regulations.

In essence, Hydro-Québec submits that it has a discretionary power to interrupt the supply of electricity at all of a customer's service points if the customer has failed to pay or is late in paying a bill relating to any one of his or her contracts. According

rejetant l'action avec dépens. En ce qui a trait aux frais judiciaires et extrajudiciaires liés au pourvoi devant notre Cour, il est ordonné à Hydro-Québec de payer aux intimés le montant qui sera fixé par la Régistrare sur la base avocat-client.

Les motifs suivants ont été rendus par

LES JUGES LEBEL ET FISH (dissidents) — Nous avons eu l'occasion de prendre connaissance des motifs de notre collègue, la juge Deschamps. Avec égards, nous ne sommes pas d'accord avec ceux-ci. Nous sommes plutôt d'opinion que le jugement de la Cour d'appel du Québec ([2003] R.J.Q. 36), tel qu'exprimé notamment dans les motifs du juge Nuss, donne l'interprétation correcte des dispositions de l'art. 99 du règlement d'Hydro-Québec, le *Règlement n° 411 établissant les conditions de fourniture de l'électricité*, (1987) 119 G.O. II, 1918.

Nous n'entendons pas revenir sur l'exposé des faits de notre collègue la juge Deschamps, non plus que sur son historique des dispositions réglementaires et législatives pertinentes en l'espèce. Notre désaccord porte en effet strictement sur l'existence du pouvoir exceptionnel qu'Hydro-Québec prétend détenir et qui l'autoriserait à interrompre le service à l'égard de tous les abonnements d'un client en cas de non-paiement d'un compte afférent à l'un de ceux-ci.

L'efficacité d'une telle mesure — l'interruption de service — pour faire pression sur la clientèle ne saurait constituer un motif valable de reconnaître judiciairement un tel pouvoir à Hydro-Québec si le législateur ne le lui a pas attribué. Le contrat d'Hydro-Québec constitue un exemple de contrat réglementé entre un fournisseur de services publics et un client (*Bédard c. Hydro-Québec*, [1982] C.A. 518). La législation et la réglementation déterminent largement le contenu d'un tel contrat. Il faut que le pouvoir réclamé par Hydro-Québec se situe à l'intérieur du cadre juridique ainsi défini.

En substance, Hydro-Québec soutient qu'elle possède le pouvoir discrétionnaire d'interrompre la fourniture d'électricité à tous les points de service d'un client au cas de défaut ou de retard de paiement à l'égard de l'un de ses abonnements. Ce pouvoir ne

36

37

38

39

to the appellant, this power is not subject to due diligence. It may be exercised as the appellant sees fit, whether the debt be \$5, \$500 or \$50,000. Thus, Hydro-Québec may exercise it to put pressure on a customer even if the customer has the most legitimate of arguments that a particular amount is not due.

40

Once again, such a power would have to have been effectively and expressly granted by the legislature. There is no clear indication of this in the statutes and regulations relied on by the appellant. In his reasons for judgment, Brossard J.A. of the Court of Appeal stressed that this authority had been granted — if it had in fact been granted — only by reference to nineteenth-century legislation governing the activities of public utilities whose undertakings have since been incorporated into the one now operated by Hydro-Québec (at paras. 30-31):

[TRANSLATION] This exorbitant power is not even conferred upon it [Hydro-Québec] directly and expressly by its enabling statute. It is conferred upon it by use of the legislative technique of reference to an 1898 statute entitled *An Act to amend and consolidate the act incorporating the Royal Electric Company*.

Sections 27 and 28 of the 1898 Act reproduced, *mutatis mutandis*, the provisions relating to the power conferred upon the New City Gas Company of Montreal by the *Act to amend the Act incorporating the New City Gas Company of Montreal, and to extend the powers of the said Company*.

41

Thus, the legislation incorporating the Royal Electric Company restated the substance of s. 20 of the statute governing the New City Gas Company of Montreal (S. Prov. C. 1849, 12 Vict., c. 183). The various formulations of these provisions granted a variety of powers to private companies that enjoyed local monopolies. Their provisions indirectly form part of the statutory and regulatory framework of a Crown corporation that now holds a monopoly over the distribution of electricity in Quebec, and may now affect the nature of contractual relations between, on the one hand, a Crown corporation that must provide a public service to a clientele it does not choose and, on the other hand, customers who must buy their electricity from it.

serait soumis à aucun contrôle préalable. Il s'exercerait au gré de l'appelante, que la dette soit de 5, 500 ou 50 000 \$. Il permettrait ainsi à Hydro-Québec de faire pression sur son client même lorsque ce dernier a les motifs les plus légitimes de contester l'exigibilité d'une somme en particulier.

Encore aurait-il fallu qu'un tel pouvoir soit effectivement et expressément accordé par le législateur. Il ne ressort certes pas avec limpidité de la législation et de la réglementation qu'invoque l'appelante. Dans ses motifs, le juge Brossard, de la Cour d'appel, souligne que ce pouvoir n'aurait été accordé — si tant est qu'il l'ait été — que par des renvois à des lois du dix-neuvième siècle qui régissaient les activités des fournisseurs de services publics dont les entreprises ont été intégrées dans celle qu'exploite maintenant Hydro-Québec (par. 30-31) :

Ce pouvoir exorbitant ne lui [Hydro-Québec] est même pas conféré directement et expressément par sa loi constitutive. Il lui est accordé par l'utilisation de la technique législative de renvoi à une loi de 1898 intitulée *Loi constituant en corporation la Compagnie royale d'électricité*.

Les articles 27 et 28 de cette loi de 1898 reproduisaient, *mutatis mutandis*, les dispositions relatives au pouvoir conféré à la New City Gas Company of Montreal par l'Acte pour amender l'Acte d'incorporation de la Nouvelle Compagnie du Gaz [de] Montréal, et pour étendre les pouvoirs de la dite Compagnie.

La loi qui incorporait la Compagnie royale d'électricité reprenait ainsi la substance de l'art. 20 de la loi régissant la Nouvelle Compagnie du Gaz de Montréal (S. Prov. C. 1849, 12 Vict., ch. 183). Ces textes au libellé variable accordaient des pouvoirs divers à des sociétés privées jouissant d'un monopole local. Leurs dispositions se trouvent à faire indirectement partie du cadre législatif et réglementaire d'une société d'État qui détient désormais un monopole pour la distribution de l'électricité au Québec et peuvent affecter maintenant la nature des rapports contractuels entre une société d'État tenue de fournir un service public à une clientèle qu'elle ne choisit pas et des clients qui doivent lui acheter leur électricité.

The appellant's position on the scope of its powers is based on the Privy Council's decision in *Montreal Gas Co. v. Cadieux*, [1899] A.C. 589. The Privy Council reversed a decision of this Court regarding the interpretation of the provisions authorizing the supplier to interrupt service (*Cadieux v. Montreal Gas Co.* (1898), 28 S.C.R. 382). According to the interpretation adopted by the Privy Council, the power to interrupt the supply of electricity applied to all of a customer's contracts. This Court had come to a different conclusion that restricted the exercise of this power exclusively to the delivery point in respect of which the debtor was in default. We think it helpful to reproduce here the following passage from the reasons of Girouard J. of this Court in *Cadieux* (at pp. 386-87):

Exorbitant powers like those conferred by section twenty must be construed strictly, and if ever intended to cover all the buildings or premises of the same proprietor, or occupant, when in default with regard to one of them only, must be granted in clear and no ambiguous language. The express provision contained in that section that the notice to cut off must be given "to the occupier or person in charge," plainly indicates that only premises so occupied and in default must suffer. Clause six of the contract of the respondents with the city of Montreal, containing a stipulation that they will "collect and receive the several sums of money at any time due by the gas consumers from the latter only," and not from the city, conveys the same idea. Cutting off the gas is the most efficient mode of collection and must therefore be enforced against the consumer, that is the occupant only of the premises in default. To allow a different interpretation of the words of the statute would lead to the most absurd consequences, as for instance, when the proprietor has ordered gas meters for several premises occupied by different tenants in the same or separate buildings, or when a corporation like the city of Montreal neglects to pay its gas bill on its buildings, or some of them, but not on its streets. These results must be avoided if a reasonable construction of the statutes would permit us to do so.

Although it was reversed, this judgment gave a better account of the nature of the relationship between service providers and buyers. At any rate, the legislative context has since evolved. Hydro-Québec has absorbed the companies that were granted these powers. The series of references to

La thèse de l'appelante, quant à l'étendue de ses pouvoirs, repose sur le jugement du Conseil privé dans *Montreal Gas Co. c. Cadieux*, [1899] A.C. 589. Le Conseil infirmait alors un arrêt de notre Cour relatif à l'interprétation des dispositions autorisant le fournisseur à interrompre le service (*Cadieux c. Montreal Gas Co.* (1898), 28 R.C.S. 382). Selon l'interprétation adoptée par le Conseil privé, le pouvoir d'interrompre la fourniture d'électricité valait pour tous les abonnements d'un client. Notre Cour avait tiré une conclusion différente qui restreignait l'exercice de ce pouvoir au seul point de livraison pour lequel le débiteur se trouvait en défaut. Nous croyons d'ailleurs utile de reproduire le passage suivant des motifs du juge Girouard, de notre Cour, dans *Cadieux* (p. 386-387) :

[TRADUCTION] Des pouvoirs exorbitants comme ceux que confère l'article vingt doivent être interprétés strictement et, s'ils sont censés viser tous les immeubles ou locaux d'un même propriétaire ou occupant ayant manqué à ses obligations quant à l'un d'eux seulement, ils doivent être accordés au moyen d'un libellé clair et non équivoque. Le fait que l'article exige expressément la remise d'un avis d'interruption « à l'occupant ou à la personne responsable » indique clairement que seuls les locaux occupés ou pour lesquels il y a défaut doivent être touchés. La clause six du contrat intervenu entre la partie intimée et la ville de Montréal, précisant que « toute somme due par un consommateur de gaz ne sera recouvrée qu'après de ce dernier », et non de la ville, va dans le même sens. L'interruption de service est le moyen le plus efficace d'obtenir le paiement d'une somme en souffrance; elle doit donc viser le consommateur, soit l'occupant des seuls locaux pour lesquels il y a défaut. Interpréter différemment les dispositions de la loi aurait les conséquences les plus absurdes, notamment lorsqu'un propriétaire a fait installer des compteurs individuels pour les logements occupés par différents locataires dans un même immeuble ou dans des immeubles distincts ou qu'une entité comme la ville de Montréal omet de régler sa facture de gaz pour l'un de ses immeubles, ou certains d'entre eux, mais pas pour l'éclairage des rues. Pareils résultats doivent être évités si une interprétation raisonnable des dispositions législatives le permet.

Bien qu'il ait été infirmé, ce jugement rendait mieux compte de la nature des relations établies entre le fournisseur et l'acheteur du service. De toute façon, le contexte législatif a évolué. Hydro-Québec a absorbé les sociétés auxquelles ces pouvoirs ont été accordés. À cause des renvois en

provisions worded in various ways make it necessary to determine whether the legislature really intended to grant Hydro-Québec powers as extensive as it submits in respect of all the activities connected with its monopoly over the distribution of electricity to consumers. Moreover, such powers depart from the general principles of the law of contracts stated clearly in art. 1591 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, the relevance of which Brossard J.A. noted at para. 38 by highlighting certain of its words:

1591. Where the obligations arising from a synallagmatic contract are exigible and one of the parties fails to perform his obligation to a substantial degree or does not offer to perform it, the other party may refuse to perform his *correlative* obligation to a *corresponding degree*, unless he is bound by law, the will of the parties or usage to perform first.

44

Hydro-Québec's interpretation of the statutory and regulatory provisions in issue likens the nonperformance of a specific contract to the nonperformance of all agreements between it and the customer. The parties could of course agree that this would be the case. The rules respecting compensation may also apply in appropriate circumstances. The legislature, too, may require the application of such rules. However, the principle that contracts are interpreted and applied separately is all the more valid in the case at bar given that Hydro-Québec's regulatory scheme is based on the concept that contracts are linked to individual service points.

45

In this regard, Nuss J.A. (at para. 68) cited with approval the judgment of the Court of Québec in *Solunac v. Hydro-Québec*, R.E.J.B. 2001-23403, at para. 107, where Gosselin J.C.Q. stated the following: [TRANSLATION] "The entire scheme of the Bylaw is based on the equation 'delivery point equals contract equals customer', as has already been demonstrated." It can be seen from s. 99 of the relevant bylaw that the contractual relationship between Hydro-Québec and the consumer is founded on a contract. Reference is made to a "customer", but always in relation to a "contract", which itself relates to an individual service point.

cascade à des textes de facture variée, on en est réduit à rechercher si le législateur a vraiment voulu accorder à Hydro-Québec des pouvoirs aussi étendus qu'elle le prétend à l'égard de l'ensemble des activités liées à l'exercice de son monopole sur la distribution de l'électricité aux consommateurs. De plus, de tels pouvoirs dérogent aux principes généraux du droit des contrats qu'énonce bien l'art. 1591 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, et dont le juge Brossard rappelle la pertinence au par. 38 en mettant en relief certains mots de cette disposition :

1591. Lorsque les obligations résultant d'un contrat synallagmatique sont exigibles et que l'une des parties n'exécute pas substantiellement la sienne ou n'offre pas de l'exécuter, l'autre partie peut, *dans une mesure correspondante*, refuser d'exécuter son obligation *corrélative*, à moins qu'il ne résulte de la loi, de la volonté des parties ou des usages qu'elle soit tenue d'exécuter la première.

L'interprétation donnée par Hydro-Québec aux dispositions législatives et réglementaires en litige assimile l'inexécution d'un contrat particulier à celle de l'ensemble des ententes qui la lient à un client. Certes, les parties peuvent stipuler qu'il en sera ainsi. Les règles relatives à la compensation sont susceptibles de s'appliquer dans les situations qui s'y prêtent. Le législateur peut aussi imposer l'application de telles règles. Cependant, le principe selon lequel les contrats s'interprètent et s'appliquent distinctement s'impose d'autant plus en l'espèce que la structure réglementaire d'Hydro-Québec est basée sur un concept d'abonnement rattaché à des points de service distincts.

À cet égard, le juge Nuss (par. 68) cite et approuve le jugement de la Cour du Québec dans *Solunac c. Hydro-Québec*, R.E.J.B. 2001-23403, par. 107, où le juge Gosselin souligne que : « Tout le Règlement est en effet configuré sur la base de l'équation "un point de livraison = un abonnement = un client", comme on l'a déjà fait ressortir. » À la lecture de l'art. 99 du règlement pertinent, on constate que la relation contractuelle entre Hydro-Québec et le consommateur est établie sur la base d'un abonnement. On se réfère à la notion de client, mais toujours en fonction du concept d'abonnement, qui vise lui-même un point de service distinct. Cette structure

This regulatory scheme defines the scope of Hydro-Québec's power to act. It allows Hydro-Québec to manage contracts, but not to interfere in other contractual relationships.

This interpretation nevertheless does not deprive Hydro-Québec of the right to recover the amount of a claim in the ordinary manner. It simply means that the appellant cannot interrupt service at will other than at the service point linked to the contract in respect of which the dispute has arisen. For these reasons, we are of the opinion that the judgment of the majority of the Court of Appeal was correct and this appeal should be dismissed with costs.

*Appeal allowed, LEBEL and FISH JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Lavery, de Billy, Québec.*

*Solicitors for the respondents: Choquette Beaupré Rhéaume, Montréal.*

réglementaire délimite ainsi la portée du pouvoir d'intervention d'Hydro-Québec. Elle permet de gérer les abonnements, mais non de s'immiscer dans des relations contractuelles différentes.

Cette interprétation ne prive pas pour autant Hydro-Québec du droit de recouvrer ses créances par les moyens habituels. Elle dit tout simplement que l'appelante ne peut à son gré interrompre le service ailleurs qu'au point de service de l'abonnement où le différend a pris naissance. Pour ces raisons, il nous paraît donc que le jugement majoritaire de la Cour d'appel est bien fondé et que le présent pourvoi doit être rejeté avec dépens.

*Pourvoi accueilli, les juges LEBEL et FISH sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante: Lavery, de Billy, Québec.*

*Procureurs des intimés: Choquette Beaupré Rhéaume, Montréal.*



**Les Entreprises Sibeca Inc. Appellant**

v.

**Municipality of Frelighsburg Respondent**

**INDEXED AS: ENTREPRISES SIBECA INC. v.  
FRELIGHSBURG (MUNICIPALITY)**

**Neutral citation: 2004 SCC 61.**

File No.: 29600.

2004: March 23; 2004: October 1.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci,\* Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC**

*Civil liability — Municipality — Exercise of power to make by-laws — Relative immunity — Zoning by-law — Developer suing municipality for loss of profits following amendment to zoning by-law affecting its real estate development project — Whether public law immunity attaching to exercise of regulatory power included in rules of liability applicable to municipalities — Whether municipality acted in bad faith, or in circumstances leading to conclusion it acted in bad faith, in amending its zoning by-law — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1457.*

*Municipal law — Exercise of power to make by-laws — Relative immunity — Whether public law immunity attaching to exercise of regulatory power included in rules of liability applicable to municipalities — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1457.*

*Municipal law — Zoning by-law — Whether municipality acted in bad faith, or in circumstances leading to conclusion it acted in bad faith, in amending its zoning by-law.*

In 1988, a developer purchased a lot in the respondent municipality that encompassed the summit of Mount Pinnacle and submitted a project involving a recreational and real estate development. The municipality gave its approval in principle to the project, which was contested by advocates of conservation of the mountain. In 1991, the recreational development project was put on hold because

\* Iacobucci J. did not take part in the judgment.

**Les Entreprises Sibeca Inc. Appelante**

c.

**Municipalité de Frelighsburg Intimée**

**RÉPERTORIÉ : ENTREPRISES SIBECA INC. c.  
FRELIGHSBURG (MUNICIPALITÉ)**

**Référence neutre : 2004 CSC 61.**

N° du greffe : 29600.

2004 : 23 mars; 2004 : 1<sup>er</sup> octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci\*, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps et Fish.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Responsabilité civile — Municipalité — Exercice du pouvoir réglementaire — Immunité relative — Règlement de zonage — Promoteur poursuivant une municipalité pour perte de profits à la suite d'une modification à un règlement de zonage qui affecte son projet de développement immobilier — L'immunité de droit public attachée à l'exercice du pouvoir réglementaire fait-elle partie du régime de responsabilité applicable aux municipalités? — La municipalité a-t-elle agi de mauvaise foi, ou dans des circonstances qui font conclure à sa mauvaise foi, en modifiant son règlement de zonage? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1457.*

*Droit municipal — Exercice du pouvoir réglementaire — Immunité relative — L'immunité de droit public attachée à l'exercice du pouvoir réglementaire fait-elle partie du régime de responsabilité applicable aux municipalités? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1457.*

*Droit municipal — Règlement de zonage — La municipalité a-t-elle agi de mauvaise foi, ou dans des circonstances qui font conclure à sa mauvaise foi, en modifiant son règlement de zonage?*

En 1988, un promoteur achète un terrain de la municipalité intimée, qui comprend le sommet du mont Pinnacle, et présente un projet de développement récréatif et immobilier. La municipalité donne son accord de principe au projet qui est contesté par des partisans de la conservation du mont. En 1991, le projet de développement récréatif est mis en veilleuse en raison de la conjoncture

\* Le juge Iacobucci n'a pas pris part au jugement.

of the economic situation. The developer instead made plans for a residential development. However, the project faced numerous delays. In the fall of 1993, a number of advocates of conservation of the mountain were elected to the municipal council, and a notice of motion to amend the zoning by-law was filed in April 1994. At the time this notice was filed, the building permits that had been issued to the developer for its residential development project had expired. The amended by-law was adopted in August 1994. The amendment required the developer to submit a comprehensive development program for its land and to erect its buildings on land adjacent to a public road. In light of these new requirements, the developer subdivided its land, sold it off piece by piece and sued the municipality for loss of profits. The Superior Court concluded that the developer's project had been blocked and characterized the municipality's attitude as one of "administrative" bad faith. It ordered the municipality to pay the developer \$330,500. It also found that the municipal councillors had not acted maliciously and could not be held personally liable. The Court of Appeal set aside the award.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie and Deschamps JJ.:* The adoption, amendment or repeal of a zoning by-law does not in itself trigger liability even if the effect of that action is to reduce the value of the lands affected. In exercising its regulatory power, a municipality enjoys broad discretion in public law. It may not be held liable if it acts in good faith or if the exercise of this power cannot be characterized as irrational. This protection provided by the public law relative immunity must be incorporated into the rules of liability applicable in civil law to municipalities. In light of art. 1457 C.C.Q., an applicant can be required to establish that the public body acted in bad faith, or in circumstances leading to a conclusion that it acted in bad faith.

The Court of Appeal was correct to intervene and set aside the award of damages. The trial judge misinterpreted the decision in *Boyd Builders*, which was rendered in the specific context of a permit application, and incorrectly shifted the burden of proof by requiring the municipality to prove its good faith. The principles of that decision have no bearing on the instant case. As the developer had not applied to renew its expired permits and had not applied for fresh permits, it did not have a *prima facie* right to a permit. The setbacks that led to the interruption of the real estate development project were unrelated to the municipality's actions. Moreover, the amendment to the zoning by-law, which had as its purpose to protect

économique. Le promoteur planifie plutôt un ensemble résidentiel. Ce projet fait toutefois face à de nombreux retards. À l'automne 1993, plusieurs des partisans de la conservation du mont sont élus au conseil municipal et un avis de motion pour modifier le règlement de zonage est déposé en avril 1994. Au moment du dépôt de cet avis, les permis de construction délivrés au promoteur pour son projet de développement résidentiel sont périmés. La modification au règlement est adoptée en août 1994. Cette modification oblige le promoteur à présenter un plan d'aménagement d'ensemble pour son terrain et à ériger ses constructions sur des terrains adjacents à une rue publique. Vu ces nouvelles exigences, le promoteur morcelle son terrain, procède à des ventes successives et poursuit la municipalité pour la perte de profits. La Cour supérieure conclut que le projet du promoteur a été bloqué et qualifie l'attitude de la municipalité de mauvaise foi dite administrative. Elle condamne la municipalité à payer 330 500 \$ au promoteur. Elle conclut également que les conseillers municipaux n'ont pas agi malicieusement et ne peuvent encourir de responsabilité personnelle. La Cour d'appel casse la condamnation.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

*La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie et Deschamps :* L'adoption, la modification ou l'annulation d'un règlement de zonage ne sont pas, en elles-mêmes, source de responsabilité même si ces actes entraînent une diminution de valeur des terrains visés. En vertu du droit public, une municipalité bénéficie d'un grand pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de son pouvoir de réglementation. Elle ne peut être tenue responsable si elle a agi de bonne foi ou si l'exercice de ce pouvoir ne peut être qualifié d'irrationnel. Cette protection offerte par l'immunité relative de droit public doit être intégrée au régime de responsabilité applicable en droit civil aux municipalités. L'article 1457 C.c.Q. permet d'incorporer l'obligation faite au demandeur de démontrer que le corps public a agi de mauvaise foi ou dans des circonstances qui font conclure à sa mauvaise foi.

C'est avec raison que la Cour d'appel est intervenue pour casser la condamnation. Le juge de première instance a mal interprété l'arrêt *Boyd Builders*, qui s'inscrit spécifiquement dans un contexte de demande de permis, et a, à tort, opéré un renversement du fardeau de preuve en obligeant la municipalité à prouver sa bonne foi. Dans la présente affaire, les principes de cet arrêt sont inapplicables. Le promoteur, n'ayant pas demandé de renouvellement de ses permis périmés et n'ayant fait aucune demande de nouveau permis, ne bénéficiait pas d'un droit *prima facie* à la délivrance d'un permis. Les déboires qui ont entraîné l'interruption du projet de développement immobilier étaient indépendants des actes de la

the natural environment within the municipality's jurisdiction, was compatible with the development plan for its territory and promoted an objective the municipality considered to be in the municipal interest. A legitimate objective does not become improper because the people seeking to achieve it are councillors who have been publicly identified with the conservation of the mountain. Finally, there is no such concept as administrative bad faith. Since a legal person can act only through its agents, it can have no intention separate from theirs. If, as in the case at bar, the municipal council, comprised of councillors acting in good faith, adopts a by-law, then the municipality will be considered to have acted in good faith.

*Per LeBel and Fish JJ.:* There is agreement with the analysis of the principles governing the municipality's civil liability, and with the disposition. It is unnecessary to apply the principles to the facts, or to pass judgment on the motives, intentions or conduct of the municipality. Even had the municipality been found to be at fault, the developer, by allowing the building permits to expire, had broken any causal connection.

#### Cases Cited

By Deschamps J.

**Applied:** *Prud'homme v. Prud'homme*, [2002] 4 S.C.R. 663, 2002 SCC 85; *Welbridge Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957; **distinguished:** *City of Ottawa v. Boyd Builders Ltd.*, [1965] S.C.R. 408; **referred to:** *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)*, [1994] 1 S.C.R. 420; *Finney v. Barreau du Québec*, [2004] 2 S.C.R. 17, 2004 SCC 36.

#### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting land use planning and development*, R.S.Q., c. A-19.1.  
*Act respecting the preservation of agricultural land and agricultural activities*, R.S.Q., c. P-41.1.  
*Civil Code of Lower Canada*.  
*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1376, 1457.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (2002), 40 M.P.L.R. (3d) 157, [2002] Q.J. No. 5093 (QL), reversing a decision of the Superior Court, [2000] Q.J. No. 5908 (QL). Appeal dismissed.

municipalité. De plus, la modification du règlement de zonage, qui visait la protection de l'environnement naturel du territoire municipal, était conforme au schéma d'aménagement du territoire et favorisait un objectif que la municipalité estimait d'intérêt municipal. Un objectif légitime ne devient pas illégitime parce qu'il est poursuivi par des conseillers publiquement identifiés à la conservation du mont. Enfin, la notion de mauvaise foi administrative n'existe pas. Puisqu'une personne morale ne peut agir que par ses agents, elle ne peut avoir d'intention distincte de ces derniers. Si, comme en l'espèce, le conseil municipal formé de conseillers de bonne foi adopte un règlement, la municipalité sera considérée de bonne foi.

*Les juges LeBel et Fish :* L'analyse du cadre de la responsabilité civile de la municipalité et le dispositif sont acceptés. Il n'est pas nécessaire d'appliquer les principes aux faits, ni de juger des motifs, intentions ou comportements de la municipalité. Même si on concluait que celle-ci était fautive, le promoteur, en laissant les permis de construction se périmer, a rompu tout lien de causalité.

#### Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

**Arrêts appliqués :** *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, 2002 CSC 85; *Welbridge Holdings Ltd. c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957; **distinction d'avec l'arrêt :** *City of Ottawa c. Boyd Builders Ltd.*, [1965] R.C.S. 408; **arrêts mentionnés :** *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420; *Finney c. Barreau du Québec*, [2004] 2 R.C.S. 17, 2004 CSC 36.

#### Lois et règlements cités

*Code civil du Bas Canada*.  
*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1376, 1457.  
*Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, L.R.Q., ch. A-19.1.  
*Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles*, L.R.Q., ch. P-41.1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (2002), 40 M.P.L.R. (3d) 157, [2002] J.Q. n° 5093 (QL), qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [2000] J.Q. n° 5908 (QL). Pourvoi rejeté.

*Jacques Jeansonne and Pierre Luc Blain*, for the appellant.

*Guy Pepin and Pierre Le Page*, for the respondent.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie and Deschamps JJ. delivered by

DESCHAMPS J. — At issue in this appeal are the rules governing the extra-contractual liability of municipalities, and more specifically the circumstances in which damages may be awarded against a municipality following the exercise of its power to make by-laws.

The adoption of zoning by-laws is an exercise in respect of which a municipality clearly has wide latitude. However, any discretion, no matter how broad, has limits. The appellant, Entreprises Sibeca Inc. (“Sibeca”), contends that the municipality exceeded those limits. The trial judge, starting from a false premise, found in its favour. The Court of Appeal set that judgment aside. For the reasons set out below, I would dismiss the appeal.

### I. Facts

On May 28, 1988, Sibeca purchased an approximately 1500-acre lot in the municipality of Frelighsburg (“municipality”). The lot encompasses the summit of Mount Pinacle, which is regarded as the most important area of the municipality from the political, economic and social points of view. Shortly after purchasing the lot, Sibeca submitted to the municipality a project involving a recreational and real estate development on approximately 600 acres of land on the north face of Mount Pinacle. The project included a downhill ski resort, a golf course and a residential housing development. The project, as a whole, was compatible with the development plan for the Regional County Municipality of Brôme-Missisquoi (“RCM”), which was in force as of May 19, 1987. By resolution passed on September 12, 1988, the municipality approved the project in principle, subject to a number of

*Jacques Jeansonne et Pierre Luc Blain*, pour l’appelante.

*Guy Pepin et Pierre Le Page*, pour l’intimée.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Binnie et Deschamps a été rendu par

LA JUGE DESCHAMPS — Le pourvoi met en question les règles régissant la responsabilité extracontractuelle des municipalités et plus particulièrement les circonstances qui peuvent entraîner leur condamnation à des dommages-intérêts dans le contexte de l’exercice de leur pouvoir de réglementation.

L’adoption de règlements de zonage constitue assurément un exercice pour lequel une municipalité bénéficie d’une grande marge de manœuvre. Tout pouvoir discrétionnaire, si grand soit-il, connaît cependant des limites. L’appelante, Entreprises Sibeca Inc. (« Sibeca »), prétend que la municipalité a outrepassé ces limites. Partant d’une fausse prémisse, le juge de première instance lui a donné raison. La Cour d’appel a infirmé ce jugement. Pour les motifs exprimés ci-dessous, je suis d’avis que le pourvoi doit être rejeté.

### I. Faits

Le 28 mai 1988, Sibeca achète un terrain d’environ 1 500 acres situé sur le territoire de la municipalité de Frelighsburg (« municipalité »). Ce terrain comprend le sommet du mont Pinacle, considéré comme l’espace le plus important de la municipalité, aux plans politique, économique et social. Peu de temps après avoir acheté le terrain, Sibeca présente à la municipalité un projet de développement récréatif et immobilier sur le flanc nord du mont Pinacle, couvrant environ 600 acres. Le projet comporte un centre de ski alpin, un parcours de golf et une aire résidentielle. L’ensemble du projet est compatible avec le schéma d’aménagement de la municipalité régionale de comté Brôme-Missisquoi (« MRC ») tel que mis en vigueur le 19 mai 1987. Par résolution datée du 12 septembre 1988, la municipalité donne son accord de principe au projet, mais l’assortit de plusieurs conditions, dont celle de pouvoir en

1

2

3

conditions, one of which was that the municipality would be able to regulate the manner in which the project was carried out, by way of by-laws that were soon to be adopted.

encadrer la réalisation au moyen de la réglementation qu'elle doit adopter incessamment.

4 At the time of approval of the Sibeca project, the municipality had not yet adopted the by-laws that were needed to implement the development plan adopted under the *Act respecting land use planning and development*, R.S.Q., c. A-19.1. In addition, Sibeca's lot was located in a zone that was still designated agricultural under the *Act respecting the preservation of agricultural land and agricultural activities*, R.S.Q., c. P-41.1. Sibeca therefore could not go ahead with its project unless it was first granted the change to the designation it needed to withdraw the lot from the zone protected as agricultural land.

En fait, au moment de l'approbation du projet de Sibeca, la municipalité n'a pas encore adopté la réglementation qui doit mettre en œuvre le schéma d'aménagement adopté en application de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, L.R.Q., ch. A-19.1. De plus, le terrain de Sibeca est situé dans une zone qui demeure désignée comme agricole en vertu de la *Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles*, L.R.Q., ch. P-41.1. Sibeca ne peut donc aller de l'avant avec son projet avant d'obtenir la modification de la désignation qui est nécessaire pour retirer le terrain de la zone protégée comme territoire agricole.

5 The adoption of the development plan in 1987 had brought to the fore a dispute that had long been under way between those in favour of developing Mount Pinnacle and those in favor of conserving it. Since 1976, the municipality's master plan had provided for a conservation-oriented approach to the land surrounding Mount Pinnacle. From the very beginning of the preparation of the development plan, the RCM adopted that approach, and the proposal it submitted for public consultation incorporated that permitted use. Only when the final version was adopted was the permitted use changed to authorize a recreational zone. What had been a political and social dispute then became a legal one.

En 1987, la mise en vigueur du schéma d'aménagement avait mis en évidence une lutte ouverte depuis un bon moment déjà entre les partisans de l'exploitation du mont Pinnacle et les partisans de sa conservation. Depuis 1976, le plan directeur de la municipalité prévoyait une orientation vouée à la conservation du territoire du mont Pinnacle. Dès le début de l'élaboration du schéma d'aménagement, la MRC entérine cette orientation, et la proposition qu'elle soumet à la consultation publique incorpore cette vocation. Ce n'est que lors de l'adoption de la version définitive que la vocation est changée pour autoriser une zone récréative. La contestation, jusque-là politico-sociale, se judiciarise.

6 The advocates of conservation advanced their position on several fronts. They formed the Association for the Conservation of Mount Pinnacle (the "Association"). They instituted legal proceedings to challenge the development plan, claiming that the change of use was illegal. Their action was dismissed on May 22, 1992 ([1992] R.J.Q. 1613) by Hélène LeBel J. of the Superior Court, on the ground that the RCM was not bound by the version submitted for public consultation, and more specifically that the complaint regarding the change of approach related to the quality of the decision-making process rather than to its legality (p. 1634). The judge also rejected the argument that the RCM had acted under

Les partisans de la conservation défendent leur position sur plusieurs fronts. Ils forment l'Association pour la conservation du mont Pinnacle (« Association »). Ils intentent un recours en contestation du schéma d'aménagement, alléguant que le changement de vocation est illégal. Leur action est rejetée le 22 mai 1992 ([1992] R.J.Q. 1613) par la juge Hélène LeBel de la Cour supérieure, au motif que la MRC n'est pas tenue par la version soumise à la consultation publique et, plus spécifiquement, que le changement d'orientation en est un qui tient à la qualité du processus décisionnel et non à sa légalité (p. 1634). La juge refuse aussi l'argument voulant que la MRC ait agi à l'instigation de la firme

the influence of Desourdy Inc., Sibeca's predecessor in title, although she observed that it is normal for an organization like the RCM, made up of the mayors of each of the municipalities within its territory, to give great weight to the opinions of the local municipalities. In 1991, the conservationists also founded the Mount Pinnacle Land Trust ("Trust") to collect funds for the purchase of land to be made into protection areas. They then contested a decision by the Commission de protection du territoire agricole dated November 12, 1992, which had ruled in Sibeca's favour. The Association's contestation was dismissed on May 3, 1993.

Sibeca's project had been on shaky ground since 1991 because of the economic situation. The recreational development project was put on hold. According to Sibeca's representative, it was pointless to develop a ski resort during a recession. Sibeca instead made plans for a residential development, the *Domaine de l'Aigle*, on the south side of the mountain. It consisted of 50 lots of about 5 acres each. In 1992, Sibeca obtained subdivision permits and permits to cut down trees and build roads for the *Domaine de l'Aigle* development. As well, the municipality issued three building permits for three model homes on April 1, 1993. Sibeca started work on the project, but encountered a number of snags. As a result of administrative challenges relating to the designation as agricultural land, and of bad weather, vandalism and subcontracting problems, marketing of the *Domaine de l'Aigle* had not yet begun by the fall of 1993.

The fall of 1993 brought another change, this one political. A new municipal council was elected. A number of long-time conservation activists found themselves in the majority on the council. They were criticized for holding office in the Trust and the Association. The municipal council shelved the work that had already been done on preparing the by-laws. It retained a new planning firm. Rather than adopting a whole new zoning by-law, the council drafted an amendment to the existing zoning by-law.

Desourdy inc., auteur de Sibeca, mais note qu'il est normal qu'un organisme comme la MRC, composé des maires de chacune des municipalités du territoire, soit enclin à accorder beaucoup de poids aux avis des municipalités locales. En 1991, les conservationnistes fondent aussi la Fiducie foncière *mont Pinnacle* («*Fiducie*») en vue d'amasser des fonds pour acquérir des terrains destinés à des aires de protection. Ils contestent également la décision de la Commission de protection du territoire agricole du 12 novembre 1992 favorable à Sibeca. La contestation de l'Association est rejetée le 3 mai 1993.

Par ailleurs, à compter de 1991, en raison de la conjoncture économique, le projet de Sibeca bat de l'aile. Le projet de développement récréatif est mis en veilleuse. Selon le représentant de Sibeca, il est inutile, en pleine récession économique, de faire la promotion d'un centre de ski. Sibeca planifie plutôt un ensemble résidentiel du côté sud de la montagne, le *Domaine de l'Aigle*. Ce projet consiste en 50 lots d'environ 5 acres chacun. Au cours de l'année 1992, Sibeca obtient les permis de lotissement, d'abattage d'arbres et de construction de chemins, en vue de la réalisation du *Domaine de l'Aigle*. De plus, le 1<sup>er</sup> avril 1993, la municipalité délivre trois permis de construction pour trois maisons-témoins. Sibeca entame ce projet mais fait face à plusieurs écueils. Contestation administrative concernant la désignation comme terre agricole, mauvais temps, vandalisme, problèmes de sous-traitance font que l'automne 1993 arrive sans que la promotion des ventes du *Domaine de l'Aigle* ne soit amorcée.

L'automne 1993 apporte aussi un changement, politique celui-là. Un nouveau conseil municipal est élu. Plusieurs militants conservationnistes de longue date se retrouvent majoritaires au conseil. Leurs fonctions au sein de la Fiducie et de l'Association leur sont d'ailleurs reprochées. Le conseil municipal met de côté les travaux d'élaboration de la réglementation déjà amorcés. Il retient les services d'un nouveau cabinet d'urbanistes. Plutôt que d'adopter un tout nouveau règlement de zonage, le conseil prépare un projet de modification du règlement de zonage existant.

9 Sibeca's building permits, which had initially been issued for six months but had been extended to April 1, 1994 as the result of toleration on the municipality's part, then expired. Sibeca had not yet begun construction on the three houses. On April 5, 1994, a notice of motion was filed announcing that zoning by-law 215-82 was to be amended. Once the amendment had been adopted, the developer would have to submit a comprehensive development program ("CDP") to the municipality for all of its land (meaning for both the north and south faces) and all construction would have to be adjacent to a public road. In addition, downhill skiing would not be permitted. On August 21, 1994, the eligible voters came down in favour of the by-law. The RCM issued a certificate of conformity of the by-law with the development plan on December 20, 1994.

10 Sibeca was facing a tight deadline. Its creditors had given it an extension until December 31, 1994. However, it believed that the new requirements meant it would be unable to find common ground with the municipality. Sibeca subdivided its land and sold it off piece by piece. It sued for loss of the profits it would have realized by selling the lots in the *Domaine de l'Aigle* individually.

11 Two opposing theories were argued in the Superior Court: Sibeca contended that the municipality had blocked its project, while the municipality argued that it had made legitimate use of tools provided to it by the legislature to regulate development within its boundaries.

12 Arsenault J. of the Superior Court held that even if there were no acquired rights, Sibeca could reasonably have expected, as regards the *Domaine de l'Aigle*, that the project would not be arbitrarily blocked by a council hostile to the project to develop a ski resort and golf course on Mount Pinacle. In his opinion, the by-law affected only the *Domaine de l'Aigle*. Relying on *City of Ottawa v. Boyd Builders Ltd.*, [1965] S.C.R. 408, the judge required that the municipality prove its good faith. He agreed that the municipal councillors were entitled to support the conservation of Mount Pinacle but criticized the municipality for requiring a CDP, it being his

Les permis de construction de Sibeca, délivrés initialement pour six mois, mais prolongés jusqu'au 1<sup>er</sup> avril 1994 par tolérance, deviennent périmés. Sibeca n'a alors pas commencé la construction des trois maisons. Le 5 avril 1994, est déposé un avis de motion annonçant la modification du règlement de zonage 215-82. À la suite de la modification, d'une part, le promoteur doit présenter à la municipalité un plan d'aménagement pour l'ensemble de son terrain (« PAE ») (donc le flanc nord et le versant sud) et, d'autre part, les constructions doivent être adjacentes à une rue publique. De plus, les activités de ski alpin ne sont pas autorisées. Le 21 août 1994, les personnes autorisées à voter se prononcent en faveur du règlement. Un certificat de conformité du règlement au schéma est émis par la MRC le 20 décembre 1994.

Sibeca doit faire face à un échéancier serré. Ses créanciers lui ont accordé une prorogation jusqu'au 31 décembre 1994. Elle estime cependant que les nouvelles exigences sont telles qu'elle ne croit pas pouvoir trouver de terrain d'entente avec la municipalité. Sibeca morcelle son terrain et procède à des ventes successives. Elle poursuit pour la perte des profits qu'elle aurait réalisés en vendant individuellement les lots du *Domaine de l'Aigle*.

Deux thèses s'affrontent devant la Cour supérieure : Sibeca prétend que la municipalité a bloqué son projet alors que la municipalité plaide qu'elle a légitimement utilisé des outils mis à sa disposition par le législateur pour encadrer la mise en valeur de son territoire.

Le juge Arsenault de la Cour supérieure estime que, même en l'absence de droits acquis, Sibeca pouvait légitimement s'attendre, en ce qui concerne le *Domaine de l'Aigle*, à ce que le projet ne soit pas bloqué arbitrairement par un conseil hostile au projet ski-golf au mont Pinacle. Selon lui, le règlement ne visait que le *Domaine de l'Aigle*. Se fondant sur l'arrêt *City of Ottawa c. Boyd Builders Ltd.*, [1965] R.C.S. 408, le juge impose à la municipalité de prouver sa bonne foi. Il accepte que des conseillers municipaux soient en droit de militer pour la conservation du mont Pinacle, mais il reproche à la municipalité d'avoir exigé un PAE, étant d'opinion

view that the council had deviated from the development plan. He also said that he was inclined to think that the council had strayed from the goal of the provision of the *Act respecting land use planning and development* concerning CDPs in including the requirement that construction be on land adjacent to a public road. He therefore cast doubt on the real intentions of the municipality and its councillors, since he was of the view that they were undoubtedly aware that any work on the ski resort and golf course project was tied to the financial success of the Domaine de l'Aigle. He concluded that Sibeca's project had been blocked. He characterized the municipality's attitude as one of "administrative" bad faith. He ordered the municipality to pay \$330,500 in damages. However, he found that the municipal councillors had not acted maliciously and could not be held personally liable.

The Court of Appeal set aside the award of damages. In reasons in which her two colleagues concurred, Mailhot J.A. relied on the finding that the councillors had not acted in bad faith to demonstrate the contradictory nature of the Superior Court's conclusion as regards the municipality. Mailhot J.A. analysed the facts and the law and concluded that the municipality had the power to amend the zoning by-law, that this power had not been used improperly and that the members of the municipal council had not closed their minds to Sibeca's ideas.

In this Court, Sibeca again argued that the municipality had used its powers for an improper purpose. It alleged that the councillors had acted in a discriminatory manner and in bad faith. In combination with the requirement that construction be along a public road, the effect of the requirement that a CDP be filed was to block the Domaine de l'Aigle project. Sibeca also alleged that a number of councillors had placed themselves in a conflict of interest. It further submitted that its cross-appeal to the Court of Appeal should have been allowed.

## II. Analysis

It is important not to confuse the rules of administrative law with the rules that govern the extra-contractual liability of a public body. The rules of

que le conseil déviait du schéma d'aménagement. Il dit aussi être enclin à penser que le conseil s'est écarté du but poursuivi par la disposition de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme* concernant le PAE en incluant l'obligation de construire sur un terrain adjacent à une rue publique. Il met donc en doute les intentions réelles de la municipalité et de ses conseillers, estimant qu'ils étaient sans doute au courant que l'éventuelle mise en chantier du projet ski-golf était liée au succès financier du Domaine de l'Aigle. Il conclut que le projet de Sibeca a été bloqué. Il qualifie l'attitude de la municipalité de mauvaise foi dite administrative. Il condamne la municipalité à payer des dommages-intérêts de 330 500 \$. Selon lui, les conseillers municipaux n'ont cependant pas agi malicieusement et ne peuvent encourir de responsabilité personnelle.

La Cour d'appel casse la condamnation. Dans des motifs auxquels souscrivent ses deux collègues, la juge Mailhot s'appuie sur la conclusion voulant que les conseillers ne sont pas de mauvaise foi pour mettre en relief le résultat contradictoire auquel la Cour supérieure est arrivée pour ce qui est de la municipalité. Analysant les faits et le droit, la juge Mailhot conclut que la municipalité avait le pouvoir de modifier le règlement de zonage, que ce pouvoir n'a pas été utilisé de façon illégitime et que les membres du conseil municipal n'étaient pas fermés aux idées de Sibeca.

Devant notre Cour, Sibeca réitère que la municipalité a utilisé ses pouvoirs pour une fin impropre. Les conseillers auraient agi de façon discriminatoire et de mauvaise foi. Conjuguée à l'obligation de construire sur un chemin public, l'obligation de déposer un PAE avait pour effet de bloquer le projet du Domaine de l'Aigle. De plus, plusieurs conseillers se seraient placés en situation de conflit d'intérêts. Par ailleurs, Sibeca soumet que son appel incident devant la Cour d'appel aurait dû être accueilli.

## II. Analyse

Il importe de ne pas confondre les règles du droit administratif avec celles du droit de la responsabilité extracontractuelle d'un corps public. Les premières

13

14

15



administrative law allow for an application to be made to the Superior Court for judicial review of a public body's decision. The setting aside of such a decision will not necessarily lead to the municipality's being civilly liable.

16 An action in damages against a public body is governed by the rules of civil liability. This appeal relates only to the rules of civil liability. Sibeca has divested itself of its property, and is not seeking to have the zoning by-law quashed. Its action is limited to a claim for loss of the anticipated profits on the sale of the lots in the *Domaine de l'Aigle*. The action in damages was brought under art. 1457 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64:

1457. Every person has a duty to abide by the rules of conduct which lie upon him, according to the circumstances, usage or law, so as not to cause injury to another.

Where he is endowed with reason and fails in this duty, he is responsible for any injury he causes to another person by such fault and is liable to reparation for the injury, whether it be bodily, moral or material in nature.

He is also liable, in certain cases, to reparation for injury caused to another by the act or fault of another person or by the act of things in his custody.

17 Under the *Civil Code of Lower Canada*, a municipality's civil liability was governed by the rules this Court laid down in *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705. Those rules were reviewed in *Prud'homme v. Prud'homme*, [2002] 4 S.C.R. 663, 2002 SCC 85, after art. 1376 of the *Civil Code of Québec* had come into force in 1994. Article 1376 reads as follows:

1376. The rules set forth in this Book apply to the State and its bodies, and to all other legal persons established in the public interest, subject to any other rules of law which may be applicable to them.

18 In *Prud'homme* the Court concluded that under art. 1376 of the *Civil Code of Québec*, the general rules of civil law are applicable unless the public body establishes that public law principles prevail over the civil law rules (at para. 31):

permettent de présenter à la Cour supérieure une demande de révision judiciaire d'une décision d'un corps public. L'annulation d'une telle décision n'entraîne pas nécessairement la responsabilité civile de la municipalité.

Le recours en dommages-intérêts contre un corps public fait intervenir les règles de la responsabilité civile. Le présent pourvoi ne concerne que les règles de la responsabilité civile. Sibeca s'est départie de ses biens et ne demande pas l'annulation du règlement de zonage. Son recours se limite à une réclamation pour la perte des profits escomptés de la vente des lots du *Domaine de l'Aigle*. L'action en dommages-intérêts est fondée sur l'art. 1457 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 :

1457. Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel.

Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d'une autre personne ou par le fait des biens qu'elle a sous sa garde.

Suivant le *Code civil du Bas Canada*, la responsabilité civile d'une municipalité était guidée par les règles élaborées par notre Cour dans l'arrêt *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705. Ces règles ont été revues dans l'arrêt *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, 2002 CSC 85, à la suite de l'entrée en vigueur de l'art. 1376 du *Code civil du Québec* en 1994. Cet article se lit :

1376. Les règles du présent livre s'appliquent à l'État, ainsi qu'à ses organismes et à toute autre personne morale de droit public, sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables.

Dans *Prud'homme*, la Cour a conclu que l'art. 1376 du *Code civil du Québec* rend applicables les règles générales du droit civil, à moins que le corps public ne démontre que des principes de droit public priment les règles du droit civil (par. 31) :

In short, when the new provisions of the *Civil Code of Québec*, and more particularly art. 1376, came into force, they no longer allowed the use of the method laid down by *Laurentide Motels*, *supra*, insofar as that decision imposed an obligation on the individual to identify a public common law rule that made the private law applicable to his or her action in liability against the governmental body. The civil law principles of civil liability now apply, as a rule, to wrongful acts by such bodies. It therefore belongs to the party which intends to rely on the public law in order to avoid or to limit the application of the general rules of civil liability to establish, where the need arises, that there are relevant public law principles that prevail over the civil law rules.

When a public law rule is identified and determined to be applicable, it must be incorporated into the law of civil liability. It is therefore necessary to identify the public law rules applicable to municipalities, determine whether they prevail over the civil law rules and, if so, incorporate them into the civil law.

In this case, the *Civil Code of Québec* does not specify a particular standard for determining when a public body is liable for acts performed in a general policy context. On the other hand, public bodies enjoy immunity in public law for acts performed in the exercise of their legislative or regulatory power.

The public law rules applicable to public bodies exercising a legislative power have been considered in numerous decisions of this Court. *Welbridge Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957, remains one of the leading cases. In that case, a real estate developer had sued a public body, asserting that there was a duty of care in making a zoning by-law. After the by-law was declared invalid, the developer claimed that the public body was liable in damages. Laskin J., speaking for the Court, laid down some clear basic principles (at pp. 966 and 968-70):

It is important to emphasize in this case that a duty of care of the defendant to the plaintiff cannot be based merely on the fact that economic loss would foreseeably result to the latter if By-law No. 177 should prove to be invalid. . . .

Somme toute, l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions du *Code civil du Québec*, et de l'art. 1376 plus particulièrement, ne permet plus de retenir la méthode prescrite par l'arrêt *Laurentide Motels*, précité, dans la mesure où celle-ci imposait au particulier l'obligation d'identifier une règle de common law publique rendant le droit privé applicable à son action en responsabilité contre l'administration publique. Dorénavant, le régime civiliste de la responsabilité s'applique en principe à l'acte fautif de l'administration. Il revient alors à la partie qui entend se prévaloir du droit public pour éviter ou restreindre l'application du régime général de responsabilité civile de démontrer, le cas échéant, que des principes de droit public pertinents priment sur les règles du droit civil.

Lorsqu'une règle de droit public est identifiée et qu'elle est jugée applicable, elle doit être intégrée dans le droit de la responsabilité civile. Il importe donc de préciser les règles de droit public applicables aux municipalités, de vérifier si elles priment les règles du droit civil et, s'il y a lieu, de les intégrer à ce droit.

En l'occurrence, le *Code civil du Québec* ne précise pas de norme particulière pour établir la responsabilité d'un corps public pour les actes accomplis dans un contexte de politique générale. En droit public, par contre, les corps publics bénéficient de l'immunité pour les actes accomplis dans l'exercice de leur pouvoir législatif ou réglementaire.

Les règles de droit public applicables aux corps publics exerçant un pouvoir législatif ont fait l'objet de nombreux arrêts de la Cour. Un des arrêts clés demeure *Welbridge Holdings Ltd. c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957. Dans cette affaire, un promoteur immobilier avait poursuivi le corps public concerné, alléguant l'existence d'une obligation de diligence dans l'adoption d'un règlement de zonage. À la suite de l'annulation du règlement, le promoteur invoquait la responsabilité du corps public pour les dommages subis. Exprimant l'opinion de la Cour, le juge Laskin a établi des principes de base clairs (p. 966 et 968-970) :

En l'espèce, il importe de signaler que l'obligation de diligence de la défenderesse envers la demanderesse ne peut naître du seul fait qu'il en résulterait, ainsi qu'il est prévisible, une perte financière pour cette dernière si le règlement n° 177 était invalide. . .

19

20

... A municipality at what may be called the operating level is different in kind from the same municipality at the legislative or quasi-judicial level where it is exercising discretionary statutory authority. In exercising such authority, a municipality (no less than a provincial Legislature or the Parliament of Canada) may act beyond its powers in the ultimate view of a Court, albeit it acted on the advice of counsel. It would be incredible to say in such circumstances that it owed a duty of care giving rise to liability in damages for its breach. "Invalidity is not the test of fault and it should not be the test of liability" . . . .

... If, instead of rezoning the land involved herein to enhance its development value, the defendant had rezoned so as to reduce its value and the owners had sold it thereafter, could it be successfully contended, when the rezoning by-law was declared invalid on the same ground as By-law No. 177, that the owners were entitled to recoup their losses from the municipality? I think not, because the risk of loss from the exercise of legislative or adjudicative authority is a general public risk and not one for which compensation can be supported on the basis of a private duty of care. . . .

21

The adoption, amendment or repeal of a zoning by-law does not in itself trigger a municipality's liability even if the effect of that action is to reduce the value of the lands affected. In exercising its regulatory power, a municipality enjoys broad discretion in public law. That discretion is limited, however. The scope and limits of the discretion were discussed in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 140:

In public regulation of this sort there is no such thing as absolute and untrammelled "discretion", that is that action can be taken on any ground or for any reason that can be suggested to the mind of the administrator; no legislative Act can, without express language, be taken to contemplate an unlimited arbitrary power exercisable for any purpose, however capricious or irrelevant, regardless of the nature or purpose of the statute. Fraud and corruption in the Commission may not be mentioned in such statutes but they are always implied as exceptions. "Discretion necessarily implies good faith in discharging public duty; there is always a perspective within which

... Au niveau qu'on pourrait appeler celui des opérations, une municipalité n'est pas la même qu'au niveau législatif ou quasi judiciaire où elle exerce un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi. Elle peut alors (tout comme une législature provinciale ou le Parlement du Canada) excéder ses pouvoirs, ainsi que le penserait finalement un tribunal, bien qu'elle ait suivi le conseil d'avocats. Dans ces circonstances, il serait inconcevable qu'on puisse dire qu'elle a une obligation de diligence qui entraîne sa responsabilité pour dommages si elle y manque. « L'invalidité n'est pas le critère de la faute et ne devrait pas être le critère de la responsabilité » . . . .

... Si au lieu d'établir le terrain ici en cause dans une nouvelle zone de façon à en augmenter la valeur aux fins d'aménagement, la défenderesse l'avait établi dans une zone qui lui aurait fait perdre de la valeur et si les propriétaires l'avaient ensuite vendu, aurait-on pu obtenir alors, quand le règlement de nouveau zonage aurait été déclaré invalide pour les mêmes motifs que le règlement n° 177, que les propriétaires avaient le droit de se faire indemniser de leurs pertes par la municipalité? Je ne le crois pas, parce que le risque de perte par suite de l'exercice d'un pouvoir législatif ou déclaratoire est un risque couru par le public en général et non un risque à l'égard duquel on peut réclamer une indemnité en se fondant sur l'existence d'une obligation particulière de diligence. . . .

L'adoption, la modification ou l'annulation d'un règlement de zonage ne sont pas, en elles-mêmes, sources de responsabilité d'une municipalité même si ces actes entraînent une diminution de valeur des terrains visés. En vertu du droit public, une municipalité bénéficie d'un grand pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de son pouvoir de réglementation. Cette discrétion est cependant limitée. L'affaire *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, traite de la portée de ce pouvoir et de ses limites (p. 140) :

[TRADUCTION] Dans une réglementation publique de cette nature, il n'y a rien de tel qu'une « discrétion » absolue et sans entraves, c'est-à-dire celle où l'administrateur pourrait agir pour n'importe quel motif ou pour toute raison qui se présenterait à son esprit; une loi ne peut, si elle ne l'exprime expressément, s'interpréter comme ayant voulu conférer un pouvoir arbitraire illimité pouvant être exercé dans n'importe quel but, si fantaisiste et hors de propos soit-il, sans avoir égard à la nature ou au but de cette loi. La fraude et la corruption au sein de la commission ne sont peut-être pas mentionnées dans des lois de ce genre, mais ce sont des exceptions que l'on

a statute is intended to operate; and any clear departure from its lines or objects is just as objectionable as fraud or corruption. [Emphasis added.]

That standard was reiterated in, *inter alia*, *Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)*, [1994] 1 S.C.R. 420, at p. 442:

Such a policy decision cannot be reviewed on a private law standard of reasonableness. Since no allegation was made that the decision was not bona fide or was so irrational that it could not constitute a proper exercise of discretion, it cannot be attacked. [Emphasis added.]

In public law, a municipality may not therefore be held liable for the exercise of its regulatory power if it acts in good faith or if the exercise of this power cannot be characterized as irrational. The declaration on judicial review that a by-law is invalid because it is founded on a misinterpretation of the law or on a consideration determined to be irrelevant does not necessarily expose the municipality to extra-contractual liability. A municipality has a margin of legitimate error. In public law, it is protected by what may be called relative immunity. Does that immunity prevail over the civil law rules?

To answer that question, I would refer to what Laskin J. said in *Welbridge, supra*, which, in my view, transcends the common law. Municipalities perform functions that require them to take multiple and sometimes conflicting interests into consideration. To ensure that political disputes are resolved democratically to the extent possible, elected public bodies must have considerable latitude. Where no constitutional issues are in play, it would be inconceivable for the courts to interfere in this process and set themselves up as arbitrators to dictate that any particular interest be taken into consideration. They may intervene only if there is evidence of bad faith. The onerous and complex nature of the functions that are inherent in the exercise of a regulatory power justify incorporating a form of protection both in civil law and at common law. Such

doit toujours sous-entendre. La « discrétion » implique nécessairement la bonne foi dans l'exercice d'un devoir public. Une loi doit toujours s'entendre comme s'appliquant dans une certaine optique, et tout écart manifeste de sa ligne ou de son objet est tout aussi répréhensible que la fraude ou la corruption. [Je souligne.]

Ce critère a, entre autres, été repris dans *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420, p. 442 :

Une décision de [politique générale] ne peut être examinée en regard de la norme du caractère raisonnable du droit privé. Étant donné que l'on n'a pas allégué que la décision n'a pas été prise de bonne foi ou qu'elle était à ce point irrationnelle qu'elle ne saurait constituer l'exercice légitime d'un pouvoir discrétionnaire, elle ne peut être attaquée. [Je souligne.]

En vertu du droit public, une municipalité ne peut donc être tenue responsable de l'exercice de son pouvoir réglementaire si elle a agi de bonne foi ou si l'exercice de ce pouvoir ne peut être qualifié d'irrationnel. Un règlement déclaré invalide parce que fondé sur une mauvaise interprétation de la loi ou sur une considération jugée non pertinente dans le contexte d'une révision judiciaire n'engage pas nécessairement la responsabilité extracontractuelle de la municipalité. La municipalité bénéficie d'une marge d'erreur légitime. Le droit public lui reconnaît en effet une protection qui peut être qualifiée d'immunité relative. Cette immunité prime-t-elle les règles du droit civil?

Pour répondre à cette question, je me reporte aux propos du juge Laskin dans *Welbridge*, précité, qui, à mon avis, transcendent la common law. Les municipalités exercent des fonctions qui requièrent la prise en considération d'intérêts multiples, parfois contradictoires. Pour favoriser pleinement la résolution démocratique des conflits politiques, les corps publics élus doivent disposer d'une marge de manœuvre considérable. Hors d'un contexte constitutionnel, il serait inconcevable que les tribunaux s'immiscent dans ce processus et s'imposent comme arbitres pour dicter la prise en considération d'un intérêt particulier. Ils ne peuvent intervenir que s'il y a preuve de mauvaise foi. La lourdeur et la complexité des fonctions inhérentes à l'exercice du pouvoir de réglementation justifient l'incorporation d'une protection, tant en droit civil qu'en common

22

23

24

protection was recognized under the *Civil Code of Lower Canada*, as evidenced in *Laurentide Motels, supra*, although the process followed to recognize it was different. The considerations behind the formulation of the public law immunity recognized by the civil law, as governed by the *Civil Code of Lower Canada*, remain applicable after the coming into force of the *Civil Code of Québec*. It must therefore be determined how that relative immunity can be incorporated into the civil law.

law. Cette protection était d'ailleurs reconnue par le *Code civil du Bas Canada*, comme l'illustre l'arrêt *Laurentide Motels*, précité, même si la démarche suivie pour la reconnaître était différente. Les considérations à l'origine de la formulation de l'immunité de droit public reconnue par le droit civil régi par le *Code civil du Bas Canada* demeurent toujours présentes depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*. Il reste donc à déterminer comment cette immunité relative peut s'intégrer dans le droit civil.

25 No problem arises when the bad faith test is applied in civil law. That concept is not unique to public law. In fact, it applies to a wide range of fields of law. The concept of bad faith is flexible, and its content will vary from one area of law to another. As LeBel J. noted in *Finney v. Barreau du Québec*, [2004] 2 S.C.R. 17, 2004 SCC 36, the content of the concept of bad faith may go beyond intentional fault (at para. 39):

L'application en droit civil du critère de la mauvaise foi ne cause aucun problème. Cette notion n'est pas unique au droit public. Elle trouve d'ailleurs application dans les domaines les plus divers du droit. La notion de mauvaise foi est cependant flexible et son contenu varie selon les domaines du droit. Comme le souligne le juge LeBel dans l'affaire *Finney c. Barreau du Québec*, [2004] 2 R.C.S. 17, 2004 CSC 36, la mauvaise foi peut avoir un contenu qui dépasse la faute intentionnelle (par. 39) :

Bad faith certainly includes intentional fault, a classic example of which is found in the conduct of the Attorney General of Quebec that was examined in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121. Such conduct is an abuse of power for which the State, or sometimes a public servant, may be held liable. However, recklessness implies a fundamental breakdown of the orderly exercise of authority, to the point that absence of good faith can be deduced and bad faith presumed. The act, in terms of how it is performed, is then inexplicable and incomprehensible, to the point that it can be regarded as an actual abuse of power, having regard to the purposes for which it is meant to be exercised . . . .

[La notion de mauvaise foi] inclut certainement la faute intentionnelle, dont le comportement du procureur général du Québec, examiné dans l'affaire *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, représente un exemple classique. Une telle conduite constitue un abus de pouvoir qui permet de retenir la responsabilité de l'État ou parfois du fonctionnaire. Cependant, l'insouciance grave implique un dérèglement fondamental des modalités de l'exercice du pouvoir, à tel point qu'on peut en déduire l'absence de bonne foi et présumer la mauvaise foi. L'acte, dans les modalités de son accomplissement, devient inexplicable et incompréhensible, au point qu'il puisse être considéré comme un véritable abus de pouvoir par rapport à ses fins. . .

26 Based on this interpretation, the concept of bad faith can encompass not only acts committed deliberately with intent to harm, which corresponds to the classical concept of bad faith, but also acts that are so markedly inconsistent with the relevant legislative context that a court cannot reasonably conclude that they were performed in good faith. What appears to be an extension of bad faith is, in a way, no more than the admission in evidence of facts that amount to circumstantial evidence of bad faith where a victim is unable to present direct evidence of it.

Cette interprétation du concept de mauvaise foi permet d'englober non seulement les actes qui sont délibérément accomplis dans l'intention de nuire, ce qui correspond à la mauvaise foi classique, mais aussi ceux qui se démarquent tellement du contexte législatif dans lequel ils sont posés qu'un tribunal ne peut raisonnablement conclure qu'ils l'ont été de bonne foi. Ce qui paraît être une extension de la mauvaise foi n'est, en quelque sorte, que l'admission en preuve de faits qui correspondent à une preuve circonstancielle de la mauvaise foi à défaut par la victime de pouvoir en présenter une preuve directe.

From this analysis, it may be concluded that the public law immunity that attaches to an exercise of legislative and regulatory power can be incorporated into the rules of liability applicable to public bodies. In light of the wording of art. 1457 of the *Civil Code of Québec*, an applicant can be required to establish that the public body acted in bad faith, or in circumstances leading to a conclusion that it acted in bad faith.

### III. Application of the Law to the Facts

The trial judge's analysis properly begins with comments concerning the duty of the courts to show deference to a municipality's exercise of its regulatory power. Normally, he said, the liability of elected representatives is determined at the ballot box. However, he relied on *Boyd Builders, supra*, in shifting the burden of proof of bad faith ([2000] Q.J. No. 5908 (QL), at para. 125):

[TRANSLATION] The notice of motion of April 4, 1994, as regards the Domaine de l'Aigle, created a legal situation more or less identical to the situation in *Boyd Builders*, and the dissimilarities in this case produce in practice the same effect in terms of the burden of proof.

*Boyd Builders* does not support this conclusion. In that case, the developer had submitted an application for a permit, after which the City of Ottawa had amended its zoning by-law. The Court held that when a municipal by-law authorizes a use, an applicant for a permit has a *prima facie* right to the permit as of the date of the application. In addition, when a by-law is amended after an application is filed, the municipality must prove that the amendment was planned before the application was made. The Court said the following (at p. 411):

Under the provisions of s. 30(9) of *The Planning Act* the by-law is not in effect unless and until approved by the Municipal Board. Therefore, when *Boyd Builders Limited* made application for a building permit and later when refused made application for a mandatory order that a building permit be issued, there was no valid by-law in existence prohibiting the grant of such permit. Therefore, *Boyd Builders Limited* had a *prima facie* right to the permit and upon its refusal a *prima facie* right to

On peut conclure de cette analyse que l'immunité de droit public attachée à l'exercice du pouvoir législatif et réglementaire peut être intégrée dans le régime de responsabilité applicable aux organismes publics. La formulation de l'art. 1457 du *Code civil du Québec* permet d'incorporer l'obligation faite au demandeur de démontrer que le corps public a agi de mauvaise foi ou dans des circonstances qui font conclure à sa mauvaise foi.

### III. Application du droit aux faits

L'analyse faite par le juge de première instance débute à juste titre par des commentaires sur le devoir de réserve des tribunaux à l'égard de l'exercice du pouvoir réglementaire d'une municipalité. Normalement, dit le juge, la responsabilité des élus est déterminée à l'occasion des scrutins. Ce dernier se fonde cependant sur l'arrêt *Boyd Builders*, précité, pour imposer un renversement du fardeau de preuve de la mauvaise foi ([2000] J.Q. n° 5908 (QL), par. 125) :

L'avis de motion du 4 avril 1994, en ce qui concerne le Domaine de l'Aigle, a créé une situation juridique quelque peu identique à celui en l'arrêt *Boyd Builders*, les dissemblances en l'instance conduisent pratiquement au même effet en regard du fardeau de preuve.

L'arrêt *Boyd Builders* ne justifie pas cette conclusion. Dans cette affaire, le promoteur avait déposé une demande de permis à la suite de laquelle la ville d'Ottawa avait modifié son règlement de zonage. La Cour a établi que, lorsque la réglementation municipale autorise un usage, le demandeur de permis bénéficie dès le dépôt de la demande d'un droit *prima facie* à la délivrance du permis. De plus, lorsque la réglementation est modifiée après le dépôt de la demande de permis, la municipalité doit prouver que la modification était prévue avant la demande. La Cour s'exprime ainsi (p. 411) :

[TRADUCTION] Suivant les dispositions du par. 30(9) de la *Loi sur l'aménagement du territoire*, le règlement ne produit pas ses effets tant qu'il n'a pas été approuvé par la Commission des affaires municipales. Par conséquent, lorsque *Boyd Builders Limited* a demandé un permis de construction et, après le rejet de cette demande, une ordonnance de faire exigeant qu'on lui délivre un tel permis, il n'existait aucun règlement valide et en vigueur en prohibant la délivrance. *Boyd Builders Limited*

27

28

29

a mandatory order that it should be granted. This *prima facie* right may only be defeated if the municipality demonstrates that it has in existence a clear plan for zoning the neighbourhood with which it is proceeding in good faith and with dispatch.

30 The decision in *Boyd Builders* establishes that the rights of a permit applicant exist as of the date the application is filed, and imposes a burden on the municipality of proving that it acted in good faith in amending a by-law that affected a permit application after the application was submitted. That decision was rendered in the specific context of a permit application. The circumstances of the instant case are entirely different. Sibeca had not applied to renew its expired permits and had not applied for fresh permits. It therefore did not have a *prima facie* right to a permit. In fact, at the time the notice of motion was filed, there were no pending permit applications.

31 The principles developed in *Boyd Builders*, *supra*, have no bearing on the instant case. The setbacks that led to the interruption of the project to develop the summit of Mount Pinnacle were unrelated to the municipality's actions. In fact, the ski resort and golf course project was put on hold at a time when a municipal council favourable to the development was in office. As for the Domaine de l'Aigle, a year had passed since building permits had been issued for the houses, and the roads had not been completed. The trial judge misinterpreted *Boyd Builders*, *supra*, and incorrectly shifted the burden of proof. Unfortunately, that false premise guided his entire analysis.

32 The trial judge concluded that the municipality was liable to Sibeca based on an analysis of four factors: the requirement that a CDP be submitted, the requirement that any construction be on land adjacent to a public road, the interest expressed by the councillors in the conservation of Mount Pinnacle and the notice of motion of April 4, 1994. He concluded that the by-law was unfair, unreasonable, improperly discriminatory and illegal, and that its adoption amounted to "administrative" bad faith. However,

possédait donc un droit *prima facie* à ce permis et, après qu'on lui eut refusé le permis en question, un droit *prima facie* à une ordonnance de faire en intimant la délivrance. Ce droit ne peut être refusé que si la municipalité démontre qu'elle possède clairement un plan de zonage du quartier qu'elle met en œuvre de bonne foi et avec diligence.

L'arrêt *Boyd Builders* fixe les droits d'un demandeur de permis à la date du dépôt de sa demande et impose un fardeau de preuve de bonne foi à la municipalité lorsqu'elle procède à une modification d'un règlement affectant la demande de permis après son dépôt. Cet arrêt s'inscrit spécifiquement dans un contexte de demande de permis. Les circonstances de la présente affaire sont tout autres. Sibeca n'avait pas demandé de renouvellement de ses permis périmés et n'avait fait aucune demande de nouveau permis. Elle ne bénéficiait donc pas d'un droit *prima facie* à la délivrance d'un permis. En fait, au moment de l'avis de motion, aucune demande de permis n'était en suspens.

Les principes énoncés dans *Boyd Builders*, précité, n'ont aucune application en l'espèce. Les déboires qui ont entraîné l'interruption du projet d'exploitation du sommet du mont Pinnacle sont indépendants des actes de la municipalité. La mise en veilleuse du projet ski-golf a d'ailleurs eu lieu alors qu'un conseil municipal favorable au développement était en poste. Pour ce qui est du Domaine de l'Aigle, un an s'était écoulé depuis la délivrance des permis de construction des maisons, et les chemins n'étaient pas achevés. Le juge de première instance a mal interprété l'arrêt *Boyd Builders*, précité, et a, à tort, opéré un renversement du fardeau de preuve. Cette fausse prémisse a malheureusement guidé toute son analyse.

Le juge de première instance analyse quatre éléments pour conclure que la municipalité était responsable envers Sibeca : l'obligation de présenter un PAE, l'obligation de construire sur un terrain adjacent à un chemin public, l'intérêt manifesté par les conseillers pour la conservation du mont Pinnacle, et l'avis de motion du 4 avril 1994. Il conclut que le règlement présente un caractère injuste, abusif, indûment discriminatoire et illégal, assimilable à de la mauvaise foi dite « administrative ». Sa

each step that led to that conclusion was founded on the error of law he had made, namely the burden of proof he had imposed on the municipality.

In the Court of Appeal, Mailhot J.A. identified the salient points in the evidence regarding each of the factors addressed by the trial judge. This alternative perspective becomes especially important when the burden of proof is not shifted ((2002), 40 M.P.L.R. (3d) 157, at paras. 62-64):

[TRANSLATION] The evidence shows that Mount Pinnacle has always been a matter of concern to the municipal council — to both the present council and its predecessor. It will be recalled that when the former council passed the resolution approving the Sibeca project in principle, it imposed the following condition:

(8) That the municipality also be able to regulate uses and density in the areas contiguous with the project in order to protect the natural environment.

It was entirely appropriate to adopt a CDP in the circumstances. Preserving the natural environment of Mount Pinnacle called for more than merely checking the aesthetics of the architecture. The municipal council had to get a comprehensive picture of the project before approving it and allowing the appropriate zoning change. It should not be forgotten that there had been no agreement in principle regarding the Domaine de l'Aigle project as there had been for the downhill ski run on the north face of the mountain.

Municipal councillors Duval, Audette and Vanasse and Mayor Riel never concealed their intention regarding Mount Pinnacle. As ratepayers of the municipality of Frelighsburg, they brought legal proceedings to have the mountain conserved in its natural state. This was a highly commendable concern. To act on it, the municipal council had to adopt the two by-laws referred to above. This disrupted Sibeca's projects, if indeed they could have been put back on track in April 1994, which, according to the evidence, was not a certainty. [Emphasis deleted.]

The Court of Appeal also pointed out that the trial judge had inexplicably found that the municipality had acted in bad faith, although he had stated that the councillors themselves had exhibited no malice.

I can see no explanation for the contradictory approach taken by the trial judge other than the

conclusion est cependant tributaire, à chaque étape, de l'erreur de droit qu'il a commise, à savoir le fardeau de preuve qu'il a imposé à la municipalité.

Pour chacun des éléments relevés par le juge de première instance, la juge Mailhot de la Cour d'appel rappelle les points saillants de la preuve. Cette autre perspective prend toute son importance lorsque le fardeau de preuve n'est pas déplacé ((2002), 40 M.P.L.R. (3d) 157, par. 62-64) :

La preuve montre que le Mont Pinnacle a toujours été une préoccupation du conseil municipal et ce, autant de l'actuel que de celui qui l'a précédé. L'on se rappellera qu'en adoptant la résolution accordant une approbation de principe au projet de Sibeca, l'ancien conseil a émis la condition suivante :

8) Que la municipalité puisse aussi contrôler les usages et la densité dans les secteurs contigus au projet de façon à protéger le milieu naturel.

L'adoption d'un PAE était tout indiquée dans les circonstances. La sauvegarde du milieu naturel du Mont Pinnacle demandait plus qu'une simple vérification de l'esthétisme architectural. Le conseil municipal se devait d'obtenir une vue d'ensemble du projet avant d'y donner son accord et de permettre le changement de zonage approprié. Il ne faut pas oublier que le projet du Domaine de l'Aigle n'avait pas fait l'objet d'un accord de principe comme celui de la piste de ski alpin sise sur le flanc Nord de la montagne.

Les conseillers municipaux Duval, Audette, Vanasse ainsi que le maire Riel n'ont jamais caché leur intention face au Mont Pinnacle. En tant que contribuables de la municipalité de Frelighsburg, ils ont intenté des procédures judiciaires afin de conserver la montagne dans son état naturel. Il s'agit d'une préoccupation plus que louable. Il s'avère qu'en voulant la mettre à exécution, le conseil municipal a dû passer par l'adoption des deux règlements ci-haut mentionnés. Ce faisant, les projets de Sibeca ont été perturbés si tant est qu'ils eussent pu être relancés en avril 1994 ce qui, selon la preuve, n'est pas certain. [Caractères gras supprimés.]

La Cour d'appel signale aussi que le juge de première instance conclut de façon inexplicable à la mauvaise foi de la municipalité, bien qu'il déclare que les conseillers n'étaient, eux-mêmes, animés d'aucune malice.

Je ne peux expliquer l'approche contradictoire du juge de première instance que par l'erreur de droit

33

34

35



error of law he made in placing on the municipality the burden of proving its good faith, whereas he did not make the same error in respect of the councillors. That difference in treatment was not warranted. There is no such concept as administrative bad faith. A legal person can act only through its agents, and can have no intention separate from theirs. If a municipal council, comprised of councillors acting in good faith, adopts a by-law, it will be considered to have acted in good faith. Mailhot J.A. was again correct to say the following (at paras. 71-72):

[TRANSLATION] In short, while it may have been apparent that the new municipal council was not in favour of the respondent's project, there is still no conclusive evidence of bad faith on the part of the municipal council, particularly given that the trial judge declined to award any damages against the councillors personally because they themselves had acted in good faith, while citing the entity made up of the councillors for bad faith. It should be noted that a large portion of the declaration [paras. 55 to 101] and of the evidence dealt with the liability of the defendants arising out of their alleged bad faith, which the judge rejected.

How can the council be held liable if its members acted in good faith on its behalf? How can it be that a decision made separately by each voting member is devoid of bad faith, but is said to have been made in bad faith once the votes are counted? Given that the municipality cannot be held liable for the consequences of the exercise of its discretion absent bad faith, the award against the municipal council is without basis in the case at bar.

36

In fact, the trial judge observed on several occasions that the desire [TRANSLATION] "to conserve Mount Pinacle in its natural state to the extent possible, to regulate the Mount Pinacle site more strictly in terms of future development projects affecting the mountain, cannot — by itself, certainly — be a ground for criticizing anyone" (para. 50). The judge also stated that "[b]ecause this was a political choice, albeit a debatable one, [I] cannot . . . criticize the new council for wanting to further regulate the ski resort and golf course project when the time came, although [a site planning and architectural integration programme] could have served the same purpose" (para. 56). His only criticism of the

qu'il a faite en imposant à la municipalité le fardeau de prouver sa bonne foi, alors qu'il n'a pas commis cette erreur à l'égard des conseillers. Cette différence de traitement n'avait pas sa place. Il n'existe pas de notion qu'on appellerait mauvaise foi administrative. Une personne morale ne peut agir que par ses agents et ne peut avoir d'intention distincte de ces derniers. Si un conseil municipal formé de conseillers de bonne foi adopte un règlement, la municipalité sera considérée de bonne foi. C'est donc avec raison que la juge Mailhot note encore (par. 71-72) :

Bref, malgré qu'il soit manifeste que le nouveau conseil municipal n'était pas favorable au projet de l'intimée, il n'y a pas pour autant une preuve déterminante de mauvaise foi de la part du conseil municipal, d'autant plus que le juge de première instance refuse toute condamnation personnelle des conseillers, parce qu'eux-mêmes de bonne foi, alors que l'entité qu'ils forment est taxée de mauvaise foi. Il est à noter qu'une grande portion de la déclaration [par. 55 à 101] et de la preuve a porté sur la responsabilité des défendeurs fondée sur leur prétendue mauvaise foi que le juge a écartée.

Comment peut-on retenir la responsabilité du conseil si ses membres ont agi avec bonne foi en son nom? Comment une décision prise séparément par chaque membre votant peut-elle être exempte de mauvaise foi alors qu'une fois les votes compilés, on la dit de mauvaise foi? Étant donné qu'une municipalité ne peut être tenue responsable des conséquences de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en l'absence de mauvaise foi, la condamnation du conseil municipal est, en l'espèce, sans fondement.

En fait, le juge de première instance souligne à plusieurs reprises que la volonté de « conserver le Mont Pinacle en son état naturel dans la mesure du possible, d'encadrer plus rigidelement le site du Mont Pinacle à l'égard de futurs projets de développement touchant la montagne ne peut, certes en soi, être motif de reproche à quiconque » (par. 50). Le juge affirme aussi que, « [s]'agissant [. . .] d'un choix politique, bien que discutable, [il] ne peut [. . .] reprocher au nouveau conseil d'avoir voulu, le moment venu, encadrer davantage le projet de ski et de golf, bien qu'un [plan d'implantation et d'intégration architecturale] aurait pu servir aux mêmes fins » (par. 56). Le seul

municipality related to the area around the Domaine de l'Aigle (at para. 57):

[TRANSLATION] But the municipality's C.D.P. by-law, relating to the REC-2 zone, had the entirely foreseeable effect of blocking the development of the Domaine de l'Aigle because it required Sibeca to resubmit, and obtain fresh approval for, a project that would affect the entire REC-2 zone, including the project for the north face of the peak (the ski resort and golf course) that had been put on hold.

A municipality's zoning by-law must be compatible with the development plan for the jurisdiction within which it is located. If this requirement is met, the municipality may regulate the development of the lands within its jurisdiction and promote the objectives that it believes to be in the municipal interest.

The zoning by-law, as amended, was declared to be compatible with the development plan, and no proceedings were brought against that decision. Although there is specific legislation dealing with environmental conservation, protecting the natural environment within a municipality's jurisdiction cannot be regarded as an improper goal for a municipal council. As a corollary, such an objective does not become improper because the people seeking to achieve it are councillors who have been publicly identified with the conservation of Mount Pinacle.

#### IV. Conclusion

If the municipality had the authority to act to regulate the development of the mountain, it also had the authority to decide that it would be difficult to sever the Domaine de l'Aigle from the CDP. When the Superior Court judge required the municipality to prove its good faith, he acted in disregard of the applicable legal principles. By giving precedence to Sibeca's wishes, he intruded into a sphere that is reserved to the municipal council. The Court of Appeal was therefore correct to intervene and set aside the award of damages. In light of this conclusion, there is no need to discuss the ground of appeal relating to the dismissal of the cross-appeal.

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

reproche qu'il fait à la municipalité concerne l'aire du Domaine de l'Aigle (par. 57) :

Mais le règlement P.A.E. de la municipalité, concernant la zone REC-2, avait un effet de blocage plus que prévisible à l'égard du développement du Domaine de l'Aigle puisqu'il obligeait Sibeca à procéder à la présentation et acceptation, à nouveau, d'un projet devant toucher l'ensemble de la zone REC-2 y compris le projet, mis en veilleuse, du sommet du versant nord (ski et golf).

Le règlement de zonage d'une municipalité doit être conforme au schéma d'aménagement du territoire dans lequel elle est située. À l'intérieur de ce cadre, la municipalité peut régir le développement de son territoire et favoriser les objectifs qu'elle estime d'intérêt municipal.

Le règlement de zonage modifié a été déclaré conforme au schéma d'aménagement, et aucune contestation de cette décision n'a été déposée. Même si la conservation de l'environnement fait l'objet de lois spécifiques, la protection de l'environnement naturel du territoire municipal ne peut constituer un but illégitime pour un conseil municipal. Corollairement, un tel objectif ne devient pas illégitime parce qu'il est poursuivi par des conseillers publiquement identifiés à la conservation du mont Pinacle.

#### IV. Conclusion

Si la municipalité pouvait intervenir pour encadrer le développement de la montagne, elle pouvait aussi décider que le Domaine de l'Aigle pouvait difficilement être détaché du PAE. En obligeant la municipalité à prouver sa bonne foi, le juge de la Cour supérieure dérogeait aux principes juridiques applicables. En accordant préséance aux vœux de Sibeca, il intervenait dans une sphère réservée au conseil municipal. C'est donc avec raison que la Cour d'appel est intervenue pour casser la condamnation. Compte tenu de cette conclusion, il n'est pas nécessaire de discuter du moyen fondé sur le rejet de l'appel incident.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

37

38

39

40

English version of the reasons of LeBel and Fish JJ. delivered by

Les motifs des juges LeBel et Fish ont été rendus par

41 **LEBEL J.** — I have read the reasons of my colleague Deschamps J. I agree with her analysis of the principles governing the civil liability of the municipality of Frelighsburg in this case, and with the disposition she proposes. However, I do not believe that it is necessary to state an opinion regarding the application of those principles to the facts of this appeal or to pass judgment on the motives, intentions or conduct of the municipality in the instant case.

**LE JUGE LEBEL** — J'ai pris connaissance de l'opinion de ma collègue, madame la juge Deschamps. Je suis d'accord avec son analyse du cadre de la responsabilité civile de la municipalité de Frelighsburg dans ce dossier et avec le dispositif qu'elle propose. Je ne crois pas nécessaire, cependant, d'exprimer d'opinion sur l'application de ces principes aux faits du présent pourvoi, ni de porter un jugement sur les motifs, les intentions ou le comportement de la municipalité en l'espèce.

42 Although this was only raised in passing at the hearing in this Court, there was a fundamental flaw in the appellant's position in this matter. As counsel for the respondent pointed out, the appellant is in a sense the author of its own misfortune. Even had the municipality been found to have committed a fault for which it could be held civilly liable, any causal connection that may have existed was apparently broken as a result of the appellant's own decisions.

En effet, bien que cette question n'ait guère été évoquée devant nous qu'au cours de l'audience, la position de l'appelante dans cette affaire souffrait d'une faiblesse fondamentale. En effet, comme l'ont souligné les procureurs de l'intimée, en un sens, l'appelante est l'auteur de son propre malheur. Par ses propres décisions, elle aurait rompu tout lien de causalité, même si on concluait que la municipalité avait commis une faute susceptible d'engager sa responsabilité civile.

43 Much time had already passed since building permits were issued to the appellant. The appellant had done no work and had allowed the permits to expire. It had done nothing that might have enabled it to preserve the authorizations which, according to the case law, afforded it protection against subsequent changes in the municipality's by-laws and administrative policy. Having failed to do this, it cannot lay the consequences of its own inaction at someone else's doorstep, nor can it claim compensation on the basis that a project it had left on hold for a long time was not carried out.

L'appelante avait obtenu des permis de construction depuis déjà longtemps. Elle n'a pas effectué de travaux et a laissé les permis se périmier. Elle n'a posé aucun des gestes qui auraient pu lui permettre de maintenir en vigueur des autorisations qui la protégeaient, suivant la jurisprudence, contre les changements ultérieurs de réglementation et de politique administrative de la municipalité. Ce faisant, elle ne peut imputer à autrui les conséquences de sa propre inaction, ni réclamer une indemnisation du fait qu'un projet qu'elle a laissé en suspens pendant longtemps ne se soit pas réalisé.

44 For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Pour ces motifs, je suggère donc de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Appeal dismissed with costs.*

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Solicitors for the appellant: Deslauriers Jeansonne, Montréal.*

*Procureurs de l'appelante : Deslauriers Jeansonne, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Bélanger Sauvé, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée : Bélanger Sauvé, Montréal.*

**Minister of Citizenship and  
Immigration** *Appellant/Applicant*

v.

**Léon Mugesera, Gemma Uwamariya,  
Irenée Rutema, Yves Rusi, Carmen Nono,  
Mireille Urumuri et Marie-Grâce Hoho**  
*Respondents/Respondents on the motion*

**INDEXED AS: MUGESERA v. CANADA (MINISTER OF  
CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

**Neutral citation: 2004 SCC 62.**

File No.: 30025.

2004: October 1.

Present: Deschamps J.

**MOTION TO STRIKE**

*Practice — Supreme Court of Canada — Motion to strike — Documents on appeal — Motion to have certain documents struck from respondents' record — Whether facts from courts below, directions of Court of Appeal, motion to file fresh evidence and written representations on costs in Court of Appeal should be excluded from Part II of respondents' record — Whether these documents constitute "pleadings" or "orders" within meaning of Rule 39(1)(b) of Supreme Court Rules — Whether correspondence between parties regarding establishment of record in Supreme Court and table of concordance should be excluded from Parts III and IV of respondents' record — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 39(1).*

**Cases Cited**

**Applied:** *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1999] 3 S.C.R. 845.

**Statutes and Regulations Cited**

*Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, r. 39(1).

**MOTION** to strike certain documents from the respondents' record. Motion granted in part.

Written submissions by *Michel F. Denis* and *Normand Lemyre*, for the appellant/applicant.

**Ministre de la Citoyenneté et de  
l'Immigration** *Appelant/Requérant*

c.

**Léon Mugesera, Gemma Uwamariya,  
Irenée Rutema, Yves Rusi, Carmen Nono,  
Mireille Urumuri et Marie-Grâce Hoho**  
*Intimés/Intimés à la requête*

**RÉPERTORIÉ : MUGESERA c. CANADA (MINISTRE DE  
LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION)**

**Référence neutre : 2004 CSC 62.**

N<sup>o</sup> du greffe : 30025.

2004 : 1<sup>er</sup> octobre.

Présente : La juge Deschamps.

**REQUÊTE EN RADIATION**

*Pratique — Cour suprême du Canada — Requête en radiation — Documents d'appel — Requête visant à faire radier certains documents du dossier des intimés — Les mémoires des instances inférieures, les directives de la Cour d'appel, la requête visant le dépôt de preuves nouvelles et la plaidoirie écrite concernant les dépens en Cour d'appel doivent-ils être retirés de la partie II du dossier des intimés? — Ces documents sont-ils des « actes de procédure » ou des « ordonnances » au sens de l'art. 39(1)(b) des Règles de la Cour suprême? — La correspondance entre les parties relative à la constitution du dossier devant la Cour suprême et la table de concordance doivent-elles être retirées des parties III et IV du dossier des intimés? — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, art. 39(1).*

**Jurisprudence**

**Arrêt appliqué :** *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1999] 3 R.C.S. 845.

**Lois et règlements cités**

*Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, art. 39(1).

**REQUÊTE** en radiation de certains documents du dossier des intimés. Requête accordée en partie.

Argumentation écrite par *Michel F. Denis* et *Normand Lemyre*, pour l'appelant/requérant.

Written submissions by *Guy Bertrand*, for the respondents/respondents on the motion.

Argumentation écrite par *Guy Bertrand*, pour les intimés/intimés à la requête.

English version of the order delivered by

L'ordonnance suivante a été rendue par

1 DESCHAMPS J. — The respondents have included documents in their record that the appellant contends should be struck out. Also, the appellant submits that the respondents' written argument contains passages that should be struck out. The contested documents are the factums from the courts below, directions of the Federal Court of Appeal, a motion to file fresh evidence, the written representations on costs in the Court of Appeal, correspondence between the parties regarding the establishment of the record in this Court and a table of concordance.

LA JUGE DESCHAMPS — Les intimés ont inclus dans leur dossier des documents qui, prétend l'appellant, devraient être exclus. De plus, selon l'appellant, l'argumentation écrite des intimés contient des passages qui devraient être radiés. Les documents contestés sont les mémoires des instances inférieures, des directives de la Cour d'appel fédérale, une requête visant le dépôt de preuves nouvelles, la plaidoirie écrite concernant les dépens en Cour d'appel, la correspondance échangée entre les parties relativement à la constitution du dossier devant notre Cour et une table de concordance.

2 Rule 39(1)(b) of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, requires that Part II of the respondent's record include, *inter alia*, "pleadings" and "orders". In the French version, the terms used are *actes de procédure* and *ordonnances*. These expressions are general enough to include the factums from the courts below, the directions of the Court of Appeal, the motion to file fresh evidence and the written representations on costs. In fact, the Court established in *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1999] 3 S.C.R. 845, that factums from the courts below are part of the record to which the parties may refer.

L'alinéa 39(1)b) des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, prévoit que la partie II du dossier d'un intimé inclut, entre autres, les « actes de procédure » et « ordonnances ». Dans la version anglaise, les expressions utilisées sont *pleadings* et *orders*. Ces expressions sont suffisamment générales pour inclure les mémoires des instances inférieures, les directives de la Cour d'appel, la requête visant le dépôt de preuves nouvelles et la plaidoirie écrite concernant les dépens. D'ailleurs, dans *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1999] 3 R.C.S. 845, la Cour a établi que les mémoires des instances inférieures faisaient partie du dossier auquel les parties peuvent se référer.

3 The correspondence and the table of concordance have been included by the respondents in Parts III and IV of their record. Rules 39(1)(c) and 39(1)(d) of the *Rules of the Supreme Court of Canada* require that these parts include:

La correspondance et la table de concordance sont incorporées par les intimés aux parties III et IV de leur dossier. Les alinéas c) et d) du par. 39(1) des *Règles de la Cour suprême du Canada* prévoient que sont inclus dans ces parties :

(c) Part III: evidence, including transcripts and affidavits; and

c) partie III : la preuve, y compris les transcriptions et les affidavits;

(d) Part IV: exhibits, in the order in which they were filed at trial.

d) partie IV : les pièces, selon l'ordre de leur dépôt en première instance.

The correspondence and the table of concordance are neither evidence nor exhibits included in the

La correspondance et la table de concordance ne sont ni de la preuve ni des pièces faisant partie du dossier

record at trial. Nor may these documents be included in Part II of the respondents' record.

These documents constitute fresh evidence. They should be considered to have been struck out. Likewise, the passages of the respondents' factum referring to them should be considered not to have been written.

Rather than ordering the filing of a new factum and a new record, I order the respondents to refrain from referring to these documents and these passages from the factum in their oral argument.

For these reasons, the motion is granted in part, without costs in light of its mixed result. The correspondence and the table of concordance shall be considered to have been struck out and the respondents are ordered not to refer to them.

*Motion granted in part.*

*Solicitor for the appellant/applicant: Deputy Attorney General of Canada, Montréal.*

*Solicitors for the respondents/respondents on the motion: Guy Bertrand & Associés, Québec.*

de première instance. Ces documents ne pourraient, par ailleurs, pas non plus être inclus dans la partie II du dossier des intimés.

Ce sont des éléments nouveaux. Ils doivent être considérés comme retranchés. De même, les passages du mémoire des intimés s'y reportant doivent être considérés comme non écrits.

Plutôt que d'ordonner la production d'un nouveau mémoire et d'un nouveau dossier, j'ordonne aux intimés de ne pas se reporter à ces documents et passages du mémoire dans leurs plaidoiries orales.

Pour ces motifs, la requête est accordée en partie et sans frais vu son succès partiel. La correspondance et la table de concordance doivent être tenues pour retranchées et ordre est donné aux intimés de ne pas s'y reporter.

*Requête accordée en partie.*

*Procureur de l'appelant/requérant : Sous-procureur général du Canada, Montréal.*

*Procureurs des intimés/intimés à la requête : Guy Bertrand & Associés, Québec.*

4

5

6

**DaimlerChrysler Services  
Canada Inc. Appellant**

v.

**Jean-François Lebel Respondent**

and between

**GMAC Leaseco Limited Appellant**

v.

**Raymond Chabot Inc. Respondent**

**INDEXED AS: LEFEBVRE (TRUSTEE OF);  
TREMBLAY (TRUSTEE OF)**

**Neutral citation: 2004 SCC 63.**

File Nos.: 29770, 29780.

2004: April 20; 2004: October 28.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie  
and LeBel JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC**

*Bankruptcy and insolvency — Long-term lease — Setting up of lessor's right of ownership against lessee's trustee in bankruptcy — Failure to publish rights resulting from lease within legislated time limit — Whether long-term lessor of automobile may set up right of ownership against lessee's trustee in bankruptcy even though lessor failed to publish rights within time prescribed in art. 1852 C.C.Q. — Whether lessor's right of ownership equivalent to simple security — Whether trustee may be considered third person for purposes of art. 1852 C.C.Q. — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 67, 71, 81.*

Two debtors leased motor vehicles for 36-month terms under leases of movables, and the related rights were assigned to the appellants. Before the leases had terminated, the debtors made assignments in bankruptcy that included the vehicles, and the respondents were appointed trustees in bankruptcy. The appellants sent the trustees proofs of claim so as to be put in possession of the vehicles, of which they were the owners. The trustees disputed the claims because the leases had not been

**Services DaimlerChrysler  
Canada Inc. Appelante**

c.

**Jean-François Lebel Intimé**

et entre

**GMAC Location Limitée Appelante**

c.

**Raymond Chabot Inc. Intimée**

**RÉPERTORIÉ : LEFEBVRE (SYNDIC DE);  
TREMBLAY (SYNDIC DE)**

**Référence neutre : 2004 CSC 63.**

N<sup>os</sup> du greffe : 29770, 29780.

2004 : 20 avril; 2004 : 28 octobre.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Faillite et insolvabilité — Bail à long terme — Opposabilité du droit de propriété du locateur au syndic à la faillite du locataire — Défaut de publication des droits résultant du bail dans le délai prévu par la loi — Le locateur à long terme d'un véhicule automobile peut-il opposer son droit de propriété au syndic à la faillite du locataire, malgré son défaut de publier ses droits dans le délai prescrit par l'art. 1852 C.c.Q.? — Le droit de propriété du locateur est-il assimilable à une simple sûreté? — Le syndic peut-il être considéré comme un tiers au sens de l'art. 1852 C.c.Q.? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 67, 71, 81.*

Deux débiteurs louent pour un terme de 36 mois des véhicules automobiles en vertu de baux mobiliers, dont les droits sont cédés aux appelantes. Avant la fin des baux, les débiteurs font cession des véhicules et les intimés sont nommés syndics à la faillite. Les appelantes transmettent aux syndics une preuve de réclamation afin d'être mises en possession des véhicules dont elles sont propriétaires. Les syndics refusent les réclamations parce que la publication des baux au registre des droits

published in the register of personal and movable real rights within the time limit provided for in art. 1852 C.C.Q. The Superior Court and Court of Appeal agreed with the trustees. They felt that the appellants' rights of ownership could not be set up against the trustees because of the late publication thereof.

*Held:* The appeals should be allowed.

A lease contract does not effect a conveyance of ownership between the lessee and the lessor. The leased property remains in the lessor's patrimony. The lessee has only the status of a holder, which means that the property must be surrendered upon termination of the lease. Although the lessor's right of ownership does not arise out of the lease, the rules respecting the publication of rights alter its effects in relation to third persons, since it cannot be set up against third persons unless it is published. However, the publication requirement does not transform the right of ownership into a simple security. Nothing in the *Civil Code of Québec* or the *Bankruptcy and Insolvency Act* alters the nature of the lessor's right of ownership in the leased property or the resulting rights in relation to the lessee.

The status and duties attributed to the trustee following the initial bankruptcy event do not mean that he or she can be regarded as a third person against whom the lessor of the motor vehicle may not set up his or her rights owing to the failure to satisfy the publication requirement. The nature and legal characterization of the trustee's role vary depending on the nature of his or her actions. On the one hand, the trustee is subrogated to the bankrupt's rights in the exercise of his or her powers to hold and dispose of property of which he or she has been granted seisin; on the other hand, the law treats the trustee as the creditors' legal mandatary who will liquidate the property entrusted to him or her for the creditors' benefit. This dual nature does not give the trustee the status of a third person in relation to the bankrupt, especially given all the powers conferred upon the trustee by law in order to preserve and liquidate the debtor's property. When the trustee takes control of the property, his or her seisin is limited to the property in the debtor's patrimony and, apart from special powers, the trustee has no more rights with respect to the property than did the debtor.

In the case at bar, the appellants' rights of ownership can accordingly be set up against the trustees and their claims should have been admitted. The leased vehicles were never part of the debtors' patrimonies. The trustees, in refusing to deliver possession of the property, intended to dispose of property that was not included in their seisin.

personnels et réels mobiliers n'a pas été faite dans le délai prévu à l'art. 1852 C.c.Q. La Cour supérieure et la Cour d'appel donnent raison aux syndics. Elles estiment que la publication tardive du droit de propriété des appelantes le rend inopposable aux syndics.

*Arrêt :* Les pourvois sont accueillis.

Un contrat de bail n'est pas translatif de propriété entre le locataire et le locateur. Le bien loué demeure dans le patrimoine du locateur. Le locataire n'a qu'un statut de détenteur en vertu duquel il doit remettre le bien à la fin du bail. Bien que le droit de propriété du locateur ne découle pas du bail, les règles relatives à la publicité des droits en modulent les effets à l'égard des tiers puisque son opposabilité dépend de sa publication. L'obligation de publication n'a toutefois pas pour effet de transformer le droit de propriété en une simple sûreté. Rien dans le *Code civil du Québec* ou dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ne modifie la nature du droit de propriété du locateur sur la chose louée et les droits qui en découlent vis-à-vis le locataire.

Le statut et les fonctions attribuées au syndic à la suite de l'ouverture d'une faillite ne permettent pas de le considérer comme un tiers habilité à soulever l'inopposabilité des droits du locateur du véhicule automobile, en raison de la violation de l'obligation de publication. La nature du rôle du syndic et sa qualification juridique varient selon la nature de ses interventions. D'une part, le syndic se trouve subrogé au failli dans l'exercice de ses pouvoirs de détention et de disposition des biens dont la saisine lui est attribuée; d'autre part, la loi fait de lui le mandataire légal des créanciers qui liquidera à leur profit les biens qui lui ont été confiés. Ce double aspect ne lui reconnaît pas le statut de tiers par rapport au failli, particulièrement à l'égard de l'ensemble des pouvoirs que lui confère la loi pour préserver et liquider les biens du débiteur. Lors de la prise de contrôle des biens, le syndic n'est saisi que des biens qui se trouvaient dans le patrimoine du débiteur et, sous réserve de pouvoirs spéciaux, il ne possède pas plus de droits à l'égard de ces biens que n'en possédait le débiteur.

En l'espèce, le droit de propriété des appelantes est donc opposable aux syndics et leurs réclamations auraient dû être admises. Les véhicules loués n'ont jamais fait partie des patrimoines des débiteurs. Le syndic, en refusant de remettre les biens, prétendait disposer d'un bien que sa saisine n'incluait pas.



### Cases Cited

**Referred to:** *Ouellet (Trustee of)*, [2004] 3 S.C.R. 348, 2004 SCC 64; *Giffen (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 91; *Massouris (Syndic de)*, [2002] R.J.Q. 901; *Mervis (Syndic de)*, [2002] R.J.Q. 2268; *Civano Construction Inc. v. Crédit M.-G. Inc.*, [1962] C.S. 45; *Kowalski v. Trust Général du Canada*, [1976] C.A. 93; *Poliquin v. Banque de Montréal*, [1998] R.L. 560; *Mercure v. A. Marquette & Fils Inc.*, [1977] 1 S.C.R. 547; *Flintoft v. Royal Bank of Canada*, [1964] S.C.R. 631.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Civil Code and other legislative provisions as regards the publication of personal and movable real rights and the constitution of movable hypothecs without delivery*, S.Q. 1998, c. 5, ss. 6, 7, 8, 24.  
*Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 67, 71(2), 81.  
*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1749, 1752, 1756, 1847, 1852, 1890, 2647, 2941.  
*Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, s. 150.14.  
*Federal Law — Civil Law Harmonization Act, No. 1*, S.C. 2001, c. 4, ss. 25, 28.

### Authors Cited

Auger, Jacques, and Albert Bohémier. "The Status of the Trustee in Bankruptcy" (2003), 37 *R.J.T.* 57.  
 Cantin Cumyn, Madeleine. *Traité de droit civil: L'administration du bien d'autrui*, sous la direction de Paul-A. Crépeau. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2000.  
 Lafond, Pierre-Claude. *Précis de droit des biens*. Montréal: Thémis, 1999.  
 Lamontagne, Denys-Claude, avec la collaboration de Pierre Duchaine. *La publicité des droits*, 3<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2001.  
 Macdonald, Roderick A. "Faut-il s'assurer qu'on appelle un chat un chat? Observations sur la méthodologie législative à travers l'énumération limitative des sûretés, 'la présomption d'hypothèque' et le principe de 'l'essence de l'opération'", dans *Mélanges Germain Brière*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1993, 527.  
 Payette, Louis. *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2001.  
 Québec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code*, vol. II, *Commentaries*, t. 1. Québec: Éditeur officiel du Québec, 1978.  
 Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice — Le Code civil du Québec: Un mouvement de société*, t. II. Québec: Publications du Québec, 1993.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Ouellet (Syndic de)*, [2004] 3 R.C.S. 348, 2004 CSC 64; *Giffen (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 91; *Massouris (Syndic de)*, [2002] R.J.Q. 901; *Mervis (Syndic de)*, [2002] R.J.Q. 2268; *Civano Construction Inc. c. Crédit M.-G. Inc.*, [1962] C.S. 45; *Kowalski c. Trust Général du Canada*, [1976] C.A. 93; *Poliquin c. Banque de Montréal*, [1998] R.L. 560; *Mercure c. A. Marquette & Fils Inc.*, [1977] 1 R.C.S. 547; *Flintoft c. Royal Bank of Canada*, [1964] R.C.S. 631.

### Lois et règlements cités

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1749, 1752, 1756, 1847, 1852, 1890, 2647, 2941.  
*Loi d'harmonisation n<sup>o</sup> 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, ch. 4, art. 25, 28.  
*Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité des droits personnels et réels mobiliers et à la constitution d'hypothèques mobilières sans dépossession*, L.Q. 1998, ch. 5, art. 6, 7, 8, 24.  
*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 67, 71(2), 81.  
*Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., ch. P-40.1, art. 150.14.

### Doctrine citée

Auger, Jacques, et Albert Bohémier. « Le statut du syndic » (2003), 37 *R.J.T.* 59.  
 Cantin Cumyn, Madeleine. *Traité de droit civil: L'administration du bien d'autrui*, sous la direction de Paul-A. Crépeau. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2000.  
 Lafond, Pierre-Claude. *Précis de droit des biens*. Montréal: Thémis, 1999.  
 Lamontagne, Denys-Claude, avec la collaboration de Pierre Duchaine. *La publicité des droits*, 3<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2001.  
 Macdonald, Roderick A. « Faut-il s'assurer qu'on appelle un chat un chat? Observations sur la méthodologie législative à travers l'énumération limitative des sûretés, "la présomption d'hypothèque" et le principe de "l'essence de l'opération" », dans *Mélanges Germain Brière*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1993, 527.  
 Payette, Louis. *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2001.  
 Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice — Le Code civil du Québec: Un mouvement de société*, t. II. Québec: Publications du Québec, 1993.  
 Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, *Commentaires*, t. 1. Québec: Éditeur officiel du Québec, 1978.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2003] R.J.Q. 819, 229 D.L.R. (4th) 697, [2003] Q.J. No. 2304 (QL), affirming a decision of the Superior Court, [2001] R.J.Q. 2679, [2001] Q.J. No. 5074 (QL). Appeal allowed.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2003] Q.J. No. 2305 (QL), affirming a decision of the Superior Court, [2001] Q.J. No. 3446 (QL). Appeal allowed.

*Yves Lacroix and Gary Makila*, for the appellant DaimlerChrysler Services Canada Inc.

*Hugues La Rue*, for the appellant GMAC Leaseco Limited.

*Martin P. Jutras*, for the respondent Jean-François Lebel.

No one appeared for the respondent Raymond Chabot Inc.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL J. —

## I. Introduction

These two appeals raise a similar issue: whether a long-term lessor of an automobile may set up his or her right of ownership against the lessee's trustee in bankruptcy even though the lessor failed to publish his or her rights in the Register of personal and movable real rights ("RPMRR") within the time prescribed in the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64. The appeals were heard at the same time as a third case, which concerned an instalment sale contract and in which the issue was whether the seller's reservation of ownership had effect against the buyer's trustee in bankruptcy (*Ouellet (Trustee of)*, [2004] 3 S.C.R. 348, 2004 SCC 64). Separate reasons for judgment were handed down in that case.

In both of these cases, the Quebec Superior Court and Court of Appeal held that the lessor's right of ownership could not be set up against the trustee unless it was published in a timely manner. For the

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2003] R.J.Q. 819, 229 D.L.R. (4th) 697, [2003] J.Q. n° 2304 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [2001] R.J.Q. 2679, [2001] J.Q. n° 5074 (QL). Pourvoi accueilli.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2003] J.Q. n° 2305 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [2001] J.Q. n° 3446 (QL). Pourvoi accueilli.

*Yves Lacroix et Gary Makila*, pour l'appelante Services DaimlerChrysler Canada Inc.

*Hugues La Rue*, pour l'appelante GMAC Location Limitée.

*Martin P. Jutras*, pour l'intimé Jean-François Lebel.

Personne n'a comparu pour l'intimée Raymond Chabot Inc.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

## I. Introduction

Les deux pourvois soulèvent un problème semblable : le locateur à long terme d'un véhicule automobile peut-il opposer son droit de propriété au syndic à la faillite du locataire, malgré son défaut de publier ses droits au Registre des droits personnels et réels mobiliers (« RDPRM ») dans le délai prescrit par le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64? Ces appels ont été entendus en même temps qu'une troisième affaire qui porte sur un contrat de vente à tempérament et qui soulève la question de l'opposabilité de la réserve de propriété du vendeur au syndic à la faillite de l'acquéreur (*Ouellet (Syndic de)*, [2004] 3 R.C.S. 348, 2004 CSC 64). Des motifs distincts sont déposés dans ce dossier.

Dans les deux cas qui nous intéressent, la Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec ont conclu que le droit de propriété du locateur n'était pas opposable au syndic, faute de publication en temps utile.

reasons that follow, I am of the opinion that the right of ownership justified the claim for the property in the trustee's hands and could be set up against the trustee. In my view, in light of the facts of these cases, the trustee cannot be considered a third party in relation to the appellants, who may lawfully exercise their rights to follow and rights of revendication as owners of the leased property. Consequently, I would allow both appeals and admit the appellants' claims.

## II. Origin of the Cases

### A. *DaimlerChrysler Services Canada Inc.*

3 In this case, Alfred Lefebvre leased a Dodge Dakota vehicle from an automobile dealership, Jules Baillot et Fils Ltée. The lease of a movable for a 36-month term was signed on April 19, 1999. On that same date, the dealer assigned the lease contract to the appellant, which now operates as DaimlerChrysler Services Canada Inc. ("DaimlerChrysler"). At the time the lease was signed, art. 1852 C.C.Q. had required since 1998 that rights arising out of leases of movables be published in the RPMRR. In this case, the rights were not published until November 24, 2000. That delay gave rise to this litigation.

4 Alfred Lefebvre made an assignment in bankruptcy on November 1, 2000, at a time when he was still the lessee of the Dodge Dakota, and the respondent Jean-François Lebel was appointed trustee. On November 24, 2000, in accordance with s. 81 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 ("B.I.A."), DaimlerChrysler sent the trustee a proof of claim so as to be put in possession of the vehicle, of which it was still the owner. As has been mentioned, DaimlerChrysler published its rights in the RPMRR that same day.

5 On December 5, 2000, the trustee notified DaimlerChrysler that he disputed its claim. According to him, the contract could not be set up against him because it had been published late. For that reason, he refused to deliver possession of the vehicle to DaimlerChrysler, which then filed a motion for appeal against this decision in the Quebec

Pour les raisons que j'expose plus loin, je suis d'opinion que ce droit de propriété justifie la revendication entre les mains du syndic et lui est opposable. À mon avis, dans le contexte des faits de ces affaires, le syndic ne peut être considéré comme un tiers à l'égard des appelantes, qui peuvent exercer valablement les droits de suite et de revendication que leur confère leur qualité de propriétaires des biens loués. J'accueillerais en conséquence ces deux pourvois, afin de faire droit aux conclusions en revendication des appelantes.

## II. L'origine des litiges

### A. *Services DaimlerChrysler Canada Inc.*

Dans ce dossier, Alfred Lefebvre a loué un véhicule Dodge Dakota d'un concessionnaire automobile, la compagnie Jules Baillot et Fils Ltée. Le bail mobilier d'une durée de 36 mois est intervenu le 19 avril 1999. À la même date, le concessionnaire a cédé le contrat de bail à l'appelante qui est maintenant connue sous le nom de Services DaimlerChrysler Canada Inc. (« DaimlerChrysler »). Au moment de la conclusion du bail, l'art. 1852 C.c.Q. exigeait depuis 1998 la publication au RDPRM des droits résultant des baux mobiliers. Cette publication n'a été faite que le 24 novembre 2000. Ce retard se trouve à l'origine du présent litige.

En effet, Alfred Lefebvre fait cession de ses biens le 1<sup>er</sup> novembre 2000, alors qu'il est toujours locataire du véhicule Dodge Dakota et l'intimé, Jean-François Lebel, est nommé syndic. Le 24 novembre 2000, DaimlerChrysler lui transmet une preuve de réclamation, selon l'art. 81 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« L.F.I. »), afin d'être mise en possession du véhicule dont elle demeure propriétaire. Le même jour, elle publie ses droits au RDPRM, tel qu'indiqué plus haut.

Le 5 décembre 2000, le syndic informe DaimlerChrysler qu'il conteste sa réclamation. Selon lui, le contrat lui est inopposable, parce que publié tardivement. En conséquence, il refuse de remettre le véhicule à DaimlerChrysler. Celle-ci dépose alors devant la Cour supérieure du Québec une requête en appel de cette décision. Dans cette procédure,

Superior Court. In that proceeding, DaimlerChrysler asked the court to recognize that its right of ownership was valid and could be set up against the trustee.

#### B. *GMAC Leaseco Limited*

In this case, Martin Tremblay leased a Chevrolet Cavalier automobile from an automobile dealership, Marlin Chevrolet-Oldsmobile Inc., for a 36-month term on September 28, 1998. That same day, the dealer assigned the contract to the appellant, GMAC Leaseco Limited ("GMAC"). The rights arising out of the lease were not published until January 9, 2001. On December 13, 2000, the lessee received a notice of repossession pursuant to s. 150.14 of the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1. On December 14, 2000, Mr. Tremblay went bankrupt. The respondent, Raymond Chabot Inc., was appointed trustee in bankruptcy. On December 15, 2000, GMAC sent the trustee a proof of claim pursuant to s. 81 B.I.A. and requested that it be put in possession of the vehicle.

The trustee responded by giving notice that it disputed the claim on the ground that GMAC's rights could not be set up against it because they had not been published in the RPMRR in a timely manner. On January 17, 2001, GMAC filed a motion for appeal in the Superior Court with a view to having its rights of ownership in the vehicle recognized and to repossessing it. During the course of this appeal, the parties agreed to sell the vehicle and place the proceeds in escrow.

### III. Judicial History

#### A. *Superior Court*

##### (1) *DaimlerChrysler*

Trudel J. heard DaimlerChrysler's motion for appeal. She first conceded DaimlerChrysler's point that a lessor's right of ownership is not, strictly speaking, a right resulting from the lease. The principal rights are the lessor's right to receive lease payments and the lessee's right to use the vehicle. However, relying on *Giffen (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 91, a case whose principles she felt were applicable

elle demande que soient reconnues la validité de son droit de propriété et son opposabilité au syndic.

#### B. *GMAC Location Limitée*

Dans cette affaire, le 28 septembre 1998, Martin Tremblay loue une automobile de marque Cavalier d'un concessionnaire automobile, Marlin Chevrolet-Oldsmobile Inc., pour un terme de 36 mois. Le même jour, le concessionnaire cède le contrat à l'appelante, GMAC Location Limitée (« GMAC »). La publication des droits créés par ce bail n'a lieu que le 9 janvier 2001. Le 13 décembre 2000, le locataire reçoit un avis de reprise de possession suivant l'art. 150.14 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., ch. P-40.1. Le 14 décembre 2000, M. Tremblay fait faillite. L'intimée, Raymond Chabot Inc., est nommée syndic. Le 15 décembre 2000, GMAC lui transmet une preuve de réclamation suivant l'art. 81 L.F.I. et demande à être mise en possession du véhicule.

Invoquant le défaut de publication en temps utile au RDPRM, le syndic réplique par un avis de contestation de la preuve de réclamation, dans lequel il prétend que les droits de GMAC ne lui sont pas opposables. Le 17 janvier 2001, GMAC signifie une requête en appel devant la Cour supérieure, en vue de faire reconnaître ses droits de propriétaire du véhicule et d'en reprendre possession. Pendant le cours de cet appel, les parties s'entendent pour faire vendre le véhicule et entiercer le produit de la vente.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour supérieure*

##### (1) *DaimlerChrysler*

La juge Trudel entend la requête en appel de DaimlerChrysler. Au départ, elle concède à celle-ci que le droit de propriété du locateur ne constitue pas à proprement parler un droit résultant du bail. Les principaux droits créés sont le droit du locateur de recevoir le loyer et celui du locataire d'utiliser le véhicule. Toutefois, s'appuyant sur l'arrêt *Giffen (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 91, dont elle estime les

6

7

8

in Quebec law, she expressed the opinion that, as a result of the rules respecting the publication of rights in Quebec and of the requirement now imposed on lessors to publish rights arising out of a long-term lease of a motor vehicle published in the RPMRR, an unpublished lease cannot be set up against the lessee's trustee in bankruptcy. The right to repossess the property in the event of bankruptcy — which is defined as a default under the lease — must be treated as a right resulting from the contract of lease. This right is governed by art. 1852 C.C.Q. A failure to publish it therefore permits the trustee both to refuse to deliver possession of the property to its owner and to dispose of it for the benefit of the estate of the bankrupt. Trudel J. accordingly dismissed the appellant's motion: [2001] R.J.Q. 2679.

(2) GMAC

9

GMAC was no more successful in the Superior Court than DaimlerChrysler had been. Boisvert J. did recognize that GMAC's right of ownership did not arise out of the contract of lease. However, relying on *Giffen*, he held that, since the coming into force of art. 1852 C.C.Q., a right of revendication can no longer be set up against a trustee in bankruptcy where rights resulting from a lease have not been published within the prescribed time limits. Boisvert J. therefore dismissed GMAC's motion for appeal, as GMAC had not published its rights in a timely manner: [2001] Q.J. No. 3446 (QL).

B. *Quebec Court of Appeal (Beauregard, Dussault and Thibault J.J.A.)*

10

The appeals of DaimlerChrysler and GMAC were heard by the same panel of the Quebec Court of Appeal. The Court of Appeal delivered common reasons for judgment in the two cases; the majority rejected the arguments of the property owners, holding that their rights could not be set up against the trustees in bankruptcy: [2003] R.J.Q. 819, 229 D.L.R. (4th) 697, and [2003] Q.J. No. 2305 (QL). Thibault J.A. wrote the principal opinion, and Dussault J.A. concurred in it in separate reasons. Both of them held that the appellants' appeals should be dismissed. Beauregard J.A. wrote dissenting reasons in which he held that the lessors' rights of ownership could be set up against the trustees even though

principes applicables en droit québécois, elle exprime l'opinion que les règles relatives à la publicité des droits au Québec et l'obligation désormais faite au locateur de publier au RDPRM les droits résultant du bail à long terme d'un véhicule automobile rendent le bail non publié inopposable au syndic à la faillite du locataire. En effet, le droit à la reprise de possession en cas de faillite — définie comme une situation de défaut au bail — doit être traité comme un droit résultant du contrat de location. Ce droit est visé par l'art. 1852 C.c.Q. Le défaut de publication permet donc au syndic de refuser de remettre le bien à son propriétaire et lui permet d'en disposer au profit de la faillite. La juge Trudel rejette donc la requête de l'appelante : [2001] R.J.Q. 2679.

(2) GMAC

GMAC ne réussit pas mieux que DaimlerChrysler devant la Cour supérieure. Le juge Boisvert reconnaît certes que le droit de propriété de GMAC ne résulte pas du contrat de location. Cependant, s'appuyant sur l'arrêt *Giffen*, il conclut que, depuis l'entrée en vigueur de l'art. 1852 C.c.Q., le droit de revendication ne peut plus être opposé au syndic de faillite lorsque la publication des droits résultant du bail n'a pas été faite dans les délais prévus. Le juge Boisvert rejette donc la requête en appel de GMAC, puisqu'elle n'a pas publié ses droits en temps utile : [2001] J.Q. n° 3446 (QL).

B. *Cour d'appel du Québec (les juges Beauregard, Dussault et Thibault)*

Une même formation de la Cour d'appel du Québec a entendu les appels de DaimlerChrysler et de GMAC. Dans ces deux dossiers, la Cour d'appel a déposé des motifs communs et conclu, à la majorité, au rejet des prétentions des propriétaires des biens, déclarant leurs droits inopposables au syndic de faillite : [2003] R.J.Q. 819 et [2003] J.Q. n° 2305 (QL). La juge Thibault a rédigé l'opinion principale, à laquelle le juge Dussault a concouru dans des motifs distincts. Ils ont tous deux conclu au rejet des pourvois des appelantes. Le juge Beauregard a rédigé des motifs dissidents qui reconnaissent l'opposabilité du droit de propriété du locateur au syndic, en dépit du défaut de

the rights resulting from the leases of movables in issue had not been published.

The majority opinions endorsed a line of authority established by the Quebec Court of Appeal in *Massouris (Syndic de)*, [2002] R.J.Q. 901, and *Mervis (Syndic de)*, [2002] R.J.Q. 2268, which addressed the effect of the failure to publish a contract of lease or a contract of sale with a reservation of ownership in respect of movable property on the possibility of setting up a right of ownership against a trustee. These cases decided that trustees had the status of third persons in relation to property owners.

Thibault J.A. conceded that the classic principles of civil law recognize the right of the owner of a movable to revendicate it against its possessor without further formalities. However, she relied on *Massouris* and *Mervis* to conclude that, where long-term leases and instalment sales involving motor vehicles are concerned, the Quebec legislature intended to change these traditional rules. In these situations, to prevent the creation of hidden securities, the legislature imposed a publication requirement and it intended to treat as a security the reservation of ownership that was in its opinion provided for in the lease. In the case of long-term leases of motor vehicles, art. 1852 C.C.Q. clearly entrenches this new principle, which the courts must apply. The trustee, who stands in the legal position of a third person for the purposes of art. 1852 C.C.Q., may therefore, on behalf of all the creditors, challenge the security the owner-creditor attempted to create for him or herself. Consequently, in Thibault J.A.'s opinion, the appellants could not exercise their rights of revendication against the trustees in bankruptcy of their lessees. Dussault J.A. reached the same conclusion. In his view, the legislature had implicitly equated a reservation of ownership under a lease or an instalment sale contract with a security.

Beauregard J.A. found himself in fundamental disagreement with his learned colleagues' reasons. He began by asserting the view that the cases at bar could be distinguished from *Giffen*. Unlike the *Civil Code of Québec*, the British Columbia

publication des droits résultant des baux mobiliers en cause.

Les opinions des juges majoritaires confirment un courant de jurisprudence qui s'est établi à la Cour d'appel du Québec, depuis les arrêts *Massouris (Syndic de)*, [2002] R.J.Q. 901, et *Mervis (Syndic de)*, [2002] R.J.Q. 2268, qui traitent de l'effet du défaut de publication des contrats de location ou des contrats de vente avec réserve de propriété relatifs à des biens mobiliers sur l'opposabilité du droit de propriété au syndic et qui lui reconnaissent le statut de tiers à l'égard du propriétaire des biens.

La juge Thibault admet que les règles classiques du droit civil reconnaissent le droit du propriétaire d'un bien meuble de le revendiquer à son possesseur, sans plus de formalités. Toutefois, dans le cas de la location à long terme ou des ventes à tempérament de véhicules routiers, elle s'appuie sur les arrêts *Massouris* et *Mervis*, pour conclure que le législateur québécois a voulu modifier ces règles traditionnelles. Dans ces cas, pour éviter la constitution de sûretés occultes, il a imposé une obligation de publication et il a voulu traiter la réserve de propriété stipulée, à son avis, dans le bail comme une sûreté. Quant aux baux de véhicules à long terme, le texte de l'art. 1852 C.c.Q. édicte clairement ce nouveau principe auquel les tribunaux doivent donner effet. Le syndic, placé dans la position juridique d'un tiers pour l'application de l'art. 1852 C.c.Q., peut donc contester, au nom de l'ensemble des créanciers, la garantie que voulait se réserver le créancier propriétaire. En conséquence, à son avis, les appelantes ne peuvent exercer leur droit de revendication auprès des syndics à la faillite de leurs locataires. Le juge Dussault conclut de la même façon. Selon lui, la réserve de propriété, en vertu d'un bail ou d'un contrat de vente à tempérament, aurait été assimilée implicitement à une sûreté par le législateur.

L'opinion du juge Beauregard exprime un désaccord fondamental avec les motifs de ses collègues. À son avis, d'abord, des distinctions s'imposent avec l'arrêt *Giffen*. Contrairement au *Code civil du Québec*, la législation de la Colombie-Britannique

11

12

13

legislation provided that the lease of a vehicle for a term of over one year was equivalent to a security interest and that if it were not published, it had to be treated as an unperfected security interest. In Beauregard J.A.'s opinion, the provisions relating to the publication of long-term leases and installment sales have not changed the basic principles of civil law or, more specifically, the essential difference between a right of ownership and a security. A right of ownership need not be published. Although a right of ownership cannot be set up against certain subsequent acquirers identified in the *Civil Code of Québec*, the trustee in bankruptcy is not one of them. Bankruptcy does not confer any more rights on the trustee against the owner of the property than the bankrupt had, and the trustee cannot contest the appellants' claim. Beauregard J.A. would have allowed the appeals and recognized the appellants' rights.

- 14 The appellants were then given leave to appeal to this Court. In the case of *GMAC*, the respondent trustee did not take part in the proceedings in this Court but left the matter up to the Court. In the case of *DaimlerChrysler*, the respondent actively contested the appeal in all respects.

#### IV. Relevant Legislative Provisions

- 15 *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64

**1852.** The rights resulting from the lease may be published.

Publication is required, however, in the case of rights under a lease with a term of more than one year in respect of a road vehicle or other movable property determined by regulation, or of any movable property required for the service or operation of an enterprise, subject, in the latter case, to regulatory exclusions; effect of such rights against third persons operates from the date of the lease provided they are published within fifteen days. A lease with a term of one year or less is deemed to have a term of more than one year if, by the operation of a renewal clause or other covenant to the same effect, the term of the lease may be increased to more than one year.

The transfer of rights under a lease requires or is open to publication, according to whether the rights themselves require or are open to publication.

prévoyait en effet que le bail d'un véhicule d'une durée de plus d'un an était assimilé à une sûreté et, qu'en cas de non-publication, il devait être traité comme une sûreté imparfaite. D'après lui, les dispositions relatives à la publication des baux à long terme et des ventes à tempérament ne modifient pas les principes fondamentaux du droit civil et, en particulier, la distinction essentielle entre le droit de propriété, d'une part, et les sûretés, d'autre part. Le droit de propriété n'a pas à être publié. S'il n'est pas opposable à certains tiers acquéreurs identifiés par le *Code civil du Québec*, le syndic de faillite n'est pas l'un d'eux. La faillite ne lui confère pas plus de droits à l'égard du propriétaire du bien que le failli n'en possédait et il ne peut s'opposer à la revendication par les appelantes, donc le juge Beauregard aurait accueilli les pourvois et reconnu les droits.

Par la suite, les appelantes ont été autorisées à se pourvoir devant notre Cour. Dans l'affaire *GMAC*, le syndic intimé n'a pas participé au débat devant notre Cour, s'en remettant à la justice. Dans le dossier *DaimlerChrysler*, l'intimé a contesté activement l'appel sous tous ses aspects.

#### IV. Dispositions législatives pertinentes

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64

**1852.** Les droits résultant du bail peuvent être publiés.

Sont toutefois soumis à la publicité les droits résultant du bail d'une durée de plus d'un an portant sur un véhicule routier ou un autre bien meuble déterminés par règlement, ou sur tout bien meuble requis pour le service ou l'exploitation d'une entreprise, sous réserve, en ce dernier cas, des exclusions prévues par règlement; l'opposabilité de ces droits est acquise à compter du bail s'ils sont publiés dans les quinze jours. Le bail qui prévoit une période de location d'un an ou moins est réputé d'une durée de plus d'un an lorsque, par l'effet d'une clause de renouvellement, de reconduction ou d'une autre convention de même effet, cette période peut être portée à plus d'un an.

La cession des droits résultant du bail est admise ou soumise à la publicité, selon que ces droits sont eux-mêmes admis ou soumis à la publicité.

2941. Publication of rights allows them to be set up against third persons, establishes their rank and, where the law so provides, gives them effect.

Rights produce their effects between the parties even before publication, unless the law expressly provides otherwise.

## V. Analysis

### A. *Issues*

These cases raise issues relating to the interplay between Quebec civil law and federal bankruptcy and insolvency legislation. It will be necessary to review the legal characterization of certain movable real rights created under the *Civil Code of Québec* and the role and powers of trustees in bankruptcy in the exercise of those rights. This part of the analysis requires that we revisit the interpretation of the provisions of the *Civil Code of Québec*, art. 1852 C.C.Q. in particular, to determine whether the trustee may be considered a third person in relation to the lessor for the purposes of that provision. To do this, we will first consider the nature of the rights in issue and the scope and effect of the requirement to publish them in the RPMRR. Next, we will review the status of the trustee to determine whether the trustee may set up the failure to publish the rights against the lessor of the movable property. In short, it must be asked whether a long-term lessor of a motor vehicle has rights equivalent to a security and whether those rights must be published. It must then be asked whether the trustee is in the position of a third person and whether he or she may rely on the failure to publish the rights to defeat the claim for the property.

### B. *Submissions of the Parties*

The appellants adopted a common position in these appeals. Their arguments can be summed up in a few basic propositions. The first is that the signing of a long-term lease does not reduce the lessor's right of ownership to a simple security. The lessor's right remains one of ownership, not one resulting from the lease within the meaning of art. 1852 C.C.Q. This right is therefore not subject to the publication requirement, as only rights resulting from the lease must be published. A failure to

2941. La publicité des droits les rend opposables aux tiers, établit leur rang et, lorsque la loi le prévoit, leur donne effet.

Entre les parties, les droits produisent leurs effets, encore qu'ils ne soient pas publiés, sauf disposition expresse de la loi.

## V. Analyse

### A. *Les questions en litige*

Les dossiers que nous étudions soulèvent des problèmes d'interaction entre le droit civil québécois et la législation fédérale sur la faillite et l'insolvabilité. Il nous faut examiner la qualification juridique de certains droits réels mobiliers créés en vertu du *Code civil du Québec* ainsi que le rôle et les pouvoirs du syndic de faillite à l'égard de leur exercice. Cette partie de l'analyse nous oblige à revenir sur l'interprétation des dispositions du *Code civil du Québec*, notamment de l'art. 1852 C.c.Q., pour déterminer si le syndic peut être considéré comme un tiers à l'égard du locateur pour l'application de cette disposition. Dans ce contexte, on examinera d'abord la nature des droits en cause ainsi que l'étendue et l'effet de l'obligation de publication au RDPRM. Ensuite, on passera à l'étude de la position du syndic, pour déterminer s'il peut opposer le défaut de publication des droits au locateur des biens mobiliers. En somme, le locateur à long terme de véhicules automobiles détient-il des droits assimilables à une sûreté? Ceux-ci doivent-ils être publiés? Le syndic se trouve-t-il dans la situation d'un tiers et peut-il lui opposer le défaut de publication de ses droits pour faire échec à la revendication du bien?

### B. *Les prétentions des parties*

Les appelantes défendent une position commune dans ces pourvois. Leurs moyens se résument en quelques propositions. Tout d'abord, la conclusion d'un contrat de location à long terme ne réduit pas le droit de propriété du locateur à une simple sûreté. Le droit du locateur demeure un droit de propriété, qui ne résulte pas du bail, au sens de l'art. 1852 C.c.Q. Ce droit de propriété n'est donc pas assujéti à l'obligation de publication, puisque seuls les droits résultant du bail doivent être publiés. Le défaut de



publish bars claims against third persons only. Owing to the nature of their role with respect to the property of bankrupts and the nature of their seisin under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, trustees cannot be considered third persons in relation to lessors. A trustee has no more rights in the leased property than the bankrupt did, and this would also be true under art. 1749 C.C.Q. of property subject to a reservation of ownership as a result of an instalment sale. The failure to publish the lease does not effect a transfer of ownership, and the trustee cannot set up the failure to publish against the lessor's claim. In this context, *Giffen* cannot be said to apply. In that case, the British Columbia legislation provided that an unpublished automobile lease was not effective against a trustee or against creditors, as it treated the lease as a security interest, whereas Quebec's civil law does not attach such consequences to a failure to publish in relation to trustees in bankruptcy.

18 According to the respondent in the *Daimler-Chrysler* appeal, the principles in *Giffen* do in fact apply. As was the case in British Columbia, the Quebec legislature has imposed publication as a necessary condition for setting up rights against third persons, including trustees in bankruptcy of lessees. In the respondent's opinion, the Court of Appeal's decision to equate a lease and the rights it recognizes or establishes with a security subject to publication is in keeping with the requirements of commercial life and with the legislature's intent. The legislature has made it clear that publication is required to set up a lease against third parties.

C. *The Legislative Context: Reform of the Law of Security at the Time of the Coming into Force of the Civil Code of Québec*

19 Before discussing the arguments advanced by the parties, we must make a few brief comments on the structure of the law of security in Quebec civil law following the coming into force of the *Civil Code of Québec* in 1994. At the same time, a review of some of the fundamental concepts of property law might be useful for the purposes of defining the nature of

publication ne rend la revendication impossible qu'à l'égard des tiers. En raison de la nature de son rôle à l'égard des biens du failli et de la nature de sa saisine en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, le syndic ne peut être considéré comme un tiers vis-à-vis le bailleur. Il n'a pas plus de droits que le failli sur le bien loué, comme il n'en aurait d'ailleurs pas plus en vertu de l'art. 1749 C.c.Q. sur le bien qui fait l'objet d'une réserve de propriété, à la suite d'une vente à tempérament. Le défaut de publication du bail n'opère pas un transfert de propriété et le syndic ne peut opposer le défaut de publication à la revendication du locateur. Dans ce contexte, on ne peut considérer que l'arrêt *Giffen* trouve application. En effet, dans cette affaire, la législation de la Colombie-Britannique prévoyait l'inopposabilité au syndic ou aux créanciers du bail de véhicule automobile non publié, en traitant ce bail comme une sûreté, alors que le droit civil du Québec n'attache pas de telles conséquences au défaut de publication à l'égard du syndic de faillite.

Selon l'intimé dans le dossier *Daimler-Chrysler*, les principes qui se dégagent de l'arrêt *Giffen* s'appliquent. Comme en Colombie-Britannique, le législateur québécois a imposé la publication comme une condition nécessaire de l'opposabilité des droits aux tiers, parmi lesquels se trouve le syndic à la faillite du locataire. À son avis, la décision prise par la Cour d'appel d'assimiler le bail et les droits qu'il reconnaît ou crée à une sûreté assujettie à la publication correspond aux exigences de la vie commerciale et à l'intention du législateur. Celui-ci édicte clairement l'obligation de publication comme condition de l'opposabilité du bail aux tiers.

C. *Le contexte législatif : la réforme du droit des sûretés lors de l'entrée en vigueur du Code civil du Québec*

La discussion des thèses défendues par les parties exige au préalable de brèves remarques sur l'aménagement du droit des sûretés en droit civil québécois, à la suite de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, en 1994. En parallèle, un rappel de quelques notions fondamentales de droit des biens paraît utile pour définir la nature des problèmes en cause,

the issues, correctly characterizing the parties' rights and assessing the validity of the solutions proposed for resolving the difficulties these cases raise.

The coming into force of the *Civil Code of Québec* marked an important step in the evolution of the Quebec law of real security (L. Payette, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec* (2nd ed. 2001)). The legislature reorganized this field of civil law, structuring it primarily around a single type of security, the hypothec, which applies to both movable and immovable property, although it also recognized, in art. 2647 C.C.Q., another type of right, the prior claim, which protects certain kinds of claims. (See Payette, *supra*, at pp. 2-3 and 59.) This solution was adopted in preference to the presumption of hypothec recommended by the Civil Code Revision Office, which would have grouped all forms of security, including "ownership securities" (*sûretés-propriétés*), under a single concept: the hypothec (*Report on the Québec Civil Code* (1978), vol. II, t. 1, at pp. 427-31). That proposal had attracted strong objections from many critics. (See Payette, *supra*, at pp. 60-64; R. A. Macdonald, "Faut-il s'assurer qu'on appelle un chat un chat? Observations sur la méthodologie législative à travers l'énumération limitative des sûretés, 'la présomption d'hypothèque' et le principe de 'l'essence de l'opération'", in *Mélanges Germain Brière* (1993), 527; see also *Commentaires du ministre de la Justice* (1993), t. II, at p. 1654.) Thus, instead of agreeing to organize the law of real security around the concept of presumption of hypothec, the Quebec legislature set up a simplified, unified security system that nevertheless maintained the fundamental distinction between the legal concepts of security and ownership in relation to the creation and exercise of real securities.

This distinction between security and rights of ownership remains a fundamental element of the classification of real rights in property law in the *Civil Code of Québec*. The right of ownership, which is the fundamental real right that theoretically confers full legal control over property, can be distinguished from a security such as a hypothec, which is an incidental real right. One author characterizes incidental real rights as "real rights of security"

qualifier correctement les droits des parties et apprécier la validité des solutions proposées pour résoudre les difficultés que posent ces dossiers.

L'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* a marqué une étape importante dans l'évolution du droit des sûretés réelles du Québec (L. Payette, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec* (2<sup>e</sup> éd. 2001)). Le législateur a alors réorganisé cette partie du droit civil. Il l'a désormais structurée principalement autour d'un type de sûreté, l'hypothèque, applicable aux biens mobiliers ou immobiliers, bien qu'il ait aussi reconnu un autre type de droit, la priorité, pour protéger certains types de créances, comme le prévoit l'art. 2647 C.c.Q. (Voir Payette, *op. cit.*, p. 2-3 et 59.) Cette solution écartait la présomption d'hypothèque recommandée par l'Office de révision du Code civil qui aurait englobé toutes les formes de sûretés, y compris les « sûretés-propriétés » dans le seul concept d'hypothèque (*Rapport sur le Code civil du Québec* (1978), vol. II, t. 1, p. 431-435). Cette proposition avait en effet soulevé de fortes objections et de nombreuses critiques. (Voir Payette, *op. cit.*, p. 60-64; R. A. Macdonald, « Faut-il s'assurer qu'on appelle un chat un chat? Observations sur la méthodologie législative à travers l'énumération limitative des sûretés, "la présomption d'hypothèque" et le principe de "l'essence de l'opération" », dans *Mélanges Germain Brière* (1993), 527; voir aussi *Commentaires du ministre de la Justice* (1993), t. II, p. 1654.) Ainsi, au lieu d'accepter d'organiser le droit des sûretés réelles autour de ce concept de présomption d'hypothèque, le législateur québécois a mis en place un régime simplifié et unifié de sûretés, qui maintenait toutefois la distinction fondamentale entre les notions de sûreté et de propriété dans le domaine de la constitution et de la mise en œuvre des garanties réelles.

Cette distinction entre sûreté et droit de propriété constitue d'ailleurs toujours un élément fondamental de la classification des droits réels en droit des biens dans le *Code civil du Québec*. Droit réel fondamental, conférant en principe la maîtrise juridique complète d'un bien, le droit de propriété se distingue des droits réels accessoires que sont les sûretés telles que l'hypothèque. Un auteur qualifie ces dernières de « droits réels de garantie », portant sur la valeur

(*droits réels de garantie*) that relate to the monetary value of a thing rather than to the thing itself and are designed to complement another right by securing it or guaranteeing the payment of a claim (P.-C. Lafond, *Précis de droit des biens* (1999), at p. 192).

22

Together with the reform of the law of security, the codification of 1994 brought significant changes to the system for publishing rights. At the same time as it substantially revised the rules governing land registration, the legislation provided for the creation of the RPMRR. This register was established to remedy some serious flaws in the former system, which had to deal with a wide variety of types of security whose true nature was often not readily apparent because of the absence of a general publication mechanism. This meant that transactions involving many classes of movable property were risky from a legal standpoint. A fundamental goal in setting up this institution was to make public the types of security in respect of movable property that were created under the rules of the new *Civil Code of Québec*. (See D.-C. Lamontagne, in collaboration with P. Duchaine, *La publicité des droits* (3rd ed. 2001), at p. 301.) As in the case of land registration, the purpose of publication, as provided for in art. 2941 C.C.Q., is not to effect transfers of ownership but, generally speaking, to allow rights that may or must be published to be set up against third persons. (See Lamontagne and Duchaine, *supra*, at pp. 31-32.)

23

When the *Civil Code of Québec* came into force in 1994, it did not yet require that rights resulting from long-term leases of road vehicles be published in the RPMRR. This requirement was not introduced until 1998, when art. 1852 C.C.Q. was amended by s. 8 of the *Act to amend the Civil Code and other legislative provisions as regards the publication of personal and movable real rights and the constitution of movable hypothecs without delivery*, S.Q. 1998, c. 5. This new provision required that such rights be published from then on as a condition for setting them up against third persons so as to facilitate trading in movable property. It applied to leases already in existence when it came into force. Sections 6 and 7 of this amending Act also established publication requirements in respect of leasing and of

pécuniaire plus que sur la matérialité d'une chose, destinés à compléter un autre droit, en le garantissant ou en assurant le paiement d'une créance (P.-C. Lafond, *Précis de droit des biens* (1999), p. 192).

Dans ce contexte, parallèlement à la réforme du droit des sûretés, la codification de 1994 apportait des modifications importantes au régime de la publicité des droits. Tout en révisant substantiellement les règles gouvernant la publicité foncière, le législateur prévoyait la création du RDPRM. L'établissement de ce registre voulait porter remède à des vices sérieux du régime antérieur, marqué par la diversité et le caractère souvent occulte des sûretés, à cause de l'absence d'un mécanisme général de publication, qui le rendait dangereux pour la sécurité juridique des transactions relatives à de nombreuses catégories de biens meubles. Un objectif fondamental de la mise sur pied de cette institution était de rendre publiques les sûretés créées sur des biens meubles selon les règles du nouveau *Code civil du Québec*. (Voir D.-C. Lamontagne, avec la collaboration de P. Duchaine, *La publicité des droits* (3<sup>e</sup> éd. 2001), p. 301.) Comme dans le cas de la publicité foncière, ainsi que le prévoit l'art. 2941 C.c.Q., la publication ne vise pas à effectuer des transferts de propriété, mais, en règle générale, à rendre les droits visés par la faculté ou l'obligation de publication opposables aux tiers. (Voir Lamontagne et Duchaine, *op. cit.*, p. 31-32.)

Lors de son entrée en vigueur en 1994, le *Code civil du Québec* n'imposait pas encore l'obligation de publier au RDPRM les droits découlant des baux à long terme de véhicules routiers. Cette obligation n'a été introduite qu'en 1998, par une modification apportée à l'art. 1852 C.c.Q., par l'art. 8 de la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité des droits personnels et réels mobiliers et à la constitution d'hypothèques mobilières sans dépossession*, L.Q. 1998, ch. 5. Cette nouvelle disposition exigeait désormais la publication de ces droits comme condition de leur opposabilité aux tiers, afin de faciliter le commerce des biens meubles. Elle s'appliquait à l'égard des baux en cours lors de son entrée en vigueur. Les articles 6 et 7 de la même loi instituaient aussi des

reservations of ownership under instalment sale contracts by amending arts. 1752 and 1847 C.C.Q. A transitional provision, s. 24 of the Act, provided for a time limit of one year from its coming into force for publication of the rights in question.

D. *The Legal Position of Lessees in Relation to Lessors*

The contract in issue in the case at bar is a lease. According to the fundamental rules applicable to leases, such a contract does not effect a conveyance of ownership between the lessee and the lessor. It merely gives the lessee the status of a holder and user by precarious title, which means that the property must be surrendered upon termination of the lease, as provided for in art. 1890 C.C.Q. The contracts in issue remain, by their very terms, leases, albeit long-term ones. Regardless of the nature of the legal relationships as described in these contracts, it must be determined whether they should be recharacterized in light of the wording of art. 1852 C.C.Q. and the requirement to publish imposed by it since 1998, to ensure that the rights arising out of them can be set up against third persons.

The majority of the Court of Appeal held that a recharacterization was necessary and, consequently, that the failure to publish could be relied on by the trustee, who had to be considered a third person for the purposes of art. 1852 C.C.Q. However, as Beaugard J.A. noted in his dissenting opinion, this position tends to confuse the concepts of ownership and security. This problem lies at the very heart of the solutions adopted by the Quebec Court of Appeal since *Massouris* to resolve conflicts that have arisen in the decisions of Quebec's trial courts with respect to long-term leases, leasing or instalment sales of vehicles, the related publication requirements and the rights of trustees in bankruptcy. In line with the very clear positions that were adopted in *Massouris*, the decisions of the Court of Appeal have presumed that all legal transactions by means of which an automobile is placed at the disposal of a user are secured credit transactions. This analysis and this characterization have made it possible subsequently to treat

obligations de publication à l'égard du crédit-bail et des réserves de propriété prévues par les contrats de vente à tempérament, en modifiant les art. 1752 et 1847 C.c.Q. Une disposition transitoire, à l'art. 24 de la loi, accordait un délai d'un an à partir de son entrée en vigueur, pour la publication des droits visés.

D. *La situation juridique du locataire à l'égard du locateur*

Le contrat examiné en l'espèce demeure un contrat de bail. Selon ses règles fondamentales, ce contrat n'est pas translatif de propriété entre le locataire et le locateur. Il ne laisse au preneur qu'un statut de détenteur et d'utilisateur à titre précaire, en vertu duquel il doit remettre le bien à la fin du bail, comme le prévoit l'art. 1890 C.c.Q. Les contrats sous étude, par leurs termes mêmes, demeurent des baux, bien qu'ils soient conclus à long terme. En dépit de la nature des rapports juridiques que ces contrats énoncent, faut-il les requalifier, en raison du libellé de l'art. 1852 C.c.Q. et de l'obligation de publication qu'il édicte depuis 1998, pour assurer que les droits qu'ils établissent soient opposables aux tiers?

La majorité de la Cour d'appel a conclu que cette requalification s'imposait et qu'en conséquence, le défaut de publication pouvait être soulevé par le syndic, qui devait être considéré comme un tiers pour l'application de l'art. 1852 C.c.Q. Toutefois, comme l'a souligné le juge Beaugard dans sa dissidence, cette position tend à confondre les concepts de propriété et de sûreté. Cette difficulté se situe à la base même des solutions choisies par la Cour d'appel du Québec, depuis l'arrêt *Massouris*, pour régler les conflits survenus dans la jurisprudence des tribunaux de première instance au Québec au sujet des baux à long terme, du crédit-bail ou des ventes à tempérament de véhicules, des obligations de publication qui s'y rattachent et des droits des syndics de faillite. Conformément à des orientations adoptées très clairement dans l'arrêt *Massouris*, la jurisprudence de la Cour d'appel présume que toutes les opérations juridiques par lesquelles un véhicule automobile est mis à la disposition d'un utilisateur constituent des

24

25

the owner's rights as the rights of the holder of a simple security. When this security has not been perfected because of a failure to publish it in a timely manner, it cannot be set up against a trustee in bankruptcy, who is regarded as a third party in his or her capacity as the creditors' representative.

26 This interpretation seems to reintroduce into Quebec's law of real security a concept that was rejected by the legislature in the 1994 codification, namely the presumption of hypothec. It might also be thought that this approach stems from a desire to identify the essence of the transaction and recharacterize the transaction accordingly. From an economic standpoint, it is quite likely that the various methods used by automobile dealers — long-term leases, leasing and instalment sales — all have the same objective: finding a customer, obtaining for the customer the credit needed to complete the transaction and placing the vehicle at the customer's disposal while protecting the interests of the credit provider. However, before dismissing all the applicable legal categories, it is necessary to consider the content of the contracts and where they fit in the classes of contracts established by the *Civil Code of Québec* and used by the parties.

27 In the context of these transactions, we must be careful to disregard neither the fundamental categories of property law nor the nature of the rights arising out of the framework of the type of nominate contract entered into in respect of the property in issue, namely, in the case at bar, a lease. Contrary to the proposals of the Civil Code Revision Office, no provisions of the *Civil Code of Québec* transform the lessor's right of ownership into a hypothec or bar the lessor from trading in automobiles by means of the legal instrument of a lease under which he or she retains ownership of the property. Under such an agreement, the automobile remains in the lessor's patrimony and the lessee has only a right to use it in accordance with the lease and the applicable legislation. It is therefore necessary to analyse the legal situation based on the fact that

opérations de crédit assorties d'une sûreté. Cette analyse et cette qualification permettent par la suite de traiter les droits du propriétaire comme ceux du titulaire d'une simple sûreté. Lorsque celle-ci n'a pas été parfaite en raison de l'absence de publication en temps utile, ce vice la rend inopposable au syndic de faillite, considéré comme un tiers, en sa qualité de représentant des créanciers.

Cette interprétation tend à réintroduire dans le droit des sûretés réelles du Québec un concept rejeté par le législateur au moment de la codification de 1994, celui de la présomption d'hypothèque. On peut aussi penser que cette approche correspond à une volonté d'identifier l'essence de l'opération réalisée et de requalifier l'opération en conséquence. Au point de vue économique, il est fort probable que les différentes méthodes employées par les commerçants de véhicules moteurs — location à long terme, crédit-bail ou vente à tempérament — représentent toutes des techniques destinées à atteindre un même objectif : trouver un client, lui obtenir le crédit nécessaire à l'opération, mettre le véhicule à sa disposition, tout en protégeant l'intérêt du fournisseur de crédit. Cependant, avant de mettre de côté toutes les catégories juridiques pertinentes, encore faut-il s'arrêter à la teneur des contrats intervenus et à leur situation dans les classifications des contrats établies par le *Code civil du Québec* et utilisées par les parties.

Dans le contexte de ces transactions, il faut se garder de mettre de côté les catégories fondamentales du droit des biens et de négliger la nature des droits créés par le régime établi par le type de contrat nommé intervenu à l'égard des biens en question, en l'occurrence, le louage. Contrairement aux propositions de l'Office de révision du Code civil, aucune disposition du *Code civil du Québec* ne transforme le droit de propriété du bailleur en une hypothèque ni ne lui interdit de mettre un véhicule automobile dans le commerce, en employant l'instrument juridique du bail, qui lui laisse la propriété du bien. En vertu d'une telle convention, l'automobile demeure dans le patrimoine du locateur, le locataire n'ayant que le droit de l'utiliser conformément aux dispositions du bail et des lois applicables. Il faut alors analyser la situation juridique à partir du constat que

the lessor retains a right of ownership in the instant case, although the legislature may choose to adjust its effects in relation to third persons and trustees in bankruptcy. This raises the issue of the scope of the requirement to publish rights resulting from a lease on the right of ownership and the effectiveness of the right of ownership.

#### E. *The Requirement to Publish Rights*

When considering the publication requirement, it is important to first take into account the basic principle underlying Quebec's system for publishing rights. As stated in art. 2941 C.C.Q., be it for security on movables or immovables, publication is not a mechanism for transferring rights of ownership. Even if they are not published, the rights subject to the publication requirement retain their effects between the parties unless the law specifically provides otherwise. The function of the requirement is to allow these rights to be set up against third persons and to establish their rank or give them effect as provided by law:

**2941.** Publication of rights allows them to be set up against third persons, establishes their rank and, where the law so provides, gives them effect.

Rights produce their effects between the parties even before publication, unless the law expressly provides otherwise.

The lessor's right of ownership does not arise out of the lease. It could be said that the right of ownership is pre-existing in relation to the lease. However, the rules respecting the publication of rights alter its effects in relation to third persons. Publication of these rights is now mandatory if they are to be set up against third persons. A failure to satisfy the publication requirement may therefore result in effective transfers of ownership based on the legal appearance created by possession, making it impossible to claim property in the hands of third persons. It does not follow from these possible consequences of implementing the rights publication system that publication creates the lessor's right of ownership or that publication is necessary for this right to exist. Publication is needed only to protect the right as against third persons, which is the essence of the concept of setting up rights.

le bailleur conserve toujours en l'espèce un droit de propriété, dont le législateur peut toutefois choisir de moduler les effets à l'égard des tiers et des syndics de faillite. Cela soulève le problème de la portée de l'obligation de publier les droits résultant du bail sur le droit de propriété et l'efficacité de ce dernier.

#### E. *L'obligation de publication des droits*

Dans l'étude de l'obligation de publication, il importe de tenir compte au départ du principe fondamental du régime de publicité des droits du Québec. Tel que l'énonce l'art. 2941 C.c.Q., dans le cas des sûretés mobilières aussi bien qu'immobilières, la publicité n'est pas une technique de transfert des droits de propriété. Même en l'absence de publication, les droits soumis à l'obligation de publication conservent leurs effets entre les parties, sauf disposition expresse de la loi. Sa fonction est de rendre ces droits opposables aux tiers et de déterminer leur rang ou de leur donner effet suivant les dispositions de la loi :

**2941.** La publicité des droits les rend opposables aux tiers, établit leur rang et, lorsque la loi le prévoit, leur donne effet.

Entre les parties, les droits produisent leurs effets, encore qu'ils ne soient pas publiés, sauf disposition expresse de la loi.

Le droit de propriété du locateur ne découle pas du bail. Il préexiste en quelque sorte à celui-ci. Cependant, les règles relatives à la publicité des droits modulent ses effets à l'égard des tiers. L'opposabilité de ces droits aux tiers dépend de leur publication, qui est devenue obligatoire. L'inexécution de l'obligation de publication peut alors entraîner effectivement des transferts de propriété fondés sur l'apparence juridique créée par la détention, en rendant impossible la revendication du bien entre les mains des tiers. De ces conséquences possibles de la mise en œuvre du régime de publicité des droits, on ne saurait déduire le principe que la publicité crée le droit de propriété du bailleur ni qu'elle soit nécessaire à son existence. Elle n'est requise que pour protéger ce droit à l'égard des tiers, ce qui est le propre de la notion d'opposabilité.

28

29

30

Of course, the legislature may play a more active role in the legal relationships of the parties or other interested persons by recharacterizing the rights established by contracts or giving a more radical scope to the consequences of the failure to publish. An example of legislative action of this sort is found in art. 1756 C.C.Q., which governs sales with a right of redemption. In this provision of the *Civil Code of Québec*, a right of redemption used to secure a loan is equated with a hypothec. The seller is deemed to be a borrower, and the acquirer, a hypothecary creditor. The acquirer exercises his or her rights in accordance with the rules respecting hypothecs. Another example of this can be found in the law of bankruptcy and insolvency. In amendments made to the *Bankruptcy and Insolvency Act's* definition of "secured creditor" by the *Federal Law — Civil Law Harmonization Act, No. 1*, S.C. 2001, c. 4, Parliament equated the rights of a seller under a conditional or instalment sale, or of an acquirer under a sale with a right of redemption, with the rights of a secured creditor (ss. 25 and 28). Thus, as a result of this Act, the rights in question are subject to the publication requirement. The right of ownership accordingly becomes a debt relationship protected by a security that must be published.

31

In the case of a long-term lease, nothing in the *Civil Code of Québec* or the *Bankruptcy and Insolvency Act* alters the nature of the lessor's right of ownership in the leased property or the resulting rights in relation to the lessee. The lessor retains his or her status and rights of ownership in relation to the lessee. The lessee remains a holder by precarious title against whom the lessor may exercise, *inter alia*, the right to take back the property upon termination of the lease, upon rescission of the lease or in cases provided for in the contract or by law. It is now necessary to consider whether, in light of the status and duties attributed to the trustee following the initial bankruptcy event, the trustee can be regarded as a third person against whom the lessor of the motor vehicle may not set up his or her rights because of the failure to satisfy the publication requirement. This question once again raises the difficulties resulting from the ambiguities inherent in the trustee's status in the law of bankruptcy and insolvency and from the need to adapt federal insolvency law to

Certes, le législateur peut intervenir plus profondément dans les rapports juridiques des parties ou des intéressés, pour requalifier les droits établis par les contrats ou pour donner une portée plus radicale aux conséquences du défaut de publication. Un exemple d'une intervention législative de ce type se trouve à l'art. 1756 C.c.Q., sur les ventes à réméré. Dans cette disposition, le *Code civil du Québec* assimile la faculté de rachat destinée à garantir un prêt à une hypothèque. Le vendeur est ainsi réputé emprunteur et l'acquéreur, créancier hypothécaire. Celui-ci exerce ses droits en suivant les règles relatives aux hypothèques. On en trouve un autre exemple dans le droit de la faillite et de l'insolvabilité. Dans des modifications apportées à la définition du « créancier garanti » dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, édictées par la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, ch. 4, le Parlement fédéral a assimilé les droits d'un vendeur en vertu d'un contrat de vente conditionnelle ou à tempérament, ou d'un acquéreur à réméré, à ceux d'un créancier garanti (art. 25 et 28). Cette loi les assujettit ainsi à l'obligation de publication. Le droit de propriété devient alors un rapport de créance, protégé par une sûreté assujettie à une obligation de publication.

Dans le cas du bail à long terme, on ne retrouve rien dans le *Code civil du Québec* ni dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* qui modifie la nature du droit de propriété du locateur sur la chose louée et les droits qui en découlent vis-à-vis le locataire. Il conserve son statut et ses droits de propriétaire à l'égard du locataire. Celui-ci reste un détenteur à titre précaire, à l'égard duquel le bailleur peut exercer, entre autres, son droit de reprendre le bien à la fin du bail, lors de sa résiliation ou dans les cas prévus par le contrat ou par la loi. Il faut maintenant examiner si le statut et les fonctions attribuées au syndic à la suite de l'ouverture d'une faillite permettent de le considérer comme un tiers habilité à soulever l'inopposabilité des droits du locateur du véhicule automobile, en raison de la violation de l'obligation de publication. Cette question soulève encore une fois les difficultés causées par les ambiguïtés du statut du syndic en droit de la faillite et de l'insolvabilité et par la nécessité d'adapter le droit fédéral de l'insolvabilité à deux systèmes juridiques

two modern legal systems that differ in their methods, their terminology and, in some instances, their basic classifications.

#### F. *The Position of the Trustee in Bankruptcy*

Following the logic of its characterization of the lessor's rights, the Quebec Court of Appeal equated trustees in bankruptcy with third persons and allowed the trustee to retain the property and dispose of it for the benefit of the bankrupt's creditors on the basis that the lessor's rights could not be set up against the trustee. This conclusion is based on an oversimplification of the multifaceted role of the trustee and the dual nature of his or her status at the time of the initial bankruptcy event, as well as of the nature of the assignment to the trustee of the bankrupt's property and the seisin the trustee consequently has of the property.

The terminology used in the *Bankruptcy and Insolvency Act* could lead a legal professional trained in the civil law to conclude too hastily that the assignment of property resulting from the bankruptcy constitutes a transfer of ownership to a third person. Section 71(2) B.I.A. provides that the bankrupt's property "shall . . . pass to and vest in the trustee". It would as a result be easy to believe that this is a case of alienation of property that, in a bankruptcy situation, would put the trustee in the position of a third person.

The legal content of the trustee's function is not easily defined. I am aware that the assignee concept was employed in judgments on which the Quebec courts have based their decisions for some time now, including the decision of Bernier J., as he then was, in *Civano Construction Inc. v. Crédit M.-G. Inc.*, [1962] C.S. 45. (See also *Kowalski v. Trust Général du Canada*, [1976] C.A. 93; *Poliquin v. Banque de Montréal*, [1998] R.L. 560 (C.A.), at p. 566; see also the comments of professors J. Auger and A. Bohémier, "The Status of the Trustee in Bankruptcy" (2003), 37 *R.J.T.* 57.) Defining the precise nature of the seisin vested in the trustee has proven to be extremely difficult. Can it be regarded as a *sui generis* right of ownership, as fiduciary ownership or even as a case of administration of the property of others within the meaning of Title Seven

modernes, mais différents par leurs méthodes, leur vocabulaire et, parfois, leurs classifications fondamentales.

#### F. *La position du syndic de faillite*

Dans la logique de sa qualification des droits du locateur, la Cour d'appel du Québec a assimilé le syndic de faillite à un tiers et lui a permis de soulever une défense d'inopposabilité pour conserver le bien et en disposer au bénéfice des créanciers du débiteur. Cette conclusion repose sur une conception trop réductrice du rôle diversifié du syndic, de la dualité de ses statuts lors de l'ouverture de la faillite, ainsi que de la nature de la cession des biens du failli qui lui est faite et de la saisine qu'il en détient en conséquence.

Le vocabulaire utilisé par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* invite un juriste de formation civiliste à conclure trop vite et à voir dans la cession que provoque la mise en faillite un transfert de propriété à un tiers. Le paragraphe 71(2) L.F.I. prévoit en effet que les biens du failli « doivent [. . .] passer et être dévolus au syndic ». On croit ainsi aisément se trouver devant un concept d'aliénation qui, dans le contexte d'une faillite, placerait le syndic dans la position d'un tiers.

Le contenu juridique de la fonction du syndic ne se laisse pas définir aisément. Je reconnais que le concept de cessionnaire a été employé dans des jugements qui inspirent depuis longtemps la jurisprudence des cours du Québec, notamment celui du juge Bernier, alors de la Cour supérieure, dans l'affaire *Civano Construction Inc. c. Crédit M.-G. Inc.*, [1962] C.S. 45. (Voir aussi *Kowalski c. Trust Général du Canada*, [1976] C.A. 93; *Poliquin c. Banque de Montréal*, [1998] R.L. 560 (C.A.), p. 566; voir également les commentaires des professeurs J. Auger et A. Bohémier, « Le statut du syndic » (2003), 37 *R.J.T.* 59.) On éprouve beaucoup de difficulté à qualifier exactement la nature de cette saisine dévolue au syndic. Se définit-elle comme un droit de propriété *sui generis*, une propriété fiduciare, sinon un cas d'administration du bien d'autrui, au sens du

32

33

34



of Book Four of the *Civil Code of Québec*? (Auger and Bohémier, *supra*, at pp. 67 and 102-06)

titre septième du livre IV du *Code civil du Québec*? (Auger et Bohémier, *loc. cit.*, p. 69 et 102-107)

35

The strict concept of ownership accounts poorly for the nature of the trustee's duties and the rights a trustee exercises over the bankrupt's property following the initial bankruptcy event. The trustee's rights are exercised only in relation to a patrimony whose content is legally defined in s. 67 B.I.A. This patrimony consists of only the property that could be liquidated for the benefit of the creditors. The trustee exercises certain statutory rights over this property that are in part similar to the rights of an owner. The trustee may dispose of the property of which he or she has seisin, but for a specific purpose, namely to pay the claims of the bankrupt's creditors ratably following the order of priority provided for in the *Bankruptcy and Insolvency Act*. In any cases, which are actually quite rare, in which there is a surplus following liquidation, the trustee may not retain the surplus but must return it to the bankrupt. The attribution and exercise of such powers do not correspond perfectly to alienation, so much so that some authors have expressed very strong criticism of the use of the assignee concept to describe the function of the trustee in bankruptcy (M. Cantin Cumyn, *Traité de droit civil: L'administration du bien d'autrui* (2000), at pp. 110-12).

Le concept strict de propriété rend mal compte de la nature des fonctions du syndic et des droits qu'il exerce sur les biens à la suite de l'ouverture de la faillite. D'abord, ses droits ne s'exercent que par rapport à un patrimoine dont le contenu est défini légalement par l'art. 67 L.F.I. Il ne s'agit là que d'un ensemble de biens susceptibles de liquidation pour le bénéfice des créanciers. Sur ces biens, le syndic exerce des droits précisés par la loi, qui s'apparentent pour partie à ceux d'un propriétaire. En effet, il peut disposer des biens dont il a la saisine, mais pour une fin déterminée, c'est-à-dire acquitter les créances des créanciers du failli, au prorata, tout en respectant l'ordre des priorités reconnues par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Enfin, dans l'hypothèse assez rare d'un surplus de liquidation, le syndic ne peut conserver celui-ci, mais doit le remettre au failli. L'attribution et l'exercice de tels pouvoirs ne correspondent pas complètement à un acte d'aliénation, à tel point d'ailleurs qu'on a pu voir apparaître dans la doctrine de fort vives critiques de l'utilisation de ce concept de cessionnaire pour décrire la fonction du syndic de faillite (M. Cantin Cumyn, *Traité de droit civil: L'administration du bien d'autrui* (2000), p. 110-112).

36

At any rate, the use of the concept of *dévolution* (vesting) in the French version of s. 71(2) B.I.A. does not eliminate the distinction between the two aspects of the trustee's role following the initial bankruptcy event. In *Mercurie v. A. Marquette & Fils Inc.*, [1977] 1 S.C.R. 547, this Court clearly noted this distinction, which serves as a basis for characterizing the legal position of the trustee when exercising the powers and performing the obligations the law ascribes to trustees. Referring to the concept of representation to explain the trustee's twofold responsibility, de Grandpré J. stated that in his view the trustee is a representative of both the debtor and the creditors (p. 553). In order to liquidate the bankrupt's property as directed by the *Bankruptcy and Insolvency Act*, the trustee must take control of it. At this stage, the trustee is the bankrupt's successor or, in a broad sense, his or her representative. However, the trustee's juridical personality is not to be

De toute manière, le recours à la notion de *dévolution* dans la version française du par. 71(2) L.F.I. n'élimine pas la distinction entre les deux aspects du rôle du syndic, à la suite de l'ouverture d'une faillite. Dans l'arrêt *Mercurie c. A. Marquette & Fils Inc.*, [1977] 1 R.C.S. 547, notre Cour a clairement rappelé cette distinction, à partir de laquelle doit être qualifiée la position juridique du syndic dans l'exercice des pouvoirs que la loi lui accorde et l'exécution des obligations qu'elle lui impose. Faisant alors appel à la notion de représentation pour faire comprendre le double visage du rôle du syndic, le juge de Grandpré affirmait voir en lui à la fois le représentant du débiteur et celui des créanciers (p. 553). Pour liquider les biens du failli, comme le veut la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, le syndic doit en prendre le contrôle. À cette étape, il succède au failli ou, en un sens large, le représente. Toutefois, sa personnalité juridique ne se confond pas avec celle du

confused with that of the debtor. In fact, as de Grandpré J. noted, the law recognizes that the trustee has the right to sue the debtor if necessary (p. 553). This power illustrates the importance of the other aspect of the trustee's functions, that of representing the creditors in the management and liquidation of the bankrupt's property. The trustee's legal position is therefore more akin to that of a third person in relation to the debtor. On the one hand, the trustee is subrogated to the bankrupt's rights in the exercise of his or her powers to hold and dispose of property of which he or she has been granted seisin. On the other hand, the law treats the trustee as the creditors' legal mandatary who will liquidate the property entrusted to him or her for the creditors' benefit. The dual nature of the trustee's duties does not therefore make it possible to regard the trustee as a third person in relation to the bankrupt, given all the powers conferred upon the trustee by law in order to preserve and liquidate the debtor's property. The nature and legal characterization of the trustee's role will vary depending on the nature of the duties that the trustee's actions will entail.

When the trustee takes control or becomes seised of the universality of property defined in s. 67 B.I.A., his or her seisin is limited to the property in the debtor's patrimony. Apart from the special powers accorded by law to the trustee, as representative of the creditors, to restore the patrimony to be liquidated in its entirety, the trustee has no more rights with respect to the debtor's property than did the debtor, of whom the trustee remains the successor in this regard. This principle is well established in relation to the application of s. 67 B.I.A. It was laid down by Judson J. in *Flintoft v. Royal Bank of Canada*, [1964] S.C.R. 631, at p. 634. More recently, Iacobucci J. confirmed the validity of the principle in *Giffen*. In my view, the trustee has no greater interest in the property under his or her responsibility than that of the bankrupt, unless otherwise provided for by legislation (*Giffen*, at para. 50).

This being said, under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, and often under various provincial statutes, the trustee has special powers allowing him or her to restore the debtor's patrimony to its former state or to the state it should have been in, or to

débiteur. Ainsi que le souligne le juge de Grandpré, la loi lui reconnaît d'ailleurs le droit de poursuivre ce débiteur, le cas échéant (p. 553). Ce pouvoir témoigne de l'importance de l'autre aspect de ses fonctions, celui de la représentation des créanciers, pour la gestion et la liquidation des biens du failli. Sa situation juridique correspond alors davantage à celle d'un tiers par rapport au débiteur. D'une part, le syndic se trouve subrogé au failli dans l'exercice de ses pouvoirs de détention et de disposition des biens dont la saisine lui est attribuée. D'autre part, la loi fait de lui le mandataire légal des créanciers, qui liquidera à leur profit les biens qui lui ont été confiés. Le double aspect de ses fonctions ne permet donc pas de lui reconnaître le statut de tiers par rapport au failli, à l'égard de l'ensemble des pouvoirs que lui confère la loi pour préserver et liquider les biens du débiteur. La nature de son rôle et la qualification juridique de celui-ci varieront selon la nature des fonctions que ses interventions mettront en jeu.

Lors de la prise de contrôle ou saisine de l'universalité de biens définie par l'art. 67 L.F.I., le syndic n'est saisi que des biens qui se trouvaient dans le patrimoine du débiteur. Sous réserve des pouvoirs spéciaux que la loi lui accorde à titre de représentant des créanciers pour rétablir le patrimoine à liquider dans son intégrité, le syndic ne possède pas plus de droits à l'égard des biens que n'en possédait le débiteur, dont il demeure le continuateur à cet égard. Ce principe est bien établi dans l'application de l'art. 67 L.F.I. Dans l'arrêt *Flintoft c. Royal Bank of Canada*, [1964] R.C.S. 631, p. 634, le juge Judson avait rappelé cette règle. Plus récemment, le juge Iacobucci a confirmé la validité de ce principe dans l'arrêt *Giffen*. À mon avis, le syndic ne détient pas un intérêt supérieur à celui du failli sur les biens visés par son intervention, sauf disposition législative à l'effet contraire (*Giffen*, par. 50).

Toutefois, sous le régime de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et, souvent, en vertu de lois provinciales diverses, le syndic se voit confier des pouvoirs spéciaux qui lui permettent d'intervenir pour reconstruire le patrimoine du débiteur tel qu'il était

protect the estate of the bankrupt against rights unduly claimed or exercised against it. Such a situation may occur in cases where action must be taken to cancel preferential payments or improper transfers of the bankrupt's property or to contest a security that has been granted illegally or has not been perfected in accordance with the law.

39 However, these powers and the status they confer upon the trustee do not give the trustee the authority to liquidate property that was not in the bankrupt's patrimony, which is similar to the situation that has arisen in this appeal. The vehicles leased by the appellants were never part of the debtors' patrimonies. Since the lessors' rights cannot be considered simple claims guaranteed by real securities, the trustees, in refusing to deliver possession of the property, intended to dispose of property that was not included in their seisin.

40 At this stage of my analysis of these cases, I believe a few comments about *Giffen* are necessary. The Court of Appeal considered the principles in that case to be determinative in the case at bar. However, that interpretation gave *Giffen* a significance it did not in fact have, as the court failed to take into account the statutory context established by the provincial legislation of British Columbia, which defined the respective rights of a long-term lessor of a motor vehicle and the trustee in bankruptcy of the lessee. In *Giffen*, s. 20(b)(i) of the *Personal Property Security Act*, S.B.C. 1989, c. 36, provided that a lease in respect of an automobile was not effective against a trustee if the lease were not published as required by the *Personal Property Security Act*. Thus, the provincial legislation itself defined the nature of the respective rights of lessors and trustees. It allowed trustees to contest a lessor's claim and liquidate property for the benefit of creditors. As Iacobucci J. observed, s. 20(b)(i) of the *Personal Property Security Act* therefore gave the trustee an interest greater than that of the bankrupt, and this allowed the trustee to dispose of the property (para. 50). As has already been mentioned, the *Civil Code of Québec* does not provide for a similar consequence for failure to publish the rights arising

ou tel qu'il aurait dû être ou pour protéger l'actif de la faillite contre des droits indûment réclamés ou exercés à son endroit. Une telle situation se présente dans le cas des recours en annulation de paiements préférentiels ou de transferts irréguliers de biens du failli ou dans la contestation de sûretés illégalement accordées ou qui n'ont pas été parfaites conformément à la loi.

Cependant, l'existence de ces pouvoirs et la nature du statut qu'elle confère au syndic ne l'autorisent pas à liquider un bien qui ne se trouvait pas dans le patrimoine du failli. Dans le présent appel, une situation de cette nature s'est créée. Les véhicules loués par les appelantes n'ont jamais fait partie des patrimoines des débiteurs. Puisque les droits des locataires ne peuvent être considérés comme de simples droits de créance, garantis par des sûretés réelles, le syndic, en refusant de remettre les biens, prétendait disposer d'un bien que sa saisine n'incluait pas.

À cette étape de l'étude des dossiers, quelques commentaires apparaissent nécessaires à propos de l'arrêt *Giffen* dont la Cour d'appel estimait les principes déterminants en l'espèce. En l'interprétant ainsi, elle a donné à cet arrêt une portée qu'il n'avait pas, car elle a omis de prendre en compte le contexte législatif établi par la législation provinciale de la Colombie-Britannique, qui définissait les droits respectifs du locateur à long terme d'un véhicule automobile et du syndic à la faillite du locataire. En effet, dans l'affaire *Giffen*, la *Personal Property Security Act*, S.B.C. 1989, ch. 36, prévoyait au sous-al. 20b)(i) que le bail d'automobile non publié conformément aux exigences de la loi n'était pas opposable au syndic. La loi provinciale définissait elle-même alors la nature des droits respectifs du locateur et du syndic. Elle permettait à ce dernier de s'opposer à la revendication du bailleur et de liquider le bien pour le bénéfice des créanciers. Ainsi que le faisait observer le juge Iacobucci, le sous-al. 20b)(i) de la *Personal Property Security Act* conférait alors au syndic un intérêt supérieur à celui du failli, qui lui permettait de disposer du bien (par. 50). Comme on l'a vu plus haut, le *Code civil du Québec* n'a pas donné un effet semblable au défaut de publication des droits résultant du bail. Dans ce

out of a lease. In this context, *Giffen* did not justify the solution adopted by the Court of Appeal. On the contrary, *Giffen* confirmed the rules governing the composition of the bankrupt's patrimony. The appellants' claims should have been admitted. Their appeals therefore appear to be well founded.

#### G. *Costs*

The circumstances of these cases warrant a departure from the usual rules on the awarding of costs. In the appeal of GMAC, I would make no order as to costs, as the respondent did not participate in the appeal. In the appeal of DaimlerChrysler, it would be appropriate to award costs to the respondent on a solicitor-client basis. The appellant brought before this Court an issue of particular interest that it was more concerned about than the actual outcome of the case. The participation of the respondent and his counsel was helpful to the analysis of the issues raised by this case, and it would be unfair to make the respondent bear all the costs incurred in the general interest of the development of the law, which went beyond his narrow interest in the management of a relatively modest bankruptcy.

#### VI. Conclusion

For these reasons, I would allow the appeals and admit the appellants' claims. As the vehicle in *GMAC* has been sold, the appellant is entitled to the proceeds of the sale. The appeals should be allowed without costs in the case of *GMAC* and with costs to the respondent on a solicitor-client basis in the case of *DaimlerChrysler*.

*Appeals allowed.*

*Solicitors for the appellant DaimlerChrysler Services Canada Inc.: Fasken Martineau DuMoulin, Québec.*

*Solicitors for the appellant GMAC Leaseco Limited: Pothier Delisle, Sainte-Foy, Québec.*

*Solicitor for the respondent Jean-François Lebel: Martin P. Juras, Westmount, Québec.*

contexte, l'arrêt *Giffen* ne justifiait pas la solution retenue par la Cour d'appel. Au contraire, cet arrêt confirmait les règles établies au sujet de la composition du patrimoine du failli. La réclamation des appelantes aurait dû être admise. Leur appel paraît en conséquence bien fondé.

#### G. *Les dépens*

Les circonstances de ces affaires justifient une dérogation aux règles usuelles sur l'attribution de dépens. Dans le pourvoi de GMAC, je n'accorderais pas de dépens, l'intimée n'ayant pas participé à l'appel. Dans le pourvoi de DaimlerChrysler, il y aurait lieu d'accorder les dépens à l'intimé sur la base avocat-client. En effet, l'appelante a porté devant notre Cour une question d'intérêt qui la préoccupait davantage que le sort particulier de ce dossier. Par ailleurs, la participation de l'intimé et de ses avocats a été utile à l'examen des problèmes soulevés par cette affaire et il serait injuste de faire supporter à l'intimé la totalité des dépenses engagées dans l'intérêt général du développement du droit, au-delà de son intérêt restreint dans la gestion d'une faillite d'importance modeste.

#### VI. Conclusion

Pour ces motifs, j'accueillerais les pourvois et je ferais droit à la réclamation des appelantes. Puisque dans *GMAC*, la voiture a été vendue, l'appelante a droit au produit de la vente. Les pourvois devraient être accueillis sans dépens dans le dossier *GMAC* et avec dépens sur la base avocat-client en faveur de l'intimé dans le dossier *DaimlerChrysler*.

*Pourvois accueillis.*

*Procureurs de l'appelante Services DaimlerChrysler Canada Inc. : Fasken Martineau DuMoulin, Québec.*

*Procureurs de l'appelante GMAC Location Limitée : Pothier Delisle, Sainte-Foy, Québec.*

*Procureur de l'intimé Jean-François Lebel : Martin P. Juras, Westmount, Québec.*

41

42

**National Bank of Canada** *Appellant*

v.

**Samson Bélair Deloitte & Touche Inc.,**  
**Trustee** *Respondent*

**INDEXED AS: OUELLET (TRUSTEE OF)**

**Neutral citation: 2004 SCC 64.**

File No.: 29864.

2004: April 20; 2004: October 28.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Bankruptcy and insolvency — Instalment sale — Setting up of trustee's reservation of ownership — Failure to publish reservation within legislated time limit — Whether reservation of ownership not published within time limit provided for in art. 1745 C.C.Q. can be set up against trustee — Whether trustee can be considered third person for purposes of art. 1749 C.C.Q.*

In 1997, the debtor bought property from a dealer in instalment sales, and the dealer assigned its rights to the appellant bank. A few years later, the debtor made an assignment in bankruptcy and the respondent was appointed trustee in bankruptcy. The bank then sent the respondent a proof of claim for its reservation of ownership in respect of the property. The trustee disputed the claim because the bank had not published the reservation within the time limit provided for in art. 1745 C.C.Q. The Superior Court and Court of Appeal agreed with the trustee. They felt that the reservation could not be set up against the trustee because of the failure to publish it within the prescribed time limit.

*Held:* The appeal should be allowed.

Based on the law applicable to this case, the reservation of ownership could be set up against the trustee. According to art. 1745 C.C.Q., an instalment sale is a term sale by which the seller reserves ownership of the property until full payment of the sale price, and this reservation of ownership must be published to have effect against third persons. If it is not published or if it is published late, art. 1749 C.C.Q. provides that the seller (or transferee) may take the property back only if it is in the hands of the original buyer. The reservation of ownership

**Banque Nationale du Canada** *Appelante*

c.

**Samson Bélair Deloitte & Touche Inc.,**  
**Syndic** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : OUELLET (SYNDIC DE)**

**Référence neutre : 2004 CSC 64.**

N° du greffe : 29864.

2004 : 20 avril; 2004 : 28 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Faillite et insolvabilité — Vente à tempérament — Opposabilité de la réserve de propriété au syndic — Défaut de publication de la réserve dans les délais prévus par la loi — La réserve de propriété non publiée dans le délai prescrit à l'art. 1745 C.c.Q. est-elle opposable au syndic? — Le syndic peut-il être considéré comme un tiers pour l'application de l'art. 1749 C.c.Q.?*

En 1997, le débiteur achète des biens à tempérament d'un commerçant qui cède ses droits à la banque appelante. Quelques années plus tard, le débiteur fait cession de ses biens et l'intimée est nommée syndic à la faillite. La banque lui transmet alors une preuve de réclamation invoquant sa réserve de propriété à l'égard des biens. Le syndic conteste la réclamation puisque la banque n'a pas publié la réserve dans le délai prévu à l'art. 1745 C.c.Q. La Cour supérieure et la Cour d'appel donnent raison au syndic. Elles estiment que le défaut de publication de la réserve dans le délai imparti la rend inopposable au syndic.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli.

Dans l'état du droit applicable au litige, la réserve de propriété était opposable au syndic. Selon l'art. 1745 C.c.Q., la vente à tempérament est une vente à terme, par laquelle le vendeur se réserve le droit de propriété du bien jusqu'au paiement total du prix de vente et cette réserve de propriété doit être publiée pour être opposable aux tiers. En cas de défaut de publication ou de publication tardive, l'art. 1749 C.c.Q. prévoit que le vendeur (ou le cessionnaire) ne peut reprendre le bien qu'entre les mains de l'acheteur immédiat. La réserve de propriété ne doit

must not be equated with a security within the meaning of the *Civil Code of Québec*. The legal relationship between the original buyer and the seller must be interpreted as one of ownership. In this context, the rules regarding the scope of the trustee's seisin are relevant. Since a failure to publish does not have the effect of conveying ownership to the original buyer, the property sold does not become part of his or her patrimony. Upon bankruptcy, the trustee is vested with only the rights the bankrupt had in the property. He or she cannot be considered a third person acquirer for the purposes of art. 1749 C.C.Q. and cannot contest the claim of the seller, who still holds the right of ownership in the property.

#### Cases Cited

**Referred to:** *Lefebvre (Trustee of)*, [2004] 3 S.C.R. 326, 2004 SCC 63, rev'g [2003] R.J.Q. 819, 229 D.L.R. (4th) 697, and [2003] Q.J. No. 2305 (QL); *Giffen (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 91; *Venne v. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 S.C.R. 880.

#### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Civil Code and other legislative provisions as regards the publication of personal and movable real rights and the constitution of movable hypothecs without delivery*, S.Q. 1998, c. 5, s. 2.  
*Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 81.  
*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1745, 1749, 2941.  
*Federal Law — Civil Law Harmonization Act, No. 1*, S.C. 2001, c. 4, ss. 25 to 28.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2003] R.J.Q. 1434, [2003] Q.J. No. 5544 (QL), affirming a decision of the Superior Court, [2002] Q.J. No. 410 (QL). Appeal allowed.

*Reynald Auger and Lucien Godbout*, for the appellants.

*Alain Vachon and André J. Brochet*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL J. —

#### I. Introduction

In this appeal, the Court must decide whether a reservation of ownership in respect of an

pas être assimilée à une sûreté au sens du *Code civil du Québec*. La relation juridique entre l'acheteur immédiat et le vendeur doit s'analyser comme un rapport de propriété. Dans ce contexte, les règles relatives à l'étendue de la saisine du syndic sont pertinentes. Puisque le défaut de publication n'a pas d'effet translatif de propriété en faveur de l'acheteur immédiat, les biens vendus ne sont pas passés dans son patrimoine. Le syndic, lors de la faillite, n'est investi que des droits que possédait le failli sur ses biens. Il ne peut être considéré comme un tiers acquéreur pour l'application de l'art. 1749 C.c.Q. et il ne saurait s'opposer à la revendication du vendeur, toujours titulaire du droit de propriété sur ces biens.

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Lefebvre (Syndic de)*, [2004] 3 R.C.S. 326, 2004 CSC 63, inf. [2003] R.J.Q. 819 et [2003] J.Q. n° 2305 (QL); *Giffen (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 91; *Venne c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 880.

#### Lois et règlements cités

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1745, 1749, 2941.  
*Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, ch. 4, art. 25 à 28.  
*Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité des droits personnels et réels mobiliers et à la constitution d'hypothèques mobilières sans dépossession*, L.Q. 1998, ch. 5, art. 2.  
*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 81.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2003] R.J.Q. 1434, [2003] J.Q. n° 5544 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [2002] J.Q. n° 410 (QL). Pourvoi accueilli.

*Reynald Auger et Lucien Godbout*, pour l'appellante.

*Alain Vachon et André J. Brochet*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

#### I. Introduction

Dans le présent pourvoi, notre Cour doit décider si la réserve de propriété d'un véhicule

automobile and a mobile home sold in instalment sales can be set up against the buyer's trustee in bankruptcy when the seller has failed to publish his or her rights in a timely manner in the register of personal and movable real rights ("RPMRR") as required under the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("C.C.Q."). The case at bar was heard at the same time as two others that raise a similar issue, namely whether a lessor's right of ownership under a long-term lease of an automobile can be set up against the lessee's trustee in bankruptcy (*Lefebvre (Trustee of)*; *Tremblay (Trustee of)*, [2004] 3 S.C.R. 326, 2004 SCC 63 (hereinafter "*DaimlerChrysler*" and "*GMAC*"). A separate judgment is being filed today in those cases.

2

In the case at bar, the Quebec Superior Court and Court of Appeal both ruled that the reservation of ownership relied on by the appellant could not be set up against the trustee because it was not published within the time limit provided for in the *Civil Code of Québec*. For the reasons that follow, I find that the reservation of ownership could in fact be set up against the trustee. In the context of the facts relevant to this appeal, the trustee did not have the status of a third person for the purposes of the *Civil Code of Québec*. Consequently, I would allow the appeal and admit the claim of the appellant, the National Bank of Canada ("Bank").

## II. Origin of the Case

3

On August 25, 1997, Stéphane Ouellet bought a mobile home, and on April 8, 1998, he purchased a Chevrolet Silverado. He bought this property from a dealer in instalment sales, and the dealer assigned its rights to the Bank on the day the contracts were signed. The reservation of ownership and the assignment thereof were not published in the RPMRR until February 28, 2001.

4

In the meantime, on December 1, 2000, Mr. Ouellet made an assignment under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 ("B.I.A."). The respondent was appointed trustee in bankruptcy. On February 1, 2001, the appellant sent the respondent a proof of claim for its reservation of ownership in respect of the property and requested that it be put in possession of the property pursuant to s. 81

automobile et d'une maison mobile vendus à tempérament est opposable au syndic à la faillite de l'acquéreur, dans un cas où le vendeur n'a pas publié ses droits en temps utile au registre des droits personnels et réels mobiliers (« RDPRM »), comme l'exige le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »). La présente affaire a été entendue en même temps que deux autres soulevant des problèmes analogues d'opposabilité du droit de propriété du locateur à long terme d'une automobile (*Lefebvre (Syndic de)*; *Tremblay (Syndic de)*, [2004] 3 R.C.S. 326, 2004 CSC 63 (ci-après « *DaimlerChrysler* » et « *GMAC* »)). Un jugement distinct est déposé ce même jour dans ces dossiers.

Dans la présente cause, la Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec ont décidé qu'en raison du défaut de publication dans les délais prévus par le *Code civil du Québec*, la réserve de propriété invoquée par l'appelante était inopposable au syndic. Pour les motifs qui suivent, je conclus que la réserve de propriété était opposable au syndic. En effet, ce dernier ne jouissait pas de la qualité de tiers pour l'application des dispositions du *Code civil du Québec*, dans le cadre des faits pertinents à l'appel. En conséquence, j'accueillerais le pourvoi et je ferais droit à la revendication de l'appelante, la Banque Nationale du Canada (« Banque »).

## II. L'origine du litige

Le 25 août 1997, Stéphane Ouellet achète une maison mobile. Le 8 avril 1998, il se porte acquéreur d'un véhicule Chevrolet Silverado. Il achète ces biens à tempérament d'un commerçant, qui cède ses droits à la Banque le jour même de la conclusion des contrats. La réserve de propriété et sa cession ne sont publiées au RDPRM que le 28 février 2001.

Entre-temps, le 1<sup>er</sup> décembre 2000, M. Ouellet fait cession de ses biens en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« L.F.I. »). L'intimée est nommée syndic à la faillite. Le 1<sup>er</sup> février 2001, l'appelante lui transmet une preuve de réclamation invoquant sa réserve de propriété à l'égard des biens et demandant à en être mise en possession, en vertu de l'art. 81 L.F.I.

B.I.A. On February 8, 2001, the trustee gave notice that it disputed the claim because the Bank had not published the reservations of ownership, which consequently had no effect against the trustee. On February 23, 2001, the Bank brought a motion for appeal in the Superior Court against the notice of dispute.

### III. Judicial History

#### A. *Superior Court*

Barakett J. dismissed the Bank's motion: [2002] Q.J. No. 410 (QL). He pointed out that a reservation of ownership in the context of an instalment sale must be published in the RPMRR. In his view, a reservation of ownership must be regarded as a security. Based on what he understood to be the principles laid down in *Giffen (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 91, he held that, as the reservation of ownership had not been published within the legislated time limit, it had no effect against the buyer's trustee in bankruptcy. In his opinion, this conclusion also applied to the buyer's ordinary creditors.

#### B. *Court of Appeal (Rousseau-Houle, Rochette and Morin J.J.A.)*

The Bank appealed to the Court of Appeal, which unanimously affirmed the trial judgment: [2003] R.J.Q. 1434. The court relied on its own consistent case law, including the judgments rendered on March 19, 2003, in *Lefebvre (Syndic de)*, [2003] R.J.Q. 819, 229 D.L.R. (4th) 697, and *Tremblay (Syndic de)*, [2003] Q.J. No. 2305 (QL), which were subsequently appealed to this Court. The Court of Appeal expressed the opinion, based on its case law, that a reservation of ownership in respect of the sale of a road vehicle is in the nature of a security and must be published as required by law. Failing this, it cannot be set up against a trustee, who is a third person for the purposes of art. 1749 C.C.Q. and may therefore rely on the failure to publish.

### IV. Relevant Legislative Provisions

*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64

**1745.** An instalment sale is a term sale by which the seller reserves ownership of the property until full payment of the sale price.

Le 8 février 2001, le syndic donne avis qu'il conteste la réclamation, parce que la Banque n'a pas publié sa réserve de propriété et, qu'en conséquence, celle-ci ne lui est pas opposable. Le 23 février 2001, la Banque présente devant la Cour supérieure une requête en appel de cet avis de contestation.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour supérieure*

Le juge Barakett rejette la requête de la Banque : [2002] J.Q. n° 410 (QL). Il souligne que la réserve de propriété prévue dans une vente à tempérament est assujettie à la publication au RDPRM. À son avis, elle doit être considérée comme une sûreté. Invoquant les principes posés selon lui dans l'arrêt *Giffen (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 91, il conclut que le défaut de publication dans le délai imparti par la loi rend cette réserve inopposable au syndic à la faillite de l'acquéreur, comme d'ailleurs, selon lui, aux créanciers ordinaires de l'acquéreur.

#### B. *Cour d'appel (les juges Rousseau-Houle, Rochette et Morin)*

Saisie d'un pourvoi de la Banque, la Cour d'appel, à l'unanimité, confirme le jugement de première instance : [2003] R.J.Q. 1434. Elle s'appuie sur sa jurisprudence constante, y compris les jugements rendus le 19 mars 2003 dans les affaires *Lefebvre (Syndic de)*, [2003] R.J.Q. 819, et *Tremblay (Syndic de)*, [2003] J.Q. n° 2305 (QL), qui ont été portées subséquentement devant notre Cour. De l'avis de la Cour d'appel, fondé sur sa jurisprudence, la réserve de propriété du véhicule routier vendu a le caractère d'une sûreté. Elle doit être publiée conformément à la loi. À défaut, elle devient inopposable au syndic, qui se trouve dans la position d'un tiers pour l'application de l'art. 1749 C.c.Q. et qui peut ainsi soulever l'absence de publication.

### IV. Dispositions législatives pertinentes

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64

**1745.** La vente à tempérament est une vente à terme par laquelle le vendeur se réserve la propriété du bien jusqu'au paiement total du prix de vente.

5

6

7



A reservation of ownership in respect of a road vehicle or other movable property determined by regulation, or in respect of any movable property acquired for the service or operation of an enterprise, has effect against third persons only if it has been published; effect against third persons operates from the date of the sale provided the reservation of ownership is published within fifteen days. As well, the transfer of such a reservation has effect against third persons only if it has been published.

**1749.** A seller or transferee who, upon the default of the buyer, elects to take back the property sold is governed by the rules regarding the exercise of hypothecary rights set out in the Book on Prior Claims and Hypothecs; however, in the case of a consumer contract, only the rules contained in the Consumer Protection Act are applicable to the exercise by the seller or transferee of the right of repossession.

If the reservation of ownership required publication but was not published, the seller or transferee may take the property back only if it is in the hands of the original buyer; the seller or transferee takes the property back in its existing condition and subject to the rights and charges with which the buyer may have encumbered it.

If the reservation of ownership required publication but was published late, the seller or transferee may likewise take the property back only if it is in the hands of the original buyer, unless the reservation was published before the sale of the property by the original buyer, in which case the seller or transferee may also take the property back if it is in the hands of a subsequent acquirer; in all cases, the seller or transferee takes the property back in its existing condition, but subject only to such rights and charges with which the original buyer may have encumbered it at the time of the publication of the reservation of ownership and which had already been published.

**2941.** Publication of rights allows them to be set up against third persons, establishes their rank and, where the law so provides, gives them effect.

Rights produce their effects between the parties even before publication, unless the law expressly provides otherwise.

## V. Analysis

### A. *Issues*

This appeal, like the appeals considered in *GMAC* and *DaimlerChrysler*, raises the issue of the interplay between the rights of the owner of property and the rights of the trustee in bankruptcy of the user of the property. However, this appeal presents

La réserve de propriété d'un véhicule routier ou d'un autre bien meuble déterminés par règlement, de même que celle de tout bien meuble acquis pour le service ou l'exploitation d'une entreprise, n'est opposable aux tiers que si elle est publiée; cette opposabilité est acquise à compter de la vente si la réserve est publiée dans les quinze jours. La cession d'une telle réserve n'est également opposable aux tiers que si elle est publiée.

**1749.** Le vendeur ou le cessionnaire qui, en cas de défaut de l'acheteur, choisit de reprendre le bien vendu est assujéti aux règles relatives à l'exercice des droits hypothécaires énoncées au livre Des priorités et des hypothèques; toutefois, en cas de contrat de consommation, seules les règles de la Loi sur la protection du consommateur sont applicables à l'exercice du droit de reprise du vendeur ou cessionnaire.

Si la réserve de propriété devait être publiée mais ne l'a pas été, le vendeur ou cessionnaire ne peut reprendre le bien vendu qu'entre les mains de l'acheteur immédiat du bien; il reprend alors le bien dans l'état où il se trouve et sujet aux droits et charges dont l'acheteur a pu le grever.

Si la réserve de propriété devait être publiée mais ne l'a été que tardivement, le vendeur ou cessionnaire ne peut, de même, reprendre le bien vendu qu'entre les mains de l'acheteur immédiat du bien, à moins que la réserve n'ait été publiée antérieurement à la vente du bien par cet acheteur, auquel cas il peut aussi le reprendre entre les mains de tout acquéreur subséquent; dans tous les cas, le vendeur ou cessionnaire reprend le bien dans l'état où il se trouve, mais sujet aux seuls droits et charges dont l'acheteur avait pu le grever au moment de la publication de la réserve et qui avaient alors été publiés.

**2941.** La publicité des droits les rend opposables aux tiers, établit leur rang et, lorsque la loi le prévoit, leur donne effet.

Entre les parties, les droits produisent leurs effets, encore qu'ils ne soient pas publiés, sauf disposition expresse de la loi.

## V. Analyse

### A. *Les questions en litige*

L'appel, comme ceux qui ont été examinés dans les affaires *GMAC* et *DaimlerChrysler*, soulève le problème de l'interaction entre les droits du propriétaire d'un bien et ceux du syndic à la faillite de son utilisateur. Toutefois, le présent pourvoi présente

the issue in a different context, as has already been mentioned. The dispute arises out of a contract for an instalment sale within the meaning of art. 1745 C.C.Q. It must therefore be determined whether the reservation of ownership in favour of the seller has effect against the buyer's trustee in bankruptcy even though the reservation was not published in the RPMRR within the legislated time limit.

In addressing this issue, I do not intend to go back over the distinction between the right of ownership and real security, the classification and definition of these concepts in the *Civil Code of Québec*, or the nature and effects of the publication of rights, or over the trustee's status and role and the scope of his or her seisin following a bankruptcy. On these topics, I refer the reader to the reasons for judgment in *GMAC* and *DaimlerChrysler*. In the instant case, it will suffice to review the aspects of the effect against third persons specific to the instalment sale and to the failure to publish the reservation of ownership provided for in the case at bar. In my opinion, by relying on its consistent line of authority, the Court of Appeal incorrectly equated the reservation of ownership with a security within the meaning of the *Civil Code of Québec* and treated the trustee as a third person for all purposes without giving adequate consideration to the complex nature of the trustee's role. As a result, the Court of Appeal found that a trustee was in the same position as a third person for the purposes of art. 1749 C.C.Q. and could argue that the reservation of ownership had no effect against it owing to the failure to publish. If the Court of Appeal had correctly characterized the rights arising out of the instalment sale and had accurately defined the trustee's position in relation to the bankrupt and hence the scope of the trustee's seisin, it would have recognized the appellant's right to claim the property to which its reservation of ownership applied.

#### B. *The Instalment Sale and the Reservation of Ownership*

The definition of an instalment sale has been debated often in Quebec civil law. In 1989, a decision of this Court settled the difficulties involved in defining the nature of such a contract. In

cette question dans un contexte différent, comme on l'a vu précédemment. En effet, le litige découle de la conclusion d'un contrat de vente à tempérament au sens de l'art. 1745 C.c.Q. Il faut donc examiner si la réserve de propriété stipulée en faveur du vendeur, mais qui n'a pas été publiée au RDPRM dans les délais prescrits par la loi, demeure opposable au syndic à la faillite de l'acquéreur.

Pour l'étude de cette question, je n'entends pas reprendre ici l'examen de la distinction entre le droit de propriété et les sûretés réelles, de la classification et de la définition de celles-ci dans le *Code civil du Québec*, de la nature et des effets de la publicité des droits, ni du statut, du rôle et de l'étendue de la saisine du syndic à la suite de l'ouverture d'une faillite. Je renvoie sur ces sujets aux motifs déposés dans les affaires *GMAC* et *DaimlerChrysler*. Il suffira maintenant d'étudier les aspects particuliers du problème d'opposabilité que posent le recours à la vente à tempérament et le défaut de publication de la réserve de propriété stipulée en l'espèce. À mon avis, en se basant sur sa jurisprudence constante, la Cour d'appel a assimilé à tort la réserve de propriété à une sûreté au sens du *Code civil du Québec* et a traité le syndic comme un tiers à toutes fins, sans tenir compte adéquatement de la complexité de son rôle. Pour ces raisons, elle a estimé que le syndic se trouvait placé dans la même position qu'un tiers, pour l'application de l'art. 1749 C.c.Q., et pouvait soulever l'inopposabilité résultant du défaut de publication. Si la Cour d'appel avait qualifié correctement les droits créés par la vente à tempérament et défini exactement la position du syndic par rapport au failli et, partant, l'étendue de sa saisine, elle aurait reconnu le droit de l'appelante de revendiquer les biens visés par sa réserve de propriété.

#### B. *La vente à tempérament et la réserve de propriété*

La définition de la vente à tempérament a soulevé nombre de controverses en droit civil québécois. En 1989, un arrêt de notre Cour a résolu les difficultés que posait l'identification de la nature de ce

*Venne v. Quebec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 S.C.R. 880, Beetz J. expressed the opinion that an instalment sale in respect of an immovable should be considered a term sale under which the transfer of ownership is suspended until the sale price is paid (pp. 900 and 902). Article 1745 C.C.Q. entrenched this analysis of this type of contract by defining the instalment sale as “. . . a term sale by which the seller reserves ownership of the property . . .”. Ownership of the property thus remains with the seller until the term is fulfilled. Since the transfer of ownership takes effect only at that time, the property continues to be part of the seller’s patrimony. The seller retains ownership rather than a mere security interest, according to the definition of an instalment sale contract adopted in art. 1745 C.C.Q.

11 Next comes the issue of the publication of rights. Since 1998, art. 1745 C.C.Q. has required that reservations of ownership be published in the RPMRR to have effect against third persons. This requirement was introduced into the *Civil Code of Québec* by s. 2 of the *Act to amend the Civil Code and other legislative provisions as regards the publication of personal and movable real rights and the constitution of movable hypothecs without delivery*, S.Q. 1998, c. 5. It is therefore necessary to consider the consequences of a failure to publish.

12 Article 1749 C.C.Q. attaches consequences to a failure to publish a reservation of ownership. In such cases, the seller may take the property back only if it is still in the hands of the original buyer, and subject to any charges with which it may have been encumbered in favour of a third person. In cases of late publication, repossession of the property is subject to any charges with which it may have been encumbered since the property was delivered to the buyer. In light of the facts of this appeal, it must now be determined whether the trustee should be considered a third person for the purposes of art. 1749 C.C.Q. and whether the trustee should be allowed to argue that the reservation had no effect against it because it had not been published at the time of the debtor’s bankruptcy.

contrat. Dans l’affaire *Venne c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 880, le juge Beetz a exprimé l’opinion qu’une vente à tempérament d’un immeuble devait être considérée comme une vente à terme où le transfert de propriété demeurerait suspendu jusqu’au paiement du prix de vente (p. 900 et 902). L’article 1745 C.c.Q. a retenu cette analyse de ce type de contrat en définissant la vente à tempérament comme « . . . une vente à terme par laquelle le vendeur se réserve la propriété du bien . . . ». La propriété du bien reste ainsi acquise au vendeur jusqu’à l’arrivée du terme prévu. Le transfert de propriété n’intervenant qu’à ce moment, le bien continue à faire partie du patrimoine du vendeur. Le vendeur conserve un droit de propriété et non une simple sûreté selon la définition du contrat de vente à tempérament qu’a adoptée l’art. 1745 C.c.Q.

Cependant, se pose alors le problème de la publicité des droits. En effet, depuis 1998, le même art. 1745 C.c.Q. exige désormais que la réserve de propriété soit publiée au RDPRM pour devenir opposable aux tiers. Cette obligation a été introduite au *Code civil du Québec* par l’art. 2 de la *Loi modifiant le Code civil et d’autres dispositions législatives relativement à la publicité des droits personnels et réels mobiliers et à la constitution d’hypothèques mobilières sans dépossession*, L.Q. 1998, ch. 5. Il faut donc examiner les conséquences d’un défaut de publication.

L’article 1749 C.c.Q. attache certaines conséquences au défaut de publication. En pareil cas, le vendeur ne peut reprendre le bien qu’entre les mains de l’acheteur immédiat, mais sujet aux charges dont il a pu être grevé en faveur de tiers. La publication tardive ne permet la revendication du bien qu’avec les charges qui ont pu être créées depuis la remise du bien à l’acquéreur. Dans la situation de fait qui est celle du présent pourvoi, il faut maintenant examiner si le syndic doit être considéré comme un tiers pour l’application de l’art. 1749 C.c.Q. et être admis à soulever l’inopposabilité de la réserve non publiée lors de la faillite du débiteur.

In considering this issue, we must avoid equating the reservation with a simple security interest. As has been noted above, art. 1745 of the *Civil Code of Québec* defines a reservation of ownership as a right of ownership. Article 1749 C.C.Q. recognizes the right to take the property back if it is still in the hands of the original buyer. Thus, despite the economic function of this type of contract in the automobile business, the legal relationship between the original buyer and the seller must always be interpreted as one of ownership in the legal sense and not as a security relationship.

In this context, the rules regarding the scope of the trustee's seisin, which I have discussed in the reasons for judgment in *GMAC* and *DaimlerChrysler*, remain relevant. A failure to publish does not have the effect of conveying ownership to the original buyer. The property sold does not become part of his or her patrimony. Upon bankruptcy, the trustee is vested with only the rights the bankrupt had in the property. In terms of this aspect of the trustee's role at the time of the bankruptcy, the trustee cannot be considered a third person acquirer and cannot contest the claim of the seller, who still holds the right of ownership in the property.

This is the conclusion that must be drawn from the law applicable to this case. However, it should be noted that amendments made to the *Bankruptcy and Insolvency Act* since the relevant time would have led to a different result had they been applicable to this case. The amendments made to this federal Act's definition of "secured creditor" by ss. 25 to 28 of the *Federal Law — Civil Law Harmonization Act, No. 1*, S.C. 2001, c. 4, equate a reservation of ownership in an instalment sale with a security for the trustee's purposes. In the context of a bankruptcy, this right now is of no effect against the trustee if it is not published.

For the purposes of this appeal, the reservation of ownership retains its full effect. Thus, as the *Civil Code of Québec* does not permit this right of ownership to be characterized as a security, *Giffen* does not apply and the Bank's claim should have been

En entreprenant l'étude de cette question, il faut se garder d'assimiler la réserve à une simple sûreté. Comme on l'a rappelé précédemment, les dispositions du *Code civil du Québec* définissent la réserve comme un droit de propriété à l'art. 1745 C.c.Q. L'article 1749 C.c.Q. reconnaît le droit de reprendre le bien entre les mains de l'acheteur immédiat. La relation juridique entre ce dernier et le vendeur s'analyse alors toujours comme un rapport de propriété au sens juridique et non comme un rapport de garantie, en dépit de la fonction économique de cette forme de contrat dans le commerce des véhicules automobiles.

Dans ce contexte, les règles relatives à l'éten due de la saisine du syndic, que j'ai examinées dans les motifs déposés dans les affaires *GMAC* et *DaimlerChrysler*, demeurent pertinentes. Le défaut de publication n'a pas d'effet translatif de propriété en faveur de l'acheteur immédiat. Les biens vendus ne sont pas passés dans son patrimoine. Lors de la faillite, le syndic n'est investi que des droits que possédait le failli sur ses biens. Dans cet aspect de son rôle au moment de la faillite, il ne peut être considéré comme un tiers acquéreur et ne saurait s'opposer à la revendication du vendeur, toujours titulaire du droit de propriété sur ces biens.

Cette conclusion s'impose dans l'état du droit applicable au litige. Depuis, cependant, il convient de noter que des modifications législatives apportées à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* auraient conduit à un résultat différent, si elles avaient été applicables à la présente affaire. En effet, les modifications apportées à la définition du « créancier garanti » dans cette loi fédérale par les art. 25 à 28 de la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, ch. 4, assimilent la réserve de propriété stipulée dans une vente à tempérament à une sûreté, à l'égard du syndic. Le défaut de publication de ce droit, dans le contexte d'une faillite, le rend désormais inopposable au syndic.

Dans le cadre du présent pourvoi, la réserve de propriété conserve tout son effet. Ainsi, comme les dispositions du *Code civil du Québec* ne permettaient pas de qualifier ce droit de propriété de sûreté, l'arrêt *Giffen* ne s'appliquait pas et la réclamation

13

14

15

16

admitted. The Bank's appeal was well founded in all respects.

C. *Costs*

17 As in *DaimlerChrysler*, the circumstances of this appeal justify awarding costs to the respondent on a solicitor-client basis even though the appeal is being allowed. The appellant wished to bring before this Court a broad issue relating to the law of security and insolvency that went far beyond the individual interests at stake in this case, especially for the trustee. The trustee, through its counsel, played a helpful role in the conduct of the appeal and the analysis of the problems it raised. It would accordingly be unfair to expect the respondent to bear the full burden of its participation in the case before this Court.

VI. Conclusion

18 For these reasons, I would allow the appeal so as to admit the appellant's claim to the property to which its reservation of ownership applied. However, I would award the respondent reasonable costs in this Court on a solicitor-client basis.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Langlois Kronström Desjardins, Lévis, Québec.*

*Solicitors for the respondent: Brochet Dussault Larochelle, Sainte-Foy, Québec.*

de la Banque aurait dû être admise. Le pourvoi de celle-ci était bien fondé à tous égards.

C. *Les dépens*

Comme dans l'affaire *DaimlerChrysler*, les circonstances du présent pourvoi justifient l'attribution de dépens à l'intimée, sur la base avocat-client, en dépit du succès de l'appel. En effet, l'appelante a voulu porter devant notre Cour un problème de portée générale en droit des sûretés et de l'insolvabilité qui dépassait largement les seuls intérêts particuliers en jeu dans ce dossier, notamment pour le syndic. Ce dernier, par ses avocats, a joué un rôle utile dans la conduite de l'appel et dans l'analyse des problèmes qu'il soulevait. En conséquence, il serait injuste de faire supporter à l'intimée toutes les conséquences de sa participation à cette affaire devant notre Cour.

VI. Conclusion

Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi, afin de faire droit à la réclamation de l'appelante sur les biens visés par sa réserve de propriété. J'accorderais toutefois à l'intimée des dépens raisonnables sur la base avocat-client devant notre Cour.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelante : Langlois Kronström Desjardins, Lévis, Québec.*

*Procureurs de l'intimée : Brochet Dussault Larochelle, Sainte-Foy, Québec.*

**Minister of Human Resources  
Development** *Appellant*

v.

**Betty Hodge** *Respondent*

and

**Attorney General of Quebec, Attorney  
General of Manitoba, Attorney General  
of British Columbia and Canadian AIDS  
Society** *Interveners*

**INDEXED AS: HODGE v. CANADA (MINISTER OF  
HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT)**

**Neutral citation: 2004 SCC 65.**

File No.: 29351.

2004: March 18; 2004: October 28.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci,\* Major,  
Bastarache, Binnie, Arbour,\* LeBel, Deschamps and  
Fish JJ.

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL**

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Marital status — Canada Pension Plan — Survivor's pension — Definition of "spouse" — Appropriate comparator group — Plan providing for survivor's benefit to be paid to common law spouse if cohabiting with contributor spouse at date of contributor's death and for one year prior to that date — No similar cohabitation restriction for married spouses — Whether correct comparator group "separated married spouses" or "divorced spouses" — Whether definition of "spouse" in Plan infringing right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Canada Pension Plan, R.S.C. 1985, c. C-8, s. 2(1) "spouse".*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Comparator groups — Criteria for identifying appropriate comparator group.*

\* Iacobucci and Arbour JJ. took no part in the judgment.

**Ministre du Développement des ressources  
humaines** *Appelant*

c.

**Betty Hodge** *Intimée*

et

**Procureur général du Québec, procureur  
général du Manitoba, procureur général de la  
Colombie-Britannique et Société canadienne  
du sida** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : HODGE c. CANADA (MINISTRE DU  
DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES)**

**Référence neutre : 2004 CSC 65.**

N° du greffe : 29351.

2004 : 18 mars; 2004 : 28 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges  
Iacobucci\*, Major, Bastarache, Binnie, Arbour\*, LeBel,  
Deschamps et Fish.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE**

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — État matrimonial — Régime de pensions du Canada — Pension de survivant — Définition de « conjoint » — Groupe de comparaison approprié — Régime prévoyant le versement d'une pension de survivant au conjoint de fait qui cohabitait avec le cotisant au moment du décès de celui-ci et ce, depuis au moins un an — Aucune exigence de cohabitation similaire pour les conjoints mariés — Le groupe de comparaison approprié est-il celui des « conjoints mariés qui se sont séparés » ou celui des « conjoints divorcés »? — La définition de « conjoint » dans le Régime porte-t-elle atteinte au droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Régime de pensions du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-8, art. 2(1) « conjoint ».*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Groupes de comparaison — Critères d'établissement du groupe de comparaison approprié.*

\* Les juges Iacobucci et Arbour n'ont pas pris part au jugement.

The respondent claimant seeks a survivor's pension under the *Canada Pension Plan* ("CPP"). She lived in a common law relationship with the deceased, a CPP contributor, between 1972 and February 1993, at which point, because of alleged verbal and physical abuse, she left. After a brief reconciliation failed, she ended the relationship in February 1994 finally and permanently. The contributor died five months later. The respondent's application for a survivor's pension under the CPP was denied because, at the time of the contributor's death, she was no longer a spouse. The definition of "spouse" in s. 2(1)(a)(ii) of the CPP requires a common law spouse, but not a married spouse, to have cohabited with the contributor at the date of death and for one year prior to that date. The respondent successfully appealed the denial of her application to a CPP Review Tribunal. The Tribunal held that the definition of "spouse" in s. 2(1)(a)(ii) breached the equality provisions in s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. On appeal by the Minister, the Pension Appeals Board set aside the Tribunal's decision. The Federal Court of Appeal allowed the respondent's application for judicial review, restored the Tribunal's decision, and declared the definition of "spouse" in s. 2(1)(a)(ii) to be of no force or effect insofar as it requires a non-married spouse to be cohabiting with the contributor at the time of the contributor's death to be eligible for a survivor's benefit.

*Held:* The appeal should be allowed. The respondent is not entitled to a survivor's pension.

At the time of the contributor's death, the respondent was not a separated common law spouse but a former common law spouse. Former spouses, whether married or common law, do not qualify for a survivor's pension under the relevant provisions of the CPP. Since former married spouses and former common law spouses are treated the same, there is no distinction based on marital status, and thus no discrimination.

The Federal Court of Appeal erred in concluding that a court is required to "adopt the comparator group chosen by the applicant unless it can be shown that there is a paucity of evidence or a failure to plead that comparator". While it is up to the claimant to make an initial choice of the person, group or groups with whom he or she wishes to be compared, the correctness of that choice is a matter of law for the court to determine. The appropriate comparator group in this case is "divorced spouses", not "separated married spouses" as suggested by the respondent.

L'intimée cherche à obtenir une pension de survivant en vertu du *Régime de pensions du Canada* (« RPC »). Elle avait vécu en union de fait avec le défunt, un cotisant au RPC, entre 1972 et février 1993. Puis, elle est partie à cause de la violence verbale et de la violence physique dont elle dit avoir été victime. Après l'échec d'une brève réconciliation, elle a mis fin à leur relation en février 1994 de façon définitive et permanente. Le cotisant décède cinq mois plus tard. La demande de pension de survivant présentée par l'intimée en vertu du RPC a été rejetée parce que, au moment du décès du cotisant, l'intimée n'avait plus qualité de conjoint. La définition de « conjoint » au sous-al. 2(1)a)(ii) du RPC exige que le conjoint de fait, mais non le conjoint marié, vive avec le cotisant avant le décès et ce, depuis au moins un an. L'intimée a interjeté appel, auprès d'un tribunal de révision RPC, de la décision de rejeter sa demande et a obtenu gain de cause. Celui-ci a statué que la définition de « conjoint » au sous-al. 2(1)a)(ii) va à l'encontre du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Sur appel interjeté par le ministre, la Commission d'appel des pensions a annulé la décision du tribunal de révision RPC. La Cour d'appel fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire de l'intimée, a rétabli la décision du tribunal et a déclaré inopérante la définition de « conjoint » au sous-al. 2(1)a)(ii) dans la mesure où elle exige que le conjoint non marié vive avec le cotisant au moment du décès de ce dernier pour être admissible à une pension de survivant.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli. L'intimée n'a pas droit à une pension de survivant.

Au moment du décès du cotisant, l'intimée n'était pas un conjoint de fait séparé, mais un ancien conjoint de fait. Les anciens conjoints, mariés ou de fait, ne sont pas admissibles à une pension de survivant en vertu des dispositions pertinentes du RPC. Étant donné que les anciens conjoints mariés et les anciens conjoints de fait sont traités de la même manière, il n'existe aucune distinction fondée sur l'état matrimonial, et donc aucune discrimination.

La Cour d'appel fédérale a fait erreur en concluant qu'un tribunal doit « adopte[r] le groupe de comparaison choisi par le demandeur, à moins que la rareté des éléments de preuve ou le défaut d'invoquer cet élément de comparaison ne puisse être démontré ». Bien qu'il soit loisible au demandeur de procéder à un premier choix de la personne, du groupe ou des groupes avec lesquels il désire être comparé, la justesse de ce choix est une question de droit qu'il appartient à la cour de trancher. Le groupe de comparaison approprié en l'espèce est celui des « conjoints divorcés » et non celui des « conjoints mariés qui se sont séparés » comme l'a proposé l'intimée.

Cohabitation is a constituent element of a common law relationship. This is to be contrasted with the situation of married spouses, whose legal relationship continues to exist and who still have legal obligations to each other despite a separation, and despite any subjective intention on their part to put a *de facto* end to the marriage. Beginning in February 1994, there was both physical separation and an intention on the respondent's part to make it permanent. The purpose of the survivor's pension is to deal with the financial dependency of a couple who at the date of death are in a relationship with mutual legal rights and obligations. Subject to whatever provision may be made in a statute, a common law relationship ends when either party regards it as being at an end and, by his or her conduct, has demonstrated in a convincing manner that this particular state of mind is a settled one. The respondent may have had a measure of financial dependence at the date of death of her former common law partner but she no longer had any legal relationship. While the legislature may extend the responsibility of common law spouses beyond the point where the relationship would end at common law to deal with matters such as economic dependence, Parliament has not done so in the CPP. On the contrary, the CPP defines the requisite common law relationship in terms of cohabitation. In the absence of any demonstration that this definition itself runs afoul of s. 15(1) of the *Charter*, it must be applied.

### Cases Cited

**Referred to:** *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28; *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2002] 4 S.C.R. 325, 2002 SCC 83; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *Trociuk v. British Columbia (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 835, 2003 SCC 34; *Lavoie v. Canada*, [2002] 1 S.C.R. 769, 2002 SCC 23; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Re Sanderson and Russell* (1979), 24 O.R. (2d) 429; *Arsenault v. Collier* (2001), 208 Nfld. & P.E.I.R. 117; *Tanouye v. Tanouye* (1993), 117 Sask. R. 196.

La cohabitation est un élément essentiel de l'union de fait. Il faut distinguer cette situation de celle des conjoints mariés, dont le rapport juridique continue d'exister et qui ont encore des obligations juridiques l'un envers l'autre malgré la séparation et malgré toute intention subjective de leur part de mettre un terme *de facto* à leur mariage. À compter de février 1994, on a pu observer une séparation physique ainsi qu'une intention de la part de l'intimée de rendre cette séparation permanente. La pension de survivant a pour objet de remédier à la dépendance financière de personnes qui, au moment du décès, entretiennent une relation comportant des droits et obligations juridiques mutuels. Sous réserve de toute disposition contenue dans une loi, l'union de fait prend fin lorsque l'une ou l'autre des parties la considère comme terminée et affiche un comportement qui démontre, de manière convaincante, que cet état d'esprit particulier a un caractère définitif. L'intimée était peut-être dans un certain état de dépendance financière au moment du décès de son ancien conjoint de fait, mais elle n'entretenait plus aucun rapport juridique. Le législateur pourrait, pour régler des questions comme la dépendance économique, prolonger la responsabilité des conjoints de fait au-delà du moment où, en common law, la relation prendrait fin, mais il ne l'a pas fait dans le RPC. Au contraire, le RPC définit l'union de fait requise comme étant la cohabitation. En l'absence d'éléments de preuve établissant que cette définition elle-même va à l'encontre du par. 15(1) de la *Charte*, elle doit s'appliquer.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28; *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, 2002 CSC 83; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 835, 2003 CSC 34; *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, 2002 CSC 23; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Re Sanderson and Russell* (1979), 24 O.R. (2d) 429; *Arsenault c. Collier* (2001), 208 Nfld. & P.E.I.R. 117; *Tanouye c. Tanouye* (1993), 117 Sask. R. 196.



**Statutes and Regulations Cited**

*Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, ss. 2(1) "spouse" [ad. c. 30 (2nd Supp.), s. 1(3)], 44(1)(d).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15(1).  
*Modernization of Benefits and Obligations Act*, S.C. 2000, c. 12, s. 42(1).

**Authors Cited**

Fodden, Simon R. *Family Law*. Toronto: Irwin Law, 1999.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2003] 1 F.C. 271, 214 D.L.R. (4th) 632, 291 N.R. 78, 96 C.R.R. (2d) 232, [2002] F.C.J. No. 900 (QL), 2002 FCA 243, reversing a decision of the Pension Appeals Board. Appeal allowed.

*Brian J. Saunders and Christopher Rupar*, for the appellant.

*Chantal Tie and Ian M. Aitken*, for the respondent.

Written submissions only by *Hugo Jean*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Holly D. Penner*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*Leah Greathead*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *R. Douglas Elliott, Patricia A. LeFebour and Megan B. McPhee*, for the intervener the Canadian AIDS Society.

The judgment of the Court was delivered by

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 15(1).  
*Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, L.C. 2000, ch. 12, art. 42(1).  
*Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, art. 2(1) « conjoint » [aj. ch. 30 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 1(3); abr. & rempl. ch. 1 (4<sup>e</sup> suppl.), art. 45, ann. III, art. 4], 44(1)(d).

**Doctrine citée**

Fodden, Simon R. *Family Law*. Toronto : Irwin Law, 1999.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [2003] 1 C.F. 271, 214 D.L.R. (4th) 632, 291 N.R. 78, 96 C.R.R. (2d) 232, [2002] A.C.F. n<sup>o</sup> 900 (QL), 2002 CAF 243, qui a infirmé une décision de la Commission d'appel des pensions. Pourvoi accueilli.

*Brian J. Saunders et Christopher Rupar*, pour l'appellant.

*Chantal Tie et Ian M. Aitken*, pour l'intimée.

Argumentation écrite seulement par *Hugo Jean*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Holly D. Penner*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*Leah Greathead*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *R. Douglas Elliott, Patricia A. LeFebour et Megan B. McPhee*, pour l'intervenante la Société canadienne du sida.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — La personne qui demande à bénéficier d'un traitement égal doit le faire en prenant comme référence d'autres personnes avec qui elle peut légitimement être comparée. La pertinence d'une allégation de discrimination fondée sur le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne peut être examinée que « par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée » : *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S.

1

BINNIE J. — A person asking for equal treatment necessarily does so by reference to other people with whom he or she can legitimately invite comparison. Claims of discrimination under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* can only be evaluated "by comparison with the condition of others in the social and political setting in which the question arises": *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 164. A s. 15(1) claim will likely fail unless it can be demonstrated

that the comparison, thus invited, is to a “comparator group” with whom the claimant shares the characteristics relevant to qualification for the benefit or burden in question apart from the personal characteristic that is said to be the ground of the wrongful discrimination.

In this case, the respondent claimant seeks a survivor’s pension under the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8 (“CPP”), by reason of the death of a man (a CPP contributor) with whom she formerly had a common law spousal relationship. She identifies herself as belonging to the class of “separated *common law* spouses”, who as a group are denied survivor’s pensions, and she invites comparison with the class of “separated *married* spouses”, who receive pensions. She says the denial of her pension is discrimination based on marital status. The preliminary question, however, is whether, having herself terminated the common law relationship some months before her former partner’s death, she is any longer a “spouse” at all. If she is not a “spouse” in any legal sense of the term, even using an extended “common law” definition, her invited comparison with “separated married spouses” cannot be accepted. A *former* married spouse is not entitled to a CPP pension either. Accordingly, unless the respondent can show some continuing spousal status (despite her act of termination prior to her partner’s death), her claim must fail on the basis that she does not meet the criteria for the survivor’s pension given to *wives* under the CPP. She does not contend that spousal pensions, as such, are discriminatory.

In my view, for reasons to be discussed, the Federal Court of Appeal erred in accepting the comparison invited by the respondent. The proper comparator for a “former common law spouse” is a “former married spouse”. As stated, former spouses, whether married or “common law”, do not qualify under the relevant provisions for a survivor’s

143, p. 164. Une allégation fondée sur le par. 15(1) sera vraisemblablement rejetée s’il ne peut être démontré que la comparaison recherchée est faite avec un « groupe de comparaison » dont le demandeur partage les caractéristiques pertinentes — sauf la caractéristique personnelle invoquée comme motif de discrimination illicite — pour ce qui est de l’admissibilité à l’avantage ou de l’imposition de l’obligation en question.

En l’espèce, la demanderesse intimée cherche à obtenir une pension de survivant en vertu du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8 (« RPC »), par suite du décès d’un homme (un cotisant au RPC) avec qui elle avait autrefois vécu en union de fait. Elle se dit appartenir à la catégorie des « conjoints *de fait* séparés », groupe qui se voit refuser des pensions de survivant, et demande que ce groupe soit comparé avec celui des « conjoints *mariés* qui se sont séparés », lesquels reçoivent des pensions. Elle fait valoir que le refus de lui verser une pension constitue de la discrimination fondée sur l’état matrimonial. Toutefois, il faut d’abord se demander si, après avoir elle-même mis fin à l’union de fait quelques mois avant le décès de son ancien conjoint, elle a encore la qualité de « conjoint ». Si elle n’est pas un « conjoint » au sens juridique, même au sens d’une définition large en common law, la comparaison avec les « conjoints mariés qui se sont séparés » qu’elle recherche ne peut être acceptée. Un *ancien* conjoint marié n’a pas droit à une pension du RPC non plus. Par conséquent, à moins que l’intimée puisse établir un prolongement de son statut de conjoint (malgré le fait qu’elle y a mis fin avant le décès de son conjoint), sa demande doit être rejetée au motif qu’elle ne remplit pas le critère d’admissibilité à la pension de survivant versée aux *conjoints* en vertu du RPC. Elle ne soutient pas que le versement de cette pension aux conjoints soit, en lui-même, discriminatoire.

Selon moi, pour les motifs exposés plus loin, la Cour d’appel fédérale a fait erreur en acceptant de se livrer à la comparaison proposée par l’intimée. L’élément de comparaison approprié pour un « ancien conjoint de fait » est un « ancien conjoint marié ». Comme je l’ai déjà dit, les anciens conjoints, mariés ou « de fait », ne sont pas admissibles

pension under the CPP. There is no distinction based on marital status, and thus no discrimination. I would therefore allow the appeal.

#### I. Facts

4 The respondent had lived in a common law relationship with the deceased contributor between 1972 and February 1993, at which point, because of his alleged verbal and physical abuse, she left. A brief reconciliation in early 1994 failed. She agrees that when she left for good in February 1994, she intended to and did end their relationship:

Q. And I further understand that you attempted a reconciliation with Mr. [Bickell] in January 1994.

A. Right.

Q. But then again you left in February '94 again because he was physically and verbally abusive and you feared for your safety?

A. Yes.

Q. And at that time, in February '94, in your mind, was your relationship totally broken down? You were leaving him finally and permanently?

A. Yes. [Emphasis added.]

5 While the abuse certainly contributed to her motive to end the relationship, there is no doubt that it was over.

6 Under the CPP only one survivor's pension is to be paid in respect of a given contributor. The CPP mandates that the pension be paid to the person who is in a spousal relationship with the contributor at the time of the contributor's death. (Thus, the claim of a separated married spouse may be displaced by that of a common law spouse who is cohabiting with the contributor at the time of the latter's death and had been doing so for the prior year.)

7 The deceased died in July 1994. At the time of his death he was bankrupt. The respondent, as well as the deceased, had contributed over the years to the CPP. From 1992 onwards, she was receiving CPP

à une pension de survivant en vertu des dispositions pertinentes du RPC. Il n'existe aucune distinction fondée sur l'état matrimonial, et donc aucune discrimination. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

#### I. Les faits

Entre 1972 et février 1993, l'intimée avait vécu en union de fait avec le cotisant décédé. Puis, elle est partie à cause de sa violence verbale et de sa violence physique dont elle se dit avoir été victime. Une brève tentative de réconciliation au début de 1994 a échoué. Elle convient que, lorsqu'elle est partie pour de bon en février 1994, elle entendait mettre fin à leur relation et que c'est effectivement ce qu'elle a fait :

[TRADUCTION]

Q. Et si je comprends bien, vous avez par ailleurs tenté de vous réconcilier avec M. [Bickell] en janvier 1994?

R. Oui.

Q. Mais vous l'avez de nouveau quitté en février 1994 parce qu'il était violent physiquement et verbalement et que vous craigniez pour votre sécurité?

R. Oui.

Q. Et à cette époque, en février 1994, votre union était-elle totalement rompue? Vous le quittez de façon définitive et permanente?

R. Oui. [Je souligne.]

Même si la violence a certes contribué à sa décision de mettre fin à la relation, il ne fait aucun doute que celle-ci était terminée.

Selon le RPC, une seule pension de survivant peut être versée à l'égard d'un cotisant donné. Le RPC exige qu'elle soit payée à la personne qui vivait avec le cotisant dans une relation conjugale au moment du décès de celui-ci. (Ainsi, la demande d'un conjoint marié qui s'est séparé du cotisant peut être supplantée par celle d'un conjoint de fait qui vivait avec le cotisant au moment du décès de ce dernier et ce, depuis au moins un an.)

Le cotisant est décédé en juillet 1994. Au moment de son décès, il était en faillite. L'intimée, comme le défunt, avait contribué au fil des ans au RPC. Depuis 1992, elle recevait à titre personnel une pension

disability benefits in her own right. On his death, she immediately applied under the CPP for both a survivor's pension and a division of unadjusted pensionable earnings. (Upon the breakdown of a marriage or common law relationship, the unadjusted pensionable earnings or pension credits accumulated during the period of cohabitation are added together and divided equally between the partners in respect of each year of cohabitation.) The pension application was denied (because she was no longer a spouse), while the application for the division of unadjusted pension earnings was granted (precisely *because* the former spousal relationship had come to an end). As a result of this division (or "credit split"), the respondent's disability and CPP retirement pensions were increased. The respondent appealed the denial of the survivor's pension to a CPP Review Tribunal.

## II. Relevant Statutory Provisions

*Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8

### 2. (1) . . .

"spouse", in relation to a contributor, means,

- (a) except in or in relation to section 55,
  - (i) if there is no person described in subparagraph (ii), a person who is married to the contributor at the relevant time, or
  - (ii) a person of the opposite sex who is cohabiting with the contributor in a conjugal relationship at the relevant time, having so cohabited with the contributor for a continuous period of at least one year, and
- (b) in or in relation to section 55, a person who is married to the contributor at the relevant time,

and, in the case of a contributor's death, the "relevant time", for greater certainty, means the time of the contributor's death.

It should be noted that this definition of "spouse" was repealed effective July 31, 2000 by s. 42(1) of the *Modernization of Benefits and Obligations Act*, S.C. 2000, c. 12, and the CPP was amended

d'invalidité du RPC. À la mort du cotisant, elle a immédiatement présenté, en vertu du RPC, une demande de pension de survivant et une demande de partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension. (Au moment de la rupture du mariage ou de l'union de fait, les gains non ajustés ouvrant droit à pension ou droits à pension accumulés durant la cohabitation sont additionnés et partagés de façon égale entre les conjoints pour chaque année de cohabitation.) La demande de pension a été rejetée (parce que l'intimée n'avait plus qualité de conjoint), alors que la demande de partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension a été accueillie (précisément *parce que* l'union de fait avait pris fin). Par suite de ce partage (ou « partage des crédits »), les pensions d'invalidité et de retraite du RPC de l'intimée se sont trouvées augmentées. L'intimée a interjeté appel, auprès d'un tribunal de révision RPC, de la décision de lui refuser la pension de survivant.

## II. Dispositions législatives pertinentes

*Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8

### 2 (1) . . .

« conjoint » À l'égard d'un cotisant, s'entend :

- a) sauf à l'article 55, de même qu'en ce qui s'y rattache :
  - (i) d'une personne qui est mariée au cotisant au moment considéré, dans les cas d'inexistence d'une personne décrite au sous-alinéa (ii),
  - (ii) d'une personne du sexe opposé qui, au moment considéré, vit avec le cotisant dans une situation assimilable à une union conjugale et a ainsi vécu avec celui-ci pendant une période continue d'au moins un an;
- b) à l'article 55, de même qu'en ce qui s'y rattache, d'une personne qui est mariée au cotisant au moment considéré.

Il est entendu que, dans les cas de décès d'un cotisant, « moment considéré » s'entend du moment du décès du cotisant.

Il convient de noter que cette définition de « conjoint » a été abrogée par le par. 42(1) de la *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, L.C. 2000, ch. 12, l'abrogation

to, amongst other things, delete the reference to a person “of the opposite sex”.

### III. Judicial History

#### A. *CPP Review Tribunal* (January 9, 1997)

10 The Tribunal held that the definition of “spouse” in s. 2(1) breached the equality provisions in s. 15 of the *Charter* because it excluded the respondent on the basis that she had not resided with her common law husband for the 12 months immediately prior to his death. Consequently, the Tribunal declared the offending parts of s. 2(1)(a)(ii) to be of no force or effect and allowed the appeal and awarded the survivor’s pension.

#### B. *Pension Appeals Board (Cameron J.A. and Killeen and Holmes JJ.)* (November 28, 2000)

11 The Board unanimously allowed the Minister’s appeal on the ground that the statutory residence requirement did not violate Ms. Hodge’s rights under s. 15 of the *Charter*. Writing for the majority, Killeen J. concluded that the residence requirement was a reasonable attempt by Parliament to accommodate common law spouses without permitting multiple claims by successive partners. The statutory scheme could not be said to demean the human dignity of persons in the position of the respondent, nor to cast doubt on their individual worth. Concurring in the result, Cameron J.A. held that Ms. Hodge was not entitled to the survivor’s pension because the common law relationship had ended by the time the contributor died.

#### C. *Federal Court of Appeal (Linden, Evans and Malone JJA.)* ([2003] 1 F.C. 271, 2002 FCA 243)

12 In unanimously allowing the respondent’s application for judicial review, the Court of Appeal set aside the Pension Appeals Board’s decision and restored the decision of the Tribunal. The court declared the impugned provision of no force or effect in so far as it violated the respondent’s right under

prenant effet le 31 juillet 2000, et que le RPC a été modifié, pour que notamment la mention de personne « du sexe opposé » soit supprimée.

### III. Historique des procédures judiciaires

#### A. *Tribunal de révision RPC* (9 janvier 1997)

Le tribunal de révision RPC a statué que la définition de « conjoint » au par. 2(1) va à l’encontre de l’art. 15 de la *Charte* garantissant les droits à l’égalité, parce qu’elle a pour effet d’exclure l’intimée au motif qu’elle n’habitait pas avec son conjoint de fait pendant les 12 mois précédant le décès de celui-ci. Il a donc déclaré inopérants les extraits fautifs du sous-al. 2(1)(a)(ii), a fait droit à l’appel et a accordé la pension de survivant.

#### B. *Commission d’appel des pensions (les juges Cameron, Killeen et Holmes)* (28 novembre 2000)

La commission, jugeant que l’exigence de cohabitation prévue par la loi ne portait pas atteinte aux droits de M<sup>me</sup> Hodge garantis par l’art. 15 de la *Charte*, a accueilli à l’unanimité l’appel du ministre. Au nom de la majorité, le juge Killeen a conclu que l’exigence de cohabitation constituait, de la part du législateur, une tentative raisonnable de répondre aux besoins des conjoints de fait sans ouvrir la porte aux demandes multiples provenant de conjoints successifs. On ne pouvait pas soutenir que le régime législatif bafouait la dignité humaine des personnes se trouvant dans la même situation que l’intimée, ni qu’il mettait en doute leur valeur individuelle. Souscrivant au résultat, le juge Cameron a conclu que M<sup>me</sup> Hodge n’avait pas droit à la pension de survivant car la relation de fait avait déjà pris fin au moment du décès du cotisant.

#### C. *Cour d’appel fédérale (les juges Linden, Evans et Malone)* ([2003] 1 C.F. 271, 2002 CAF 243)

Faisant droit, à l’unanimité, à la demande de contrôle judiciaire de l’intimée, la Cour d’appel a annulé la décision de la Commission d’appel des pensions et a rétabli la décision du tribunal de révision RPC. Elle a déclaré inopérante la disposition contestée dans la mesure où elle violait le droit garanti à

s. 15(1) of the *Charter* to be free from discrimination on the ground of marital status. She was entitled to the survivor's benefit that she would have received if she had been married to the contributor. The court went on to make a general declaration of invalidity, which declaration was suspended for a period of 12 months.

The court agreed with the respondent that the correct comparator group was that of married spouses living apart at the time of the contributor's death, rather than former married spouses whose marriages had ended by divorce.

#### IV. Constitutional Questions

On July 4, 2003, Gonthier J. stated the following constitutional questions:

1. Does the definition of "spouse" in s. 2(1) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

#### V. Analysis

The prevalence of common law relationships is part of our social reality, as the Court noted almost a decade ago in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, *per McLachlin J.*, as she then was, at para. 155:

Of late, legislators and jurists throughout our country have recognized that distinguishing between cohabiting couples on the basis of whether they are legally married or not fails to accord with current social values or realities.

The process of modernizing the statute books to reflect that social reality is well advanced. Nevertheless, the legislature is still free to target social programs to those who, as a matter of public policy, it wishes to benefit, provided such targeting is not done in a discriminatory manner: *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28, at para. 61; *Nova*

l'intimée par le par. 15(1) de la *Charte* de ne pas faire l'objet de discrimination fondée sur l'état matrimonial. L'intimée avait droit à la pension de survivant qu'elle aurait reçue si elle avait épousé le cotisant. La cour a ensuite fait une déclaration générale d'invalidité, dont l'application a été suspendue pour 12 mois.

La cour convient avec l'intimée que le groupe de comparaison approprié est celui constitué des conjoints mariés vivant séparément au moment du décès du cotisant, plutôt que celui des anciens conjoints mariés dont le mariage s'était soldé par un divorce.

#### IV. Questions constitutionnelles

Le 4 juillet 2003, le juge Gonthier a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

1. La définition de « conjoint » au par. 2(1) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, porte-t-elle atteinte aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable, prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

#### V. Analyse

Comme l'a fait observer la Cour il y a presque 10 ans dans *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), par. 155, la popularité de l'union de fait est devenue une réalité sociale :

Dernièrement, les législateurs et les juristes dans l'ensemble du pays ont reconnu que c'est ignorer les valeurs ou les réalités sociales de l'heure que d'établir entre les couples qui cohabitent une distinction fondée sur le fait qu'ils sont légalement mariés ou non.

Le processus de modernisation des recueils de lois de manière à ce qu'ils reflètent cette réalité sociale est bien avancé. Cependant, le législateur demeure toujours libre, dans la mesure où cela n'est pas fait de façon discriminatoire, de viser dans un programme social des personnes qu'il désire avantager pour des raisons d'intérêt public : *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de*

13

14

15

16

*Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2002] 4 S.C.R. 325, 2002 SCC 83, at para. 55.

17

The identification and function of the “comparator group” in applying s. 15(1) of the *Charter* was encapsulated by Iacobucci J. in *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37, at para. 62, as follows:

... there are three basic stages to establishing a breach of s. 15. Briefly, the Court must find (i) differential treatment, (ii) on the basis of an enumerated or analogous ground, (iii) which conflicts with the purpose of s. 15(1) and, thus, amounts to substantive discrimination. Each of these inquiries proceeds on the basis of a comparison with another relevant group or groups, and locating the relevant comparison groups requires an examination of the subject-matter of the law, program or activity and its effects, as well as a full appreciation of the context. [Emphasis added.]

It is worth repeating that the selection of the comparator group is not a threshold issue that, once decided, can be put aside. On the contrary, each step in the s. 15(1) analysis proceeds “on the basis of a comparison”. Indeed in many of the decided cases, the characteristics of the “comparator group” are only developed as the analysis proceeds, especially when considering the “contextual factors” relevant at the third stage, i.e., whether discrimination, as opposed to just a “distinction”, has been established. Thus, in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, the basis of the differential treatment (age) was identified at the outset (para. 1), but the discussion of age in the context of a survivor’s pension was greatly expanded and refined as the analysis proceeded (see, e.g., paras. 101 *et seq.*). In *Walsh*, too, the characteristics of marriage as a basis for the distinction drawn in the Nova Scotia *Matrimonial Property Act* were only developed at the third stage (e.g., at para. 43). In *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84, the principal discussion of the comparator group took place not at the outset but at the point where members of the Court considered whether age-based distinction amongst welfare recipients amounted to discrimination. (See the reasons of

*l’Immigration*), [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28, par. 61; *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, 2002 CSC 83, par. 55.

Dans *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37, par. 62, le juge Iacobucci résume ainsi l’établissement et le rôle du « groupe de comparaison » dans le cadre de l’application du par. 15(1) de la *Charte* :

... trois étapes fondamentales doivent être suivies pour déterminer s’il y a eu violation de l’art. 15. En résumé, le tribunal doit conclure (i) à l’existence d’une différence de traitement, (ii) fondée sur un motif énuméré ou analogue, (iii) qui contrevient à l’objet du par. 15(1) et, de ce fait, constitue de la discrimination réelle. À chacune de ces étapes, il y a comparaison avec un ou plusieurs autres groupes pertinents. Pour trouver les groupes de comparaison appropriés, il faut examiner l’objet et les effets des dispositions législatives, du programme ou de l’activité, en plus de tenir compte du contexte dans son ensemble. [Je souligne.]

Il convient de rappeler que le choix du groupe de comparaison ne constitue pas une question préliminaire qui, une fois tranchée, peut être écartée. Au contraire, à chaque étape de l’analyse fondée sur le par. 15(1), « il y a comparaison ». D’ailleurs, dans plusieurs décisions, les caractéristiques du « groupe de comparaison » ne sont définies qu’en cours d’analyse, surtout à la troisième étape, lorsque vient le temps d’examiner les « facteurs contextuels » pertinents, c’est-à-dire de déterminer si la discrimination, par opposition à une simple « distinction », a été établie. Ainsi, dans *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, le fondement de la différence de traitement (l’âge) a été établi dès le début (par. 1), mais l’examen du critère de l’âge dans le contexte d’une pension de survivant a été grandement élargi et approfondi en cours d’analyse (p. ex., par. 101 *et suiv.*). Dans *Walsh* également, les caractéristiques du mariage comme fondement de la distinction faite dans la *Matrimonial Property Act* de la Nouvelle-Écosse n’ont été définies qu’à la troisième étape (p. ex., par. 43). Dans *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84, la partie la plus importante de l’analyse relative au groupe de comparaison, plutôt que d’être effectuée au début, l’a été au moment où les juges de la Cour ont

McLachlin C.J., at paras. 39-42, and Bastarache J., at paras. 235-38.)

As is evident, a misidentification of the proper comparator group at the outset can doom the outcome of the whole s. 15(1) analysis. In fact, the seemingly straightforward selection of a comparator group has proven to be the Achilles' heel in a variety of recent cases, including *Granovsky, supra, Lovelace, supra*, and *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54. In other cases, the selection has sparked a good deal of judicial debate, as in *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, and *Gosselin, supra*. The correctness of the "comparator group" contended for by a claimant has thus been an important battleground in much of the s. 15(1) jurisprudence and, in my view, this issue is also at the forefront of the present appeal.

In this case, we are dealing with an equality rights claim for access to benefits under a legislative program, and with respect to the appropriate "comparator group", a number of questions must be addressed:

- a) the role of the court in determining the appropriate comparator group;
- b) the criteria for identifying the appropriate comparator group;
- c) a definition of the comparator group appropriate to the case before the court; and
- d) whether the claimant brings herself within the comparator group thus defined.

A. *The Role of the Court in Determining the Appropriate Comparator Group*

The outcome of a s. 15(1) claim cannot be skewed by a claimant attempting to associate himself or

examiné la question de savoir si la distinction fondée sur l'âge des bénéficiaires d'aide sociale constituait de la discrimination. (Voir les motifs de la juge en chef McLachlin, par. 39-42, et du juge Bastarache, par. 235-238.)

Évidemment, le fait de choisir un mauvais groupe de comparaison dès le début peut compromettre l'issue de l'ensemble de l'analyse fondée sur le par. 15(1). En fait, le choix en apparence simple d'un groupe de comparaison s'est révélé être le talon d'Achille de diverses décisions récentes, dont *Granovsky* et *Lovelace*, précitées, et *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54. Dans d'autres décisions, comme *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, et *Gosselin*, précitée, le choix du groupe de comparaison a donné lieu à de longs débats judiciaires. La question du caractère approprié du « groupe de comparaison » proposé par un demandeur a donc soulevé un litige important dans une bonne partie de la jurisprudence portant sur le par. 15(1), et cette question se trouve également, selon moi, au premier plan du présent pourvoi.

En l'espèce, nous avons affaire à une demande d'accès aux avantages offerts par un programme législatif fondée sur le droit à l'égalité et, en ce qui a trait au « groupe de comparaison » approprié, il faut examiner un certain nombre de questions :

- a) le rôle de la cour dans la détermination du groupe de comparaison approprié;
- b) les critères applicables à l'établissement du groupe de comparaison approprié;
- c) la définition du groupe de comparaison approprié pour l'affaire dont la cour est saisie;
- d) la question de savoir si la demanderesse appartient au groupe de comparaison ainsi défini.

A. *Le rôle de la cour dans la détermination du groupe de comparaison approprié*

Il ne faut pas que le résultat d'une allégation fondée sur le par. 15(1) soit faussé du fait que le

18

19

20



herself with a group whose relevant characteristics do not reflect the claimant's actual circumstances, or by targeting the benefits of a group whose relevant characteristics are simply not comparable. The role of the court in scrutinizing the claimant's choice of comparator group was addressed in *Law, supra*, at para. 58:

When identifying the relevant comparator, the natural starting point is to consider the claimant's view. It is the claimant who generally chooses the person, group, or groups with whom he or she wishes to be compared for the purpose of the discrimination inquiry, thus setting the parameters of the alleged differential treatment that he or she wishes to challenge. However, the claimant's characterization of the comparison may not always be sufficient. It may be that the differential treatment is not between the groups identified by the claimant, but rather between other groups. [Emphasis added.]

21 In my view, with respect, the Federal Court of Appeal erred in concluding that a court is required to "adopt the comparator group chosen by the applicant unless it can be shown that there is a paucity of evidence or a failure to plead that comparator" (para. 23). While it is up to the claimant to make an initial choice of "the person, group, or groups with whom he or she wishes to be compared" (emphasis added), the correctness of that choice is a matter of law for the court to determine: *Granovsky, supra*, at paras. 47, 52 and 64.

22 Where "the differential treatment is not between the groups identified by the claimant, but rather between other groups" (*Law, supra*, at para. 58), accordingly, it is the duty of the court to step in and measure the claim to equality rights in the proper context and against the proper standard.

#### B. *The Criteria for Identifying the Appropriate Comparator Group*

23 The appropriate comparator group is the one which mirrors the characteristics of the claimant (or claimant group) relevant to the benefit or advantage sought except that the statutory definition includes a personal characteristic that is offensive

demandeur tente de s'associer à un groupe dont les caractéristiques pertinentes ne reflètent pas sa situation réelle ou cherche à bénéficier des avantages d'un groupe dont les caractéristiques pertinentes ne peuvent se comparer aux siennes. Le rôle de la cour dans l'examen du choix d'un groupe de comparaison par le demandeur a été abordé dans *Law*, précité, par. 58 :

Le point de départ naturel lorsqu'il s'agit d'établir l'élément de comparaison pertinent consiste à tenir compte du point de vue du demandeur. C'est généralement le demandeur qui choisit la personne, le groupe ou les groupes avec lesquels il désire être comparé aux fins de l'analyse relative à la discrimination, déterminant ainsi les paramètres de la différence de traitement qu'il allègue et qu'il souhaite contester. Cependant, il se peut que la qualification de la comparaison par le demandeur ne soit pas suffisante. La différence de traitement peut ne pas s'effectuer entre les groupes cernés par le demandeur, mais plutôt entre d'autres groupes. [Je souligne.]

Je regrette de dire que la Cour d'appel fédérale a fait erreur en concluant qu'un tribunal doit « adopte[r] le groupe de comparaison choisi par le demandeur, à moins que la rareté des éléments de preuve ou le défaut d'invoquer cet élément de comparaison ne puisse être démontré » (par. 23). Bien qu'il soit loisible au demandeur de procéder à un premier choix « [de] la personne, [du] groupe ou [d]es groupes avec lesquels il désire être comparé » (je souligne), la justesse de ce choix est une question de droit qu'il appartient à la cour de trancher : *Granovsky*, précité, par. 47, 52 et 64.

Par conséquent, lorsque « [l]a différence de traitement [ne s'effectue pas] entre les groupes cernés par le demandeur, mais plutôt entre d'autres groupes » (*Law*, précité, par. 58), il est du devoir du tribunal d'intervenir et d'apprécier, dans son juste contexte et selon la norme appropriée, la demande fondée sur le droit à l'égalité.

#### B. *Les critères applicables à l'établissement du groupe de comparaison approprié*

Le groupe de comparaison approprié est celui qui reflète les caractéristiques du demandeur (ou du groupe demandeur) qui sont pertinentes quant au bénéfice ou à l'avantage recherché, sauf que la définition dans la loi prévoit une caractéristique

to the *Charter* or omits a personal characteristic in a way that is offensive to the *Charter*. An example of the former is the requirement that spouses be of the opposite sex; *M. v. H.*, *supra*. An example of the latter is the omission of sexual orientation from the Alberta *Individual's Rights Protection Act*; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493.

The usual starting point is an analysis of the legislation (or state conduct) that denied the benefit or imposed the unwanted burden. While we are dealing in this appeal with access to a government benefit, and the starting point is thus the *purpose* of the legislative provisions, a similar exercise is required where a claim is based on the *effect* of an impugned law or state action. Thus, in *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69, the terms of the powers given to customs officers to intercept incoming publications were neutral, but the appellant, a Vancouver bookstore, claimed that their shipments of books and magazines were targeted by customs officials in a discriminatory way because the store catered to gay and lesbian clients. It was clear that customs officials had systematically delayed and denied entry to lawful materials. Thus, the comparator group, defined by reference to the *effect* of the impugned conduct of customs officials, was "other individuals importing comparable publications of a heterosexual nature" (para. 120).

In either case, the universe of people potentially entitled to equal treatment in relation to the subject matter of the claim must be identified. I use the phrase "potentially entitled" because the legislative definition, being the subject matter of the equality rights challenge, is not the last word. Otherwise, a survivor's pension restricted to white protestant males could be defended on the ground that all surviving white protestant males were being treated equally. The objective of s. 15(1) is not just "formal"

personnelle qui contrevient à la *Charte* ou omet une caractéristique personnelle d'une manière qui contrevient à la *Charte*. Un exemple de la première situation est l'exigence que les conjoints soient de sexe opposé (*M. c. H.*, précité). Un exemple de la seconde situation est l'omission de l'orientation sexuelle dans l'*Individual's Rights Protection Act* de l'Alberta (*Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493).

Habituellement, il faut tout d'abord analyser la législation (ou la conduite de l'État) qui a donné lieu à la privation de l'avantage ou à l'imposition de l'obligation non désirée. S'il est vrai qu'en l'espèce nous avons affaire à une demande d'accès à un avantage offert par l'État et qu'il faut donc en premier lieu examiner l'*objet* des dispositions législatives, il faut se livrer au même exercice lorsque la demande est fondée sur l'*effet* d'une loi ou d'une action de l'État contestée. Ainsi, dans *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69, les modalités d'exercice des pouvoirs conférés aux agents des douanes pour l'interception des publications étaient neutres, mais selon l'appelante, une librairie de Vancouver, les fonctionnaires des douanes visaient de façon discriminatoire les envois de livres et de magazines qui lui étaient destinés, du fait que le magasin s'adressait à une clientèle gaie et lesbienne. Il était clair que les fonctionnaires des douanes avaient systématiquement retardé ou refusé l'entrée de matériel licite. Donc, le groupe de comparaison, défini en fonction de l'*effet* de la conduite des fonctionnaires des douanes reprochée, est celui constitué des « autres personnes important des publications comparables de nature hétérosexuelle » (par. 120).

Dans un cas comme dans l'autre, il faut définir l'univers des personnes susceptibles d'avoir droit à un traitement égal à l'égard de l'objet de la demande. J'emploie l'expression « susceptible d'avoir droit » parce que la définition législative, objet de la contestation fondée sur le droit à l'égalité, n'est pas décisive. Sinon, on pourrait plaider en faveur d'une pension de survivant destinée uniquement aux hommes protestants de race blanche en affirmant que tous les hommes protestants de race blanche survivants ont

equality but *substantive* equality (*Andrews, supra*, at p. 166).

26 Nevertheless, in a government benefits case, the initial focus is on what the legislature is attempting to accomplish. It is not open to the court to rewrite the terms of the legislative program except to the extent the benefit is being made available or the burden is being imposed on a discriminatory basis.

27 In *Lovelace, supra*, for example, some disappointed aboriginal claimants challenged the distribution of the profits from Casino Rama amongst the First Nations in Ontario. The claimants were non-status Indians who considered themselves discriminated against by a provincial government program favouring status Indians. However, the Court held that the Casino Rama fund, for legitimate public policy reasons, targeted aboriginal *communities*, not aboriginal *individuals*. It was not the Court's role to rewrite the policy objectives of a program that were not in themselves discriminatory (i.e., individual versus community). The program was aimed at supporting "a government-to-government relationship" (para. 74), and the potential universe of claimants was therefore limited to "band and non-band aboriginal *communities*" (para. 64 (emphasis added), *per* Iacobucci J.).

28 Similarly, in *Martin, supra*, chronic pain sufferers alleging discriminatory neglect by the Nova Scotia Workers' Compensation Board attempted to compare themselves to chronic pain sufferers whose injuries were not employment related. Such people were free to go to court to claim appropriate compensation for their chronic pain. However Gonthier J. held, at para. 72, that tort claimants could not constitute a proper comparator group. There was no proper alignment between the benefit sought and the ground of discrimination alleged. The asserted comparator group shared the personal characteristic on which the s. 15(1) claim was based (chronic pain disability), but the benefits under the *Workers' Compensation Act* were by definition not available to people who had suffered their injuries outside the

été traités de la même manière. Le paragraphe 15(1) vise non seulement une égalité « formelle », mais aussi une égalité *réelle* (*Andrews, précité*, p. 166).

Néanmoins, dans une affaire d'avantages offerts par l'État, il faut d'abord se demander ce que le législateur a voulu accomplir. Il n'appartient pas à la cour de redéfinir les modalités du programme législatif, sauf si l'avantage est accordé ou l'obligation imposée de façon discriminatoire.

Dans *Lovelace, précité*, par exemple, des demandeurs autochtones déçus ont contesté la distribution des recettes du Casino Rama aux Premières nations de l'Ontario. Les demandeurs étaient des Indiens non inscrits qui estimaient avoir fait l'objet de discrimination dans le cadre d'un programme provincial favorisant les Indiens inscrits. La Cour a toutefois statué que le fonds du Casino Rama, pour des raisons légitimes d'intérêt public, visait les *communautés* autochtones, et non les *personnes* autochtones. Il n'appartenait pas à la Cour de redéfinir les grands objectifs d'un programme qui n'étaient pas, en soi, discriminatoires (c.-à-d. individu contre communauté). Le programme visait à appuyer des « relations de gouvernement à gouvernement » (par. 74), et l'univers des demandeurs potentiels se limitait donc aux « *communautés* autochtones constituées en bandes et celles qui ne le sont pas » (par. 64 (italiques ajoutés), le juge Iacobucci).

De même, dans *Martin, précité*, des personnes souffrant de douleur chronique qui prétendaient avoir été victimes de discrimination de la part de la Workers' Compensation Board de la Nouvelle-Écosse ont tenté de se comparer avec les personnes souffrant de douleur chronique dont les lésions n'étaient pas liées au travail. Ces dernières pouvaient s'adresser aux tribunaux pour obtenir une indemnisation appropriée à l'égard de leur douleur chronique. Le juge Gonthier a toutefois conclu, au par. 72, que les personnes qui intentaient une action en responsabilité délictuelle ne pouvaient constituer un groupe de comparaison approprié. Il n'existait aucun lien véritable entre l'avantage recherché et le fondement de la discrimination invoqué. Le groupe de comparaison proposé possédait les

workplace in circumstances altogether outside the scope of the statutory compensation plan.

A more straightforward example is *Trociuk v. British Columbia (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 835, 2003 SCC 34, where the impugned legislation permitted mothers to “unacknowledge” fathers by excluding their particulars from the birth registration. This meant fathers could be prevented from participating in naming their children. The choice to unacknowledge was at the mother’s discretion. Fathers had no recourse. The relevant universe of potential claimants were biological parents. Mr. Trociuk claimed discrimination on the basis of sex, since his biological relationship to the child was equivalent to that of the mother in all relevant respects. His claim succeeded.

While *Walsh, supra*, was decided by the majority on the basis that the legislators’ use of marriage as a distinction was not discriminatory in the context of the *Matrimonial Property Act*, Gonthier J., concurring, took a different approach. In his view, “[t]he fundamental differences between common law and married couples make them inappropriate comparator groups in this respect” (para. 205). On that basis, in his view, the claimants had sought equality with a group with which, for relevant purposes, it did not share relevant characteristics having regard to the alleged ground of discrimination.

*Lavoie v. Canada*, [2002] 1 S.C.R. 769, 2002 SCC 23, dealt with a hiring preference in the federal public service for Canadian citizens. The relevant universe of potential claimants were applicants who were qualified for public service jobs. The distinction complained about was made between those who were Canadian citizens, and those who were

caractéristiques personnelles sur lesquelles reposait l’allégation fondée sur le par. 15(1) (incapacité due à la douleur chronique), mais les prestations prévues par la *Workers’ Compensation Act* ne pouvaient, par définition, être accordées à des personnes ayant subi leurs lésions en dehors du lieu de travail dans des circonstances totalement hors du champ d’application du régime de pension prévu par la loi.

On trouve un exemple plus simple dans *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 835, 2003 CSC 34, où la loi contestée permettait aux mères de « ne pas reconnaître » les pères en excluant de la déclaration de naissance les renseignements concernant l’identité de ceux-ci. Cela signifiait que les pères pouvaient être empêchés de participer au choix du nom de leurs enfants. Le choix de ne pas reconnaître le père était à la discrétion de la mère. Les pères ne disposaient d’aucun recours. L’univers des demandeurs potentiels approprié est celui composé des parents biologiques. M. Trociuk a allégué une discrimination fondée sur le sexe, étant donné que son lien biologique avec l’enfant était le même que celui de la mère à tout point de vue pertinent. Il a obtenu gain de cause.

Même si dans l’arrêt *Walsh*, précité, la majorité a fondé sa décision sur le fait que, dans le contexte de la *Matrimonial Property Act*, il n’est pas discriminatoire pour le législateur d’établir une distinction basée sur le mariage, le juge Gonthier, dans ses motifs concordants, a adopté un raisonnement différent. Selon lui, « [l]es différences fondamentales entre conjoints de fait et les couples mariés font qu’ils ne constituent pas des groupes de comparaison appropriés sur ce point » (par. 205). Les demandeurs avaient donc, à son avis, cherché à bénéficier du même traitement qu’un groupe dont ils ne partageaient pas, aux fins pertinentes, les caractéristiques pertinentes eu égard au motif de discrimination.

L’affaire *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, 2002 CSC 23, porte sur la préférence en matière d’embauche dans la fonction publique fédérale accordée aux citoyens canadiens. L’univers des demandeurs potentiels approprié est celui constitué des demandeurs ayant les qualités requises pour occuper un poste dans la fonction publique. La

29

30

31

otherwise qualified but were not Canadian citizens. Applying the proper comparator group, a majority of the Court found an infringement of s. 15(1), although the infringement was ultimately justified under s. 1.

32

Similarly, in *Granovsky*, the subject matter of the claim was a disability pension. The claimant was not eligible for two reasons: firstly, his disability was temporary rather than permanent; and secondly, he had not made the required CPP contributions. He contended that the proper comparator group consisted of able-bodied workers who were able to keep up their CPP contributions because they were *not* disabled. He was unable to do so because of his disability. The Court rejected his choice of comparator group because it ignored the basis of the benefit he was seeking, i.e., able-bodied workers are not within the universe of persons potentially eligible for a disability pension. If and when they did qualify, it would be because they were no longer able-bodied. In other words, the benefit sought by the claimant did not correspond with the personal characteristic of the comparator group that he asserted to be the basis of his s. 15(1) claim. The proper comparator group was the *permanently* disabled CPP contributors with whom Granovsky could not properly demand equal treatment.

33

If the claim to equality is to succeed, the ground has to be a personal characteristic enumerated or analogous to those listed in s. 15(1). This too is occasionally lost sight of. In *Martin*, the excluded chronic pain sufferers at one point attempted to compare themselves to another group of chronic pain sufferers who had suffered workplace injuries at an earlier date. The earlier group had obtained greater benefits under the *Workers' Compensation Act* than the later group of sufferers, but in the interim the benefit the earlier group had received had been terminated and the group grandfathered. Gonthier J. rejected the group of earlier sufferers as a relevant

distinction reprochée était faite entre ceux qui étaient citoyens canadiens et ceux qui étaient par ailleurs qualifiés sans être citoyens canadiens. Appliquant le groupe de comparaison approprié, la Cour a conclu, à la majorité, à une atteinte aux droits garantis par le par. 15(1), bien que celle-ci soit ultimement justifiée au titre de l'article premier.

De même, dans *Granovsky*, l'objet de la demande est une pension d'invalidité. Le demandeur n'était pas admissible pour deux raisons : premièrement, sa déficience était temporaire, au lieu d'être permanente; deuxièmement, il n'avait pas versé les cotisations au RPC requises. Il a soutenu que le groupe de comparaison approprié est celui constitué des travailleurs physiquement aptes qui avaient pu continuer à verser leurs cotisations au RPC parce qu'ils *ne* souffraient *pas* d'une déficience. Il n'avait pas pu le faire à cause de sa déficience. La Cour a rejeté son choix de groupe de comparaison parce qu'il ne tenait pas compte du fondement de l'avantage recherché, c'est-à-dire que les travailleurs physiquement aptes ne font pas partie de l'univers des personnes potentiellement admissibles à une pension d'invalidité. S'ils deviennent admissibles, le cas échéant, c'est parce qu'ils ne sont plus physiquement aptes. Autrement dit, l'avantage recherché par le demandeur ne correspond pas à la caractéristique personnelle du groupe de comparaison qu'il soutient être à la base de son allégation fondée sur le par. 15(1). Le groupe de comparaison approprié est celui des cotisants au RPC souffrant d'une déficience *permanente* avec lesquels Granovsky ne pouvait vraiment pas exiger d'être comparé.

Pour que la demande fondée sur le droit à l'égalité soit accueillie, le motif doit être une des caractéristiques personnelles énumérées au par. 15(1) ou une caractéristique analogue. Il arrive aussi que cet aspect soit perdu de vue. Dans *Martin*, les personnes souffrant de la douleur chronique exclue ont essayé, à un moment donné, de se comparer à un autre groupe de personnes souffrant de douleur chronique qui avaient subi des lésions professionnelles à une date antérieure. Les personnes faisant partie du second groupe avaient obtenu, en vertu de la *Workers' Compensation Act*, des prestations plus généreuses que celles auxquelles avaient droit les

comparator group because what differentiated them from the claimants was not the type of disability but simply the *date* of their respective workplace accidents, which was not a prohibited ground of discrimination.

In this respect, the facts in *Martin* and the facts in this case may usefully be compared with those in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203. In that case, the subject matter of the impugned legislation was the right to vote, which the legislature extended to band members (which included the claimants) but drew a distinction between band members living *off* the reserve (who were denied the vote) and band members living *on* the reserve (who received it). The claimants were able to demonstrate that in every way relevant to the benefit (the vote) they were comparable to those who were favoured by the legislation except that they lived off the reserve. Unlike one of the claimed comparisons in *Martin*, the claimants in *Corbiere* belonged to the proposed comparator group at the same time.

The claimants in *Corbiere* would have found themselves in the position of the respondent here if they had altogether ceased being members of the band prior to the vote being called.

In *Gosselin, supra*, McLachlin C.J. for the majority noted, at para. 28:

The Regulation at issue made a distinction on the basis of an enumerated ground, age. People under 30 were subject to a different welfare regime than people 30 and over.

Much of the claimant's argument in *Gosselin* was rejected because it put the focus on the disadvantages attaching to welfare recipients as a class rather than differentiating *within* that general class

personnes du premier groupe, mais entre-temps le versement des prestations au second groupe avait cessé et on avait préservé le statu quo à l'égard du groupe. Le juge Gonthier a rejeté le choix du groupe des personnes ayant souffert de douleur chronique à une date antérieure comme groupe de comparaison approprié, car ce n'était pas le type d'incapacité qui différenciait les personnes de ce groupe des demandeurs, mais simplement la *date* de leurs accidents de travail respectifs, ce qui ne constituait pas un motif de discrimination prohibé.

À cet égard, l'affaire *Martin* et les faits de l'espèce peuvent être utilement comparés à l'affaire *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203. Dans cette cause, la loi contestée portait sur le droit de vote, que le législateur avait conféré aux membres de la bande (notamment les demandeurs), mais en établissant une distinction entre les membres de la bande qui résidaient *en dehors* de la réserve (lesquels n'avaient pas le droit de voter) et ceux de la bande résidant *dans* la réserve (lesquels jouissaient de ce droit). Les demandeurs ont réussi à démontrer qu'à tout point de vue pertinent pour ce qui est de l'avantage (le vote), ils pouvaient être comparés à ceux qui étaient favorisés par la loi, hormis le fait qu'ils vivaient en dehors de la réserve. Contrairement à l'une des comparaisons invoquées dans *Martin*, les demandeurs dans *Corbiere* appartenaient en même temps au groupe de comparaison proposé.

Les demandeurs dans *Corbiere* se seraient trouvés dans la même situation que l'intimée en l'espèce s'ils avaient complètement cessé d'être membres de la bande avant le vote.

Dans *Gosselin*, précité, la juge en chef McLachlin, au nom de la majorité, note au par. 28 :

Le Règlement en litige établissait une distinction fondée sur un motif énuméré, en l'occurrence l'âge. Les personnes de moins de 30 ans étaient assujetties à un régime d'aide sociale différent de celui applicable aux 30 ans et plus.

Une bonne partie de l'argumentation de la demanderesse dans *Gosselin* a été rejetée parce qu'elle mettait l'accent sur les désavantages dont souffraient les bénéficiaires d'aide sociale en tant

34

35

36

37

between the two age groups. The evidence of discrimination was therefore not properly aligned with the alleged ground of discrimination.

C. *The Appropriate Comparator Group in This Case*

38 In the present case, the claimant says that the group to which she belongs (separated *common law* spouses) shares all relevant characteristics with the group who receives a survivor's pension (separated *married* spouses) except for the personal characteristic of marital status. In other words, the universe of potential claimants, having regard to the benefit provided by the CPP, is the universe of separated spouses. I agree with that initial step.

39 The claimant then says that a distinction has been drawn within that group on the basis of a personal characteristic, namely marital status. There is no doubt that marital status is an analogous ground of discrimination prohibited when used in a discriminatory way by s. 15(1): *Miron, supra*, at para. 156; *Walsh, supra*, at para. 41. Having correctly laid the groundwork for the analysis by aligning the benefit and the prohibited ground of discrimination, the respondent must now bring herself within it.

D. *Does the Respondent Belong to the Comparator Group Thus Defined?*

40 Section 44(1)(d) of the CPP targets the benefit (survivor's pension) at surviving "spouses". The statutory definition includes common law spouses as well as married spouses. This presents a problem for the respondent. She was not in any sort of relationship at all with the deceased at the date of his death. The survivor's pension was denied on the basis that the respondent was not, at the relevant time, a spouse. It was not denied, as it was in *Miron*, because at the relevant time she was a *common law* spouse rather than a *married* spouse.

41 As stated, the respondent acknowledges that when she left the deceased in February 1994, she

que catégorie, plutôt que sur la différence qui existait *au sein* de cette catégorie, entre les deux groupes d'âge. La preuve de la discrimination n'a donc pas été bien mise en parallèle avec le motif de discrimination allégué.

C. *La définition du groupe de comparaison approprié en l'espèce*

Ici, la demanderesse affirme que le groupe auquel elle appartient (conjoints *de fait* séparés) possède les mêmes caractéristiques pertinentes que le groupe recevant une pension de survivant (conjoints *mariés* qui se sont séparés), à l'exception de la caractéristique personnelle de l'état matrimonial. Autrement dit, l'univers des demandeurs potentiels, en ce qui concerne l'avantage accordé par le RPC, est celui des conjoints séparés. Je souscris à cette première démarche.

La demanderesse affirme ensuite qu'une distinction fondée sur une caractéristique personnelle, soit l'état matrimonial, a été établie au sein de ce groupe. Il ne fait aucun doute que l'état matrimonial constitue un motif de distinction analogue prohibé par le par. 15(1) lorsqu'il est employé de façon discriminatoire : *Miron*, précité, par. 156; *Walsh*, précité, par. 41. Après avoir correctement jeté les bases de l'analyse en établissant un lien entre l'avantage et le motif de discrimination prohibé, l'intimée doit maintenant établir un rapport d'appartenance.

D. *La demanderesse appartient-elle au groupe de comparaison ainsi défini?*

L'avantage (pension de survivant) prévu par l'al. 44(1)d) du RPC vise les « conjoints » survivants. La définition contenue dans la loi comprend aussi bien les conjoints de fait que les conjoints mariés. Cela présente un problème pour l'intimée. Elle n'entretenait absolument aucune relation avec le défunt au moment de son décès. La pension de survivant lui a été refusée au motif qu'au moment considéré elle n'avait pas qualité de conjoint. Elle ne lui a pas été refusée du fait qu'au moment considéré elle était un conjoint *de fait* plutôt qu'un conjoint *marié*, comme ce fut le cas dans *Miron*.

Comme nous l'avons vu, l'intimée convient que, lorsqu'elle a quitté le défunt en février 1994, elle

intended to and did terminate their relationship. This is to be contrasted with married spouses whose legal relationship continues to exist and who still have legal obligations to each other despite a separation, and despite any subjective intention on their part to put a *de facto* end to the marriage.

The respondent terminated cohabitation and cohabitation is a constituent element of a common law relationship. “Cohabitation” in this context is not synonymous with co-residence. Two people can cohabit even though they do not live under the same roof and, conversely, they may not be cohabiting in the relevant sense even if they are living under the same roof. Such periods of physical separation as the respondent and the deceased experienced in 1993 did not end the common law relationship if there was a mutual intention to continue. I agree with the observation of Morden J.A. in *Re Sanderson and Russell* (1979), 24 O.R. (2d) 429 (C.A.), at p. 432, that, subject to whatever provision may be made in a statute, a common law relationship ends “when either party regards it as being at an end and, by his or her conduct, has demonstrated in a convincing manner that this particular state of mind is a settled one”. On this point, Professor Fodden observes:

... turning to a (constructed) mental phenomenon permits the court to make a decision as to the critical moment a relationship ended without having to place inordinate stress upon any particular event or lack of action. It allows for the bridging of gaps in the relationship as being “brief cooling-off period[s]” and perhaps gives courts some freedom to protract the continuation of cohabitation past the last physical symptom, where to do so might be just.

(S. R. Fodden, *Family Law* (1999), at p. 60)

The test for “cohabitation” has been developed and refined in a number of cases: see, e.g., *Arsenault v. Collier* (2001), 208 Nfld. & P.E.I.R. 117 (P.E.I.S.C.T.D.), at paras. 15-17; *Tanouye v. Tanouye* (1993), 117 Sask. R. 196 (Q.B.), at paras. 32-38. It is not an issue that requires extended consideration here because, on the respondent’s own

entendait mettre fin à leur relation et que c’est ce qu’elle a fait. Il faut distinguer cette situation de celle des conjoints mariés, dont le rapport juridique continue d’exister et qui ont encore des obligations juridiques l’un envers l’autre malgré la séparation et malgré toute intention subjective de leur part de mettre un terme *de facto* à leur mariage.

L’intimée a mis fin à la cohabitation. Or, la cohabitation est un élément essentiel de l’union de fait. La « cohabitation », dans ce contexte, n’est pas synonyme de coresidence. Deux personnes peuvent cohabiter même si elles ne vivent pas sous le même toit et, inversement, elles peuvent ne pas cohabiter au sens où il faut l’entendre même si elles vivent sous le même toit. Les périodes de séparation physique comme celle que l’intimée et le défunt ont vécue en 1993 ne mettent pas fin à l’union de fait s’il existe une intention commune de continuer. Je partage l’opinion du juge Morden dans *Re Sanderson and Russell* (1979), 24 O.R. (2d) 429 (C.A.), p. 432, selon laquelle, sous réserve de toute disposition contenue dans une loi, l’union de fait prend fin [TRADUCTION] « lorsque l’une ou l’autre des parties la considère comme terminée et affiche un comportement qui démontre, de manière convaincante, que cet état d’esprit particulier a un caractère définitif ». À cet égard, le professeur Fodden note :

[TRADUCTION] ... recourir à un phénomène mental (abs-trait) permet au tribunal de déterminer à quel moment critique une relation a pris fin sans avoir à accorder trop d’importance à un événement ou une inaction en particulier. Cela permet de considérer les brèches dans la relation comme de « courtes périodes de réflexion » et donne peut-être aux tribunaux une certaine liberté de prolonger l’aspect continu de la cohabitation au-delà du dernier symptôme physique, lorsqu’il peut être indiqué de le faire.

(S. R. Fodden, *Family Law* (1999), p. 60)

Le critère de la « cohabitation » a été élaboré et amélioré dans plusieurs décisions : voir, p. ex., *Arsenault c. Collier* (2001), 208 Nfld. & P.E.I.R. 117 (C.S.Î.-P.-É. 1<sup>re</sup> inst.), par. 15-17; *Tanouye c. Tanouye* (1993), 117 Sask. R. 196 (B.R.), par. 32-38. Il ne s’agit pas, en l’espèce, d’une question qui nécessite un examen approfondi parce que, selon



evidence, cohabitation was at an end. She brought it to an end.

44

The respondent's point, rather, is that the Court should extend the duration of the common law marriage beyond the termination of cohabitation for so long as a measure of economic dependency continues. She points out that such economic dependency may continue in the case of common law spouses who separate just as in the case of separated married couples. Statistics Canada reports that at the age of 75, 50 percent of unattached elderly women live in poverty, a figure the National Council of Welfare suggests is low because they say it excludes people living in institutions. The respondent points out that the "particular vulnerability" of these women "is due to the near impossibility of entering or re-entering the work force and the inadequacy of our pension systems in general". The legislature may, of course, extend the responsibility of common law spouses beyond the point where at common law the relationship would end, to deal with matters such as economic dependence, but Parliament has not done so in the CPP. On the contrary, s. 2(1) defines the requisite common law relationship in terms of cohabitation. In the absence of any demonstration that this definition itself runs afoul of s. 15(1), we are not at liberty to ignore it.

45

The respondent does not argue that limiting the survivor's pension to a "spouse" is itself discriminatory. Rather her position, as put by her counsel, is that "Betty Hodge does not compare herself to divorced spouses". In my view, with respect, the proper comparator group in her case *is* divorced spouses. Beginning in February 1994, there was both physical separation from her common law partner and an intention on her part to make it permanent. At the time of his death, therefore, she was not a "separated" common law spouse but a "former" common law spouse. Former common law spouses, like divorced spouses, are no longer spouses in any legal sense at common law. In neither case are they eligible for a survivor's pension under the CPP.

le propre témoignage de l'intimée, la cohabitation avait pris fin. Elle y avait mis fin.

Selon l'intimée, la Cour devrait plutôt prolonger la durée de l'union de fait au-delà de la fin de la cohabitation tant qu'il existe une dépendance économique. Elle fait valoir que cette dépendance économique peut persister aussi bien pour les conjoints de fait qui se séparent que pour les couples mariés qui se sont séparés. Selon Statistique Canada, 50 pour 100 des femmes âgées de 75 ans qui vivent seules sont dans la pauvreté, chiffre qui, d'après le Conseil national du bien-être social, est bas parce que, selon lui, il ne tient pas compte des personnes vivant dans des établissements. L'intimée fait observer que [TRADUCTION] « la vulnérabilité particulière » de ces femmes « est due à la quasi-impossibilité d'intégrer ou de réintégrer la population active et à l'insuffisance de notre régime de pensions en général ». Le législateur pourrait évidemment, pour régler des questions comme la dépendance économique, prolonger la responsabilité des conjoints de fait au-delà du moment où, en common law, la relation prendrait fin, mais il ne l'a pas fait dans le RPC. Au contraire, le par. 2(1) définit l'union de fait requise comme étant la cohabitation. En l'absence d'éléments de preuve établissant que cette définition elle-même va à l'encontre du par. 15(1), nous n'avons pas le droit de l'ignorer.

L'intimée ne prétend pas que le fait de restreindre au « conjoint » l'accès à la pension de survivant soit discriminatoire. Elle soutient plutôt, comme l'explique son avocat, que [TRADUCTION] « Betty Hodge ne se compare pas aux conjoints divorcés ». Malheureusement, je pense que, dans son cas, le groupe de comparaison approprié *est* celui des conjoints divorcés. À compter de février 1994, on a pu observer une séparation physique d'avec son conjoint de fait ainsi qu'une intention de sa part de rendre cette séparation permanente. Au moment du décès du cotisant, elle n'était donc pas un conjoint de fait « séparé », mais un « ancien » conjoint de fait. Les anciens conjoints de fait, comme les conjoints divorcés, ne sont plus des conjoints dans tout sens juridique reconnu en common law. Dans un cas comme dans l'autre, ils ne sont pas admissibles à une pension de survivant en vertu du RPC.

The respondent relies upon the decision of this Court in *M. v. H.* In that case, the Ontario *Family Law Act* provided support remedies on separation to opposite-sex partners (both married and “common law” as therein defined), but not to *same-sex* partners. The relevant comparison was therefore between “persons in an *opposite-sex*, conjugal relationship of some permanence” (the comparator group) and the claimant’s group of “persons in a *same-sex*, conjugal relationship of some permanence” (para. 61 (emphasis added)). Here there is a disconnect between the claimant group (former spouses) and the comparator group (existing spouses). In *M. v. H.*, the benefit was made available to persons with the same relevant characteristics as the claimant except for sexual orientation. Here *former* married spouses and *former* common law spouses are treated the same.

I appreciate of course that, as Iacobucci J. stated in *Law*, at para. 59, “[t]he determination of the appropriate comparator, and the evaluation of the contextual factors which determine whether legislation has the effect of demeaning a claimant’s dignity must be conducted from the perspective of the claimant.” However, the respondent’s perspective prior to the death of the deceased was that the common law relationship had ended. The purpose of the survivor’s pension is to deal with the financial dependency of a couple who at the date of death are in a relationship with mutual legal rights and obligations. The respondent may have had a measure of financial dependence, but she no longer had any legal relationship. A reasonable claimant in her position would, I think, not feel demeaned by being treated the same as other “former” spouses. In fact, as counsel for the appellant pointed out, the effect of the remedy sought by the respondent would itself create a form of inequality by providing survivors’ pensions to former common law spouses that are not available to former married spouses.

L’intimée invoque la décision rendue par la Cour dans *M. c. H.* Dans cette affaire, la *Family Law Act* de l’Ontario imposait une obligation alimentaire en cas de séparation aux conjoints de sexe opposé (tant mariés que « de fait », selon la définition y contenue), mais non aux conjoints *de même sexe*. La comparaison devait donc être faite entre les « personnes formant une union conjugale d’une certaine permanence avec une personne *de sexe différent* » (le groupe de comparaison) et le groupe, dont faisait partie la demanderesse, constitué des « personnes formant une union conjugale d’une certaine permanence avec une personne *du même sexe* » (par. 61 (italiques ajoutés)). En l’espèce, il n’y a pas de lien entre le groupe demandeur (anciens conjoints) et le groupe de comparaison (conjointes actuelles). Dans *M. c. H.*, l’avantage était offert à des personnes possédant les mêmes caractéristiques pertinentes que la demanderesse, sauf l’orientation sexuelle. Ici, les *anciens* conjoints mariés et les *anciens* conjoints de fait sont traités de la même manière.

Je suis tout à fait conscient du fait que, comme l’a affirmé le juge Iacobucci dans *Law*, par. 59, « [l]a détermination de l’élément de comparaison approprié et l’évaluation des facteurs contextuels qui établissent si les dispositions législatives ont pour effet de porter atteinte à la dignité d’un demandeur doivent s’effectuer dans la perspective de ce dernier. » Cependant, dans la perspective de l’intimée, l’union de fait avait pris fin avant le décès du cotisant. La pension de survivant a pour objet de remédier à la dépendance financière de personnes qui, au moment du décès, entretiennent une relation comportant des droits et obligations juridiques mutuels. L’intimée était peut-être dans un certain état de dépendance financière, mais elle n’entretenait plus aucun rapport juridique. Un demandeur raisonnable, dans sa situation, ne se sentirait pas, à mon avis, dévalorisé s’il était traité au même titre que les autres « anciens conjoints ». En fait, comme l’avocat de l’appellant l’a souligné, la réparation demandée par l’intimée, si elle était accordée, aurait elle-même pour effet de créer une certaine forme d’inégalité en allouant aux anciens conjoints de fait des pensions de survivant auxquelles les anciens conjoints mariés ne sont pas admissibles.

48 Having regard to the submission of the intervener, Canadian AIDS Society, I should add that the foregoing analysis deals with heterosexual couples, not homosexual couples. Until such time as the issue of same-sex marriage has been resolved, it is possible that different considerations would apply to gay and lesbian relationships in respect of a survivor's pension because, at least in the past, the institution of a legal marriage has not been available to them.

#### VI. Conclusion

49 For these reasons, it is my view that the respondent belongs to the category of "former spouses" for whom no survivor's pension is available under the CPP, irrespective of marital status.

#### VII. Disposition

50 The appeal must therefore be allowed and the decision of the Pension Appeals Board reinstated.

The constitutional questions should therefore be answered as follows:

1. Does the definition of "spouse" in s. 2(1) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: South Ottawa Community Legal Services, Ottawa.*

En ce qui a trait aux observations de l'intervenante, la Société canadienne du sida, j'aimerais ajouter que l'analyse qui précède concerne les couples hétérosexuels, et non les couples homosexuels. En attendant que la question du mariage entre conjoints de même sexe soit résolue, il est possible qu'à l'égard de la pension de survivant, des considérations différentes s'appliquent aux unions de gais et de lesbiennes car, du moins par le passé, ceux-ci n'ont pas pu se prévaloir de l'institution du mariage légal.

#### VI. Conclusion

Pour ces motifs, j'estime que l'intimée appartient à la catégorie des « anciens conjoints », qui n'ont droit à aucune pension de survivant selon le RPC, peu importe l'état matrimonial.

#### VII. Dispositif

Le pourvoi est donc accueilli et la décision de la Commission d'appel des pensions, rétablie.

Les questions constitutionnelles devraient donc recevoir les réponses suivantes :

1. La définition de « conjoint » au par. 2(1) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, porte-t-elle atteinte aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

2. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable, prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

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

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelant : Procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimée : South Ottawa Community Legal Services, Ottawa.*

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

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.*

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

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

*Solicitors for the intervener the Canadian AIDS Society: McGowan Elliott & Kim, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Société canadienne du sida : McGowan Elliott & Kim, Toronto.*

*If undelivered, return to:*

Publishing & Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0S5

*En cas de non-livraison, retourner à :*

Éditions et Services de dépôts  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0S5

---

Available from:  
Publishing & Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5  
<http://publication.gc.ca>

En vente auprès de :  
Éditions et Services de dépôts  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5  
<http://publication.gc.ca>



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 3, 2004 Vol. 3**

**3<sup>e</sup> cahier, 2004 Vol. 3**

**Cited as [2004] 3 S.C.R. 381-574**

**Renvoi [2004] 3 R.C.S. 381-574**

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

ANNE ROLAND

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe

LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale

BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef

CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil

JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY  
HARLEY D'AOÛT  
CHANTAL DEMERS  
VALERIE DESJARLAIS  
LEE ANN GORMAN  
KAREN LEVASSEUR

ARCHIBALD MCDONALD  
JOANNE NORMAN  
RÉMI SAMSON  
LOUISE SAVARD  
MARY JANE SINCLAIR  
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL  
LESLI TAKAHASHI  
CAMERON TAYLOR  
WITOLD TYMOWSKI  
TIMOTHY WILSON

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique

CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH  
RICHARD BERBERI

JACQUES GAGNÉ  
ROSALIE TO-THANH-HIEN

CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition

INGRID LOYOLA-NAZARETH

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET  
PAULINE MCTAVISH

GINETTE MIGNEAULT  
ANNE-MARIE NOËL

PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique

SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif

LILI-ANNE MCGRAW

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

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

## CONTENTS

<b>Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)</b> .....	511
Crown — Honour of Crown — Duty to consult and accommodate Aboriginal peoples — Whether Crown has duty to consult and accommodate Aboriginal peoples prior to making decisions that might adversely affect their as yet unproven Aboriginal rights and title claims — Whether duty extends to third party.	
<b>Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.</b> .....	381
Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Gender discrimination — Pay equity — Pay equity agreement signed in favour of female employees in health care sector — Whether s. 9 of Public Sector Restraint Act deferring commencement of wage adjustment payments infringes right to equality — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Public Sector Restraint Act, S.N. 1991, c. 3, s. 9.	
Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits — Oakes test — Separation of powers — Whether explicit recognition of separation of powers doctrine should be added to Oakes test — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1.	
<b>Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise</b> .....	461
Corporations — Directors and officers — Fiduciary duty and duty of care — Directors of bankrupt corporation being sued by trustee — Trustee claiming that directors breached fiduciary duty and duty of care — Whether directors owe fiduciary duty or duty of care to corporation's creditors — Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 122(1).	
Bankruptcy and insolvency — Reviewable transactions — Transfer of assets between wholly-owned subsidiary and parent corporation — Wholly-owned subsidiary and parent corporation declaring bankruptcy — Parent corporation's directors sued by trustee of wholly-owned subsidiary — Trustee claiming that certain transactions were reviewable — Whether consideration for impugned transactions conspicuously less than fair market value — Whether directors "privy" to transactions — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 100.	
<b>R. v. Blake</b> .....	503
Criminal law — Evidence — Similar fact evidence — Admissibility — Sexual offences.	
<b>R. v. Saunders</b> .....	505
Criminal law — Search and seizure — Search warrant — Whether search warrant validly issued.	

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

<b>Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise</b> .....	461
Sociétés — Administrateurs et dirigeants — Obligation de fiduciaire et obligation de diligence — Administrateurs d'une société faillie poursuivis par le syndic — Administrateurs accusés par le syndic de manquement à leur obligation de fiduciaire et à leur obligation de diligence — Les administrateurs ont-ils une obligation de fiduciaire et une obligation de diligence envers les créanciers de la société? — Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, ch. C-44, art. 122(1).	
Faillite et insolvabilité — Transactions révisables — Transfert d'actifs entre la filiale à part entière et la société mère — Faillite de la filiale à part entière et de la société mère — Administrateurs de la société mère poursuivis par le syndic de la filiale à part entière — Allégation par le syndic que certaines transactions sont révisables — La contrepartie reçue dans les transactions attaquées est-elle manifestement inférieure à la juste valeur du marché? — Les administrateurs étaient-ils des parties intéressées dans les transactions? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 100.	
<b>Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)</b> .....	511
Couronne — Honneur de la Couronne — Obligation de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements à leurs préoccupations — La Couronne a-t-elle envers les peuples autochtones une obligation de consultation et d'accommodement avant de prendre une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des revendications de droits et titres ancestraux non encore prouvées? — L'obligation vise-t-elle aussi les tiers?	
<b>Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)</b> .....	550
Couronne — Honneur de la Couronne — Obligation de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements à leurs préoccupations — La Couronne a-t-elle l'obligation de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements à leurs préoccupations avant de prendre une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des revendications de droits et titres ancestraux non encore prouvées? — Dans l'affirmative, les mesures de consultation et d'accommodement adoptées par la province avant de délivrer le certificat d'approbation de projet étaient-elles suffisantes pour préserver l'honneur de la Couronne?	
<b>R. c. Blake</b> .....	503
Droit criminel — Preuve — Preuve de faits similaires — Admissibilité — Infractions d'ordre sexuel.	

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Concluded)

### **R. v. Smith** ..... 507

Criminal law — Sexual assault — Evidence — Misapprehension by trial judge of DNA evidence — Accused conviction vacated and new trial ordered.

### **R. v. Tessling**..... 432

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Police using thermal imaging device to take “heat” picture of accused’s home from aircraft without warrant — Whether warrantless use of thermal imaging device violated right against unreasonable search and seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

### **R. v. Zurowski** ..... 509

Criminal law — Evidence — Eyewitness identification — Accused convicted of driving offences — Accused’s convictions set aside and acquittals entered given frailties of identification evidence.

### **Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)**..... 550

Crown — Honour of Crown — Duty to consult and accommodate Aboriginal peoples — Whether Crown has duty to consult and accommodate Aboriginal peoples prior to making decisions that might adversely affect their as yet unproven Aboriginal rights and title claims — If so, whether consultation and accommodation engaged in by Province prior to issuing project approval certificate was adequate to satisfy honour of Crown.

## SOMMAIRE (Fin)

### **R. c. Saunders**..... 505

Droit criminel — Perquisition et saisie — Mandat de perquisition — Le mandat de perquisition a-t-il été valide-ment délivré?

### **R. c. Smith** ..... 507

Droit criminel — Agression sexuelle — Preuve — Preuve relative à l’ADN mal interprétée par le juge du procès — Déclaration de culpabilité annulée et nouveau procès ordonné.

### **R. c. Tessling**..... 432

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Utilisation par la police d’un aéronef muni d’un dispositif d’imagerie thermique pour prendre une photographie de la « chaleur » de la maison de l’accusé sans avoir obtenu un mandat — L’utilisation sans mandat du dispositif d’imagerie thermique porte-t-elle atteinte à la garantie contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

### **R. c. Zurowski** ..... 509

Droit criminel — Preuve — Identification par témoin oculaire — Accusé déclaré coupable d’infractions relatives à la conduite automobile — Déclarations de culpabilité annulées et acquittements inscrits vu la faiblesse de la preuve d’identification.

### **Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.** ..... 381

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’égalité — Discrimination fondée sur le sexe — Équité salariale — Entente accordant l’équité salariale aux employées du secteur des soins de santé — L’article 9 de la Public Sector Restraint Act, qui reporte les réajustements salariaux, porte-t-il atteinte au droit à l’égalité? — Dans l’affirmative, cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Public Sector Restraint Act, S.N. 1991, ch. 3, art. 9.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites raisonnables — Critère de l’arrêt Oakes — Séparation des pouvoirs — Y a-t-il lieu d’ajouter la reconnaissance explicite du principe de la séparation des pouvoirs au critère de l’arrêt Oakes? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1.



**Newfoundland and Labrador Association of  
Public and Private Employees** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of  
Newfoundland as represented by the  
Treasury Board and the Minister of  
Justice** *Respondent*

and

**Attorney General of Quebec, Attorney  
General of New Brunswick, Attorney  
General of British Columbia, Attorney  
General of Alberta, Canadian Association  
for Community Living, Canadian  
Hearing Society, Council of Canadians  
with Disabilities, Hospital Employees'  
Union, British Columbia Government and  
Service Employees' Union, Health Sciences  
Association, Women's Legal Education  
and Action Fund, and Canadian Labour  
Congress** *Interveners*

**INDEXED AS: NEWFOUNDLAND (TREASURY  
BOARD) v. N.A.P.E.**

**Neutral citation: 2004 SCC 66.**

File No.: 29597.

2004: May 12; 2004: October 28.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR**

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality  
rights — Gender discrimination — Pay equity — Pay  
equity agreement signed in favour of female employees  
in health care sector — Whether s. 9 of Public Sector  
Restraint Act deferring commencement of wage adjust-  
ment payments infringes right to equality — If so, whether  
infringement justifiable — Canadian Charter of Rights*

**Newfoundland and Labrador Association of  
Public and Private Employees** *Appelante*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef de  
Terre-Neuve, représentée par le  
Conseil du Trésor et le ministre de  
la Justice** *Intimée*

et

**Procureur général du Québec, procureur  
général du Nouveau-Brunswick, procureur  
général de la Colombie-Britannique,  
procureur général de l'Alberta,  
Association canadienne pour l'intégration  
communautaire, Société canadienne  
de l'ouïe, Conseil des Canadiens avec  
déficiences, Syndicat des employés  
d'hôpitaux, Syndicat des fonctionnaires  
provinciaux et de service de la Colombie-  
Britannique, Association des sciences de  
la santé, Fonds d'action et d'éducation  
juridiques pour les femmes, et Congrès du  
travail du Canada** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : TERRE-NEUVE (CONSEIL  
DU TRÉSOR) c. N.A.P.E.**

**Référence neutre : 2004 CSC 66.**

N<sup>o</sup> du greffe : 29597.

2004 : 12 mai; 2004 : 28 octobre.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-  
NEUVE-ET-LABRADOR**

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à  
l'égalité — Discrimination fondée sur le sexe — Équité  
salariale — Entente accordant l'équité salariale aux  
employées du secteur des soins de santé — L'article 9 de la  
Public Sector Restraint Act, qui reporte les réajustements  
salariaux, porte-t-il atteinte au droit à l'égalité? — Dans  
l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable? — Charte*

*and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Public Sector Restraint Act, S.N. 1991, c. 3, s. 9.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits — Oakes test — Separation of powers — Whether explicit recognition of separation of powers doctrine should be added to Oakes test — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1.*

In 1988, the government of Newfoundland and Labrador signed a Pay Equity Agreement in favour of female employees in the health care sector including those represented in collective bargaining by the appellant union. In 1991, the same government introduced the *Public Sector Restraint Act*, which deferred from 1988 to 1991 the commencement of the promised pay equity increase (s. 9) and extinguished the 1988-91 arrears. The effect of s. 9 was to erase an obligation the Province had for approximately \$24 million. The justification was that the government was experiencing a financial crisis unprecedented in the Province's history. The government adopted other severe measures to reduce the Province's deficit, including a freeze on wage scales for public sector employees, a closure of hospital beds, and a freeze on per capita student grants and equalization grants to school boards. It also laid off almost two thousand employees and terminated medicare coverage for certain items. Grievances were filed on behalf of some female employees affected by the cut to pay equity. The Arbitration Board ordered the government to comply with the original terms of the Pay Equity Agreement, holding that s. 9 of the Act infringed s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that the infringement could not be saved under s. 1. On judicial review, the motions judge quashed the Board's decision and dismissed the grievances. He agreed that s. 9 infringed s. 15(1) but found the infringement justifiable under s. 1. The Court of Appeal upheld the motions judge's decision. In so doing, one appeal judge suggested that explicit recognition of the separation of powers doctrine should be added to the s. 1 test.

*Held:* The appeal should be dismissed. Section 9 of the *Public Sector Restraint Act* is constitutional.

When the provincial government signed the Pay Equity Agreement in 1988, it changed the legal landscape

*canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Public Sector Restraint Act, S.N. 1991, ch. 3, art. 9.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites raisonnables — Critère de l'arrêt Oakes — Séparation des pouvoirs — Y a-t-il lieu d'ajouter la reconnaissance explicite du principe de la séparation des pouvoirs au critère de l'arrêt Oakes? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1.*

En 1988, le gouvernement de Terre-Neuve-et-Labrador a signé une entente accordant l'équité salariale aux employés du secteur des soins de santé, y compris celles que le syndicat appellant représente dans le cadre des négociations collectives. En 1991, le même gouvernement a déposé la *Public Sector Restraint Act*, qui reportait de 1988 à 1991 l'augmentation promise au titre de l'équité salariale (art. 9) et annulait les arriérés pour les années 1988 à 1991. L'article 9 avait pour effet d'effacer l'obligation d'environ 24 millions de dollars que la province avait alors. Le gouvernement a justifié cette mesure par le fait qu'il traversait une crise financière sans précédent dans l'histoire de la province. Le gouvernement a adopté d'autres mesures draconiennes destinées à réduire le déficit de la province, dont le gel des échelles salariales des employés du secteur public, la fermeture de lits d'hôpitaux et le gel des prêts et bourses d'études *per capita* et des subventions de péréquation destinées aux conseils scolaires. Il a également mis à pied presque deux mille employés et mis fin à l'application du régime d'assurance-maladie à certains services. Des griefs ont été déposés au nom de certaines employées touchées par la réduction des dépenses au titre de l'équité salariale. Le conseil d'arbitrage a ordonné au gouvernement de respecter les conditions initiales de l'entente sur l'équité salariale, en concluant que l'art. 9 de la Loi violait le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que cette violation ne pouvait pas être sauvegardée par application de l'article premier. Lors du contrôle judiciaire, le juge des requêtes a annulé la décision du conseil d'arbitrage et rejeté les griefs. Il a reconnu que l'art. 9 de la Loi violait le par. 15(1), mais il a estimé que cette violation était justifiable au sens de l'article premier. La Cour d'appel a confirmé la décision du juge des requêtes. Ce faisant, l'un des juges d'appel a proposé que la reconnaissance explicite du principe de la séparation des pouvoirs soit ajoutée au critère relatif à l'article premier.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté. L'article 9 de la *Public Sector Restraint Act* est constitutionnel.

Le gouvernement provincial a signé, en 1988, une entente sur l'équité salariale qui a changé le paysage

by creating enforceable contractual rights to end pay discrimination by a procedure contractually binding on all of the parties. This process converted pay equity from a policy argument into an existing legal obligation for the benefit of the female hospital workers. The purpose of the *Public Sector Restraint Act* was to reduce the women's pay below this contractual entitlement and its intended effect was to continue to pay women less than was paid to men for work of equal value. Passage of the Act on April 18, 1991 put women hospital workers in a worse position than they were on April 17, 1991.

The contextual factors listed in *Law* lead to the conclusion that the targeting of an acquired right to pay equity amounted to discrimination within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*. First, a pre-existing disadvantage is shown since "women's jobs" are chronically underpaid and the Act perpetuated and reinforced the idea that women could be paid less for no reason other than the fact that they were women. Second, the postponement of pay equity did not correspond to the actual needs, capacity or circumstances of the claimants. Indeed, it did just the opposite. Third, the Act did not have an ameliorative purpose in relation to the workforce. Fourth, since work is an important part of life, the interest affected by the Act was of great importance. In sum, s. 9 of the Act affirmed a policy of gender discrimination which the provincial government had itself denounced three years previously.

Section 9 of the *Public Sector Restraint Act* is justifiable under s. 1 of the *Charter*. The need to address the fiscal crisis was a pressing and substantial legislative objective in the spring of 1991. The crisis was severe. The cost of putting pay equity into effect according to the original timetable was a major expenditure. A lower credit rating, and its impact on the government's ability to borrow, and the added cost of borrowing to finance the provincial debt, were matters of great importance. Moreover, the government was debating not just rights versus dollars, but rights versus hospital beds, layoffs, jobs, education and social welfare.

Courts will continue to look with strong scepticism at attempts to justify infringements of *Charter* rights on the basis of budgetary constraints. To do otherwise

juridique en créant des droits contractuels exécutoires destinés à mettre fin à la discrimination salariale au moyen d'un processus contractuel liant toutes les parties. Ce processus a fait de l'équité salariale, argument de politique générale, une obligation juridique réelle profitant aux employées d'hôpitaux. La *Public Sector Restraint Act* avait pour but de réduire le salaire auquel les femmes avaient droit en vertu de leur contrat de travail et l'effet recherché était de continuer à leur verser un salaire inférieur à celui des hommes exerçant des fonctions équivalentes. L'adoption de la Loi, le 18 avril 1991, a fait en sorte que les employées d'hôpitaux se sont retrouvées dans une situation pire que celle dans laquelle elles étaient le 17 avril 1991.

Les facteurs contextuels énumérés dans l'arrêt *Law* amènent à conclure que cibler un droit acquis à l'équité salariale constitue de la discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Premièrement, il y a désavantage préexistant étant donné que les « emplois occupés par des femmes » sont chroniquement sous-payés et que la Loi perpétuait et renforçait l'idée que les femmes peuvent être moins bien rémunérées simplement parce qu'elles sont des femmes. Deuxièmement, le report de l'équité salariale ne correspondait donc pas aux besoins, aux capacités ou à la situation propres aux demanderesse. En fait, c'était plutôt le contraire. Troisièmement, la Loi n'avait aucun objet d'amélioration en ce qui concernait la population active. Quatrièmement, étant donné que le travail est un aspect important de la vie, le droit touché par la Loi revêtait une grande importance. Somme toute, l'art. 9 de la Loi confirmait une politique de discrimination fondée sur le sexe que le gouvernement provincial avait lui-même dénoncée trois ans auparavant.

L'article 9 de la *Public Sector Restraint Act* est justifiable au sens de l'article premier de la *Charte*. La nécessité de remédier à la crise financière était un objectif législatif urgent et réel au printemps de 1991. La crise était grave. Les coûts nécessaires pour réaliser l'équité salariale selon l'échéancier initial représentaient une dépense importante. La baisse de la cote de crédit et son incidence sur la capacité d'emprunt du gouvernement ainsi que les coûts supplémentaires liés aux emprunts nécessaires pour financer la dette de la province étaient des questions très importantes. En outre, le gouvernement ne discutait pas seulement de droits par opposition à des dollars, mais également de droits par opposition à des lits d'hôpitaux, à des mises à pied, à des emplois, à l'éducation et à l'aide sociale.

Les tribunaux continueront de faire montre d'un grand scepticisme à l'égard des tentatives de justifier, par des restrictions budgétaires, des atteintes à des droits

would devalue the *Charter* because there are always budgetary constraints and there are always other pressing government priorities. Nevertheless, the courts cannot close their eyes to the periodic occurrence of financial emergencies when measures must be taken to juggle priorities to see a government through the crisis.

The government's response to its fiscal crisis was also proportional to its objective. First, as the pay equity payout represented a significant portion of the budget, its postponement was rationally connected to averting a serious financial crisis. Second, the government's response was tailored to minimally impair rights in the context of the problem it confronted. Despite the scale of the fiscal crisis, the government proceeded to implement the pay equity plan, albeit at a slower pace. In addition, the government initiated a consultation process with the union to find alternative measures. There were broad cuts to jobs and services. The exceptional financial crisis called for an exceptional response. In such cases, a legislature must be given reasonable room to manoeuvre. Third, on a balance of probabilities the detrimental impact of a delay in achieving pay equity did not outweigh the importance of preserving the fiscal health of a provincial government through a temporary but serious financial crisis. The seriousness of the crisis, combined with the relative size of the \$24 million required to bring pay equity in line with the original schedule, are the compelling factors in that respect. The fiscal measures adopted by the government did more good than harm, despite the adverse effects on the women hospital workers.

While the separation of powers is a defining feature of our constitutional order, it cannot be invoked to undermine the operation of a specific written provision of the Constitution like s. 1 of the *Charter*. Section 1 itself reflects an important aspect of the separation of powers by defining certain express limits on legislative sovereignty. Judicial review of governmental action long predates the adoption of the *Charter*. Since Confederation, courts have been required by the Constitution to ensure that legislatures comply with the division of legislative powers. The *Charter* has placed new limits on government power in the area of human rights, but judicial review of those limits involves the courts in the same role in relation to the separation of powers as they have occupied from the

garantis par la *Charte*. Agir autrement aurait pour effet de déprécier la *Charte* étant donné qu'il y a toujours des restrictions budgétaires et que le gouvernement a toujours d'autres priorités urgentes. Cependant, les tribunaux ne peuvent pas fermer les yeux sur les crises financières périodiques qui, pour être surmontées, forcent le gouvernement à prendre des mesures pour gérer ses priorités.

La réaction du gouvernement à la crise financière qu'il traversait était proportionnelle à son objectif. Premièrement, comme les versements au titre de l'équité salariale représentaient une partie importante du budget, il existait un lien rationnel entre leur report et la possibilité d'éviter une crise financière grave. Deuxièmement, les mesures prises par le gouvernement afin de régler le problème auquel il faisait face étaient conçues de manière à ne porter qu'une atteinte minimale à des droits. Malgré l'ampleur de la crise financière, le gouvernement a mis en œuvre le programme d'équité salariale, mais à un rythme plus lent. En outre, le gouvernement a entrepris de consulter le syndicat afin de trouver d'autres mesures possibles. Les emplois et les services ont subi des réductions majeures. La crise financière qui était exceptionnelle commandait des mesures exceptionnelles. En pareils cas, le législateur doit disposer d'une marge de manœuvre raisonnable. Troisièmement, selon la prépondérance des probabilités, l'effet préjudiciable d'un report de la réalisation de l'équité salariale ne l'emportait pas sur l'importance de préserver la santé financière d'un gouvernement provincial aux prises avec une crise financière temporaire mais grave. Les facteurs déterminants à cet égard sont la gravité de cette crise, conjuguée à l'importance relative de la somme de 24 millions de dollars requise pour réaliser l'équité salariale conformément à l'échéancier initial. Les mesures financières prises par la province ont été plus bénéfiques que pernicieuses malgré les effets préjudiciables qu'elles ont eus sur les employés d'hôpitaux.

Bien qu'elle soit l'une des caractéristiques déterminantes de notre régime constitutionnel, la séparation des pouvoirs ne peut pas être invoquée pour nuire à l'application d'une disposition écrite particulière de la Constitution comme l'article premier de la *Charte*. L'article premier lui-même manifeste un aspect important de la séparation des pouvoirs en définissant certaines limites explicites de la souveraineté législative. Le contrôle judiciaire des mesures gouvernementales remonte à une époque bien antérieure à l'adoption de la *Charte*. Depuis la Confédération, les tribunaux sont tenus par la Constitution de s'assurer que le Parlement et les législatures respectent le partage des pouvoirs législatifs. La *Charte* a assujéti à de nouvelles limites

beginning, that of the constitutionally mandated referee. It is not the courts which limit the legislatures. It is the Constitution.

The doctrine of separation of powers is an important concern, but the *Oakes* test, which is itself based on the text of s. 1, provides the proper framework in which to consider what the doctrine requires in situations where legislative action is alleged to come into conflict with entrenched constitutional rights. The suggestions that the onus be transferred to an applicant to show that the exercise of the claimed *Charter* right is reasonable, that the Court exempt legislation embodying “policy initiatives” from *Charter* review, and that the Court decline to consider what, if any, less infringing measures were available to the legislature to achieve its policy objectives, must all be rejected.

#### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Ferrel v. Ontario (Attorney General)* (1998), 42 O.R. (3d) 97; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *R. v. Lee*, [1989] 2 S.C.R. 1384; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Figuroa v. Canada (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 912, 2003 SCC 37; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R.

le pouvoir du gouvernement dans le domaine des droits de la personne, mais le contrôle judiciaire de ces limites amène les tribunaux à jouer, à l'égard de la séparation des pouvoirs, le même rôle qu'ils ont joué dès le début, c'est-à-dire celui d'arbitre mandaté par la Constitution. Ce ne sont pas les tribunaux qui imposent des limites au législateur, mais bien la Constitution.

La séparation des pouvoirs est un principe constitutionnel important, mais le critère de l'arrêt *Oakes*, qui repose lui-même sur le texte de l'article premier, fournit déjà le cadre approprié pour l'examen des exigences du principe de la séparation des pouvoirs dans des situations où on allègue qu'une mesure législative est incompatible avec des droits consacrés par la Constitution. Il y a lieu de rejeter au complet les propositions voulant qu'il appartienne plutôt au demandeur de prouver que l'exercice du droit garanti par la *Charte* invoqué est raisonnable, que la Cour soustraie à tout examen fondé sur la *Charte* les mesures législatives qui comportent des « stratégies » et que la Cour refuse de se demander quelles étaient, le cas échéant, les mesures moins attentatoires dont le législateur disposait pour réaliser ses objectifs de politique générale.

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Ferrel c. Ontario (Attorney General)* (1998), 42 O.R. (3d) 97; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Lee*, [1989] 2 R.C.S. 1384; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Figuroa c. Canada (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 912, 2003 CSC 37; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713;

927; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 15(1).  
*Public Sector Restraint Act*, S.N. 1991, c. 3 [rep. & sub. 1992, c. P-41.1], ss. 5, 9.

#### Authors Cited

Abella, Rosalie Silberman. "Employment Equity" (1987), 16 *Man. L.J.* 185.

Morgan, Edmund M. "Judicial Notice" (1944), 57 *Harv. L. Rev.* 269.

Newfoundland. House of Assembly. Preliminary Report (*Hansard*), 41st General Assembly, 3rd Sess., vol. XLI, No. 11, March 19, 1991.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (2002), 221 D.L.R. (4th) 513, 220 Nfld. & P.E.I.R. 1, 657 A.P.R. 1, 103 C.R.R. (2d) 1, 2003 CLLC ¶230-019, [2002] N.J. No. 324 (QL), 2002 NLCA 72, affirming a decision of the Newfoundland Supreme Court, Trial Division (1998), 162 Nfld. & P.E.I.R. 1, 500 A.P.R. 1, 51 C.R.R. (2d) 323, [1998] N.J. No. 96 (QL). Appeal dismissed.

*Sheila H. Greene and Paula M. Schumph*, for the appellant.

*Donald H. Burrage, Q.C.*, and *Justin S. C. Mellor*, for the respondent.

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

Written submissions only by *Gaétan Migneault*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

*George H. Copley, Q.C.*, and *Neena Sharma*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Roderick Wiltshire*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*William Holder and Lesli Bisgould*, for the interveners the Canadian Association for Community

*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 15(1).  
*Public Sector Restraint Act*, S.N. 1991, ch. 3 [abr. & rempl. 1992, ch. P-41.1], art. 5, 9.

#### Doctrine citée

Abella, Rosalie Silberman. « Employment Equity » (1987), 16 *Man. L.J.* 185.

Morgan, Edmund M. « Judicial Notice » (1944), 57 *Harv. L. Rev.* 269.

Terre-Neuve. House of Assembly. Preliminary Report (*Hansard*), 41st General Assembly, 3rd Sess., vol. XLI, No. 11, March 19, 1991.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (2002), 221 D.L.R. (4th) 513, 220 Nfld. & P.E.I.R. 1, 657 A.P.R. 1, 103 C.R.R. (2d) 1, 2003 CLLC ¶230-019, [2002] N.J. No. 324 (QL), 2002 NLCA 72, confirmant une décision de la Cour suprême de Terre-Neuve, Section de première instance (1998), 162 Nfld. & P.E.I.R. 1, 500 A.P.R. 1, 51 C.R.R. (2d) 323, [1998] N.J. No. 96 (QL). Pourvoi rejeté.

*Sheila H. Greene et Paula M. Schumph*, pour l'appelante.

*Donald H. Burrage, c.r.*, et *Justin S. C. Mellor*, pour l'intimée.

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

Argumentation écrite seulement par *Gaétan Migneault*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*George H. Copley, c.r.*, et *Neena Sharma*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Roderick Wiltshire*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*William Holder et Lesli Bisgould*, pour les intervenants l'Association canadienne pour l'intégration



Living, the Canadian Hearing Society, and the Council of Canadians with Disabilities.

*Joseph J. Arvay, Q.C., and Catherine J. Parker*, for the interveners the Hospital Employees' Union, the British Columbia Government and Service Employees' Union, and the Health Sciences Association.

*Karen Schucher and Fiona Sampson*, for the intervenor the Women's Legal Education and Action Fund.

*Mary Cornish and Fay C. Faraday*, for the intervenor the Canadian Labour Congress.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — In this appeal, the Court is required to consider what sort of government fiscal crisis is sufficient (if any) to justify limiting a right or freedom guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellant union says cost considerations can never amount to such a justification. Therefore, scheduled progress towards pay equity should not have been sacrificed as it was in the Province's fiscal crisis that arose in the spring of 1991. The respondent government replies that the Court should not second-guess budgetary allocations made by the House of Assembly in the severe and unanticipated financial emergency occurring at that time. Marshall J.A. of the Court of Appeal of Newfoundland and Labrador was not only persuaded by the government's position on the facts but went on to argue that the jurisprudence under s. 1 of the *Charter* should be rewritten to explicitly require compliance with the doctrine of the separation of powers at every step of the way. Thus rewritten, he concluded, the even greater measure of judicial deference to legislative and executive choices that he advocates would allow the law at issue in this case to be justified.

In my view, the separation of powers has been a preoccupation of the s. 1 jurisprudence in general,

communautaire, la Société canadienne de l'ouïe et le Conseil des Canadiens avec déficiences.

*Joseph J. Arvay, c.r., et Catherine J. Parker*, pour les intervenants le Syndicat des employés d'hôpitaux, le Syndicat des fonctionnaires provinciaux et de service de la Colombie-Britannique et l'Association des sciences de la santé.

*Karen Schucher et Fiona Sampson*, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

*Mary Cornish et Fay C. Faraday*, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — La Cour est appelée à examiner, en l'espèce, quel genre de crise financière gouvernementale suffit (s'il y a lieu) pour justifier la restriction d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le syndicat appelant affirme que des considérations financières ne sauraient en aucun cas justifier une telle restriction. Par conséquent, les mesures prévues pour atteindre l'équité salariale n'auraient pas dû être sacrifiées comme elles l'ont été lorsque la province a connu une crise financière au printemps de 1991. Le gouvernement intimé répond que la Cour ne doit pas remettre en question les crédits budgétaires votés par l'Assemblée législative lors de cette grave crise financière inattendue. Le juge Marshall de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador s'est non seulement laissé convaincre par le point de vue gouvernemental relatif aux faits, mais il a ajouté que la jurisprudence concernant l'article premier de la *Charte* devrait être réécrite de manière à prescrire explicitement le respect du principe de la séparation des pouvoirs à chacune des étapes du processus. Il a conclu que si la jurisprudence était ainsi réécrite, la déférence judiciaire encore plus grande qu'il préconise à l'égard des choix des pouvoirs législatif et exécutif permettrait de justifier la loi en cause dans la présente affaire.

À mon avis, la séparation des pouvoirs est généralement une préoccupation dans la jurisprudence

and it was a pivotal concern in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, in particular, as will be discussed. I do not agree with Marshall J.A., with respect, that the present s. 1 jurisprudence fails to reflect the words of s. 1. Accordingly, while I agree in the result with Marshall J.A., I reach that conclusion by a more orthodox route.

relative à l'article premier et a notamment joué un rôle décisif dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, comme nous le verrons plus loin. En toute déférence, je ne partage pas l'avis du juge Marshall que la jurisprudence actuelle de notre Cour portant sur l'article premier ne reflète pas le libellé de cet article. Par conséquent, bien que je souscrive, en définitive, à la conclusion du juge Marshall, je parviens à ce résultat d'une manière plus orthodoxe.

3

On June 24, 1988, the provincial government signed a Pay Equity Agreement in favour of female employees in the health care sector including those represented in collective bargaining by the appellant. Less than three years later, before any money had actually flowed to the intended recipients, the same government introduced legislation to defer the commencement of the promised increase for three years until 1991. The justification was that the government's budgetary deficit had unexpectedly ballooned to the point where the provincial credit rating on international money markets was at risk. The House of Assembly enacted the bill retroactive to March 31, 1991 as the *Public Sector Restraint Act*, S.N. 1991, c. 3 (the "Act"), continued by S.N.L. 1992, c. P-41.1. The appellant union contends that the Act singled out female hospital workers for budget cuts that amounted to discriminatory treatment contrary to s. 15(1) of the *Charter*. The courts in Newfoundland agreed that the effects of the Act were discriminatory, but that in light of the fiscal crisis then confronting the provincial government, the measure could be justified under s. 1 of the *Charter*. As stated, I agree with that conclusion and would dismiss the appeal.

Le 24 juin 1988, le gouvernement provincial a signé une entente accordant l'équité salariale aux employées du secteur des soins de santé, y compris celles que l'appelant représente dans le cadre des négociations collectives. Moins de trois ans plus tard, alors que les employées en question n'avaient pas encore touché l'augmentation qui leur avait été promise, le même gouvernement a déposé un projet de loi visant à reporter cette augmentation de trois ans, c'est-à-dire jusqu'en 1991. Le gouvernement a justifié cette mesure par le fait que son déficit budgétaire avait, contre toute attente, augmenté au point de compromettre la cote de crédit de la province sur les marchés financiers internationaux. L'Assemblée législative a adopté, avec effet rétroactif au 31 mars 1991, la *Public Sector Restraint Act*, S.N. 1991, ch. 3 (la « Loi »), qui correspond maintenant à S.N.L. 1992, ch. P-41.1. Le syndicat appelant fait valoir que la Loi a assujéti les employées d'hôpitaux à des compressions budgétaires constituant un traitement discriminatoire au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Les tribunaux de Terre-Neuve ont convenu que la Loi avait des effets discriminatoires, mais qu'étant donné la crise financière à laquelle faisait alors face le gouvernement provincial, cette mesure était justifiable au sens de l'article premier de la *Charte*. Comme je l'ai déjà dit, je souscris à cette conclusion et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

#### I. Facts

#### I. Les faits

4

The collective agreements that had been in force between the government and the public sector unions for a number of years included a prohibition against discrimination on the ground of sex (art. 4.01). Despite this provision, the parties had

Les conventions collectives qui, depuis un certain nombre d'années, liaient le gouvernement et les syndicats du secteur public interdisaient notamment la discrimination fondée sur le sexe (art. 4.01). Cette interdiction n'avait pas empêché

negotiated collective agreements from year to year which, they eventually acknowledged, paid female-dominated work classifications less than was paid to male-dominated classifications for work of equal value. There had been in existence, the government agreed on June 24, 1988, systemic discrimination. The resulting Pay Equity Agreement between the government and the major public sector unions, including the appellant, did not itself achieve pay equity, but laid out a process and methodology for its implementation. The intention was to begin the pay equity process in the hospital sector and in Newfoundland Hydro, but eventually to “bring in pay equity in all segments” of the provincial public service (Newfoundland Preliminary Report (*Hansard*), Vol. XLI, No. 11, March 19, 1991, at p. 363).

Under the scheme of the Pay Equity Agreement, the first wage adjustment was to be made effective April 1, 1988, and thereafter the adjustments would come in increments over a period of four years at a rate per year not exceeding 1 percent of the 1987 payroll for each job “grouping” as defined therein. The full balance to achieve pay equity was to be paid out in the fifth year, on April 1, 1992. The agreement established a Pay Equity Steering Committee for the hospital sector with a membership that included equal representation from the unions and government.

The complex task of evaluating work of equal value across different job classifications, and working out the wage adjustments necessary to achieve equity, took longer than anticipated. Eventually, on March 20, 1991, the financial analysis was complete. The government estimated the immediate cost at that date of implementation of the initial stages of pay equity in the health care sector at \$24 million.

les parties de négocier, au fil des ans, des conventions collectives qui, ont-elles fini par reconnaître, prévoyaient dans le cas des catégories d’emplois à prédominance féminine des salaires inférieurs à ceux versés, pour des fonctions équivalentes, aux membres des catégories d’emplois à prédominance masculine. Le 24 juin 1988, le gouvernement a reconnu l’existence d’une discrimination systémique. L’entente sur l’équité salariale qui a résulté entre le gouvernement et les principaux syndicats du secteur public, dont l’appelant, n’a pas en soi réalisé l’équité salariale, mais a établi un processus et une méthode destinés à en assurer la réalisation. L’idée était d’enclencher le processus d’équité salariale dans le secteur hospitalier et au sein de Newfoundland Hydro et, finalement, [TRADUCTION] « de réaliser l’équité salariale dans tous les secteurs » de la fonction publique provinciale (Newfoundland Preliminary Report (*Hansard*), vol. XLI, n° 11, 19 mars 1991, p. 363).

L’entente sur l’équité salariale prévoyait que le premier réajustement serait calculé à partir du 1<sup>er</sup> avril 1988 et que, par la suite, les réajustements se traduiraient par des augmentations échelonnées sur quatre ans à un taux annuel n’excédant pas 1 pour 100 de la masse salariale de 1987 relative à chaque [TRADUCTION] « regroupement » d’emplois défini dans l’entente. Le reliquat des sommes nécessaires pour réaliser l’équité salariale serait versé au complet au cours de la cinquième année, soit le 1<sup>er</sup> avril 1992. L’entente créait un comité directeur sur l’équité salariale dans le secteur hospitalier, qui serait composé d’un nombre égal de représentants des syndicats et du gouvernement.

La tâche complexe consistant à établir l’équivalence des fonctions dans les diverses catégories d’emplois et à calculer les réajustements salariaux nécessaires pour réaliser l’équité s’est révélée plus longue que prévu. L’analyse financière a finalement été complétée le 20 mars 1991. Le gouvernement a alors estimé à 24 millions de dollars le coût immédiat de la mise en œuvre des premières phases de l’équité salariale dans le secteur des soins de santé.

5

6

7

At the time these cost estimates were received, the provincial government was experiencing what the President of the Treasury Board said was a financial crisis unprecedented in the Province's history. Existing and projected budgetary deficits had risen to the point where the Province's credit rating in financial markets was seriously at risk. He told the House of Assembly:

For the first time in our history we are faced with the prospect of having a limitation on what we can borrow . . . We could not take the chance that our credit rating would drop one more notch.

We were facing a horrendous problem that had to be dealt with for the sake of the people of the Province.

(*Hansard, supra*, at pp. 359 and 361)

8

The House of Assembly responded on April 18, 1991 with passage of the *Public Sector Restraint Act*, that was made retroactive by about three weeks to the Province's fiscal year end, being March 31, 1991.

9

Section 5 of the Act purported to freeze the wage scales of *all* public sector employees, from cabinet ministers to hospital workers, for one year, later extended to March 31, 1993. (An exception was made for increases to individual wages on account of step progression within a job classification or reclassification.) Pay equity was in part exempted from the freeze. It would still be implemented but the first adjustment was delayed to March 31, 1991 instead of April 1, 1988. It was provided that nothing would be paid on account of the three-year period from April 1, 1988 through to March 31, 1991. The effect of the Act, according to the President of the Treasury Board, was that "it erases an obligation we had there of approximately \$24 million" (*Hansard, supra*, at pp. 362-3 (emphasis added)).

10

Eventually the government and the union (without prejudice to the union's position in this litiga-

Au moment où il a reçu ces estimations de coûts, le gouvernement provincial traversait ce que le président du Conseil du Trésor a qualifié de crise financière sans précédent dans l'histoire de la province. Les déficits budgétaires réels et prévus avaient augmenté au point de compromettre sérieusement la cote de crédit de la province sur les marchés financiers. Voici ce qu'il a affirmé devant l'Assemblée législative :

[TRADUCTION] Pour la première fois de notre histoire, il pourrait y avoir des limites à ce que nous pouvons emprunter [. . .]. Nous ne pouvions pas courir le risque de voir notre cote de crédit baisser davantage.

Nous étions aux prises avec un terrible problème qui devait être réglé dans l'intérêt de la population de la province.

(*Hansard, op. cit.*, p. 359 et 361)

L'Assemblée législative a réagi, le 18 avril 1991, par l'adoption de la *Public Sector Restraint Act* qui était rétroactive au 31 mars 1991, soit environ trois semaines avant la fin de l'année financière de la province.

L'article 5 de la Loi était censé geler les salaires de *tous* les salariés du secteur public — depuis les ministres du Cabinet jusqu'aux employés d'hôpitaux — pour une période d'un an qui a ensuite été prorogée jusqu'au 31 mars 1993. (Une exception était prévue pour les augmentations d'échelon salarial et celles résultant de la reclassification d'un emploi.) L'équité salariale était partiellement exemptée du gel. Elle devait encore être réalisée, mais le premier réajustement prévu pour le 1<sup>er</sup> avril 1988 a été reporté au 31 mars 1991. Il était prévu qu'aucune somme ne serait versée pour la période de trois ans commençant le 1<sup>er</sup> avril 1988 et se terminant le 31 mars 1991. Selon le président du Conseil du Trésor, la Loi avait pour effet [TRADUCTION] « d'efface[r] l'obligation d'environ 24 millions de dollars que nous avions alors » (*Hansard, op. cit.*, p. 362-363 (je souligne)).

En fin de compte, le gouvernement et le syndicat ont convenu (sans que cela nuise à la position du

tion) agreed that instead of the contemplated five-year payout the pay equity objective would be implemented by a series of adjustments not exceeding 2 percent of individual salaries each year until pay equity as between male and female employees was achieved.

In April 1991, grievances were filed on behalf of some affected employees in respect of matters including non-payment of the pay equity wage adjustments. The parties subsequently agreed to proceed only with the grievances concerning pay equity.

## II. Relevant Legislation

*Public Sector Restraint Act*, S.N. 1991, c. 3

9. (1) Notwithstanding the terms and conditions of a pay equity agreement contained in a collective agreement or added by agreement to an existing collective agreement, no pay equity agreement shall contain a provision which implements that pay equity agreement retroactively.

(2) Where there is a provision in a pay equity agreement which provides that the pay equity agreement shall be implemented retroactively, that provision is void.

(3) Notwithstanding the other provisions of this Act, a pay equity agreement may be negotiated or implemented, but the 1st pay equity wage adjustment date shall be the date on which the pay equity wage adjustment is agreed upon.

(4) This section applies whether the pay equity agreement is reached or the pay equity wage adjustment date is agreed upon before or after the date this Act comes into force.

(5) In this section "pay equity agreement" means an agreement between a public sector employer and a group of public sector employees to recognize the compensation practice which is based primarily on the relative value of the work performed, irrespective of the gender of employees, and includes a requirement that no employer shall establish or maintain a difference between compensation paid to male and female employees, employed by that employer, who are performing work of equal or comparable value.

syndicat dans le présent litige) qu'au lieu de procéder, comme prévu, à des versements échelonnés sur une période de cinq ans, l'objectif d'équité salariale serait réalisé au moyen d'une série de réajustements n'excédant pas 2 pour 100 des salaires individuels annuels, jusqu'à ce que l'équité salariale des travailleurs et des travailleuses soit atteinte.

En avril 1991, des griefs portant sur plusieurs questions, dont l'omission d'effectuer les réajustements au titre de l'équité salariale, ont été déposés au nom de certains salariés touchés par cette mesure. Les parties ont, par la suite, convenu de s'en tenir aux griefs relatifs à l'équité salariale.

## II. Disposition législative pertinente

*Public Sector Restraint Act*, S.N. 1991, ch. 3

[TRADUCTION]

9. (1) Par dérogation aux modalités d'une entente sur l'équité salariale contenue dans une convention collective ou ajoutée, à la suite d'un accord, à une convention collective en vigueur, aucune entente sur l'équité salariale ne doit comporter une disposition prévoyant l'application rétroactive de l'entente.

(2) Toute disposition d'une entente sur l'équité salariale qui prévoit l'application rétroactive de l'entente est nulle et sans effet.

(3) Par dérogation aux autres dispositions de la présente loi, une entente sur l'équité salariale peut être négociée ou mise à exécution, mais la date du premier réajustement au titre de l'équité salariale est celle convenue pour l'effectuer.

(4) Le présent article s'applique peu importe que l'entente sur l'équité salariale soit conclue ou que la date du paiement des réajustements au titre de l'équité salariale soit convenue avant ou après l'entrée en vigueur de la présente loi.

(5) Dans le présent article, « entente sur l'équité salariale » s'entend d'une entente dans laquelle un employeur du secteur public et un groupe de salariés du secteur public reconnaissent la pratique salariale qui est fondée principalement sur l'équivalence relative des fonctions exercées, indépendamment du sexe des salariés, et qui interdit notamment à l'employeur d'établir ou de maintenir la disparité salariale fondée sur le sexe de ses employés qui exercent des fonctions équivalentes ou comparables.

11

12

### III. Judicial History

A. *Arbitration Board (D. L. Alcock, Chair; J. Sack, Q.C., and R. S. Noseworthy, Q.C., Members)*, April 4 and 14, 1997

13 The Board held that as the Pay Equity Agreement of June 24, 1988 had been incorporated into the relevant collective agreements, the Board had jurisdiction to deal with the grievances.

14 The effect of s. 9(1) of the *Public Sector Restraint Act* was to eliminate the “retroactive” benefit of three months between the date the Pay Equity Agreement was signed (June 24, 1988) and the beginning of fiscal year 1988-89 on April 1, 1988. More significantly, the Board noted the date of the initial adjustment (i.e., increase) would be delayed from April 1, 1988 to March 31, 1991, and the workers’ entitlement to arrears for the 1988-91 period was wiped out (or, as the President of the Treasury Board said, “erased”).

15 The Board was unanimous that the Act infringed s. 15(1) of the *Charter* because the “government knew that s. 9 would have an adverse economic impact on females who had been subjected to widely recognized gender discrimination” (p. 86). The government had undertaken, in the Pay Equity Agreement, to address what it had agreed was discrimination, and the House of Assembly could not, without infringing s. 15(1), nullify by legislation the agreed-upon remedial plan. The Board wrote, at p. 87:

By curtailing the adjustments required under the Pay Equity Agreement, s. 9 of the *Public Sector Restraint Act* disproportionately and adversely affected female employees working in the public sector by depriving them of the benefit of pay equity in comparison with employees in male-dominated job classifications who are paid in accordance with the value of their work.

16 As to the government’s attempt to justify the infringement of equality rights, the Board agreed that “the objective of the *Public Sector Restraint Act*

### III. Les décisions antérieures

A. *Conseil d’arbitrage (le président D. L. Alcock et les membres J. Sack, c.r., et R. S. Noseworthy, c.r.)*, les 4 et 14 avril 1997

Le conseil d’arbitrage a jugé qu’il avait compétence pour examiner les griefs étant donné que l’entente sur l’équité salariale du 24 juin 1988 était incorporée dans les conventions collectives pertinentes.

Le paragraphe 9(1) de la *Public Sector Restraint Act* avait pour effet de supprimer la période de rétroactivité de trois mois comprise entre la date de la signature de l’entente sur l’équité salariale (24 juin 1988) et le début de l’année financière 1988-1989, le 1<sup>er</sup> avril 1988. Qui plus est, le conseil d’arbitrage a souligné que le premier réajustement (c’est-à-dire l’augmentation) était reporté du 1<sup>er</sup> avril 1988 au 31 mars 1991, et que le droit des employés à des arriérés pour la période de 1988 à 1991 était éliminé (ou « effacé », comme l’a dit le président du Conseil du Trésor).

Le conseil d’arbitrage a décidé à l’unanimité que la Loi violait le par. 15(1) de la *Charte* étant donné que le [TRADUCTION] « gouvernement savait que l’art. 9 aurait des répercussions économiques néfastes sur les femmes qui, de l’aveu général, étaient victimes de discrimination fondée sur le sexe » (p. 86). Dans l’entente sur l’équité salariale, le gouvernement avait entrepris de corriger ce qui, de son propre aveu, constituait de la discrimination, et l’Assemblée législative ne pouvait pas, sans violer le par. 15(1), annuler au moyen d’une loi le plan de redressement convenu. Le conseil d’arbitrage a écrit (p. 87) :

[TRADUCTION] En réduisant les réajustements prescrits par l’entente sur l’équité salariale, l’art. 9 de la *Public Sector Restraint Act* avait des répercussions néfastes et disproportionnées sur les salariées du secteur public en les privant de l’équité salariale avec les salariés des catégories d’emplois à prédominance masculine dont la rémunération est proportionnelle à la valeur de leur travail.

En ce qui concerne la tentative du gouvernement de justifier l’atteinte aux droits à l’égalité, le conseil d’arbitrage a reconnu que [TRADUCTION] « la *Public*

was to reduce an escalating deficit in circumstances where the financial health and well-being of the Province was at stake” (p. 96). The Board stated:

The money sought to be saved would result from the reduction of expected collective bargaining expenditures. Most would be saved by wage restraint. The remainder (some \$24 million in Mr. Baker’s estimation) would have to come from a group of women suffering systemic gender discrimination who were awaiting that amount of money as partial redress for that discrimination.

While pay restraint was rationally connected to solving the Province’s financial dilemma, a majority of the Board found that the *Public Sector Restraint Act* could not be saved under s. 1 because the government had failed to demonstrate it had examined less drastic or less unfair means of solving its fiscal problems such as unpaid leave, job sharing, early retirement or reduced employees pension contributions in respect of *all* public sector employees. The majority decision of the Arbitration Board therefore declared s. 9 of the *Public Sector Restraint Act* to be void and ordered the government to comply with the original terms of the Pay Equity Agreement.

The government nominee, Ronald S. Noseworthy, Q.C., in a partial dissent, agreed that the *Public Sector Restraint Act* infringed s. 15(1) of the *Charter* because it singled out female-dominated work classifications for adverse impact by denying them the 1988-91 pay equity adjustments. However, in his view the Act was legislation “of an emergency nature” and was saved under s. 1. It was rationally connected to the pressing and substantial objective of putting the Province’s finances in order. It also met the proportionality test. Other measures *could* have been taken but a “high degree of deference” is owed to the House of Assembly “when they are allocating scarce resources amongst competing groups” (p. 132). In his view, the *Public Sector Restraint Act* was valid

*Sector Restraint Act* avait pour but de réduire un déficit croissant dans des circonstances où la santé financière et le bien-être de la province étaient compromis » (p. 96). Il a dit :

[TRADUCTION] Les économies que l’on cherchait à réaliser proviendraient de la réduction des dépenses prévues en matière de négociation collective. Elles résulteraient, pour la plupart, de restrictions salariales. Le reste (estimé par M. Baker à environ 24 millions de dollars) devrait provenir d’un groupe de femmes victimes de discrimination systémique fondée sur le sexe qui attendaient cet argent à titre de réparation partielle de cette discrimination.

Le conseil d’arbitrage a conclu à la majorité que, malgré l’existence d’un lien rationnel entre les restrictions salariales et la solution du dilemme financier devant lequel se trouvait la province, la *Public Sector Restraint Act* ne pouvait pas être sauvegardée par application de l’article premier parce que le gouvernement n’avait pas démontré qu’il avait envisagé d’autres moyens moins draconiens ou moins injustes de régler ses problèmes financiers, comme les congés sans solde, le partage d’emploi, la retraite anticipée ou la réduction des cotisations aux régimes de retraite à l’égard de *tous* les salariés du secteur public. Les membres majoritaires du conseil d’arbitrage ont donc déclaré que l’art. 9 de la *Public Sector Restraint Act* était nul et sans effet et a ordonné au gouvernement de respecter les conditions initiales de l’entente sur l’équité salariale.

Le membre désigné par le gouvernement, Ronald S. Noseworthy, c.r., qui était en partie dissident, a reconnu que la *Public Sector Restraint Act* violait le par. 15(1) de la *Charte* du fait qu’elle avait des répercussions néfastes sur les membres de catégories d’emplois à prédominance féminine en les privant des réajustements au titre de l’équité salariale prévus pour les années 1988 à 1991. Il était toutefois d’avis que la Loi était une mesure législative [TRADUCTION] « d’urgence » qui était sauvegardée par application de l’article premier. Elle avait un lien rationnel avec l’objectif urgent et réel de rétablissement de l’ordre dans les finances de la province. Elle satisfaisait également au critère de proportionnalité. D’autres mesures *auraient pu* être prises, mais une « grande déférence » s’impose à l’égard de

17

18

legislation and the grievances should therefore be dismissed.

B. *Newfoundland Supreme Court, Trial Division* (1998), 162 Nfld. & P.E.I.R. 1

19 On judicial review, Mercer J. agreed that s. 9 of the Act infringed s. 15(1) of the *Charter* because it “had an adverse economic impact upon a class of employees which Government had recognized as the victims of systemic gender discrimination” (para. 55). The impact was particularly significant for employees who retired, were injured on the job or received severance pay between April 1, 1988 and March 31, 1991, because they entirely lost the pay equity benefit to which they were entitled. “Section 9 therefore constituted the statutory basis for the continuance of gender discrimination past the date when Government was obliged to eliminate it” (para. 55).

20 With respect to s. 1 of the *Charter*, Mercer J. considered that in a period of severe fiscal restraint the objective of reducing expenditures was sufficiently important to justify a limitation on the s. 15(1) *Charter* right. Section 9 of the Act eliminated the payment of pay equity adjustments for the 1988-90 fiscal years. The necessary rational connection to the objective had therefore been established.

21 With respect to the proportionality of the legislative response, Mercer J. held that the courts should accord a measure of deference to the legislature when that body responds to social problems, including the resolution of competing rights between different sectors of society. The \$24 million saved by the deferral of the pay equity adjustments was part of a larger \$200 million fiscal problem. To address that problem the government had

l’Assemblée législative « lorsqu’elle répartit des ressources limitées entre des groupes d’intérêts opposés » (p. 132). Il a estimé que la *Public Sector Restraint Act* était une mesure législative valide et que les griefs devaient, par conséquent, être rejetés.

B. *Cour suprême de Terre-Neuve, Section de première instance* (1998), 162 Nfld. & P.E.I.R. 1

Lors du contrôle judiciaire, le juge Mercer a reconnu que l’art. 9 de la Loi violait le par. 15(1) de la *Charte* parce qu’il [TRADUCTION] « avait des répercussions économiques néfastes sur une catégorie de salariés qui, de l’aveu même du gouvernement, étaient victimes de discrimination systémique fondée sur le sexe » (par. 55). Les répercussions étaient particulièrement importantes pour les salariées qui étaient retraitées, qui avaient subi des blessures au travail ou qui avaient touché une indemnité de départ entre le 1<sup>er</sup> avril 1988 et le 31 mars 1991, parce qu’elles perdaient complètement les paiements auxquels elles avaient droit au titre de l’équité salariale. « L’article 9 constituait donc le fondement légal du maintien de la discrimination fondée sur le sexe après la date à laquelle le gouvernement était tenu de l’éliminer » (par. 55).

Quant à l’article premier de la *Charte*, le juge Mercer a estimé qu’en période de restrictions budgétaires majeures l’objectif de réduction des dépenses était suffisamment important pour justifier la restriction du droit garanti par le par. 15(1) de la *Charte*. L’article 9 de la Loi supprimait les réajustements au titre de l’équité salariale pour les années financières 1988 à 1990. L’existence du lien rationnel nécessaire avec l’objectif visé était donc établie.

En ce qui concerne la proportionnalité de la réponse législative, le juge Mercer a conclu que les tribunaux devaient faire montre de déférence à l’égard du législateur lorsqu’il réagit à des problèmes sociaux, y compris lorsqu’il doit concilier les droits opposés de différents secteurs de la société. L’économie de 24 millions de dollars que permettait de réaliser le report des réajustements au titre de l’équité salariale était un élément



considered various alternatives such as borrowing, tax increases, budget freezes and reductions in government expenditures. The union had agreed from the outset that pay equity could properly be put into effect by incremental adjustments. The effect of the Act was to defer, not repudiate, implementation of the Pay Equity Agreement. In Mercer J.'s view the Act did not have a disproportionately severe effect upon the affected group of female hospital workers in relation to the broader benefits achieved by fiscal restraint for the Province as a whole.

Mercer J. therefore quashed the majority decision of the Board and dismissed the grievances.

C. *Newfoundland Court of Appeal* (2002), 221 D.L.R. (4th) 513, 2002 NLCA 72

Marshall J.A. agreed that s. 9 had a discriminatory effect, and concurred with the motions judge's conclusion that the Arbitration Board was correct in its unanimous holding that s. 9 of the *Public Sector Restraint Act* infringed equality rights guaranteed under s. 15(1) of the *Charter*. Although, in his view, the government was under no constitutional obligation to have addressed the problem of pay discrimination in the first place, once it did so it was not open to the government to revoke its commitment without infringing s. 15(1).

With respect to justification, Marshall J.A. held that s. 1 of the *Charter* must be "harmonized with the Separation of Powers Doctrine by foreclosing the potential for the judiciary to assume the role of final arbitrator of the correctness of policy initiatives within the purview of the political branches of government" (para. 351).

Since, in his view, the *Oakes* proportionality requirements courted a risk of putting the judiciary in the shoes of the other branches of government as ultimate arbitrator of which policy choices were in the best interests of the people of the province,

de solution d'un plus grand problème financier de 200 millions de dollars. Pour régler ce problème, le gouvernement avait envisagé diverses solutions, dont le recours à des emprunts, à des augmentations d'impôt, au gel budgétaire et à la réduction de ses dépenses. Le syndicat avait reconnu d'emblée que l'équité salariale pouvait être réalisée au moyen de réajustements échelonnés. La Loi avait pour effet de reporter, et non d'annuler, la mise en œuvre de l'entente sur l'équité salariale. Selon le juge Mercer, la Loi n'avait, sur le groupe touché des employées d'hôpitaux, aucune répercussion grave disproportionnée aux avantages généraux des restrictions budgétaires pour l'ensemble de la province.

Le juge Mercer a donc annulé la décision majoritaire du conseil d'arbitrage et rejeté les griefs.

C. *Cour d'appel de Terre-Neuve* (2002), 221 D.L.R. (4th) 513, 2002 NLCA 72

Le juge Marshall a reconnu que l'art. 9 était discriminatoire et a souscrit à la conclusion du juge des requêtes que le conseil d'arbitrage avait eu raison de décider à l'unanimité que l'art. 9 de la *Public Sector Restraint Act* portait atteinte aux droits à l'égalité garantis par le par. 15(1) de la *Charte*. Il estimait toutefois que, même si le gouvernement n'avait, au départ, aucune obligation constitutionnelle de s'attaquer au problème de la discrimination salariale, une fois qu'il l'avait fait, il ne pouvait pas renier son engagement sans violer le par. 15(1).

Pour ce qui est de la justification, le juge Marshall a conclu que l'article premier de la *Charte* doit être [TRADUCTION] « harmonisé avec le principe de la séparation des pouvoirs en empêchant les tribunaux de jouer le rôle d'arbitre qui tranche de manière irrévocable la question de la justesse des stratégies relevant des organes politiques du gouvernement » (par. 351).

Étant donné que, selon lui, les exigences de proportionnalité formulées dans l'arrêt *Oakes* risquaient de faire des tribunaux, plutôt que des autres branches du gouvernement, l'arbitre qui décide de manière irrévocable quels choix de politique

22

23

24

25

Marshall J.A. suggested, at para. 365, that explicit recognition of the separation of powers doctrine should be added to the s. 1 test:

There is a need, then, to revisit those three gateways to proportionality [set out in *Oakes*], and if not to completely reframe them, at least to oil their hinges to assure they swing in harmony with the Separation of Powers.

26 In his view, the sheer magnitude of the severe financial situation presented by the prospect of burgeoning fiscal deficits in early 1991 demonstrated that the reduction and containment of fiscal deficits was an urgent, pressing and substantial objective. Fiscal restraint was rationally connected to that objective. A perusal of the “extended budgetary explanation” in *Hansard* provided ample support for the motion judge’s conclusion that the government had considered various alternatives such as borrowing, tax increases, budget freezes and reduction in government expenditures.

27 The fact that the impugned legislation delayed pay equity implementation rather than eliminating it showed that “reasonable effort” had been made to minimize the infringement. The deleterious effects of limiting constitutionally protected equality rights were outweighed by the pressing and substantial objective of containing and reducing the forecasted budgetary deficits.

28 “Swinging in harmony” with the separation of powers doctrine required judicial deference to the policy choices adopted by the elected representatives to address communal or societal needs.

#### IV. Constitutional Questions

29 On October 29, 2003, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Does s. 9 of the *Public Sector Restraint Act*, S.N. 1991, c. 3, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

générale sont dans le meilleur intérêt de la population de la province, le juge Marshall a proposé, au par. 365, que la reconnaissance explicite du principe de la séparation des pouvoirs soit ajoutée au critère relatif à l’article premier :

[TRADUCTION] Il est donc nécessaire de réexaminer les trois éléments du critère de proportionnalité [énoncés dans l’arrêt *Oakes*] et, à défaut de les reformuler complètement, au moins de les peaufiner afin d’en assurer l’harmonisation avec la séparation des pouvoirs.

À son avis, l’ampleur même des difficultés financières que laissait entrevoir la croissance anticipée des déficits budgétaires au début de 1991 démontrait que la réduction et le contrôle des déficits budgétaires étaient un objectif urgent et réel. Il existait un lien rationnel entre les restrictions budgétaires et cet objectif. Un examen attentif des [TRADUCTION] « explications budgétaires approfondies » données dans le *Hansard* permettait amplement au juge des requêtes de conclure que le gouvernement avait envisagé diverses solutions dont le recours à des emprunts, à des augmentations d’impôt, au gel budgétaire et à la réduction de ses dépenses.

Le fait que la mesure législative contestée ait retardé la réalisation de l’équité salariale au lieu de la supprimer montrait qu’un [TRADUCTION] « effort raisonnable » avait été déployé pour réduire au minimum l’atteinte. L’objectif urgent et réel du contrôle et de la réduction des déficits budgétaires anticipés l’emportait sur les effets préjudiciables de la restriction des droits à l’égalité garantis par la Constitution.

L’« harmonisation » avec le principe de la séparation des pouvoirs obligeait les tribunaux à faire montre de déférence envers les choix de politique générale que les représentants élus avaient faits pour répondre aux besoins de la collectivité ou de la société.

#### IV. Questions constitutionnelles

Le 29 octobre 2003, la Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

1. L’article 9 de la *Public Sector Restraint Act*, S.N. 1991, ch. 3, porte-t-il atteinte au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

To which the appellant adds a supplementary question:

3. Did the Court of Appeal err in adding a further step to the section 1 analysis, namely a requirement for the Court to determine explicitly at each stage whether the separation of powers doctrine has been offended?

#### V. Analysis

Pay equity has been one of the most difficult and controversial workplace issues of our times. There is no doubt that in the 1980s women hospital workers in Newfoundland and Labrador (and elsewhere) were being paid less than men for work of equal value. By 1988, it had become a significant collective bargaining issue between the provincial government and the public sector unions.

The Pay Equity Agreement signed on June 24, 1988 was a major achievement. No doubt it was bought by the public sector unions with concessions on other fronts. Progress on such an important issue, once achieved, should not be lightly set aside. Yet, the effect of the *Public Sector Restraint Act* was not only to shift the start of the provincial government's pay equity adjustments from 1988 to 1991, but to eliminate any liability for amounts otherwise payable to the underpaid female hospital workers in respect of the three fiscal years ending March 31, 1991. For those workers who retired prior to 1991, the Act meant they derived no benefit at all from the agreement their union had achieved. Nevertheless the provincial government argues that the *Public Sector Restraint Act* is entirely valid on the basis that: (1) there being nothing in the *Charter* (the government says) imposing pay equity as a constitutional obligation, there can be no constitutional impediment to its repeal, let alone

2. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

L'appellant ajoute une autre question :

3. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en ajoutant un autre volet à l'analyse fondée sur l'article premier, savoir l'exigence que le tribunal détermine expressément à chaque étape s'il y a eu manquement au principe de la séparation des pouvoirs?

#### V. Analyse

L'équité salariale est l'une des questions les plus épineuses et controversées de notre époque dans le monde du travail. Il ne fait aucun doute que, pendant les années 1980, les employées d'hôpitaux de Terre-Neuve-et-Labrador (et d'ailleurs) touchaient des salaires inférieurs à ceux des hommes exerçant des fonctions équivalentes. Dès 1988, l'équité salariale était devenue un enjeu important des négociations collectives entre le gouvernement provincial et les syndicats du secteur public.

La signature de l'entente sur l'équité salariale, le 24 juin 1988, a été une réalisation importante. Il est indubitable que les syndicats du secteur public l'ont obtenue en faisant des concessions sur d'autres points. Les progrès réalisés sur une question aussi importante ne doivent pas être écartés à la légère. Pourtant, la *Public Sector Restraint Act* avait non seulement pour effet de reporter de 1988 à 1991 le début des réajustements au titre de l'équité salariale consentis par le gouvernement provincial, mais encore elle supprimait l'obligation de verser des sommes par ailleurs payables aux employées sous-payées des hôpitaux pour les trois années financières prenant fin le 31 mars 1991. Pour les employés qui avaient pris leur retraite avant 1991, la Loi signifiait qu'ils ne profiteraient pas de l'entente conclue par leur syndicat. Le gouvernement provincial soutient néanmoins que la *Public Sector Restraint Act* est tout à fait valide pour les motifs suivants : (1) étant donné que (selon le gouvernement) la *Charte*

30

31

a “deferral” of its effective date; (2) in any event, there is nothing in the *Public Sector Restraint Act* that creates a distinction that qualifies as discrimination within s. 15(1) of the *Charter*; and (3) if any such discrimination is found to exist it is justified under s. 1 of the *Charter*.

ne fait pas de l'équité salariale une obligation constitutionnelle, il ne saurait y avoir d'obstacle constitutionnel à l'annulation de l'entente intervenue à cet égard, encore moins au « report » de sa date de prise d'effet; (2) de toute façon, la *Public Sector Restraint Act* n'établit aucune distinction susceptible d'être qualifiée de discriminatoire au sens du par. 15(1) de la *Charte*; (3) si on conclut à l'existence de discrimination, cette dernière est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*.

32 I do not believe there is much substance in the first two points. The battleground in this case is the s. 1 justification. Nevertheless, I propose to deal with the points in the order presented.

Je ne crois pas que les deux premiers arguments soient très solides. Le litige en l'espèce porte sur la justification au regard de l'article premier. Je compte néanmoins examiner ces arguments dans l'ordre dans lequel ils ont été exposés.

A. *Absence of a Constitutional Obligation*

A. *L'absence d'obligation constitutionnelle*

33 The respondent says that female workers have no right under s. 15(1) of the *Charter* to equal pay for work of equal value. What the government gave in 1988, the government could take away in 1991. It is true that in the ordinary course, legislative adoption of a remedial measure does not “constitutionalize” it so as to fetter its repeal: *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at p. 563. Here, however, the provincial government signed a Pay Equity Agreement on June 24, 1988 which changed the legal landscape by creating enforceable contractual rights to end pay discrimination by a procedure contractually binding on all of the parties. The Pay Equity Agreement was incorporated into the public sector collective agreements.

L'intimée affirme que le par. 15(1) de la *Charte* ne garantit pas aux travailleuses le droit de toucher un salaire égal pour un travail égal. Le gouvernement pouvait retirer en 1991 ce qu'il avait accordé en 1988. Il est vrai que, normalement, l'adoption par le législateur d'une mesure corrective ne la « constitutionnalise » pas au point d'en empêcher l'annulation : *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, p. 563. En l'espèce, toutefois, le gouvernement provincial a, le 24 juin 1988, signé une entente sur l'équité salariale qui a changé le paysage juridique en créant des droits contractuels exécutoires destinés à mettre fin à la discrimination salariale au moyen d'un processus contractuel liant toutes les parties. L'entente sur l'équité salariale a été incorporée dans les conventions collectives du secteur public.

34 This process converted pay equity from a policy argument into an existing legal obligation for the benefit of the female hospital workers. The purpose of the *Public Sector Restraint Act* was to reduce the women's pay below their contractual entitlement. Its intended effect was to pay them less than was paid to men for work of equal value. Passage of the Act on April 18, 1991 left women hospital workers worse off than they were on April 17, 1991. The issue is whether the disadvantage thus imposed on

Ce processus a fait de l'équité salariale, argument de politique générale, une obligation juridique réelle profitant aux employées d'hôpitaux. La *Public Sector Restraint Act* avait pour but de réduire le salaire auquel les femmes avaient droit en vertu de leur contrat de travail. L'effet recherché était de leur verser un salaire inférieur à celui des hommes exerçant des fonctions équivalentes. L'adoption de la Loi, le 18 avril 1991, a fait en sorte que les employées d'hôpitaux se sont

April 18, 1991 amounted to discrimination within the scope of s. 15(1) of the *Charter*.

The respondent government relies on *Ferrel v. Ontario (Attorney General)* (1998), 42 O.R. (3d) 97 (C.A.), which upheld the authority of Ontario to repeal an affirmative action provision in the *Employment Equity Act, 1993*, put in place by the previous government. The repealed provision authorized regulations to require private employers to adopt employment equity plans. Such plans could require “numerical goals determined . . . with reference to percentages approved by the [Employment Equity] Commission that, in the opinion of the Commission, fairly reflect[ed] the representation of the designated groups in the population of a geographical area or in any other group of people” (s. 55(2)). After noting that workplace discrimination was already prohibited by the Ontario *Human Rights Code*, and that the law in question was supplementary “machinery” to promote hiring practices “under the shield of s. 15(2) of the *Charter*” (p. 110), Morden A.C.J. concluded that the preference of the newly elected legislature for the “machinery” of the Ontario *Human Rights Code* over the “numbers-driven” repealed provision did not violate s. 15(1). If the result were otherwise, he noted, the *Charter* would itself “have an inhibiting effect on legislatures enacting tentative, experimental legislation in areas of complex social and economic relations” (p. 110).

The argument here is not over the “machinery” of government. On April 18, 1991 when the *Public Sector Restraint Act* was passed, the female hospital workers were not workers in search of machinery to pursue a claim. They were entitled under their collective agreements to four years of pay equity adjustments (1988, 1989, 1990 and

retrouvées dans une situation pire que celle dans laquelle elles étaient le 17 avril 1991. Il s’agit de déterminer si le désavantage ainsi infligé le 18 avril 1991 constituait de la discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte*.

Le gouvernement intimé invoque l’arrêt *Ferrel c. Ontario (Attorney General)* (1998), 42 O.R. (3d) 97 (C.A.), qui a confirmé le pouvoir de l’Ontario d’abroger une disposition de promotion sociale contenue dans la *Loi de 1993 sur l’équité en matière d’emploi* adoptée par le gouvernement précédent. La disposition abrogée permettait d’obliger, par règlement, les employeurs du secteur privé à adopter des programmes d’équité en matière d’emploi. Ces programmes pouvaient prescrire « des objectifs quantitatifs [. . .] déterminés selon des pourcentages approuvés par la Commission [de l’équité en matière d’emploi] et qui, de l’avis de la Commission, reflètent fidèlement la représentation des groupes désignés dans la population d’une zone géographique ou dans tout autre groupe » (par. 55(2)). Après avoir souligné que la discrimination au travail était déjà interdite par le *Code des droits de la personne* de l’Ontario et que la loi en cause constituait un [TRADUCTION] « mécanisme » complémentaire de promotion des pratiques d’embauche « protégées par le par. 15(2) de la *Charte* » (p. 110), le juge en chef adjoint Morden a conclu que la préférence de la législature nouvellement élue pour le « mécanisme » du *Code des droits de la personne* de l’Ontario plutôt que pour la disposition abrogée [TRADUCTION] « reposant sur des chiffres » ne violait pas le par. 15(1). Il a fait remarquer que, s’il en était autrement, la *Charte* elle-même aurait [TRADUCTION] « un effet inhibiteur sur les législatures qui adoptent des mesures législatives provisoires et expérimentales dans des domaines où règnent des rapports sociaux et économiques complexes » (p. 110).

Le débat ne porte pas en l’espèce sur les « mécanismes » de l’appareil gouvernemental. Le 18 avril 1991, lorsque la *Public Sector Restraint Act* a été adoptée, les employées d’hôpitaux ne cherchaient pas un mécanisme de revendication. Elles avaient droit, en vertu de leurs conventions collectives, aux quatre années de réajustements au titre de l’équité

1991) which, at that point, had been ascertained and agreed to by the government and the union. The debt was payable on April 1, 1991. It was this entitlement, due to an historically disadvantaged minority in the workforce, that was targeted by the Act.

37 I do not wish to be taken as agreeing with counsel for the respondent that there is no direct infringement of s. 15(1) when a government employer discriminates in the payment of wages for work of equal value on the basis of the sex of the employee. We do not get to that issue in this case. For present purposes, it is sufficient to hold that the question whether the targeting of acquired rights of women hospital workers in this case was discriminatory is clearly within the ambit of s. 15(1) scrutiny.

B. *Does Section 9 of the Public Sector Restraint Act Breach Section 15(1) of the Charter?*

38 Counsel for the appellant concisely summarized her s. 15(1) argument against the *Public Service Restraint Act*:

It repudiates recognition by the state of the undervaluation of work done by women, it identifies pay inequity for women as acceptable and it repudiates state responsibility [as employer] for redressing systemic discrimination for women.

While this description necessarily sacrifices nuance in the interest of brevity, it certainly captures the essence of the debate.

39 The provincial government has an uphill battle contesting an infringement of s. 15(1) in light of the opening clauses of the Pay Equity Agreement it signed on June 24, 1988:

#### PURPOSE

1.1 To achieve pay equity by redressing systemic gender discrimination in compensation for work performed by employees in female dominated classes within the bargaining units represented by AAHP, IBEW, CUPE, NAPE and NLNU, and whose members are

salariale (1988, 1989, 1990 et 1991) déjà convenues par le gouvernement et le syndicat. La dette était payable le 1<sup>er</sup> avril 1991. C'est ce droit, revenant à une minorité historiquement défavorisée de la population active, qui était ciblé par la Loi.

Je ne veux pas que l'on pense que je conviens avec l'avocat de l'intimée qu'il n'y a aucune violation directe du par. 15(1) dans le cas où, en matière de rémunération versée pour des fonctions équivalentes, un gouvernement employeur fait preuve de discrimination fondée sur le sexe du salarié. Nous n'examinons pas cette question en l'espèce. Pour les besoins de la présente affaire, il suffit d'affirmer que la question de savoir s'il était discriminatoire de cibler les droits acquis des employées d'hôpitaux en l'espèce peut clairement faire l'objet d'un examen fondé sur le par. 15(1).

B. *L'article 9 de la Public Sector Restraint Act viole-t-il le par. 15(1) de la Charte?*

L'avocate de l'appelant a résumé succinctement l'argument fondé sur le par. 15(1) qu'elle invoque à l'encontre de la *Public Sector Restraint Act* :

[TRADUCTION] Elle annule la reconnaissance par l'État de la sous-évaluation du travail des femmes, elle établit que l'iniquité salariale à l'égard des femmes est acceptable et elle rejette l'obligation de l'État [en tant qu'employeur] de remédier à la discrimination systémique dont les femmes sont victimes.

Bien qu'elle sacrifie les nuances au nom de la concision, cette description permet sûrement de saisir l'essence du débat.

Le gouvernement provincial peut difficilement nier qu'il y a violation du par. 15(1), compte tenu de la clause liminaire de l'entente sur l'équité salariale qu'il a signée le 24 juin 1988 :

[TRADUCTION]

#### OBJET

1.1 Réaliser l'équité salariale en remédiant à la discrimination salariale systémique fondée sur le sexe dont sont victimes les membres des catégories d'emplois à prédominance féminine qui font partie des unités de négociation représentées par l'AAHP, la FIOE,

employees covered by *The Public Service (Collective Bargaining) Act, 1973*. [Emphasis added.]

The value placed on a person's work is more than just a matter of dollars and cents. The female hospital workers were being told that they did not deserve equal pay despite making a contribution of equal value. As Dickson C.J. observed in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, dissenting, at p. 368:

Work is one of the most fundamental aspects in a person's life, providing the individual with a means of financial support and, as importantly, a contributory role in society. A person's employment is an essential component of his or her sense of identity, self-worth and emotional well-being. Accordingly, the conditions in which a person works are highly significant in shaping the whole compendium of psychological, emotional and physical elements of a person's dignity and self-respect. [Emphasis added.]

This case thus fits easily within the framework established in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, which identified the affirmation of human dignity and self-worth as a central purpose of s. 15(1) of the *Charter*.

The effect of the *Public Sector Restraint Act* in 1991 was to affirm a policy of gender discrimination which the provincial government had itself denounced three years previously. The Act draws a clear formal distinction between those who were entitled to benefit from pay equity, and everyone else. The appropriate comparator group consists of men in male-dominated classifications performing work of equal value. That group was not similarly targeted. They were paid according to their contractual entitlement. The adverse impact of the legislation therefore fell disproportionately on women, who were already at a disadvantage relative to male-dominated jobs as they earned less money. It is true that the Act targeted an advantage secured to "female dominated classes", and thus presumably included some males, but such inclusion does not change the result. The category of "female dominated classes" was established in the original Pay

le SCFP, la NAPE et le NLNU, et dont les membres sont des salariés visés par la *Public Service (Collective Bargaining) Act, 1973*. [Je souligne.]

La valeur du travail effectué par une personne est plus qu'une simple question d'argent. Les employées d'hôpitaux se faisaient dire qu'elles ne méritaient pas un salaire égal malgré leur contribution égale. Comme l'a fait remarquer le juge en chef Dickson, dissident, dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 368 :

Le travail est l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société. L'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel. C'est pourquoi, les conditions dans lesquelles une personne travaille sont très importantes pour ce qui est de façonner l'ensemble des aspects psychologiques, émotionnels et physiques de sa dignité et du respect qu'elle a d'elle-même. [Je souligne.]

Le présent pourvoi s'inscrit donc facilement dans le cadre établi par l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, où la Cour a indiqué que l'affirmation de la dignité humaine et de l'estime de soi constitue l'objet central du par. 15(1) de la *Charte*.

La *Public Sector Restraint Act* de 1991 avait pour effet de confirmer une politique de discrimination fondée sur le sexe que le gouvernement provincial avait lui-même dénoncée trois ans auparavant. La Loi établissait une distinction formelle claire entre les personnes ayant droit à l'équité salariale et les autres. Le groupe de comparaison à utiliser est celui des hommes qui exercent des fonctions équivalentes dans des catégories d'emplois à prédominance masculine. Ce groupe n'était pas ciblé de façon similaire. Les membres de ce groupe étaient rémunérés conformément à leur contrat de travail. Les répercussions préjudiciables de la mesure législative étaient donc ressenties de façon disproportionnée par les femmes qui étaient déjà défavorisées par rapport aux catégories d'emplois à prédominance masculine du fait qu'elles touchaient un salaire inférieur. Il est vrai que la Loi visait un avantage conféré aux [TRADUCTION] « catégories d'emplois à

40

41

42

Equity Agreement, wherein the government formally acknowledged that in relation to workers thus defined the pay differential constituted “systemic gender discrimination”.

prédominance féminine » qui, peut-on le présumer, incluait des hommes, mais une telle inclusion ne change rien au résultat. La catégorie des « catégories d’emplois à prédominance féminine » était établie dans l’entente initiale sur l’équité salariale où le gouvernement reconnaissait formellement que, pour les travailleurs ainsi définis, la disparité salariale constituait de la [TRADUCTION] « discrimination systémique fondée sur le sexe ».

43 The differential treatment did not arise merely because of the type of job but rather because the job is one that is generally held by women. Sex is a prohibited ground of discrimination.

La différence de traitement résultait non pas simplement du type d’emploi, mais plutôt du fait que l’emploi en question était généralement occupé par des femmes. Le sexe est un motif de discrimination illicite.

44 As to the government’s argument that the targeting of an acquired right to pay equity did not amount to discrimination within the meaning of s. 15(1), the contextual factors listed in *Law, supra*, provide a useful (though not exhaustive) checklist.

En ce qui concerne l’argument du gouvernement selon lequel le fait de cibler un droit acquis à l’équité salariale ne constituait pas de la discrimination au sens du par. 15(1), les facteurs contextuels énumérés dans l’arrêt *Law*, précité, constituent une liste de contrôle utile (quoique non exhaustive).

(1) Pre-Existing Disadvantage

45 “Womens’ jobs” are chronically underpaid. As Abella J.A. wrote in a 1987 law journal article:

(1) Le désavantage préexistant

Les « emplois occupés par des femmes » sont chroniquement sous-payés. Comme l’écrivait la juge Abella dans une revue juridique en 1987 :

The existence of a gap between the earnings of men and women is one of the few facts not in dispute in the “equality” debate. There are certainly open questions about it, the two main ones being the width of the gap and the right way to go about closing it. But no one seriously challenges the reality that women are paid less than men, sometimes for the same work, sometimes for comparable work.

L’écart salarial entre les hommes et les femmes est l’un des rares points qui n’est pas remis en cause dans le débat sur l’égalité. Certes, il nous faut encore répondre à certaines questions, les deux principales étant l’étendue de l’écart et comment le réduire. Mais personne ne doute du fait que les femmes sont moins rémunérées que les hommes, parfois pour le même travail et parfois pour un travail comparable.

(R. S. Abella, “Employment Equity” (1987), 16 *Man. L.J.* 185, at p. 185)

(R. S. Abella, « Employment Equity » (1987), 16 *Man. L.J.* 185, p. 185; reprenant un extrait de la p. 258 du *Rapport de la Commission sur l’égalité en matière d’emploi* (1984).)

46 Postponement of pay equity and extinguishment of the 1988-91 arrears could reasonably be taken by the women, already underpaid, as confirmation that their work was valued less highly than the work of those in male-dominated jobs. The *Public Sector Restraint Act* reinforced an inferior status by taking away the remedial benefits their unions had negotiated on their behalf. This perpetuated and reinforced

Les femmes, qui étaient déjà sous-payées, pouvaient raisonnablement considérer que le report de l’équité salariale et l’annulation des arriérés pour les années 1988 à 1991 confirmaient que leur travail était moins bien considéré que celui des titulaires d’emplois à prédominance masculine. La *Public Sector Restraint Act* renforçait leur statut inférieur en supprimant les mesures correctives avantageuses



the idea that women could be paid less for no reason other than the fact they are women: *Law, supra*, at para. 64.

(2) Correspondence, or Lack Thereof, Between the Ground or Grounds on Which the Claim Is Based and the Actual Need, Capacity, or Circumstances of the Claimant

The government conceded in the 1988 Pay Equity Agreement that the women's existing pay did not do justice to their contribution. The postponement of pay equity in 1991 therefore did not correspond to the actual needs, capacity or circumstances of the claimants. Indeed, it did just the opposite. This is not a situation where the Province can be said to treat employees differently on the basis of actual personal difference between individuals.

(3) Ameliorative Purpose or Effect

This Act did not have an ameliorative purpose in relation to the workforce. On the contrary, it rolled back the ameliorative effects of the collective agreements that required pay equity adjustments beginning in 1988. It "erased" a debt of \$24 million to female hospital workers that fell due on April 1, 1991, *prior* to passage of the Act.

(4) The Nature and Scope of the Interest Affected by the Impugned Law

Work is an important part of life. For many people what they do for a living, and the respect (or lack of it) with which their work is regarded by the community, is a large part of who they are. Low pay often denotes low status jobs, exacting a price in dignity as well as dollars. As such, the interest affected by the Act was of great importance.

The Act froze wage scales in the male-dominated jobs as well as in the female-dominated jobs, but the

que leurs syndicats avaient négociées en leur nom. Cela perpétuait et renforçait l'idée que les femmes peuvent être moins bien rémunérées simplement parce qu'elles sont des femmes : *Law*, précité, par. 64.

(2) La correspondance, ou l'absence de correspondance, entre le ou les motifs sur lesquels l'allégation est fondée et les besoins, les capacités ou la situation propres au demandeur

Le gouvernement a admis, dans l'entente sur l'équité salariale de 1988, que le salaire versé aux femmes ne rendait pas justice à leur contribution. Le report de l'équité salariale en 1991 ne correspondait donc pas aux besoins, aux capacités ou à la situation propres aux demanderesses. En fait, c'était plutôt le contraire. Il ne s'agit pas d'un cas où l'on peut affirmer que la province traitait des salariés différemment en raison d'une caractéristique personnelle différenciant des individus.

(3) L'objet ou l'effet d'amélioration

La Loi n'avait aucun objet d'amélioration en ce qui concernait la population active. Bien au contraire, elle réduisait à néant les effets d'amélioration des conventions collectives qui prescrivaient des réajustements au titre de l'équité salariale à compter de 1988. Elle « effaçait » une dette de 24 millions de dollars qui devenait payable aux employées d'hôpitaux le 1<sup>er</sup> avril 1991, *avant* l'adoption de la Loi.

(4) La nature et la portée du droit touché par la loi contestée

Le travail est un aspect important de la vie. Pour bien des gens, leur gagne-pain et le respect (ou l'absence de respect) de la collectivité pour leur travail représentent une grande partie de leur identité. Le salaire peu élevé est souvent le signe d'un emploi moins reconnu, ce qui n'est pas sans conséquence tant sur le plan de la dignité que sur celui de la situation financière. C'est pourquoi le droit touché par la Loi revêtait une grande importance.

La Loi gelait les échelles salariales tant des emplois à prédominance masculine que des emplois

47

48

49

50

men were already paid money for value whereas the women were not.

à prédominance féminine, mais les hommes touchaient déjà le salaire qu'ils méritaient pour leur travail alors que ce n'était pas le cas des femmes.

51 I therefore conclude that both the trial judge and the Court of Appeal were correct to affirm the Board's unanimous finding of a breach of s. 15(1).

J'estime donc que le juge de première instance et la Cour d'appel ont tous deux eu raison de confirmer la conclusion unanime du conseil d'arbitrage à l'existence d'une violation du par. 15(1).

C. *Is Section 9 of the Public Sector Restraint Act Saved by Section 1?*

C. *L'article 9 de la Public Sector Restraint Act est-il sauvegardé par application de l'article premier?*

52 It should be stated at the outset that legislation aimed at perpetuating pay inequity is a very serious matter. Counsel for the respondent acknowledged at the hearing that this is so, but argued that this is one of those "exceedingly rare cases" where the issue is not about "administrative convenience or cost *simpliciter* or majorit[arian] [p]reference". It is, he says, about "the province's ability to deliver on some of its most basic social programs, such as education, health and welfare".

Il faut dire, au départ, qu'une mesure législative destinée à perpétuer l'iniquité salariale est quelque chose de très grave. L'avocat de l'intimée a reconnu cela à l'audience, mais il a soutenu qu'il s'agit de l'un de ces [TRADUCTION] « cas extrêmement rares » où il n'est pas question de « commodité administrative, de simples coûts ou de préférence exprimée par la majorité ». Il y va, selon lui, de « la capacité de la province de mettre en œuvre certains de ses programmes sociaux les plus fondamentaux, comme l'éducation, la santé et l'aide sociale ».

53 *Oakes* itself cautioned that "rights and freedoms guaranteed by the *Charter* are not, however, absolute" (p. 136). Section 1 permits a law to limit a *Charter* right provided it is a "reasonable" measure that "can be demonstrably justified in a free and democratic society". Demonstration of a reasonable limit involves consideration of five related questions with close attention to the factual context:

L'arrêt *Oakes* même précise que « [t]outefois, les droits et libertés garantis par la *Charte* ne sont pas absolus » (p. 136). L'article premier permet qu'une règle de droit restreigne un droit garanti par la *Charte* pourvu qu'il s'agisse d'une mesure « raisonnable » « dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Pour déterminer si une restriction est raisonnable, il convient d'examiner cinq questions connexes en s'attachant étroitement au contexte factuel :

1. Does the law address a sufficiently important legislative objective? "It is necessary, at a minimum, that an objective relate to concerns which are pressing and substantial." (*Oakes*, at pp. 138-39)
2. Is the substance of the law "rationally connected to the objective"? (*Oakes*, at p. 139)
3. Does the law impair the right no more than is reasonably necessary to accomplish the legislative objective, i.e., impair "as little as possible the right or freedom in question"? (*R. v.*

1. La règle de droit vise-t-elle un objectif législatif suffisamment important? « Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles. » (*Oakes*, p. 139)
2. Le contenu de la règle de droit a-t-il « un lien rationnel avec l'objectif en question »? (*Oakes*, p. 139)
3. La règle de droit ne porte-t-elle atteinte au droit que dans la mesure raisonnablement nécessaire pour réaliser l'objectif législatif, c'est-à-dire porte-t-elle atteinte « le moins possible au droit

*Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 352)

4. Is there proportionality between the effects of the legislation and the objective which has been identified as of “sufficient importance”? (*Oakes*, at p. 139)
5. Even if the importance of the objective outweighs the adverse effect of the measure on protected rights, do the adverse effects of the measure outweigh its “actual salutary effects”? (*Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 888 (emphasis deleted))

Marshall J.A. advocated adding a further question “at the end of each stage of the appraisal of compliance with the *Oakes* criteria”, namely

... whether the exercise of the judicial power in coming to those findings was in consonance with the Separation of Powers Doctrine. [para. 372]

(1) The Section 1 Record

As with any matter that must be approached with close attention to context, the evidence led in support of a s. 1 justification is very important to the outcome. The only evidence before the Board consisted of an extract from *Hansard* and some budget documents. The government witnesses were not employed in the relevant policy group at the time.

Ordinarily such a casually introduced s. 1 record would be a matter of serious concern. However the essential subject matter of the s. 1 justification in this case consists of the public accounts of the Province that are filed with the House of Assembly, and comments by the Minister of Finance and the President of the Treasury Board as to what they thought the accounts disclosed and what they proposed to do about it, which are reported in *Hansard*. This is all material of which courts may take judicial notice, as noted in *R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32, *per* McLachlin C.J., at para. 48:

ou à la liberté en question »? (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 352)

4. Y a-t-il proportionnalité entre les effets de la mesure législative et l’objectif reconnu comme « suffisamment important »? (*Oakes*, p. 139)
5. Bien que l’importance de l’objectif l’emporte sur les effets préjudiciables de la mesure sur les droits garantis, ces effets préjudiciables l’emportent-ils sur ses « effets bénéfiques réels »? (*Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 888 (soulignement omis))

Selon le juge Marshall, il fallait se poser une autre question [TRADUCTION] « à la fin de chaque étape de l’évaluation de la conformité avec le critère de l’arrêt *Oakes* », à savoir

[TRADUCTION] si en tirant ces conclusions, le juge a exercé ses pouvoirs d’une manière conforme au principe de la séparation des pouvoirs. [par. 372]

(1) Le dossier fondé sur l’article premier

Comme pour toute question qu’il faut aborder en s’attachant étroitement au contexte, la preuve produite à l’appui de la justification au regard de l’article premier est très importante en ce qui concerne l’issue de l’affaire. Les seuls éléments de preuve dont disposait le conseil d’arbitrage étaient un extrait du *Hansard* et quelques documents budgétaires. Les témoins du gouvernement ne faisaient pas partie du groupe d’orientation pertinent à l’époque.

Normalement, une présentation aussi désinvolte d’un dossier fondé sur l’article premier aurait de quoi inquiéter sérieusement. En l’espèce, toutefois, la justification au regard de l’article premier concerne essentiellement les comptes publics de la province qui sont déposés à l’Assemblée législative ainsi que les commentaires — rapportés dans le *Hansard* — du ministre des Finances et du président du Conseil du Trésor sur ce qui ressortait de ces comptes selon eux et sur ce qu’ils comptaient faire à ce sujet. Ce sont tous là des documents que les tribunaux peuvent admettre d’office, comme l’a souligné la juge en chef McLachlin dans l’arrêt *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32, par. 48 :

54

55

56

Judicial notice dispenses with the need for proof of facts that are clearly uncontroversial or beyond reasonable dispute. Facts judicially noticed are not proved by evidence under oath. Nor are they tested by cross-examination. Therefore, the threshold for judicial notice is strict: a court may properly take judicial notice of facts that are either: (1) so notorious or generally accepted as not to be the subject of debate among reasonable persons; or (2) capable of immediate and accurate demonstration by resort to readily accessible sources of indisputable accuracy . . . . [Emphasis added.]

I would also refer to the comment of La Forest J. in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 300: “The general objectives of the legislature . . . are readily apparent from a reading of the debates leading to their enactment.” See, as well, *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at pp. 1137-38, and *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at pp. 788-89.

57

The purpose of judicial notice is not only to dispense with unnecessary proof but to avoid a situation where a court, on the evidence, reaches a factual conclusion which contradicts “readily accessible sources of indisputable accuracy”, and which would therefore bring into question the accuracy of the court’s own fact-finding processes. A finding on the evidence led by the parties, for example, that the Newfoundland deficit in 1988 was \$5 million whereas anyone could ascertain from the public accounts that it was \$120 million would create a serious anomaly. As Professor Morgan famously wrote:

. . . [the court] cannot adjust legal relations among members of society and thus fulfill the sole purpose of its creation if it permits the parties to take issue on, and thus secure results contrary to, what is so notoriously true as not to be the subject of reasonable dispute . . . .

(E. M. Morgan, “Judicial Notice” (1944), 57 *Harv. L. Rev.* 269, at p. 273)

La connaissance d’office dispense de la nécessité de prouver des faits qui ne prêtent clairement pas à controverse ou qui sont à l’abri de toute contestation de la part de personnes raisonnables. Les faits admis d’office ne sont pas prouvés par voie de témoignage sous serment. Ils ne sont pas non plus vérifiés par contre-interrogatoire. Par conséquent, le seuil d’application de la connaissance d’office est strict. Un tribunal peut à juste titre prendre connaissance d’office de deux types de faits : (1) les faits qui sont notoires ou généralement admis au point de ne pas être l’objet de débats entre des personnes raisonnables; (2) ceux dont l’existence peut être démontrée immédiatement et fidèlement en ayant recours à des sources facilement accessibles dont l’exactitude est incontestable . . . [Je souligne.]

Je me reporterais également au commentaire du juge La Forest dans l’arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, p. 300 : « les objectifs généraux visés par le législateur [. . .] ressortent clairement à la lecture des débats ayant abouti à leur adoption ». Voir aussi le *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, p. 1137-1138, et *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 788-789.

La connaissance d’office a non seulement pour but de supprimer les éléments de preuve inutiles, mais également d’éviter qu’en s’appuyant sur la preuve un tribunal tire une conclusion factuelle qui contredit « des sources facilement accessibles dont l’exactitude est incontestable » et qui remettrait donc en question l’exactitude de son propre processus d’appréciation des faits. Par exemple, conclure, à partir de la preuve produite par les parties, que le déficit de Terre-Neuve en 1988 était de 5 millions de dollars alors que n’importe qui serait en mesure de constater, en vérifiant les comptes publics, qu’il s’élevait en réalité à 120 millions de dollars engendrerait une grave anomalie. Pour citer les propos bien connus du professeur Morgan :

[TRADUCTION] . . . [le tribunal] ne peut pas redéfinir les rapports juridiques entre les membres de la société, et ainsi réaliser la seule fin pour laquelle il a été créé, s’il permet aux parties de contester des faits notoires au point de ne pas pouvoir être raisonnablement contestés, et d’obtenir par ce moyen des résultats contraires à ceux-ci . . .

(E. M. Morgan, « Judicial Notice » (1944), 57 *Harv. L. Rev.* 269, p. 273)

The Board was critical of the government in failing to call witnesses who could describe at first hand what alternatives were examined to secure cost reductions that might, if adopted, have avoided a deferral of pay equity. I agree with the Board that the government ought to have called witnesses who were better placed to explain the government accounts and ministerial observations. However, in the context of this particular subject matter, I do not agree that failure to do so was fatal to the government's s. 1 case. There are serious limits to how far the courts can penetrate Cabinet privilege in order to require information about the deliberations of the Executive Council: *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49, at p. 89. What transpires in the budgetary process, of course, lies at the high end of Cabinet confidences, and here there was no need to precipitate a confrontation between the courts and the government. In my view, the material brought to the Board's attention, and of which we may take judicial notice, is sufficient for the purposes of disposing of this appeal.

(2) Was There a Pressing and Substantial Legislative Objective?

It cannot reasonably be disputed that the provincial government faced a severe fiscal crisis in the spring of 1991. In part, this was due to a reduction of anticipated federal transfer payments by \$130 million. Over 45 percent of Newfoundland government spending is financed either through federal equalization payments or federally established program financing, "money that is transferred down here", as it was explained by the President of the Treasury Board (*Hansard, supra*, at p. 364).

The Minister of Finance advised the House of Assembly that instead of a modest surplus of

Le conseil d'arbitrage a reproché au gouvernement de ne pas avoir fait témoigner des personnes qui auraient été directement en mesure d'expliquer quelles solutions ont été envisagées pour réaliser des réductions de coûts, qui, si elles avaient été adoptées, auraient pu permettre d'éviter le report de l'équité salariale. Je conviens avec le conseil d'arbitrage que le gouvernement aurait dû faire comparaître des témoins qui étaient mieux en mesure d'expliquer les comptes gouvernementaux et les observations ministérielles. Toutefois, dans le contexte de la présente affaire, je ne suis pas d'accord pour dire que cette omission était fatale pour la preuve du gouvernement fondée sur l'article premier. Il y a des limites importantes à la mesure dans laquelle les tribunaux peuvent avoir accès aux documents protégés du Cabinet pour obtenir des renseignements au sujet des délibérations du Conseil des ministres : *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, p. 89. Ce qui se passe au cours du processus budgétaire se situe au haut de l'échelle de la confidentialité des délibérations du Cabinet et, en l'espèce, il n'était pas nécessaire de déclencher un affrontement entre les tribunaux et le gouvernement. À mon avis, les documents qui ont été soumis à l'attention du conseil d'arbitrage et que nous pouvons admettre d'office sont suffisants pour trancher le présent pourvoi.

(2) Y avait-il un objectif législatif urgent et réel?

On ne peut raisonnablement nier que le gouvernement provincial traversait une grave crise financière au printemps de 1991. Cette crise était due en partie à une réduction de 130 millions de dollars des prévisions de paiements de transfert du gouvernement fédéral. Plus de 45 pour 100 des dépenses du gouvernement de Terre-Neuve sont financées au moyen des paiements de péréquation fédéraux ou encore de programmes de financement établis par le fédéral, [TRADUCTION] « des sommes qui nous sont transférées », comme l'a expliqué le président du Conseil du Trésor (*Hansard, op. cit.*, p. 364).

Le ministre des Finances avait informé l'Assemblée législative qu'au lieu d'un modeste surplus de

\$10 million for the fiscal year ending March 31, 1991, there would be a deficit of \$120 million. The prospective deficit for 1991-92, unless serious expenditure cuts were made, would be “in the vicinity of \$200 million” (*Hansard, supra*, at p. 359). Deficits of this magnitude could have serious consequences for the Province, not only in borrowing to meet the current account deficit but in refinancing existing provincial debt as it fell due:

There is one rating agency that still gives us an A minus rating. The other rating agencies were in the B category. And if our rating were to drop one more notch, and we would have a B rating, things would get extremely difficult. As the Minister of Finance has explained the financial markets are such that many investors get involved with only A level bonds — many of the larger investors — so that much less of the market would be available to us and what was available to us we would have to pay a lot more for.

In the past Governments have allowed the credit rating to drop. When they ran into trouble in 1985, there was some trouble, there was a downturn, the credit rating dropped. It is easy — let the credit rating drop. We no longer had that luxury. We could not take the chance that our credit rating would drop one more notch.

(*Hansard, supra*, at p. 359)

61 The government’s s. 1 evidence includes its expenditure reduction program. In addition to the freeze of wage scales for public sector employees including members of the House of Assembly, Cabinet Ministers, executives, managers and non-unionized employees, the budgetary measures froze or cut budgets for government-funded agencies; closed 360 acute care hospital beds; froze per capita student grants and equalization grants to school boards; made government-wide reductions in operating budgets; reduced or eliminated a range of programs; imposed a 10 percent reduction in executive and management positions; laid off 1,300 permanent, 350 part-time and 350 seasonal employees and eliminated a further 500 vacant positions in

10 millions de dollars pour l’année financière se terminant le 31 mars 1991, il y aurait un déficit de 120 millions de dollars. À moins d’effectuer d’importantes réductions de dépenses, le déficit anticipé pour 1991-1992 serait [TRADUCTION] « d’environ 200 millions de dollars » (*Hansard, op. cit.*, p. 359). Un déficit de cette ampleur pourrait avoir des conséquences graves pour la province en l’obligeant non seulement à emprunter pour faire face au déficit comptable courant, mais aussi à refinancer la dette provinciale existante à son échéance :

[TRADUCTION] Une agence d’évaluation du crédit nous accorde encore la cote A moins. Les autres agences nous accordaient la cote B. Si notre cote devait baisser davantage et si nous devions obtenir la cote B, la situation deviendrait extrêmement difficile. Comme l’a expliqué le ministre des Finances, l’état des marchés financiers est tel que de nombreux investisseurs n’achètent que des obligations de niveau A — un bon nombre des plus importants investisseurs — de sorte que nous disposerions d’une part moins importante du marché et que nous devrions payer beaucoup plus cher pour la conserver.

Dans le passé, les gouvernements ont laissé la cote de crédit baisser. Lorsqu’ils ont connu des ennuis en 1985, il y a eu des problèmes, il y a eu un ralentissement, la cote de crédit a baissé. C’est facile — laissons la cote de crédit baisser. Nous ne pouvons plus nous permettre de le faire. Nous ne pouvions pas courir le risque de voir notre cote de crédit baisser davantage.

(*Hansard, op. cit.*, p. 359)

La preuve du gouvernement fondée sur l’article premier est constituée notamment de son programme de réduction des dépenses. Outre le gel des échelles salariales des employés du secteur public dont les députés, les ministres du Cabinet, les cadres supérieurs, les gestionnaires et les employés non syndiqués, les mesures budgétaires prescrivaient le gel ou la réduction des budgets d’organismes financés par l’État, la fermeture de 360 lits d’hôpitaux pour soins de courte durée, le gel des prêts et bourses d’études *per capita* et des subventions de péréquation destinées aux conseils scolaires, une réduction importante des budgets d’exploitation du gouvernement, la suppression ou la réduction d’une série de programmes, une réduction de 10 pour 100 du nombre

government departments; and terminated medicare coverage for items such as routine dental surgery in hospitals and basic vision assessment under the optometry and medicare programs.

It seems to me the severity of these measures, including the cut to pay equity, corroborates the government's statement that it believed itself, on reasonable grounds, to be in the middle of a fiscal crisis.

The appellant union says that these cost savings should not be recognized as sufficiently important to justify the limitation of *Charter* rights. It relies on the statement of Lamer C.J. in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (“*PEI Provincial Court Judges Reference*”), at para. 284:

Three main principles emerge from this discussion. First, a measure whose sole purpose is financial, and which infringes *Charter* rights, can never be justified under s. 1 (*Singh* and *Schachter*). Second, financial considerations are relevant to tailoring the standard of review under minimal impairment (*Irwin Toy*, *McKinney* and *Egan*). Third, financial considerations are relevant to the exercise of the court's remedial discretion, when s. 52 is engaged (*Schachter*). [Emphasis added.]

It seems to me that these and other similar statements have to be read in context. It is true, as the Court recently affirmed in *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54, that “[b]udgetary considerations in and of themselves cannot normally be invoked as a free-standing pressing and substantial objective for the purposes of s. 1 of the *Charter*” (para. 109 (emphasis added)). The spring of 1991 was not a “normal” time in the finances of the provincial government. At some point, a financial crisis can attain a dimension that elected governments must be

de postes de direction et de gestion, la mise à pied de 1 300 employés permanents, de 350 employés à temps partiel et de 350 employés saisonniers, la suppression de 500 postes vacants au sein des ministères et la fin de l'application du régime d'assurance-maladie à des soins comme les chirurgies buccales et maxillo-faciales courantes dans les hôpitaux et aux examens sommaires de la vue prévus par les programmes d'optométrie et de soins de santé.

Il me semble que la sévérité de ces mesures, qui incluent la réduction des dépenses au titre de l'équité salariale, corrobore l'affirmation du gouvernement qu'il avait des motifs raisonnables de croire qu'il traversait une crise financière.

Le syndicat appelant fait valoir que ces économies de coûts ne devraient pas être considérées comme suffisamment importantes pour justifier la restriction de droits garantis par la *Charte*. Il invoque à cet égard le commentaire du juge en chef Lamer dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 284 :

Trois grands principes se dégagent de cette analyse. Premièrement, une mesure dont le seul objectif est d'ordre financier et qui porte atteinte à des droits garantis par la *Charte* ne peut jamais être justifiée en vertu de l'article premier (*Singh* et *Schachter*). Deuxièmement, des considérations financières sont pertinentes pour déterminer la norme de révision à respecter dans l'application du critère de l'atteinte minimale (*Irwin Toy*, *McKinney* et *Egan*). Troisièmement, de telles considérations sont pertinentes dans le cadre de l'exercice par les tribunaux de leur pouvoir discrétionnaire d'accorder une réparation en application de l'art. 52 (*Schachter*). [Je souligne.]

Il me semble qu'il faut interpréter dans leur contexte ces affirmations et les autres affirmations du même genre. Il est vrai, comme l'a récemment confirmé la Cour dans l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54, que « [n]ormalement, les considérations budgétaires à elles seules ne peuvent pas être invoquées en tant qu'objectif urgent et réel distinct pour l'application de l'article premier de la *Charte* » (par. 109 (je souligne)). Au printemps de 1991, la situation financière du gouvernement provincial n'était pas « normale ». À un moment donné,

62

63

64

accorded significant scope to take remedial measures, even if the measures taken have an adverse effect on a *Charter* right, subject, of course, to the measures being proportional both to the fiscal crisis and to their impact on the affected *Charter* interests. In this case, the fiscal crisis was severe and the cost of putting into effect pay equity according to the original timetable was a large expenditure (\$24 million) relative even to the size of the fiscal crisis.

une crise financière peut prendre une telle ampleur que les gouvernements élus doivent disposer d'une latitude suffisante pour prendre des mesures correctives, même si celles-ci portent atteinte à un droit garanti par la *Charte*, à condition, évidemment, que ces mesures soient proportionnelles tant à la crise financière qu'à leur incidence sur les droits garantis par la *Charte* qui sont touchés. En l'espèce, la crise financière était grave et les coûts nécessaires pour réaliser l'équité salariale selon l'échéancier initial représentaient une dépense importante (24 millions de dollars) même comparativement à l'ampleur de la crise financière.

65 It is convenient at this point to look more closely at what this Court has said in the so-called "dollars versus rights" controversy.

Il convient à ce stade d'examiner plus attentivement ce qu'a dit notre Cour au sujet de ladite controverse des « dollars par opposition aux droits ».

66 In *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, a case dealing with the *Charter* rights of refugee claimants, Wilson J. made the following statement about s. 1, at pp. 218-19:

Dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, portant sur les droits garantis par la *Charte* aux personnes qui revendiquent le statut de réfugié, la juge Wilson a dit ceci au sujet de l'article premier (p. 218-219) :

Seen in this light I have considerable doubt that the type of utilitarian consideration brought forward by Mr. Bowie can constitute a justification for a limitation on the rights set out in the *Charter*. Certainly the guarantees of the *Charter* would be illusory if they could be ignored because it was administratively convenient to do so. No doubt considerable time and money can be saved by adopting administrative procedures which ignore the principles of fundamental justice but such an argument, in my view, misses the point of the exercise under s. 1. The principles of natural justice and procedural fairness which have long been espoused by our courts, and the constitutional entrenchment of the principles of fundamental justice in s. 7, implicitly recognize that a balance of administrative convenience does not override the need to adhere to these principles. [Emphasis added.]

À cet égard, je doute énormément que ce genre de considération utilitaire soumise par M<sup>e</sup> Bowie puisse justifier la limitation des droits énoncés dans la *Charte*. Les garanties de la *Charte* seraient certainement illusoire s'il était possible de les ignorer pour des motifs de commodité administrative. Il est sans doute possible d'épargner beaucoup de temps et d'argent en adoptant une procédure administrative qui ne tient pas compte des principes de justice fondamentale, mais un tel argument, à mon avis, passe à côté de l'objet de l'art. 1. Les principes de justice naturelle et d'équité en matière de procédure que nos tribunaux ont adoptés depuis longtemps et l'enchâssement constitutionnel des principes de justice fondamentale à l'art. 7 comportent la reconnaissance implicite que la prépondérance des motifs de commodité administrative ne l'emporte pas sur la nécessité d'adhérer à ces principes. [Je souligne.]

67 However, this broad statement must be read together with her concluding observations at p. 220, that "[e]ven if the cost of compliance with fundamental justice is a factor to which the courts would give considerable weight, I am not satisfied that the Minister has demonstrated that this cost would be so prohibitive as to constitute a justification within the meaning of s. 1." *Singh* certainly cautioned against the limitation of rights to save dollars, but the scope

Il faut toutefois interpréter cette affirmation générale conjointement avec les observations finales de la juge, à la p. 220, à savoir que « [m]ême si le coût qu'entraîne l'observation de la justice fondamentale est un facteur auquel les tribunaux attachent une grande importance, le Ministre ne m'a pas convaincue que ce coût serait prohibitif au point de constituer une justification au sens de l'art. 1. » L'arrêt *Singh* mettait certes en garde contre la restriction



of the caution was left open for a case where the evidence warranted its consideration.

*R. v. Lee*, [1989] 2 S.C.R. 1384, dealt with legislation that denied an accused the right to trial by jury after he or she failed to appear for trial without a legitimate excuse. Lamer J., for the majority, said that the legislative objective was the “cost” to potential jurors and to the criminal justice system of wasted time in terms both of economic loss and of community disaffection. These objectives went beyond the purely financial (e.g., “to protect the administration of justice from delay, inconvenience, expense and abuse, and to secure the respect of the public for the criminal trial process” (p. 1390 (emphasis deleted))) but on the issue of cost, Lamer J. observed, at p. 1391:

I do not believe that the importance of the objective can be measured solely by reference to the amount of money lost as a result of the non-appearance of accused persons, and the cost of empanelling a second jury. Rather the cost, and by implication the importance of the objective, must be measured in terms of the overall “cost”, both in the sense of economic loss and disruption to lives, and in the sense of confidence and respect for the system, to the individuals selected for jury duty and to society as a whole. When viewed in this light, I conclude that the legislative objective is of sufficient importance to override a constitutionally protected right, especially where the restriction is limited to those who have abused the system without a legitimate excuse. [Emphasis added.]

It was thus clear from an early date that financial considerations wrapped up with other public policy considerations *could* qualify as sufficiently important objectives under s. 1.

In *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, in the course of discussing remedies under s. 52, Lamer C.J. stated at p. 709:

This Court has held, and rightly so, that budgetary considerations cannot be used to justify a violation under s. 1. However, such considerations are clearly relevant once a violation which does not survive s. 1 has been

de droits destinée à réaliser des économies, mais la portée de cette mise en garde pourrait être débattue dans le cas où la preuve en justifierait l’examen.

L’arrêt *R. c. Lee*, [1989] 2 R.C.S. 1384, portait sur une mesure législative refusant le droit à un procès devant un jury à l’accusé qui, sans excuse légitime, ne comparaisait pas à son procès. Le juge Lamer a dit, au nom des juges majoritaires, que l’objectif législatif était le « coût » de la non-comparution pour les candidats jurés et pour le système de justice criminelle, aussi bien du point de vue de la perte économique que sur le plan de la désaffection engendrée au sein de la collectivité. Ces objectifs allaient au-delà de considérations purement financières (par exemple, « éviter les retards, les contretemps, les dépenses et les abus dans l’administration de la justice et [. . .] assurer le respect du public pour le processus des procès criminels » (p. 1390 (soulignement omis))), mais au sujet du coût, le juge Lamer a fait observer ceci (p. 1391) :

Je ne crois pas que l’importance de l’objectif puisse se mesurer uniquement par référence aux sommes perdues par suite de la non-comparution d’accusés et au coût de la sélection d’un second jury. Le coût et, implicitement, l’importance de l’objectif, doivent être mesurés en fonction du « coût » global pour les individus choisis comme jurés et pour la société dans son ensemble, tant du point de vue de la perte économique et de la perturbation de vies que du point de vue de la confiance dans le système et du respect pour celui-ci. Je conclus que, quand on le considère sous cet angle, l’objet législatif est suffisamment important pour primer un droit constitutionnel, particulièrement lorsque la restriction se limite à ceux qui ont abusé du système sans excuse légitime. [Je souligne.]

Il était donc clair depuis longtemps que les considérations financières liées à d’autres considérations d’intérêt public *pouvaient* être qualifiées d’objectifs suffisamment importants au regard de l’article premier.

Dans l’arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, le juge en chef Lamer a affirmé, à la p. 709, en analysant les réparations prévues à l’art. 52 :

Notre Cour a statué à juste titre que les considérations financières ne pouvaient servir à justifier une violation dans le cadre de l’analyse fondée sur l’article premier. Toutefois, ces considérations sont évidemment

68

69

70

established, s. 52 is determined to have been engaged and the Court turns its attention to what action should be taken thereunder.

pertinentes lorsque l'on a établi l'existence d'une violation qui ne peut être sauvegardée par l'article premier, que l'application de l'art. 52 se trouve déclenchée et que le tribunal examine la mesure à prendre.

71

I do not read this statement as contradicting what Lamer C.J. had earlier said in *Lee* regarding the legitimacy of a government response to mixed financial and non-financial objectives, particularly when read with his later statement in the *PEI Provincial Court Judges Reference*, already quoted, that “a measure whose sole purpose is financial” (para. 284 (emphasis added)) is not a sufficient justification under s. 1. The “sole purpose” test accords well with the Court’s statement in *Martin*, quoted above, that “[b]udgetary considerations in and of themselves cannot normally be invoked as a free-standing pressing and substantial objective for the purposes of s. 1” (para. 109 (emphasis added)). This rather qualified dictum was followed up in *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 912, 2003 SCC 37, where Iacobucci J. stated, at para. 66:

Je ne considère pas que cette affirmation contredit les propos que le juge en chef Lamer avait tenus auparavant dans l’arrêt *Lee* au sujet de la légitimité des moyens utilisés par le gouvernement pour réaliser des objectifs à la fois financiers et non financiers, particulièrement lorsqu’on les interprète à la lumière de son affirmation ultérieure dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, précité, par. 284, selon laquelle « une mesure dont le seul objectif est d’ordre financier » (je souligne) n’est pas une justification suffisante au regard de l’article premier. Le critère du « seul objectif » cadre bien avec les propos susmentionnés de la Cour dans l’arrêt *Martin*, selon lesquels « [n]ormalement, les considérations budgétaires à elles seules ne peuvent pas être invoquées en tant qu’objectif urgent et réel distinct pour l’application de l’article premier » (par. 109 (je souligne)). Le juge Iacobucci a adopté cette opinion incidente plutôt nuancée dans l’arrêt *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 912, 2003 CSC 37, où il a dit, au par. 66 :

... I do not wish to rule out the possibility that there might be instances in which the potential impact upon the public purse is of sufficient magnitude to justify limiting the rights of individual citizens.

... je ne voudrais pas écarter la possibilité que, dans certains cas, l’effet possible sur les deniers publics soit suffisamment important pour justifier la restriction de certains droits des citoyens.

72

The result of all this, it seems to me, is that courts will continue to look with strong scepticism at attempts to justify infringements of *Charter* rights on the basis of budgetary constraints. To do otherwise would devalue the *Charter* because there are *always* budgetary constraints and there are *always* other pressing government priorities. Nevertheless, the courts cannot close their eyes to the periodic occurrence of financial emergencies when measures must be taken to juggle priorities to see a government through the crisis. It cannot be said that in weighing a delay in the timetable for implementing pay equity against the closing of hundreds of hospital beds, as here, a government is engaged in an exercise “whose sole purpose is financial”. The weighing exercise has as much to do with social values as it has to do with dollars. In the present

Il s’ensuit, me semble-t-il, que les tribunaux continueront de faire montre d’un grand scepticisme à l’égard des tentatives de justifier, par des restrictions budgétaires, des atteintes à des droits garantis par la *Charte*. Agir autrement aurait pour effet de déprécier la *Charte* étant donné qu’il y a *toujours* des restrictions budgétaires et que le gouvernement a *toujours* d’autres priorités urgentes. Cependant, les tribunaux ne peuvent pas fermer les yeux sur les crises financières périodiques qui, pour être surmontées, forcent le gouvernement à prendre des mesures pour gérer ses priorités. On ne saurait affirmer qu’en évaluant, comme il l’a fait en l’espèce, un retard dans l’échéancier établi pour réaliser l’équité salariale en fonction de la fermeture de centaines de lits d’hôpitaux, le gouvernement entreprend une démarche « dont le seul objectif est d’ordre financier ».

case, the “potential impact” is \$24 million, amounting to more than 10 percent of the projected budgetary deficit for 1991-92. The delayed implementation of pay equity is an extremely serious matter, but so too (for example) is the layoff of 1,300 permanent, 350 part-time and 350 seasonal employees, and the deprivation to the public of the services they provided.

This is not the first time the Court has been asked to determine the constitutionality of public sector restraint legislation whose objective is to remedy a serious financial situation. In *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424, the union had attacked a federal law which automatically extended existing collective agreements. PSAC argued that the law interfered with collective bargaining contrary to freedom of association (s. 2(d) of the *Charter*). The only judges who found a *Charter* infringement, and who therefore had to address s. 1, were Dickson C.J. and Wilson J. The Chief Justice accepted that the then need to control inflation justified the law. Wilson J. accepted that controlling inflation at the time of passage of the legislation was an object “of sufficient importance” (p. 455), but considered the government’s response to have been disproportionate, and therefore unjustified. In this context, Dickson C.J. made the following comments at pp. 439-40:

In the present case, though there is no explicit indication of Parliament’s objective in the Act, it is apparent that the general or overriding purpose for enacting the *Public Sector Compensation Restraint Act* was the reduction of inflation. This is, in my view, an objective of sufficient importance for the purpose of s. 1. Inflation at the time of the Act’s passage was a serious problem. The evidence established that wage and price inflation had reached double digit levels, that Canada’s inflation rate was exceeding that of the United States, and that the monetary and fiscal restraint policies of 1979 were not having a significant effect.

L’évaluation qu’il fait porte autant sur des valeurs sociales que sur des questions d’argent. Dans le cas qui nous occupe, l’« effet possible » est une somme de 24 millions de dollars qui représente plus de 10 pour 100 du déficit budgétaire prévu pour 1991-1992. Le retard dans la réalisation de l’équité salariale est quelque chose d’extrêmement grave, mais c’est également le cas (par exemple) de la mise à pied de 1 300 employés permanents, de 350 employés à temps partiel et de 350 employés saisonniers, et lorsqu’il est question de priver le public de leurs services.

Ce n’est pas la première fois que la Cour est appelée à se prononcer sur la constitutionnalité d’une loi sur les restrictions salariales du secteur public qui vise à remédier à une situation financière grave. Dans l’arrêt *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424, le syndicat avait contesté une loi fédérale qui prorogéait automatiquement les conventions collectives existantes. L’AFPC a soutenu que cette loi nuisait à la négociation collective et portait ainsi atteinte à la liberté d’association (al. 2d) de la *Charte*. Seuls le juge en chef Dickson et la juge Wilson ont conclu à l’existence d’une violation de la *Charte* et ont dû, par conséquent, aborder l’article premier. Le Juge en chef a reconnu que la nécessité, à l’époque, de lutter contre l’inflation justifiait la loi en question. La juge Wilson a admis que la lutte contre l’inflation était, au moment de l’adoption de la mesure législative, un objectif d’« une importance suffisante » (p. 455), mais elle considérait que la réponse du gouvernement était disproportionnée et donc injustifiée. C’est dans ce contexte que le juge en chef Dickson a fait les commentaires suivants, aux p. 439-440 :

En l’espèce, bien qu’il n’y ait pas d’indication explicite de l’objectif du législateur fédéral dans la Loi, il est évident que le but général et premier de l’adoption de la *Loi sur les restrictions salariales du secteur public* était de réduire l’inflation. C’est là à mon avis un objectif d’une importance suffisante pour les fins de l’article premier. L’inflation à l’époque de l’adoption de la Loi constituait un problème grave. La preuve a été faite que l’inflation des salaires et des prix avait atteint des niveaux records, que le taux d’inflation au Canada était supérieur à celui des États-Unis et que les politiques monétaires et financières de restriction de 1979 n’avaient pas d’effet important.

... The seriousness of inflation underlined by the Court's decision in *Re Anti-Inflation Act* supports the characterization of Parliament's objective in the present case as relating to a "pressing and substantial concern". I am of the opinion, therefore, that the objective of reducing inflation was, at the time of passage of the Act, an objective of sufficient importance for the purpose of s. 1 of the *Charter*.

See also Wilson J., dissenting, at p. 455.

... La gravité de l'inflation, soulignée par la Cour dans le *Renvoi : Loi anti-inflation*, justifie la qualification de l'objectif du législateur fédéral en l'espèce comme se rapportant à une « préoccupation urgente et réelle ». Je suis donc d'avis que l'objectif de réduire l'inflation était, à l'époque de l'adoption de la Loi, un objectif d'une importance suffisante pour les fins de l'article premier de la *Charte*.

Voir aussi les motifs dissidents de la juge Wilson, à la p. 455.

74 In my view, the union's argument that budgetary issues should effectively be given no weight in these circumstances goes too far. With respect, the need to address a fiscal crisis such as that described by the President of the Treasury Board was a pressing and substantial legislative objective.

J'estime que le syndicat va trop loin lorsqu'il soutient qu'en fait aucune importance ne doit être accordée aux questions budgétaires dans ces circonstances. En toute déférence, la nécessité de remédier à une crise financière comme celle décrite par le président du Conseil du Trésor était un objectif législatif urgent et réel.

75 Loss of credit rating, and its impact on the government's ability to borrow, and the added cost of borrowing to finance the provincial debt which, in the case of Newfoundland, requires "[h]undreds of millions of dollars every year in interest" (*Hansard, supra*, at p. 362), are matters of high importance. The President of the Treasury Board told the House of Assembly that "the financial health of the Province was at stake" (*Hansard, supra*, at p. 359). The Newfoundland Government had already experienced a period of trusteeship in the 1930s, a fact glumly referred to by the President of the Treasury Board in his speech. The financial health of the Province is the golden goose on which all else relies. The government in 1991 was not just debating rights versus dollars but rights versus hospital beds, rights versus layoffs, rights versus jobs, rights versus education and rights versus social welfare. The requirement to reduce expenditures, and the allocation of the necessary cuts, was undertaken to promote other values of a free and democratic society: *Oakes, supra*, at p. 136; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 107. And, as Sopinka J. pointed out in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 104, "[I]t is not realistic for the Court to assume that there are unlimited funds to address the needs of all."

La perte d'une cote de crédit et son incidence sur la capacité d'emprunt du gouvernement ainsi que les coûts supplémentaires liés aux emprunts nécessaires pour financer la dette de la province qui, dans le cas de Terre-Neuve, requiert le paiement de [TRADUCTION] « [c]entaines de millions de dollars d'intérêts par année » (*Hansard, op. cit.*, p. 362) sont des questions très importantes. Le président du Conseil du Trésor a affirmé devant l'Assemblée législative que « la santé financière de la province était compromise » (*Hansard, op. cit.*, p. 359). Le gouvernement de Terre-Neuve avait déjà été en tutelle pendant une certaine période des années 30, un triste souvenir que le président du Conseil du Trésor a évoqué dans son allocution. De la santé financière de la province dépend tout le reste. En 1991, le gouvernement ne discutait pas seulement de droits par opposition à des lits d'hôpitaux, de droits par opposition à des mises à pied, de droits par opposition à des emplois, de droits par opposition à l'éducation et de droits par opposition à l'aide sociale. Les réductions de dépenses requises et leur répartition visaient à promouvoir d'autres valeurs d'une société libre et démocratique : *Oakes*, précité, p. 136; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 107. Et comme l'a souligné le juge Sopinka dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 104, « [I]a Cour ferait preuve d'un manque de réalisme si elle présumait qu'il existe des ressources inépuisables pour répondre aux besoins de chacun. »

In my view, the evidence establishes a substantial and pressing objective on the facts of this case. Whether or not this objective was pursued in a manner that complies with s. 1 of the *Charter* will now be addressed.

(3) Was There a Rational Connection Between the Legislative Measure and the Pressing and Substantial Objective?

As the pay equity payout represented a significant portion of the budget, its postponement was rationally connected to averting a serious fiscal crisis in Newfoundland and Labrador.

(4) Minimal Impairment

Were the *Charter* rights of the female hospital workers impaired no more than was reasonably necessary to achieve the pressing and substantial legislative objective of fiscal viability?

In the *PEI Provincial Court Judges Reference*, *supra*, a decision much relied on by the appellant to oppose the relevance of budgetary constraints, Lamer C.J. stated, at para. 283:

While purely financial considerations are not sufficient to justify the infringement of *Charter* rights, they are relevant to determining the standard of deference for the test of minimal impairment when reviewing legislation which is enacted for a purpose which is not financial. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

A few preliminary points should be emphasized. Marshall J.A. noted that the s. 1 case is essentially about budgets and that the making of a budget is a quintessentially political activity. However, these facts do not immunize the budget choices from *Charter* review. The notion that there are inherently “political” questions beyond the courts’ jurisdiction was emphatically rejected in *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, *per* Dickson J., at p. 459:

Compte tenu des faits de la présente affaire, j’estime que la preuve établit l’existence d’un objectif urgent et réel. Je vais maintenant examiner si la poursuite de cet objectif était conforme à l’article premier de la *Charte*.

(3) Y avait-il un lien rationnel entre la mesure législative et l’objectif urgent et réel?

Comme les versements au titre de l’équité salariale représentaient une partie importante du budget, il existait un lien rationnel entre leur report et la possibilité d’éviter une crise financière grave à Terre-Neuve-et-Labrador.

(4) L’atteinte minimale

L’atteinte aux droits garantis par la *Charte* aux employées d’hôpitaux n’était-elle portée que dans la mesure raisonnablement nécessaire pour réaliser l’objectif législatif urgent et réel qu’est la viabilité financière?

Dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, précité, un arrêt que l’appelant a amplement invoqué à l’encontre de la pertinence des restrictions budgétaires, le juge en chef Lamer a dit, au par. 283 :

Quoique des considérations purement financières soient insuffisantes pour justifier la transgression de droits garantis par la *Charte*, elles sont pertinentes pour déterminer la norme de retenue à respecter dans l’application du critère de l’atteinte minimale, dans le cadre de l’examen d’un texte de loi édicté pour des fins autres que financières. [Je souligne; soulignement dans l’original omis.]

Quelques remarques préliminaires s’imposent. Le juge Marshall a souligné que la preuve fondée sur l’article premier était essentiellement axée sur des budgets et que la préparation d’un budget est une activité purement politique. Toutefois, cela ne signifie pas que les choix budgétaires échappent à tout examen fondé sur la *Charte*. Dans l’arrêt *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, p. 459, le juge Dickson a catégoriquement rejeté l’idée selon laquelle il existe des questions intrinsèquement « politiques » qui échappent à la compétence des tribunaux :

76

77

78

79

80

I have no doubt that disputes of a political or foreign policy nature may be properly cognizable by the courts.

Je ne doute pas que les tribunaux soient fondés à connaître de différends d'une nature politique ou mettant en cause la politique étrangère.

81 If an individual's *Charter* right or freedom is violated by the state, it is no answer to say the violation was driven or is justified for political reasons. Indeed forms of state discrimination that are undertaken for political reasons are among the most odious, as the recent history of parts of the world from South Africa to the Balkans can attest.

Si l'État porte atteinte à un droit ou à une liberté individuels garantis par la *Charte*, il ne suffit pas de répondre que cette atteinte était motivée ou est justifiée par des raisons politiques. En effet, les formes de discrimination par l'État qui sont motivées par des raisons politiques sont parmi les plus odieuses, comme le démontre l'histoire récente de certaines régions du monde, de l'Afrique du Sud aux Balkans.

82 The second preliminary point is that in framing the *Charter*, Canadian legislators chose to identify certain rights and freedoms as having special constitutional status and these were placed for protection in a legal strongbox. As such they have a privileged status, and the appellant is right to call attention to that fact. However, of course, *Charter* rights must yield when the requisites of s. 1 are satisfied.

Ma deuxième remarque préliminaire est que, lorsqu'il a rédigé la *Charte*, le législateur canadien a tenu à préciser que certains droits et libertés auraient un statut constitutionnel particulier, et que, pour assurer leur protection, il les a inscrits dans un cadre juridique à toute épreuve. C'est ce qui explique pourquoi les droits et libertés ont un statut privilégié, et l'appelant a raison d'attirer l'attention sur ce fait. Toutefois, il est évident que les droits garantis par la *Charte* doivent céder le pas lorsque les conditions préalables de l'article premier sont remplies.

83 Thirdly, the *Oakes* test recognizes that in certain types of decisions there may be no obviously correct or obviously wrong solution, but a range of options each with its advantages and disadvantages. Governments act as they think proper within a range of reasonable alternatives, and the Court acknowledged in *M. v. H.*, *supra*, at para. 78, that "the role of the legislature demands deference from the courts to those types of policy decisions that the legislature is best placed to make". Thus, for example, in *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, La Forest J. stated for the Court, at para. 85:

Troisièmement, le critère de l'arrêt *Oakes* reconnaît qu'il se peut que, pour certains types de décision, il n'y ait pas de solution manifestement correcte ou erronée, mais qu'il y ait plutôt une gamme de possibilités dont chacune comporte des avantages et des inconvénients. Les gouvernements choisissent, parmi une gamme de solutions raisonnables, celle qu'ils jugent appropriée, et la Cour a reconnu dans l'arrêt *M. c. H.*, précité, par. 78, que « le rôle du législateur exige que les tribunaux fassent preuve de retenue à l'égard des décisions de principe que le législateur est le mieux placé pour prendre ». Ainsi, par exemple, dans l'arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 85, le juge La Forest a affirmé au nom de la Cour :

It is also clear that while financial considerations alone may not justify *Charter* infringements ... governments must be afforded wide latitude to determine the proper distribution of resources in society ... This is especially true where Parliament, in providing specific

En outre, il est évident que, même si des considérations financières seules ne peuvent justifier une atteinte à la *Charte* [...], les gouvernements doivent disposer d'une grande latitude pour décider de la distribution appropriée des ressources dans la société [...]. Cela est

social benefits, has to choose between disadvantaged groups . . . .

It is therefore recognized that in such cases governments have a large “margin of appreciation” within which to make choices. It seems evident that the scope of that “margin” will be influenced, amongst other things, by the scale of the financial challenge confronting a government and the size of the expenditure required to avoid a *Charter* infringement in relation to that financial challenge. Thus, in *Eldridge, supra*, it will be recalled, the cost of providing sign language interpretation in hospitals was tiny, i.e., “only \$150,000, or approximately 0.0025 percent of the provincial health care budget” (para. 87). It was held that the denial of the rights of the deaf could have no financial justification in that case.

In the present case, I believe the government’s response to its fiscal crisis was proportional to its objective, and therefore saved under s. 1. I do so for a number of reasons, none of which taken in isolation would necessarily be sufficient, but when added to each other cumulatively signal a quite exceptional situation.

(a) *The Scale of the Fiscal Crisis*

The only comparable financial justification asserted in the jurisprudence of this Court was the level of inflation at issue in *PSAC, supra*. I will not repeat what has already been quoted from the judgment of Dickson C.J. at para. 73 of these reasons. Judicial statements made in less drastic circumstances about the inadequacy of budgetary concerns must be read in context.

(b) *The Cost of Implementing the Remedial Plan*

The arrears owing under the Pay Equity Agreement as of April 18, 1991 was \$24 million, representing a significant percentage of the

particulièrement vrai dans les cas où le Parlement, lorsqu’il accorde des avantages sociaux déterminés, doit privilégier certains groupes défavorisés . . .

Il est donc reconnu qu’en pareils cas les gouvernements disposent d’une grande « marge de manœuvre » pour faire leurs choix. Il semble évident que cette « marge de manœuvre » dépend notamment de l’ampleur du défi financier qu’est appelé à relever le gouvernement et de l’importance des dépenses requises pour éviter de violer la *Charte* en relevant ce défi financier. Ainsi, on se rappellera que, dans l’affaire *Eldridge*, précitée, le coût des services d’interprétation gestuelle dans les hôpitaux était peu élevé, en ce sens qu’il était « seulement [de] 150 000 \$, soit environ 0,0025 pour 100 du budget des soins de santé de la province » (par. 87). La Cour a jugé que la violation des droits des personnes atteintes de surdité ne pouvait avoir aucune justification financière dans cette affaire.

En l’espèce, je crois que la réaction du gouvernement à la crise financière qu’il traversait était proportionnelle à son objectif et qu’elle était, par conséquent, sauvegardée par application de l’article premier. Je tire cette conclusion pour un certain nombre de raisons qui, prises individuellement, ne seraient pas nécessairement suffisantes, mais qui, considérées ensemble, dénotent une situation très exceptionnelle.

a) *L’ampleur de la crise financière*

La seule autre justification financière comparable que l’on constate dans la jurisprudence de notre Cour est le niveau d’inflation en cause dans l’arrêt *AFPC*, précité. Je ne reproduirai pas l’extrait des motifs du juge en chef Dickson que j’ai déjà cités au par. 73 des présents motifs. Il faut interpréter dans leur contexte les déclarations judiciaires faites, dans des circonstances moins dramatiques, au sujet du caractère insuffisant des préoccupations budgétaires.

b) *Le coût de la mise en œuvre du plan de redressement*

Les arriérés d s, dès le 18 avril 1991, en vertu de l’entente sur l’équité salariale s’élevaient à 24 millions de dollars, ce qui représentait un pourcentage

84

85

86

87

threatened 1991-92 deficit. In one sense, the size of the debt illustrates the scale of discrimination experienced by women hospital workers. Nevertheless, it provides a contrast with *Eldridge, supra*, where the cost of compliance amounted to no more than a matter of administrative convenience.

(c) *The Public Sector Restraint Act Affirmed the Government's Commitment to Pay Equity*

élevé du déficit qui s'annonçait pour 1991-1992. Dans un sens, l'ampleur de cette dette illustre bien l'importance de la discrimination dont étaient victimes les employées d'hôpitaux. Elle permet néanmoins d'établir une distinction avec l'arrêt *Eldridge*, précité, où le coût à payer pour se conformer n'était rien de plus qu'une question de commodité administrative.

c) *La Public Sector Restraint Act confirmait l'engagement du gouvernement en matière d'équité salariale*

88

No doubt the women hospital workers would say that erasing \$24 million of arrears is a peculiar form of affirmation, but the fact is that despite cuts to other services and programs the Act not only affirmed pay equity in principle but required an *immediate* pay equity wage increase to female hospital workers (albeit three years behind the original 1988 commitment). In a very tight budget, \$3.5 million was set aside for the immediate payment on the pay equity account.

Il n'y a pas de doute que les employées d'hôpitaux diraient qu'effacer des arriérés de 24 millions de dollars est une forme de confirmation singulière, mais il reste que, malgré les réductions qu'elle prévoyait pour d'autres services et programmes, la Loi confirmait non seulement le principe de l'équité salariale, mais encore elle prescrivait une augmentation *immédiate* du salaire des employées d'hôpitaux (bien que ce fût trois ans plus tard que ce que prévoyait l'engagement initial de 1988) en vue de réaliser l'équité salariale. Dans un budget très serré, il était prévu qu'une somme de 3,5 millions de dollars serait versée immédiatement au titre de l'équité salariale.

(d) *The Appellant Union Was Invited to Participate in a Government Process Examining Alternatives*

d) *Le syndicat appelant a été invité à participer à l'examen des solutions qui s'offraient au gouvernement*

89

The Board majority condemned the government's s. 1 case because of the government's failure to give adequate consideration to "alternative means" to combat the deficit. The only "alternative" mentioned to the House by the President of the Treasury Board was an additional 900 layoffs:

Les membres majoritaires du conseil d'arbitrage ont dénoncé la preuve du gouvernement fondée sur l'article premier pour le motif que ce dernier n'avait pas examiné suffisamment la possibilité de recourir à « d'autres moyens » de combattre le déficit. La seule « autre mesure » que le président du Conseil du Trésor a mentionnée devant l'Assemblée législative était la mise à pied de 900 autres personnes :

Twenty-four million dollars would have meant another 900 laid off in the hospital sector — 900 jobs. So we had a choice to make, and we chose to remove the retroactivity from the pay equity agreement.

[TRADUCTION] Une somme de 24 millions de dollars aurait signifié la mise à pied de 900 autres personnes dans le secteur hospitalier — 900 emplois. Nous devons donc faire un choix et nous avons décidé de supprimer la rétroactivité prévue dans l'entente sur l'équité salariale.

(*Hansard, supra*, at p. 362)

(*Hansard, op. cit.*, p. 361)



The documentary evidence, however, demonstrates that other options were also considered and rejected including a hiring freeze, layoffs and cuts to other programs such as social assistance as well as tax increases. In fact, to avoid additional cuts the government also borrowed approximately \$50 million to finance its current expenses.

The criticism of the Board majority that the government failed adequately to consider alternative measures overlooks the more telling point that the appellant union, on behalf of the female hospital workers, had been invited by the government to participate in a process to identify just such alternative measures. The President of the Treasury Board stated (and the union led no evidence to the contrary) as follows:

... we made it quite clear at that point in time that we were not looking for compliance, we were not looking for support, we were not looking for their okay, we just wanted to make sure that if there was any other method that we had overlooked, that that possibility could be conveyed to us, so we did that and that first meeting with the four major unions was held on February 20. Then there was a request from the unions for a joint meeting — the first meeting was an individual meeting — there was a request for a joint meeting to clarify the choices we had facing us so that meeting was held on Sunday, 24th February.

... And we did get some feedback and some response from a couple of unions, but by and large we got none. [Emphasis added.]

(*Hansard, supra*, at p. 361)

In most s. 1 cases, the government has moved unilaterally to limit the *Charter* right or freedom without consulting with the rightsholders in advance. The union may not have liked the consultative process but there is no evidence that it was undertaken in bad faith.

La preuve documentaire démontre toutefois que d'autres possibilités ont également été examinées et rejetées, dont un gel d'embauche, des mises à pied, des réductions dans d'autres programmes comme l'aide sociale, ainsi que des augmentations d'impôt. En fait, pour éviter des réductions additionnelles, le gouvernement a aussi emprunté environ 50 millions de dollars pour financer ses dépenses courantes.

La critique formulée par les membres majoritaires du conseil d'arbitrage, selon laquelle le gouvernement n'a pas examiné suffisamment la possibilité de prendre d'autres mesures, ne tient pas compte du fait plus révélateur que le gouvernement avait invité le syndicat appelant à participer, au nom des employées d'hôpitaux, à un processus visant justement à déterminer quelles autres mesures étaient possibles. Le président du Conseil du Trésor a affirmé ceci (sans que le syndicat produise une preuve contraire) :

[TRADUCTION] ... nous avons alors indiqué très clairement que nous ne cherchions pas à obtenir une réponse favorable, que nous ne cherchions pas à obtenir un appui, que nous ne cherchions pas à obtenir leur accord; nous souhaitions seulement nous assurer que, s'il existait une autre solution possible qui nous avait échappé, elle pourrait nous être communiquée, c'est donc ce que nous avons fait et la première rencontre avec les quatre principaux syndicats a eu lieu le 20 février. Les syndicats ont alors demandé la tenue d'une rencontre générale — la première étant une rencontre individuelle — ils ont sollicité une rencontre générale afin de clarifier les choix dont nous disposions et cette rencontre a eu lieu le dimanche 24 février.

... Et bien qu'il y ait eu une certaine rétroaction et réponse de la part d'un ou deux syndicats, de façon générale, nous n'avons rien obtenu. [Je souligne.]

(*Hansard, op. cit.*, p. 361)

Dans la plupart des affaires relatives à l'article premier, le gouvernement a entrepris unilatéralement de restreindre un droit ou une liberté garantis par la *Charte*, sans consulter préalablement les titulaires de ce droit ou de cette liberté. Quoiqu'il n'ait peut-être pas gagné la faveur du syndicat, rien ne prouve que le processus de consultation a été amorcé de mauvaise foi.

90

91

92

(e) *The Government Was Mediating Claims Between a Number of Important Stakeholders*

93

The women hospital workers were a disadvantaged group, but so in reality were the medical patients who lost access to 360 hospital beds, students of school boards whose transfers were frozen, and those who relied on other government programs that were reduced or eliminated (although it is true that in their case *Charter* rights were not implicated). As was pointed out in the House, “there was enough misery to go around”.

94

It is also true that the government here wore two hats potentially in conflict, firstly as steward of the financial health of the Province and secondly as an employer who owed a \$24 million debt to its female workers. The beneficiaries of other public programs did not necessarily have a contractual right to the benefit, as did the women hospital workers. Nevertheless there were numerous legitimate claims on the public purse by disadvantaged people which the government was bound to mediate and this provides important context to the budgetary decisions that were made. This point was made by La Forest J. in upholding the constitutional validity of the *Retail Business Holidays Act* in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 795:

... having accepted the importance of the legislative objective, one must in the present context recognize that if the legislative goal is to be achieved, it will inevitably be achieved to the detriment of some. Moreover, attempts to protect the rights of one group will also inevitably impose burdens on the rights of other groups. There is no perfect scenario in which the rights of all can be equally protected.

In seeking to achieve a goal that is demonstrably justified in a free and democratic society, therefore, a legislature must be given reasonable room to

e) *Le gouvernement servait de médiateur relativement à des demandes qui concernaient un certain nombre de parties intéressées importantes*

Les employées d'hôpitaux étaient un groupe défavorisé, mais c'était aussi, en réalité, le cas des patients qui perdaient 360 lits d'hôpitaux, des élèves des conseils scolaires dont les subventions étaient gelées et des personnes qui dépendaient d'autres programmes gouvernementaux qui étaient réduits ou supprimés (bien qu'il soit vrai que, dans leur cas, aucun droit garanti par la *Charte* n'était en cause). Comme on l'a souligné devant l'Assemblée législative, [TRADUCTION] « il y avait déjà suffisamment de problèmes à régler ».

Il est également vrai qu'en l'espèce le gouvernement jouait deux rôles potentiellement inconciliables, premièrement, en tant que responsable de la santé financière de la province et, deuxièmement, en tant qu'employeur qui devait une somme de 24 millions de dollars à ses employées. Les bénéficiaires d'autres programmes publics n'avaient pas nécessairement un droit contractuel à cette somme, contrairement aux employées d'hôpitaux. Cependant, le gouvernement devait servir de médiateur relativement à de nombreuses demandes légitimes de deniers publics émanant de personnes défavorisées et c'est dans ce contexte important que les décisions budgétaires ont été prises. Le juge La Forest a fait cette remarque en confirmant la constitutionnalité de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 795 :

... ayant reconnu l'importance de l'objectif du législateur en l'espèce, on se doit dans le présent contexte de reconnaître que, si l'objectif du législateur doit être atteint, il ne pourra l'être qu'au détriment de certains. En outre, toute tentative de protéger les droits d'un groupe grèvera inévitablement les droits d'autres groupes. Il n'y a pas de scénario parfait qui puisse permettre de protéger également les droits de tous.

Donc, en cherchant à atteindre un objectif dont il est démontré qu'il est justifié dans le cadre d'une société libre et démocratique, le législateur doit disposer d'une marge

manoeuvre to meet these conflicting pressures. [Emphasis added.]

See also *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 999.

In this context, the requirement that the measure impair “as little as possible” the infringed *Charter* right cannot be applied in a way that is blind to the consequences for other social, educational and economic programs. The provincial government in this case *could* have thrown other claims and priorities to the winds and simply paid the \$24 million but in its view, the cuts it would have had to make elsewhere to permit this to happen would have created even greater grief and social disruption. The budget is simply a forum for juggling spending priorities of all types. It is not convincing simply to declare that an expenditure to achieve a s. 15 objective must necessarily rank ahead of hospital beds or school rooms. To do so would be to ignore the very difficult context in which these decisions were made.

As in most cases, resourceful counsel, with the benefit of hindsight, can multiply the alternatives. It was suggested, for example, that the government could have frozen the step progressions (0.5 percent of the payroll) rather than postponing pay equity and extinguishing the accumulated 1988-91 benefits. This, too, might have been a justifiable approach, but there is no compelling rule that says step progression should have been denied all employees, including women, in order to keep to the original schedule of the pay equity program. The Act might also be criticized for its failure to recognize the different situations of workers who had retired prior to March 31, 1991, and who were thus denied altogether the benefits intended to flow from the Pay Equity Agreement. However, to make a special provision for these people would have required drawing distinctions *within* the class of female hospital workers who were employed in the 1988-91 period, favouring some and not others. The attempt to solve the problem of inequality among the larger group of hospital workers would create another inequality within the smaller group of female hospital workers.

de manoeuvre raisonnable pour répondre à ces pressions opposées. [Je souligne.]

Voir aussi l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 999.

Dans le présent contexte, on ne saurait exiger que la mesure porte « le moins possible » atteinte au droit en question garanti par la *Charte* sans tenir compte des conséquences sur les autres programmes sociaux, éducatifs et économiques. En l'espèce, le gouvernement provincial *aurait* pu sacrifier les autres demandes et priorités et simplement verser la somme de 24 millions de dollars, mais il a jugé que les réductions qui se seraient révélées nécessaires dans d'autres secteurs auraient engendré encore plus de mécontentement et de bouleversements sociaux. Le budget est simplement une occasion de gérer toutes sortes de priorités en matière de dépense. Il ne suffit pas d'affirmer simplement qu'une dépense destinée à réaliser un objectif prévu à l'art. 15 doit nécessairement passer avant des lits d'hôpitaux ou des salles de classe. Cela reviendrait à faire abstraction du contexte très difficile dans lequel ces décisions sont prises.

Comme dans la plupart des cas, un avocat ingénieux peut, avec le recul, multiplier les solutions possibles. Par exemple, on a indiqué que le gouvernement aurait pu geler les augmentations d'échelon salarial (0,5 pour 100 de la masse salariale) au lieu de reporter la réalisation de l'équité salariale et d'effacer les avantages accumulés pour les années 1988 à 1991. Cela aussi aurait pu être une approche justifiable, mais il n'y a aucune règle impérieuse qui prévoit que les augmentations d'échelon salarial auraient dû être refusées à tous les employés, y compris les femmes, afin de respecter l'échéancier initial du programme d'équité salariale. On pourrait reprocher à la Loi de ne pas tenir compte de la situation différente des gens qui avaient pris leur retraite avant le 31 mars 1991 et qui se voyaient ainsi complètement privés des avantages qui devaient découler de l'entente sur l'équité salariale. Toutefois, pour assujettir ces personnes à une disposition particulière, il aurait fallu établir, *au sein de* la catégorie des employés d'hôpitaux en poste de 1988 à 1991, des distinctions favorables à certaines et non à d'autres. La tentative de régler le problème de

I cannot say that the government's "line drawing" in this instance is fatal to its s. 1 defence.

l'inégalité au sein du groupe général des employés d'hôpitaux créerait une autre inégalité au sein du petit groupe des femmes qui travaillent dans les hôpitaux. Je ne peux pas affirmer que la ligne tracée, en l'espèce, par le gouvernement est fatale pour sa défense fondée sur l'article premier.

97

I believe we should affirm what we said in *Martin*, *supra*, namely that "[b]udgetary considerations in and of themselves cannot normally be invoked as a free-standing pressing and substantial objective for the purposes of s. 1 of the *Charter*" (para. 109). But we should also affirm the factual finding by the Newfoundland courts that the spring of 1991 was not a normal time. It was an exceptional financial crisis that called for an exceptional response. I agree with the motions judge that the government response was tailored to minimally impair rights in the context of the problem it confronted. The government has therefore discharged its onus under this branch of the *Oakes* test.

Je crois que nous devrions confirmer ce que nous avons dit dans l'arrêt *Martin*, précité, à savoir que « [n]ormalement, les considérations budgétaires à elles seules ne peuvent pas être invoquées en tant qu'objectif urgent et réel distinct pour l'application de l'article premier de la *Charte* » (par. 109). Cependant, nous devrions aussi confirmer la constatation de fait des tribunaux de Terre-Neuve que la situation n'était pas normale au printemps de 1991. Il y avait alors une crise financière exceptionnelle qui commandait des mesures exceptionnelles. Je conviens avec le juge des requêtes que les mesures prises par le gouvernement afin de régler le problème auquel il faisait face étaient conçues de manière à ne porter qu'une atteinte minimale à des droits. Le gouvernement s'est donc acquitté du fardeau qui lui incombait en vertu de ce volet du critère de l'arrêt *Oakes*.

(5) Proportionality of Means to Objective

(5) La proportionnalité entre les moyens utilisés et l'objectif visé

98

The salutary effects of the legislation were far reaching. Maintaining the credit rating had a positive effect on interest rates and lender confidence. The government was better able to finance the provincial debt and continue to provide essential programs to its residents. The effect of the Act on the *Charter* rights of female employees who continued to work after March 1991, in purely financial terms, was to defer pay equity and leave the women hospital workers with their traditionally lower wage scales for a further three years. In light of the exceptional circumstances already recited, I accept on a balance of probabilities that the detrimental impact of a delay in achieving pay equity, deeply unfortunate as it was, did not outweigh the importance of preserving the fiscal health of a provincial government through a temporary but serious financial crisis. The seriousness of that crisis, combined with the relative size of the \$24 million required to bring

La mesure législative a eu des effets bénéfiques d'une grande portée. Le maintien de la cote de crédit a eu un effet positif sur les taux d'intérêt et sur la confiance des prêteurs. Le gouvernement était mieux en mesure de financer la dette de la province et de continuer d'offrir des programmes essentiels à ses résidents. Du point de vue strictement financier, l'effet de la Loi sur les droits garantis par la *Charte* aux employées qui travaillaient toujours après mars 1991 a été de reporter la réalisation de l'équité salariale et de maintenir, pour une période supplémentaire de trois ans, les salaires traditionnellement moins élevés que touchaient les employées d'hôpitaux. Compte tenu des circonstances exceptionnelles qui ont déjà été exposées, je reconnais, selon la prépondérance des probabilités, que, si regrettable soit-il, l'effet préjudiciable d'un report de la réalisation de l'équité salariale ne l'emportait pas sur l'importance de préserver la santé financière d'un

pay equity in line with the original schedule, are the compelling factors in that respect.

(6) Proportionality of Salutory Effects of the Act to Deleterious Effects of the Act

For the reasons already stated, the evidence shows that taken as a whole the fiscal measures adopted by the Province did more good than harm, despite the adverse effects on the women hospital workers, serious and deeply regrettable though such adverse effects were.

(7) Should Conformity with the Separation of Powers Doctrine Be Added as an Element of the Section 1 Analysis?

As stated, Marshall J.A. proposed that a court should ask itself at each stage of the s. 1 analysis whether the judicial response to the questions posed conform to the separation of powers doctrine. He wrote, at para. 362:

... it cannot be said that s. 1 endows the judiciary with licence to stand in the shoes of the other branches of government as ultimate arbitrator of which policy choices were in the best interests of the governed. For the foregoing reasons, it would appear that the *Oakes* proportionality requirements court such a risk. Accordingly, it seems that some revisitation of them is in order.

The essential propositions advanced by Marshall J.A. were that the *Oakes* test does not sufficiently respect the actual wording of s. 1 of the *Charter* (para. 262) and that in the result inadequate deference is paid to legislative and executive choices at each and every stage of the s. 1 justification. It is thus out of step with the doctrine of the separation of powers. While I respect the care and detail with which Marshall J.A. set out his concerns in the course of a 231-page judgment, I do not agree with his analysis.

gouvernement provincial aux prises avec une crise financière temporaire mais grave. Les facteurs déterminants à cet égard sont la gravité de cette crise, conjuguée à l'importance relative de la somme de 24 millions de dollars requise pour réaliser l'équité salariale conformément à l'échéancier initial.

(6) La proportionnalité entre les effets bénéfiques de la Loi et ses effets néfastes

Pour les raisons déjà exposées, la preuve démontre que, dans l'ensemble, les mesures financières prises par la province ont été plus bénéfiques que pernicieuses malgré les effets préjudiciables, si graves et regrettables qu'ils aient pu être, qu'elles ont eues sur les employées d'hôpitaux.

(7) Devrait-on ajouter la conformité avec le principe de la séparation des pouvoirs aux éléments de l'analyse fondée sur l'article premier?

Comme nous l'avons vu, le juge Marshall a proposé que les tribunaux se demandent, à chaque étape de l'analyse fondée sur l'article premier, si la réponse qu'ils donnent aux questions qui leur sont posées est conforme au principe de la séparation des pouvoirs. Il a écrit (par. 362) :

[TRADUCTION] ... on ne peut pas dire que l'article premier autorise les tribunaux à se substituer aux autres branches du gouvernement comme arbitre qui décide de manière irrévocable quels choix de politique générale sont dans le meilleur intérêt des administrés. Pour les motifs qui précèdent, les exigences de proportionnalité de l'arrêt *Oakes* sembleraient poser un tel risque. Par conséquent, un réexamen de ces exigences semble s'imposer.

Le juge Marshall faisait essentiellement remarquer que le critère de l'arrêt *Oakes* n'est pas assez fidèle au libellé même de l'article premier de la *Charte* (par. 262) et qu'en définitive les choix des pouvoirs législatif et exécutif ne sont pas traités avec suffisamment de retenue ou déférence à chaque étape de la justification au regard de l'article premier. Il ne s'harmonise donc pas avec le principe de la séparation des pouvoirs. Tout en respectant la façon minutieuse et détaillée dont le juge Marshall a exposé ses préoccupations dans son jugement de 231 pages, je ne souscris pas à son analyse.

99

100

101

(a) *Fidelity to the Text of Section 1*a) *Fidélité au texte de l'article premier*

102 The *Oakes* test, of course, is itself based on the text of s. 1. Thus in *Oakes* itself, Dickson C.J. observed at p. 137:

Il est évident que le critère de l'arrêt *Oakes* repose lui-même sur le texte de l'article premier. C'est ainsi que, dans l'arrêt *Oakes* même, le juge en chef Dickson fait observer ceci, à la p. 137 :

It is clear from the text of s. 1 that limits on the rights and freedoms enumerated in the *Charter* are exceptions to their general guarantee. The presumption is that the rights and freedoms are guaranteed unless the party invoking s. 1 can bring itself within the exceptional criteria which justify their being limited. This is further substantiated by the use of the word "demonstrably" which clearly indicates that the onus of justification is on the party seeking to limit: *Hunter v. Southam Inc.* . . .

Il ressort nettement du texte de l'article premier que les restrictions apportées aux droits et libertés énoncés dans la *Charte* constituent des exceptions à la garantie générale dont ceux-ci font l'objet. On présume que les droits et libertés sont garantis, à moins que la partie qui invoque l'article premier ne puisse satisfaire aux critères exceptionnels qui justifient leur restriction. C'est ce que confirme l'emploi de l'expression « puisse se démontrer » qui indique clairement qu'il appartient à la partie qui cherche à apporter la restriction de démontrer qu'elle est justifiée : *Hunter c. Southam Inc.* . . .

103 The textual analysis was carried forward by McLachlin J. in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199. Referring to the words "reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society", she wrote at paras. 128 and 136:

La juge McLachlin a poursuivi l'analyse textuelle dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199. Au sujet des mots « dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique », elle a écrit, aux par. 128 et 136 :

The process is not one of mere intuition, nor is it one of deference to Parliament's choice. It is a process of demonstration. This reinforces the notion inherent in the word "reasonable" of rational inference from evidence or established truths.

Il ne s'agit pas de procéder par simple intuition, ou d'affirmer qu'il faut avoir de l'égard pour le choix du Parlement. Il s'agit d'un processus de démonstration. Cela renforce la notion propre au terme « raisonnable » selon laquelle il faut tirer une inférence rationnelle de la preuve ou des faits établis.

. . . [C]are must be taken not to extend the notion of deference too far. Deference must not be carried to the point of relieving the government of the burden which the *Charter* places upon it of demonstrating that the limits it has imposed on guaranteed rights are reasonable and justifiable. Parliament has its role: to choose the appropriate response to social problems within the limiting framework of the Constitution. But the courts also have a role: to determine, objectively and impartially, whether Parliament's choice falls within the limiting framework of the Constitution. The courts are no more permitted to abdicate their responsibility than is Parliament. To carry judicial deference to the point of accepting Parliament's view simply on the basis that the problem is serious and the solution difficult, would be to diminish the role of the courts in the constitutional process and to weaken the structure of rights upon which

. . . [I] faut prendre soin de ne pas pousser trop loin la notion du respect. Le respect porté ne doit pas aller jusqu'au point de libérer le gouvernement de l'obligation que la *Charte* lui impose de démontrer que les restrictions qu'il apporte aux droits garantis sont raisonnables et justifiables. Le Parlement a son rôle : choisir la réponse qui convient aux problèmes sociaux dans les limites prévues par la Constitution. Cependant, les tribunaux ont aussi un rôle : déterminer de façon objective et impartiale si le choix du Parlement s'inscrit dans les limites prévues par la Constitution. Les tribunaux n'ont pas plus le droit que le Parlement d'abdiquer leur responsabilité. Les tribunaux se trouveraient à diminuer leur rôle à l'intérieur du processus constitutionnel et à affaiblir la structure des droits sur lesquels notre constitution et notre nation sont fondées, s'ils portaient le respect jusqu'au point d'accepter le point de vue du Parlement simplement pour le

our constitution and our nation is founded. [Emphasis added.]

No doubt Parliament and the legislatures, generally speaking, *do* enact measures that they, representing the majority view, consider to be reasonable limits that have been demonstrated to *their* satisfaction as justifiable. Deference to the legislative choice to the degree proposed by Marshall J.A. would largely circumscribe and render superfluous the independent second look imposed on the courts by s. 1 of the *Charter*. Deference to the majority view on that scale would leave little protection to minorities. Marshall J.A.'s proposal, with respect, is not based on fidelity to the text of s. 1 but to dilution of the requirement of "demonstrable" justification.

(b) *The Separation of Powers*

No one doubts that the courts and the legislatures have different roles to play, and that our system works best when constitutional actors respect the role and mandate of other constitutional actors, including an "appreciation by the judiciary of its own position in the constitutional scheme" (*Auditor General, supra*, at p. 91, *per* Dickson C.J.). While the separation of powers is a defining feature of our constitutional order (*PEI Provincial Court Judges Reference, supra*), the separation of powers cannot be invoked to undermine the operation of a specific written provision of the Constitution like s. 1 of the *Charter*. Section 1 itself expresses an important aspect of the separation of powers by defining, within its terms, limits on legislative sovereignty.

Judicial review of governmental action long predates the adoption of the *Charter*. Since Confederation, courts have been required by the Constitution to ensure that state action complies with the Constitution. The *Charter* has placed new limits on government power in the area of human rights, but judicial review of those limits involves the

motif que le problème est sérieux et la solution difficile. [Je souligne.]

Il n'y a aucun doute qu'en général le Parlement et les législatures *prennent* des mesures qui pour eux, qui représentent l'opinion de la majorité, constituent des limites raisonnables dont la justification a été démontrée à *leur* satisfaction. Le niveau de déférence que le juge Marshall propose à l'égard du choix du législateur aurait pour effet de circonscire énormément et de rendre superflu le second regard indépendant que les tribunaux doivent jeter en vertu de l'article premier de la *Charte*. Une telle déférence à l'égard de l'opinion de la majorité accorderait peu de protection aux minorités. En toute déférence, la proposition du juge Marshall repose non pas sur la fidélité au texte de l'article premier, mais sur une édulcoration de l'exigence d'une justification qui « puisse se démontrer ».

b) *La séparation des pouvoirs*

Personne ne doute que les pouvoirs judiciaire et législatif ont des rôles différents à jouer et que notre système atteint son efficacité maximale lorsque des acteurs constitutionnels respectent le rôle et le mandat des autres acteurs constitutionnels, y compris « l'appréciation par le judiciaire de sa propre position dans le système constitutionnel » (*Vérificateur général, précité*, p. 91, le juge en chef Dickson). Bien qu'elle soit l'une des caractéristiques déterminantes de notre régime constitutionnel (*Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard, précité*), la séparation des pouvoirs ne peut pas être invoquée pour nuire à l'application d'une disposition écrite particulière de la Constitution comme l'article premier de la *Charte*. L'article premier lui-même manifeste un aspect important de la séparation des pouvoirs en définissant, dans son texte, des limites de la souveraineté législative.

Le contrôle judiciaire des mesures gouvernementales remonte à une époque bien antérieure à l'adoption de la *Charte*. Depuis la Confédération, les tribunaux sont tenus *par* la Constitution de s'assurer de la constitutionnalité des mesures prises par l'État. La *Charte* a assujéti à de nouvelles limites le pouvoir du gouvernement dans le domaine des droits de

courts in the same *role* in relation to the separation of powers as they have occupied from the beginning, that of the constitutionally mandated referee. As the Court affirmed in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at para. 56, “. . . it is not the courts which limit the legislatures. Rather, it is the Constitution, which must be interpreted by the courts, that limits the legislatures. This is necessarily true of all constitutional democracies.”

la personne, mais le contrôle judiciaire de ces limites amène les tribunaux à jouer, à l'égard de la séparation des pouvoirs, le même rôle qu'ils ont joué dès le début, c'est-à-dire celui d'arbitre mandaté par la Constitution. Comme l'a affirmé la Cour dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 56, « [c]e ne sont [. . .] pas les tribunaux qui imposent des limites au législateur, mais bien la Constitution, que les tribunaux doivent interpréter. Il en est nécessairement ainsi dans toutes les démocraties constitutionnelles. »

106 It is evident that adoption of the *Charter* placed new limits on the sovereignty of Parliament, as Marshall J.A. freely acknowledges in his decision, at para. 246:

Il est évident que l'adoption de la *Charte* a assujéti à de nouvelles limites la souveraineté du Parlement, comme le reconnaît volontiers le juge Marshall, au par. 246 de sa décision :

A true perspective of the *Charter* is that it added another arrow to the quiver of the individual's arsenal, broadening the scope of challenge to laws and actions of the legislative and executive arms of government. This observation in no way detracts from the importance of the *Charter*. The greater protection it accords to basic fundamental rights and freedoms, and its tempering of the powers of the political branches of government in its redefining of long-established concepts of parliamentary supremacy, herald reforms of no insignificant moment. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Une bonne façon d'aborder la *Charte* est de considérer qu'elle a fourni une arme de plus à celles dont disposent les individus, en élargissant la portée de la contestation des lois et des mesures prises par les branches législative et exécutive du gouvernement. Cette remarque ne diminue en rien l'importance de la *Charte*. La plus grande protection qu'elle accorde aux droits et libertés fondamentaux et son atténuation des pouvoirs des organes politiques du gouvernement par sa redéfinition des concepts de longue date de la suprématie du Parlement laissent présager des réformes assez lourdes de conséquences. [Je souligne.]

107 Marshall J.A. makes a number of suggestions as to how this redefinition of Parliamentary sovereignty can be squared with his view of the Separation of Powers.

Le juge Marshall propose diverses manières de concilier cette redéfinition de la souveraineté du Parlement avec sa conception de la séparation des pouvoirs.

108 Firstly, Marshall J.A. would seemingly impose on a rights claimant not only the onus of establishing entitlement to the right but also of showing that its exercise “in the specific circumstances” of the case is reasonable. He writes at para. 244:

Premièrement, le juge Marshall imposerait apparemment à la personne qui invoque un droit l'obligation non seulement d'établir qu'elle peut l'invoquer, mais aussi de prouver que l'exercice de ce droit [TRADUCTION] « eu égard aux circonstances particulières » de l'affaire est raisonnable. Il écrit, au par. 244 :

The new constitutional mechanism for enforcing fundamental rights rather addressed individual impotence in the face of encroachments upon them by providing a means of their protection through the courts to the extent that their exercise in the specific circumstances obtaining could be shown reasonable in a free and democratic society. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Le nouveau mécanisme constitutionnel qui permettait de faire respecter des droits fondamentaux visait plutôt à remédier à l'impuissance des individus face aux atteintes dont ils sont victimes, en leur donnant le moyen d'obtenir une protection par l'intermédiaire des tribunaux dans la mesure où ils pouvaient démontrer que, eu égard aux circonstances particulières, l'exercice de ces droits était raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique. [Je souligne.]



To the extent Marshall J.A. is advocating a removal of the onus on government to justify infringement of a *Charter* right, and to substitute an onus under s. 1 on the complainant to show that his or her exercise of the right is reasonable, it would again contradict the text of s. 1 in which the word “reasonable” modifies “limits” not “rights”. Nowhere in the *Charter* is it suggested that the exercise of fundamental rights and freedoms should be presumed unreasonable unless and until a claimant proves the contrary “in the specific circumstances”.

Secondly, Marshall J.A. would seemingly remove from judicial scrutiny “policy initiatives within the purview of the political branches of government”. He writes, at paras. 362 and 351:

It is true that s. 1 effectively invests it [the judiciary] with responsibility to pass upon the justifiability of policy choices behind *Charter* infringements. However, that power is exercisable in the context of judicial deference to the other branches of government, and in harmony with the Separation of Powers Doctrine.

In the result, s. 1 of the *Charter* is harmonized with the Separation of Powers Doctrine by foreclosing the potential for the judiciary to assume the role of final arbitrator of the correctness of policy initiatives within the purview of the political branches of government.

The “political branches” of government are the legislature and the executive. Everything that they do by way of legislation and executive action could properly be called “policy initiatives”. If the “political branches” are to be the “final arbitrator” of compliance with the *Charter* of their “policy initiatives”, it would seem the enactment of the *Charter* affords no real protection at all to the rightsholders the *Charter*, according to its text, was intended to benefit. *Charter* rights and freedoms, on this reading, would offer rights without a remedy.

Dans la mesure où le juge Marshall préconise de remplacer l’obligation du gouvernement de justifier l’atteinte à un droit garanti par la *Charte*, par l’obligation du plaignant de prouver, en vertu de l’article premier, que l’exercice de son droit est raisonnable, cela contredit encore une fois le texte de l’article premier dans lequel l’adjectif « raisonnable » qualifie le mot « limites » et non le mot « droits ». Rien n’indique dans la *Charte* que l’exercice de droits et libertés fondamentaux doit être présumé déraisonnable tant et aussi longtemps que la personne qui les invoque ne prouve pas le contraire « eu égard aux circonstances particulières ».

Deuxièmement, le juge Marshall soustrairait apparemment à l’examen judiciaire les [TRADUCTION] « stratégies relevant des organes politiques du gouvernement ». Il écrit (par. 362 et 351) :

[TRADUCTION] Il est vrai que l’article premier [...] confie effectivement [aux tribunaux] la responsabilité d’examiner si les choix de politique générale qui sous-tendent des violations de la *Charte* sont justifiables. Toutefois, ils ne peuvent exercer ce pouvoir qu’en conformité avec la déférence dont ils doivent faire montre à l’égard des autres branches du gouvernement, et avec le principe de la séparation des pouvoirs.

En définitive, l’article premier de la *Charte* est harmonisé avec le principe de la séparation des pouvoirs en empêchant les tribunaux de jouer le rôle d’arbitre qui tranche de manière irrévocable la question de la justesse des stratégies relevant des organes politiques du gouvernement.

Les « organes politiques » du gouvernement sont les pouvoirs législatif et exécutif. Toutes les mesures que chacun des pouvoirs législatif et exécutif prendraient à juste titre être qualifiées de « stratégies ». Si les « organes politiques » devaient être l’« arbitre qui tranche de manière irrévocable » la question de la conformité de leurs « stratégies » avec la *Charte*, il semblerait alors que l’adoption de la *Charte* n’accorde aucune protection véritable aux titulaires des droits à qui, d’après son libellé, elle est censée profiter. Selon cette interprétation, les droits et libertés garantis par la *Charte* confèreraient des droits non assortis d’une réparation.

109

110

111

112 Thirdly, Marshall J.A. would preclude the courts from looking at alternative measures the “political branches” might have adopted to achieve their legitimate objectives with minimal impairment to *Charter* rights and freedoms. Thus he writes, at para. 424:

A perusal of s. 1’s wording reflects intent that the judicial justification power be rationalized through deference to the adopted policy choice without inquiry into other options which the judiciary might consider to have been available. [Emphasis added.]

113 With respect, it is difficult to understand how a court could satisfy itself that a particular legislative limit is “reasonable” if it is blinkered from considering whether other less limiting measures were available.

114 Marshall J.A.’s concerns lead back to his fundamental point that in appropriate cases, courts should defer to legislative and executive choices. Yet it is not at all necessary to rewrite the Court’s jurisprudence to reflect this concern. While I do not agree with Marshall J.A. that the courts should “oil th[e] hinges” of the *Oakes* test to ensure that it “swing[s] in harmony with the Separation of Powers” (because in my view such an approach would contradict the explicit wording of s. 1), it is nevertheless clear that there is built into the *Oakes* test a healthy respect for legislative choice in areas of economic and social policy. Marshall J.A. himself quotes approvingly (at para. 427) from the reasons of Dickson C.J. in *PSAC, supra*, on the subject of judicial deference at p. 442:

In my opinion, courts must exercise considerable caution when confronted with difficult questions of economic policy. It is not our judicial role to assess the effectiveness or wisdom of various government strategies for solving pressing economic problems. The question how best to combat inflation has perplexed economists for several generations. It would be highly undesirable for the courts to attempt to pronounce on the relative importance of various suggested causes of inflation, such as the expansion of the money supply, fiscal deficits, foreign inflation or

Troisièmement, le juge Marshall empêcherait les tribunaux d’examiner les autres mesures que les « organes politiques » auraient pu adopter pour réaliser leurs objectifs légitimes en ne portant qu’une atteinte minimale aux droits et libertés garantis par la *Charte*. C’est ainsi qu’il écrit (par. 424) :

[TRADUCTION] Il ressort d’un examen attentif du texte de l’article premier qu’on voulait que les tribunaux exercent leur pouvoir en matière de justification en faisant montre de déférence à l’égard des choix de politique générale qui ont été faits et sans examiner les autres possibilités qui, selon eux, pourraient avoir existé. [Je souligne.]

En toute déférence, il est difficile de comprendre comment un tribunal pourrait s’assurer qu’une restriction législative donnée est « raisonnable » s’il lui est interdit d’examiner si d’autres mesures moins restrictives pouvaient être adoptées.

Les préoccupations du juge Marshall ramènent à sa remarque fondamentale selon laquelle les tribunaux devraient, dans des cas appropriés, faire montre de déférence à l’égard des choix des pouvoirs législatif et exécutif. Pourtant, il n’est absolument pas nécessaire de récrire toute la jurisprudence de la Cour pour dissiper cette crainte. Bien que je ne souscrive pas à l’avis du juge Marshall que les tribunaux devraient [TRADUCTION] « peaufiner » le critère de l’arrêt *Oakes* « afin d’en assurer l’harmonisation avec la séparation des pouvoirs » (parce que, selon moi, une telle approche irait à l’encontre du libellé explicite de l’article premier), il est néanmoins clair que le critère de l’arrêt *Oakes* incorpore une saine déférence pour les choix du législateur dans les domaines de la politique économique et sociale. Le juge Marshall cite lui-même (au par. 427), en les approuvant, les motifs du juge en chef Dickson dans l’arrêt *AFPC*, précité, p. 442, qui portent sur la déférence judiciaire :

À mon avis, les tribunaux doivent faire preuve de prudence considérable lorsqu’ils sont confrontés à des questions difficiles de politique économique. Il n’appartient pas à la magistrature d’évaluer l’efficacité ou la sagesse des diverses stratégies gouvernementales adoptées pour résoudre des problèmes économiques urgents. La question de la meilleure forme de lutte contre l’inflation embarrasse les économistes depuis plusieurs générations. Il ne serait guère souhaitable que les tribunaux tentent de se prononcer sur l’importance relative de ce qui,

the built-in inflationary expectations of individual economic actors. A high degree of deference ought properly to be accorded to the government's choice of strategy in combatting this complex problem.

It is difficult to think that when he wrote those words in 1987, Dickson C.J. overlooked what he had said the previous year in *Oakes*. On the contrary, what the Chief Justice wrote in the *PSAC* case entirely conforms to what he had said in the *Oakes* test. He saw no need to amend the *Oakes* test on this point at that time and, with respect, I do not believe Marshall J.A. has made out a persuasive case for its modification in the present appeal.

In summary, whenever there are boundaries to the legal exercise of state power such boundaries have to be refereed. Canadian courts have undertaken this role in relation to the division of powers between Parliament and the provincial legislatures since Confederation. The boundary between an individual's protected right or freedom and state power must also be refereed. The framers of the *Charter* identified the courts as the referee. While I recognize that the separation of powers is an important constitutional principle, I believe that the s. 1 test set out in *Oakes* and the rest of our voluminous s. 1 jurisprudence already provides the proper framework in which to consider what the doctrine of separation of powers requires in particular situations, as indeed was the case here. To the extent Marshall J.A. invites a greater level of deference to the will of the legislature, I believe acceptance of such an invitation would simply be inconsistent with the clear words of s. 1 and undermine the delicate balance the *Charter* was intended to achieve. I would therefore not do as he suggests.

#### D. Conclusion

The constitutional questions should therefore be answered as follows:

croit-on, cause l'inflation, comme l'expansion de la masse monétaire, les déficits fiscaux, l'inflation étrangère ou les perspectives inflationnistes inhérentes de divers acteurs économiques individuels. C'est à bon droit qu'une grande déférence doit être manifestée envers le choix par le gouvernement d'une stratégie pour combattre ce problème complexe.

Il est difficile de croire que, lorsqu'il a écrit ces mots en 1987, le juge en chef Dickson avait oublié les propos qu'il avait tenus l'année précédente dans l'arrêt *Oakes*. Au contraire, ce que le Juge en chef a écrit dans l'arrêt *AFPC* est entièrement conforme à ce qu'il avait mentionné dans le critère de l'arrêt *Oakes*. Il ne voyait pas, à ce moment-là, l'utilité de modifier le critère de l'arrêt *Oakes* à cet égard et, en toute déférence, je ne crois pas que le juge Marshall ait démontré de manière convaincante la nécessité de le modifier en l'espèce.

En résumé, chaque fois qu'il existe des limites à l'exercice licite du pouvoir de l'État, ces limites doivent être soumises à un arbitre. Depuis la Confédération, les tribunaux canadiens jouent ce rôle relativement au partage des pouvoirs entre le Parlement et les législatures provinciales. La ligne de démarcation entre le droit ou la liberté garantis à une personne et le pouvoir de l'État doit aussi être soumise à un arbitre. Les rédacteurs de la *Charte* ont désigné les tribunaux comme arbitre. Tout en reconnaissant que la séparation des pouvoirs est un principe constitutionnel important, je crois que le critère relatif à l'article premier, qui a été formulé dans l'arrêt *Oakes* et le reste de notre jurisprudence abondante portant sur cet article, fournit déjà le cadre approprié pour l'examen des exigences du principe de la séparation des pouvoirs dans des situations données, comme c'était effectivement le cas en l'espèce. Dans la mesure où le juge Marshall invite à faire montre d'une plus grande déférence à l'égard de la volonté du législateur, je crois qu'accepter de le faire irait tout simplement à l'encontre du texte clair de l'article premier et romprait l'équilibre délicat que la *Charte* visait à établir. Je suis donc d'avis de rejeter ce qu'il propose de faire.

#### D. Conclusion

Les questions constitutionnelles reçoivent donc les réponses suivantes :

115

116

117

1. Does s. 9 of the *Public Sector Restraint Act*, S.N. 1991, c. 3, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

#### VI. Disposition

118

The appeal is dismissed with costs to the respondent.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitor for the appellant: Newfoundland and Labrador Association of Public and Private Employees, St. John's, Newfoundland and Labrador.*

*Solicitor for the respondent: Department of Justice, St. John's, Newfoundland and Labrador.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Sainte-Foy.*

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

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

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

*Solicitor for the interveners the Canadian Association for Community Living, the Canadian Hearing Society, and the Council of Canadians with Disabilities: ARCH, A Legal Resource Centre for Persons with Disabilities, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the Hospital Employees' Union, the British Columbia*

1. L'article 9 de la *Public Sector Restraint Act*, S.N. 1991, ch. 3, porte-t-il atteinte au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

2. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

#### VI. Dispositif

Le pourvoi est rejeté avec dépens en faveur de l'intimée.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureur de l'appelante : Newfoundland and Labrador Association of Public and Private Employees, St. John's, Terre-Neuve-et-Labrador.*

*Procureur de l'intimée : Ministère de la Justice, St. John's, Terre-Neuve-et-Labrador.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Sainte-Foy.*

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

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

*Procureur de l'intervenant le Procureur général de l'Alberta : Alberta Justice, Edmonton.*

*Procureur des intervenants l'Association canadienne pour l'intégration communautaire, la Société canadienne de l'ouïe et le Conseil des Canadiens avec déficiences : ARCH, A Legal Resource Centre for Persons with Disabilities, Toronto.*

*Procureurs des intervenants le Syndicat des employés d'hôpitaux, le Syndicat des*

*Government and Service Employees' Union, and the Health Sciences Association: Arvay Finlay, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund: Women's Legal Education and Action Fund, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.*

*fonctionnaires provinciaux et de service de la Colombie-Britannique et l'Association des sciences de la santé : Arvay Finlay, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes : Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Walter Tessling** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario, Attorney  
General of Quebec and Canadian Civil  
Liberties Association** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. TESSLING**

**Neutral citation: 2004 SCC 67.**

File No.: 29670.

2004: April 16; 2004: October 29.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci,\* Major,  
Bastarache, Binnie, Arbour,\* LeBel, Deschamps and  
Fish J.J.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO**

*Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Police using thermal imaging device to take “heat” picture of accused’s home from aircraft without warrant — Whether warrantless use of thermal imaging device violated right against unreasonable search and seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.*

The RCMP used an airplane equipped with a Forward Looking Infra-Red (“FLIR”) camera to overfly properties owned by the accused. FLIR technology records images of thermal energy or heat radiating from a building. It cannot, at this stage of its development, determine the nature of the source of heat within the building or “see” through the external surfaces of a building. The RCMP were able to obtain a search warrant for the accused’s home based on the results of the FLIR image coupled with information supplied by two informants. In the house, the RCMP found a large quantity of marijuana and several guns. The accused was charged with a variety of drug and weapons offences. At trial, he unsuccessfully argued that

\* Iacobucci and Arbour J.J. took no part in the judgment.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Walter Tessling** *Intimé*

et

**Procureur général de l’Ontario, procureur  
général du Québec et Association canadienne  
des libertés civiles** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. TESSLING**

**Référence neutre : 2004 CSC 67.**

N° du greffe : 29670.

2004 : 16 avril; 2004 : 29 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges  
Iacobucci\*, Major, Bastarache, Binnie, Arbour\*, LeBel,  
Deschamps et Fish.

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ONTARIO**

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Utilisation par la police d’un aéronef muni d’un dispositif d’imagerie thermique pour prendre une photographie de la « chaleur » de la maison de l’accusé sans avoir obtenu un mandat — L’utilisation sans mandat du dispositif d’imagerie thermique porte-t-elle atteinte à la garantie contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.*

La GRC a eu recours à un avion muni d’un appareil photo qui utilise un système infrarouge à vision frontale (« FLIR ») pour survoler la propriété de l’accusé. La technique FLIR permet d’enregistrer des images de l’énergie thermique ou de la chaleur émanant d’un édifice. Elle ne permet pas, à ce stade de développement, de déterminer la nature de la source de chaleur dans l’édifice ni de « voir » à travers les surfaces externes d’un édifice. La GRC a pu obtenir un mandat de perquisition de la maison de l’accusé sur le fondement des résultats de l’image FLIR et des renseignements fournis par deux informateurs. Dans la maison, la GRC a trouvé une quantité importante de marijuana et plusieurs armes à feu. L’intimé a été accusé

\* Les juges Iacobucci et Arbour n’ont pas pris part au jugement.

the FLIR overflight was a violation of his right to be free from unreasonable search and seizure guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and was convicted. The Court of Appeal set aside the convictions. The court found that the use of FLIR technology constituted a search of the accused's home and, since it was done without a warrant, violated his s. 8 right. The court concluded that the evidence ought to have been excluded and the accused was acquitted on all charges.

*Held:* The appeal should be allowed. The FLIR overflight did not violate the accused's constitutional right to be free from unreasonable search and seizure.

Few things are as important to our way of life as the amount of power allowed the police to invade the homes, privacy and even the bodily integrity of members of Canadian society without judicial authorization. Building upon the foundation laid by the common law, s. 8 of the *Charter* creates for "everyone" certain areas of personal autonomy where the state, including the police, cannot trespass. These areas we have now gathered up under the general heading of privacy. At the same time, social and economic life creates competing demands. The community wants privacy but it also insists on protection. Safety, security and the suppression of crime are legitimate countervailing concerns. Thus s. 8 of the *Charter* accepts the validity of reasonable searches and seizures.

Privacy is a protean concept, and the difficult issue is where the "reasonableness" line should be drawn. The distinction between informational and territorial privacy is of assistance in the current factual situation. Whereas the Court of Appeal treated the FLIR imaging as equivalent to a search of the home, and thus "worthy of the state's highest respect", it is more accurately characterized as an external surveillance of the home to obtain information that may or may not be capable of giving rise to an inference about what was actually going on inside, depending on what other information is available to the police. FLIR is not equivalent to entry. Because of the emphasis on the informational aspect, the reasonableness line must be determined by focussing on the nature and quality of the information FLIR can actually deliver and then evaluating its impact on an accused's reasonable privacy interest.

de diverses infractions reliées à la drogue et aux armes à feu. Au procès, il a fait valoir sans succès que le vol FLIR portait atteinte à son droit à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et il a été déclaré coupable. La Cour d'appel a annulé les déclarations de culpabilité. Elle a conclu que le recours à la technique FLIR équivalait à une perquisition de sa résidence, et que cette perquisition sans mandat portait atteinte à son droit garanti par l'art. 8. La cour a conclu qu'il aurait fallu exclure les éléments de preuve et acquitter l'accusé relativement à tous les chefs d'accusation.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli. Le vol FLIR ne portait pas atteinte au droit constitutionnel de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives.

Peu de choses revêtent autant d'importance pour notre mode de vie que l'étendue du pouvoir conféré à la police d'entrer dans la maison d'un citoyen canadien, de porter atteinte à sa vie privée et même à son intégrité corporelle sans autorisation judiciaire. Prenant appui sur les fondements de la common law, l'art. 8 de la *Charte* crée pour « chacun » des zones d'autonomie personnelle dans lesquelles les agents de l'État, et notamment les policiers, ne peuvent pas entrer sans autorisation. Ces zones sont maintenant réunies sous l'appellation générale de « vie privée ». En même temps, la vie économique et sociale crée des demandes concurrentes. Les citoyens tiennent à leur vie privée, mais ils veulent également être protégés. La répression du crime et la sécurité sont des préoccupations légitimes tout aussi valables. Ainsi, l'art. 8 de la *Charte* reconnaît la validité des fouilles, perquisitions et saisies non abusives.

La vie privée étant une notion protéiforme, il est difficile de fixer la limite du « caractère raisonnable ». La distinction entre les aspects du droit à la vie privée en ce qui a trait aux lieux ou à l'information peut nous aider dans les circonstances de l'espèce. La Cour d'appel a considéré que l'imagerie FLIR équivalait à une perquisition à la résidence de l'accusé, où « l'État doit manifester le plus grand respect » du droit à la vie privée, mais il est plus exact d'y voir un mode de surveillance externe de la maison en vue d'obtenir des renseignements au sujet de la maison, à partir desquels il sera ou non possible de faire des déductions sur ce qui se passe à l'intérieur, selon les autres renseignements dont dispose la police. L'utilisation du dispositif FLIR n'équivaut pas à une intrusion. Comme l'aspect qui a trait à l'information doit primer, il faut déterminer la limite du caractère raisonnable en insistant sur la nature et la qualité des renseignements produits par la technique FLIR existante et en analysant ensuite leur incidence sur le droit de l'accusé en matière d'attente raisonnable de vie privée.

FLIR technology cannot, in its present state of development, permit any inferences about the precise activity giving rise to the heat. The accused had a privacy interest in the activities taking place in his home and it may be presumed that he had a subjective expectation of privacy in such activities to the extent they were the subject matter of the search. The fact that it was his home that was imaged using FLIR is an important factor, but it is not controlling and must be looked at in context and in particular, in this case, in relation to the nature and quality of the information made accessible to the police by FLIR technology. Everything shown in the FLIR photograph exists on the external surfaces of the building and, in that sense, FLIR records only information exposed to the public. Although the information about the distribution of the heat was not visible to the naked eye, the FLIR heat profile did not expose any intimate details of the accused's lifestyle or part of his core biographical data. It only showed that some of the activities in the house generated heat.

Thus, when one considers the "totality of the circumstances", the use of FLIR technology did not intrude on the reasonable sphere of privacy of the accused. Patterns of heat distribution on the external surfaces of a house are not a type of information in which, objectively speaking, the accused had a reasonable expectation of privacy. The heat distribution information offered no insight into his private life and its disclosure scarcely affected his "dignity, integrity and autonomy".

Technology must be evaluated according to its current capability, and its evolution in future dealt with step by step. Concerns should be addressed as they truly arise. FLIR technology at this stage of its development is both non-intrusive in its operations and mundane in the data it is capable of producing. The taking of a FLIR image therefore did not violate the respondent's reasonable expectation of privacy within the scope of s. 8 of the *Charter*.

#### Cases Cited

**Considered:** *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; **not followed:** *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001); **referred to:** *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v.*

La technique FLIR ne peut, à ce stade de son développement, permettre de déduire l'activité précise qui produit la chaleur. L'accusé avait un droit à la vie privée afférent aux activités qui se déroulaient dans sa résidence, et il faut présumer qu'il avait à l'égard de ces activités une attente subjective en matière de vie privée dans la mesure où ces activités étaient l'objet de l'image FLIR. Le fait que l'image obtenue par la technique FLIR ait montré la résidence de l'intimé constitue un facteur important, mais il n'est pas déterminant; il importe de l'examiner en contexte et en particulier, dans la présente affaire, en relation avec la nature et la qualité de l'information à laquelle la police avait accès grâce à la technique FLIR. Tout ce que l'image FLIR montre se trouve sur les surfaces extérieures de l'édifice et, en ce sens, cette image n'enregistre que des renseignements offerts à la vue du public. Même si l'information au sujet de la distribution de la chaleur n'était pas visible à l'œil nu, le profil thermique obtenu à l'aide du dispositif FLIR n'a pas révélé des détails intimes sur le mode de vie de l'accusé ou des renseignements d'ordre biographique le concernant. Il indiquait seulement que certaines activités à l'intérieur de la maison généraient de la chaleur.

Ainsi, si l'on considère « l'ensemble des circonstances », le recours à la technique FLIR ne constituait pas une intrusion dans la sphère raisonnable de vie privée de l'accusé. La façon dont la chaleur est distribuée sur les surfaces externes d'une maison n'est pas un renseignement à l'égard duquel, objectivement, l'accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée. Le renseignement concernant la distribution de la chaleur ne révélait rien sur sa vie privée et sa divulgation n'a guère influé sur « sa dignité, son intégrité et l'autonomie de sa personne ».

Il faut évaluer les techniques en fonction de leurs capacités actuelles, et tout développement qui pourra survenir devra être examiné par les tribunaux. Les problèmes doivent être analysés au moment où ils se posent véritablement. À son présent stade de développement, la technique FLIR n'est pas employée de façon intrusive et elle est inoffensive pour ce qui est des données qu'elle produit. L'obtention d'une image FLIR n'a donc pas porté atteinte à l'attente raisonnable de l'intimé en matière de vie privée au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

#### Jurisprudence

**Arrêts examinés :** *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; **arrêt non suivi :** *Kyllo c. United States*, 533 U.S. 27 (2001); **arrêts mentionnés :** *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51;



*Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *Semayne's Case*, [1558-1774] All E.R. Rep. 62 (1604); *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; *R. v. S.A.B.*, [2003] 2 S.C.R. 678, 2003 SCC 60; *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10; *R. v. Hutchings* (1996), 111 C.C.C. (3d) 215; *R. v. Boersma*, [1994] 2 S.C.R. 488; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652; *R. v. Joyce* (1996), 95 O.A.C. 321; *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30; *R. v. Dinh* (2003), 16 Alta. L.R. (4th) 26, 2003 ABCA 201; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 8, 24(2).

#### Authors Cited

Brougham, Lord Henry. *Historical Sketches of Statesmen Who Flourished in the Time of George III*, vol. I. London: Richard Griffin and Co., 1855.

Canada. Report of a Task Force established jointly by Department of Communications/Department of Justice. *Privacy and Computers*. Ottawa: Information Canada, 1972.

Orwell, George. *Nineteen Eighty-Four*. Toronto: Penguin Books, 1949.

Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York: Atheneum, 1970.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2003), 63 O.R. (3d) 1, 168 O.A.C. 124, 171 C.C.C. (3d) 361, 9 C.R. (6th) 36, 102 C.R.R. (2d) 132, [2003] O.J. No. 186 (QL), setting aside the accused's convictions for drug and weapons offences. Appeal allowed.

*James W. Leising and Morris Pistyner*, for the appellant.

*Frank Miller and A. Thomas Costaris*, for the respondent.

*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, 2001 CSC 83; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *Semayne's Case*, [1558-1774] All E.R. Rep. 62 (1604); *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *R. c. S.A.B.*, [2003] 2 R.C.S. 678, 2003 CSC 60; *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10; *R. c. Hutchings* (1996), 111 C.C.C. (3d) 215; *R. c. Boersma*, [1994] 2 R.C.S. 488; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652; *R. c. Joyce* (1996), 95 O.A.C. 321; *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30; *R. c. Dinh* (2003), 16 Alta. L.R. (4th) 26, 2003 ABCA 201; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 24(2).

#### Doctrine citée

Brougham, Lord Henry. *Historical Sketches of Statesmen Who Flourished in the Time of George III*, vol. I. London : Richard Griffin and Co., 1855.

Canada. Rapport du Groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice. *L'ordinateur et la vie privée*. Ottawa : Information Canada, 1972.

Orwell, George. 1984. Traduit de l'anglais par Amélie Audiberti. Paris : Gallimard, 1950.

Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York : Atheneum, 1970.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2003), 63 O.R. (3d) 1, 168 O.A.C. 124, 171 C.C.C. (3d) 361, 9 C.R. (6th) 36, 102 C.R.R. (2d) 132, [2003] O.J. No. 186 (QL), qui a annulé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé relativement à des infractions en matière de drogue et d'armes à feu. Pourvoi accueilli.

*James W. Leising et Morris Pistyner*, pour l'appelante.

*Frank Miller et A. Thomas Costaris*, pour l'intimé.

*Scott C. Hutchison*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Dominique Jobin* and *Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Peter M. Brauti*, *Sara J. Erskine* and *Brian G. Wasyliw*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

*Scott C. Hutchison*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Dominique Jobin* et *Gilles Laporte*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Peter M. Brauti*, *Sara J. Erskine* et *Brian G. Wasyliw*, pour l'intervenant l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Dans le présent pourvoi, nous devons examiner quelques-unes des limites posées à la capacité de l'État de surveiller nos résidences à l'aide de techniques de pointe, sans avoir obtenu d'abord un mandat décerné sur la base de motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise.

En l'espèce, la police a eu recours à un dispositif d'imagerie thermique pour prendre une photographie de la « chaleur » de la maison de l'intimé à partir d'un aéronef. L'appareil photo, qui utilise un système infrarouge à vision frontale (« FLIR »), a enregistré la distribution relative de la chaleur sur la surface de l'édifice et non des tracés de lumière. La police n'a pas obtenu de mandat de perquisition avant de survoler la résidence.

La police a déduit de l'image FLIR et d'autres éléments de preuve que l'intimé cultivait de la marijuana dans sa résidence. L'intimé affirme que le recours à la technique FLIR équivalait à une perquisition de sa résidence, et que cette perquisition sans mandat portait atteinte à son droit à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel de l'Ontario lui a donné raison. Selon nous, la conclusion de la Cour d'appel est erronée et le pourvoi doit être accueilli.

1 BINNIE J. — This appeal requires us to consider some of the limits on the ability of the state to put our homes under surveillance using sophisticated technology without first obtaining a judicial warrant based on reasonable and probable grounds that an offence has been committed.

2 In the present case, the police used a thermal imaging device to take a “heat” picture of the respondent's home from an overhead aircraft. The camera, utilizing Forward Looking Infra-Red (“FLIR”) technology, recorded not patterns of light but the relative distribution of heat over the surface of the building. The police did not obtain a search warrant prior to the overflight.

3 The FLIR image, taken together with other evidence, caused the police to infer the existence in the respondent's home of a marijuana-growing operation (“grow-op”). The respondent says the use of the FLIR technology constituted a search of his home, and having been done without a warrant, violated his constitutional right to be free from unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Ontario Court of Appeal agreed with him. In our view, the Court of Appeal erred in that conclusion and the appeal must be allowed.

#### I. Facts

4 The RCMP began investigating the respondent in February 1999. They received information from two informants. One of the informants, a source whose credibility was untested, claimed that the respondent and a colleague called Ken were producing

#### I. Les faits

La GRC a ouvert une enquête sur l'intimé au mois de février 1999. Elle a reçu des renseignements de deux informateurs. L'un d'eux, dont la crédibilité n'avait pas été éprouvée, a soutenu que l'intimé et un complice prénommé Ken produisaient de la

and trafficking in marijuana. The second informant, a proven source, told police that a known drug dealer was buying large quantities of drugs from a man named Ken in the area in which the respondent lived. He did not directly implicate the respondent. Marijuana grow-ops typically use high-intensity halide lamps and generate substantial amounts of heat. The police contacted Ontario Hydro to find out if there was unusual electricity usage at any of the properties owned by the respondent or Ken but, according to the metered supply, the usage was normal. Visual surveillance of the buildings revealed nothing to suggest a marijuana grow-op.

On April 29, 1999, the police used an RCMP airplane equipped with a FLIR camera to overfly the buildings. FLIR technology records images of thermal energy or heat radiating from a building. Once a baseline is calibrated, cooler areas show up as dark, and warmer areas are lighter. FLIR imaging cannot, at this stage of its development, determine the nature of the source of heat within the building. It cannot distinguish between heat diffused over an external wall that came originally from a sauna or a pottery kiln, or between heat that originated in an overheated toaster or heat from a halide lamp. In short, the FLIR camera cannot “see” through the external surfaces of a building. (In U.S. parlance it is “off-the-wall” technology as opposed to “through-the-wall” technology.) However, the substantial amounts of heat generated by marijuana growing operations must eventually escape from the building. The FLIR camera creates an image of the distribution of escaping heat at a level of detail not discernible by the naked eye. A FLIR image, put together with other information, can help the police get reasonable and probable grounds to believe that a marijuana growing operation is in residence.

And so it was in this case. The RCMP were able to obtain a warrant based on the results of the FLIR image of the respondent’s home coupled with the information supplied by the two informants. When

marijuana et en faisaient le trafic. Le second informateur, qui avait fait ses preuves, a dit à la police qu’un trafiquant de drogues connu achetait des quantités importantes de drogue d’un homme appelé Ken, dans le quartier où vivait l’intimé, mais il n’a pas impliqué directement l’intimé. La culture de marijuana nécessite généralement de puissantes lampes aux halogénures qui dégagent une chaleur considérable. La police a communiqué avec Ontario Hydro pour tenter de déterminer s’il y avait consommation anormale d’électricité dans l’une ou l’autre des maisons de l’intimé ou de Ken, mais les relevés indiquaient une consommation normale. La surveillance visuelle des maisons n’a rien révélé qui pouvait indiquer une opération de culture de marijuana.

Le 29 avril 1999, la police a utilisé un avion de la GRC équipé d’une caméra FLIR pour survoler les édifices. La technique FLIR permet d’enregistrer des images de l’énergie thermique ou de la chaleur émanant d’un édifice. Une fois que les données de base sont calibrées, les zones froides apparaissent dans des teintes foncées et les zones chaudes sont représentées par des teintes plus pâles. Le dispositif d’imagerie FLIR ne permet pas, à ce stade de développement, de déterminer la nature de la source de chaleur dans l’édifice. Il ne permet pas de distinguer à partir de la chaleur que diffuse un mur extérieur si la source provient d’un sauna, d’un four à poterie, d’un grille-pain en surchauffe ou d’une lampe halogène. Bref, le dispositif FLIR ne peut « voir » à travers les surfaces externes d’un édifice. (Aux É.-U., on parle d’un système « *off-the-wall* » par opposition à un système « *through-the-wall* ».) Toutefois, la quantité substantielle de chaleur générée par la culture de la marijuana doit éventuellement s’échapper du bâtiment. La caméra FLIR produit une image de la distribution des fuites de chaleur à un niveau de détail indiscernable à l’œil nu. Une image FLIR, combinée à d’autres renseignements, peut contribuer à donner à la police des motifs raisonnables de croire qu’une maison abrite une opération de culture de marijuana.

C’est ce qui s’est passé en l’espèce. La GRC a pu obtenir un mandat sur le fondement des résultats de l’image FLIR de la maison de l’intimé et des renseignements fournis par les deux informateurs. Lorsque

5

6

the RCMP entered the home, they found a large quantity of marijuana, two sets of scales, freezer bags, and several guns. The street value of the marijuana was between \$15,000 and \$22,500. The respondent was charged with a variety of offences, to which his response was that the FLIR overflight was a violation of his *Charter* rights and the police should therefore never have been granted a search warrant based in part on the FLIR image. Accordingly, in the absence of a valid search warrant, he argues, the evidence obtained by the police from inside the house should be excluded. There then being insufficient evidence to support the convictions, he should be acquitted.

## II. Judicial History

### A. *Superior Court (Thomson J.)*

7

In brief oral reasons, the trial judge concluded that the use of FLIR technology was unobjectionable but even if it was objectionable the evidence ought nevertheless to be admitted because its exclusion would bring the administration of justice into disrepute. The respondent was convicted and sentenced to six months' imprisonment for possession of marijuana for the purposes of trafficking, six months concurrent for the related drug offences, and a total of 12 months for the weapons offences.

### B. *Court of Appeal for Ontario (O'Connor A.C.J.O., Abella and Sharpe J.J.A.)*

8

Abella J.A. started with the proposition that the home is a place where privacy commands a high level of protection. The question in the present case was whether "the privacy interest in the home extends to heat generated inside the home but reflected on the outside": (2003), 63 O.R. (3d) 1, at para. 33. She noted that in *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8, at para. 29, Sopinka J., when listing what he considered to be

les agents de la GRC ont pénétré dans la maison, ils ont trouvé une quantité importante de marijuana, deux balances, des sacs à congélation et plusieurs armes à feu. La valeur de revente de la marijuana oscillait entre 15 000 et 22 500 \$. L'intimé a été accusé de diverses infractions. Il a opposé comme moyen de défense que le vol FLIR portait atteinte à ses droits garantis par la *Charte* et que la police n'aurait jamais dû obtenir un mandat de perquisition fondé en partie sur l'image FLIR. Par conséquent, en l'absence d'un mandat de perquisition valide, il prétend qu'il fallait exclure les éléments de preuve recueillis dans la maison et prononcer son acquittement puisqu'il ne restait pas suffisamment d'éléments de preuve pour étayer les déclarations de culpabilité.

## II. L'historique des procédures judiciaires

### A. *Cour supérieure (le juge Thomson)*

Dans des motifs succincts prononcés à l'audience, le juge de première instance a conclu qu'on ne pouvait reprocher à la police d'avoir utilisé la technique FLIR, mais que même si l'on avait pu formuler ce reproche, la preuve aurait quand même été recevable parce que son exclusion aurait déconsidéré l'administration de la justice. L'intimé a été déclaré coupable de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic et d'autres infractions liées à la drogue et il a été condamné à deux peines d'emprisonnement de six mois à purger concurremment; il a également été déclaré coupable d'infractions en rapport avec les armes à feu pour lesquelles il a été condamné à une peine totale de 12 mois d'emprisonnement.

### B. *Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef adjoint O'Connor et les juges Abella et Sharpe)*

La juge Abella a d'abord énoncé le principe selon lequel la résidence est un lieu où il convient d'accorder un degré élevé de protection de la vie privée. Selon elle, la Cour devait déterminer si [TRADUCTION] « le droit à la vie privée applicable à la résidence s'étend à la chaleur générée à l'intérieur de la résidence et dégagée à l'extérieur de celle-ci » : (2003), 63 O.R. (3d) 1, par. 33. Elle a fait

examples of lawful investigatory techniques, “notably included ‘overhead infrared photography’”.

Abella J.A. pointed out that the accused had a reasonable expectation of privacy in activities carried on within his residence and “the sole reason that police photograph the heat emanations is to attempt to determine what is happening inside the house” (para. 61). While the images created by FLIR technology are relatively crude, “[t]he fact that it is necessary for the police to draw inferences from the heat emanating from the external walls in order to deduce what those internal activities are, does not change the nature of what is taking place” (para. 61).

In her view “there is an important distinction between observations that are made by the naked eye or even by the use of enhanced aids, such as binoculars, which are in common use, and observations which are the product of technology” (para. 63). In particular, “FLIR technology . . . goes beyond observation, disclosing information that would not otherwise be available and tracking the external reflections of what is happening internally” (para. 65). Thus:

The FLIR represents a search because it reveals what cannot otherwise be seen and detects activities inside the home that would be undetectable without the aid of sophisticated technology. Since what is being technologically tracked is the heat generated by activity inside the home, albeit reflected externally, tracking information through FLIR technology is a search within the meaning of s. 8 of the *Charter*. [para. 68]

With respect to whether the evidence should be admitted despite the unreasonableness of the search, Abella J.A. found the s. 8 breach to be a serious one since there was state intrusion into a home. Reasoning further that there is “public, judicial, and

remarquer que selon le juge Sopinka dans l’arrêt *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, par. 29, [TRADUCTION] « “la photographie à infrarouge en plongée” figure parmi ces exemples » de techniques d’enquête qu’il considérerait légales.

Soulignant que l’accusé pouvait entretenir des attentes raisonnables en matière de vie privée relativement aux activités se déroulant à l’intérieur de sa résidence, la juge Abella a indiqué que [TRADUCTION] « la police ne photographie les émanations de chaleur que pour déterminer la nature des activités se déroulant dans la maison » (par. 61). Bien que les images obtenues par le dispositif FLIR soient assez floues, [TRADUCTION] « [u]ne fois connue la chaleur émanant des murs extérieurs, la police doit recourir à des inférences pour déduire la nature des activités exercées. Toutefois, ce fait ne change en rien la nature de la démarche » (par. 61).

À son avis, [TRADUCTION] « il existe une distinction importante entre les observations à l’œil nu, ou même à l’aide d’accessoires d’amplification comme des jumelles, qui sont d’usage courant, et les observations qui sont le produit de moyens technologiques » (par. 63). Plus particulièrement, [TRADUCTION] « la technologie FLIR permet plus qu’une simple observation : elle dévoile des renseignements qui seraient inaccessibles en son absence et elle permet de déceler des manifestations extérieures de ce qui se déroule à l’intérieur » (par. 65). Ainsi :

[TRADUCTION] La surveillance à l’aide du FLIR constitue une perquisition parce que les éléments qu’elle révèle seraient autrement invisibles, et qu’elle détecte des activités qui se déroulent dans la résidence et qui seraient indétectables en l’absence d’une technologie sophistiquée. Le FLIR capte les manifestations extérieures de la chaleur produite dans la résidence, mais il vise à détecter la chaleur générée par les activités exercées dans la résidence. Par conséquent, la détection de données à l’aide du FLIR constitue une perquisition au sens de l’art. 8 de la *Charte*. [par. 68]

Quant à la question de savoir s’il convenait d’admettre les éléments de preuve en dépit du caractère abusif de la perquisition, la juge Abella a statué que la contravention à l’art. 8 était grave car il y avait eu intrusion de l’État dans la résidence. Considérant

9

10

11

political recognition that marijuana is at the lower end of the hierarchy of harmful drugs” (para. 81), she concluded that the evidence ought to have been excluded and the respondent was therefore entitled to be acquitted on all charges.

### III. Analysis

12 The freedom from unreasonable search and seizure guaranteed by s. 8 of the *Charter* is fundamental to the relationship between the state and the citizen. It provides that:

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

13 Few things are as important to our way of life as the amount of power allowed the police to invade the homes, privacy and even the bodily integrity of members of Canadian society without judicial authorization. As La Forest J. stated in *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 427-28, “[t]he restraints imposed on government to pry into the lives of the citizen go to the essence of a democratic state.”

14 The midnight knock on the door is the nightmare image of the police state. Thus it was in 1763 that in a speech before the British Parliament, William Pitt (the Elder) famously extolled the right of everyone to exclude from his private domain the forces of the King:

The poorest man may in his cottage bid defiance to all the forces of the crown. It may be frail — its roof may shake — the wind may blow through it — the storm may enter — the rain may enter — but the King of England cannot enter! — all his force dares not cross the threshold of the ruined tenement!

(Lord H. Brougham, *Historical Sketches of Statesmen Who Flourished in the Time of George III* (1855), vol. I, at p. 42)

15 It is perhaps a long spiritual journey from Pitt’s ringing pronouncements to the respondent’s attempt to shelter a marijuana grow-op in the basement of

en outre qu’[TRADUCTION] « il a été reconnu sur les scènes publiques, judiciaire et politique que la marijuana se situe au bas de l’échelle de la nocivité des drogues » (par. 81), elle a conclu qu’il aurait fallu exclure les éléments de preuve et que, par conséquent, l’intimé avait droit à un acquittement relativement à tous les chefs d’accusation.

### III. Analyse

La protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garantie par l’art. 8 de la *Charte* est un élément fondamental de la relation entre l’État et le citoyen. Selon cet article :

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

Peu de choses revêtent autant d’importance pour notre mode de vie que l’étendue du pouvoir conféré à la police d’entrer dans la maison d’un citoyen canadien, de porter atteinte à sa vie privée et même à son intégrité corporelle sans autorisation judiciaire. Comme le juge La Forest l’a affirmé dans *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 427-428, « [l]’interdiction qui est faite au gouvernement de s’intéresser de trop près à la vie des citoyens touche à l’essence même de l’État démocratique. »

L’arrivée des policiers en pleine nuit est la plus sombre illustration de l’État policier. C’est ainsi que, dans un discours célèbre prononcé en 1763 devant le Parlement britannique, William Pitt (le Premier Pitt) a prôné le droit de chacun d’interdire aux forces de Sa Majesté l’accès à son domaine privé :

[TRADUCTION] Dans sa chaumière, l’homme le plus pauvre peut défier toutes les forces de la Couronne. Sa chaumière peut bien être frêle, son toit peut branler, le vent peut souffler à travers, la tempête peut y entrer, la pluie peut y pénétrer, mais le roi d’Angleterre, lui, ne peut pas entrer! Toute sa force n’ose pas franchir le seuil du logement délabré.

(Lord H. Brougham, *Historical Sketches of Statesmen Who Flourished in the Time of George III* (1855), vol. I, p. 42)

Peut-être qu’un long voyage spirituel sépare le vibrant plaidoyer de Pitt de la tentative de l’intimé de mettre une culture de marijuana à l’abri dans

his home in Kingsville, Ontario, but the principle is the same. Building upon the foundation laid by the common law, s. 8 of the *Charter* creates for “[e]veryone” certain areas of personal autonomy where “all the forces of the crown” cannot enter. These areas we have now gathered up under the general heading of privacy, although in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 159, Dickson J., as he then was, was careful not to foreclose the existence of s. 8 “interests beyond the right of privacy”, saying:

Like the Supreme Court of the United States, I would be wary of foreclosing the possibility that the right to be secure against unreasonable search and seizure might protect interests beyond the right of privacy, but for purposes of the present appeal I am satisfied that its protections go at least that far.

Much of the law in this area betrays its early roots in the law of trespass. In an earlier era, privacy was associated with private property, whose possession protected against intruders. If the rights of private property were respected, and the curtains of the home (or the drawbridge of the castle) were pulled, the King’s agents could watch from a distance but would have no way of finding out what was going on inside. As technology developed, the protection offered by property rights diminished. Wiretaps, for example, require no physical intrusion, but can be implemented at a distance. FLIR images can be taken from an airplane. The courts were reluctant to accept the idea that, as technology developed, the sphere of protection for private life must shrink. Instead, it was recognized that the rights of private property were to some extent a proxy for the privacy that ownership of property originally conferred, and therefore, as the state’s technical capacity for peeking and snooping increased, the idea of a protected sphere of privacy was refined and developed. The perspective adopted by the Court in *Hunter v. Southam*, *supra*, accordingly, is that s. 8 “protects people, not places” (p. 159). See also *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111, at p. 1142.

le sous-sol de sa maison de Kingsville en Ontario, mais le principe reste le même. Prenant appui sur les fondements de la common law, l’art. 8 de la *Charte* crée pour « [c]hacun » des zones d’autonomie personnelle dans lesquelles « toutes les forces de la Couronne » ne peuvent pas entrer. Ces zones sont maintenant réunies sous l’appellation générale de « vie privée », mais le juge Dickson (plus tard Juge en chef) s’est prudemment gardé, dans l’arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 159, d’exclure de l’objet de l’art. 8 la protection « d’autres droits que le droit à la vie privée » :

À l’instar de la Cour suprême des États-Unis, j’hésiterais à exclure la possibilité que le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives protège d’autres droits que le droit à la vie privée mais, pour les fins du présent pourvoi, je suis convaincu que la protection qu’il offre est au moins aussi étendue.

La plupart des règles de droit applicables en cette matière trahissent leur rattachement au droit relatif à la violation de la propriété. Autrefois, la vie privée était associée à la propriété privée et la possession de cette propriété constituait une protection contre les intrus. Si les droits de propriété privée étaient respectés et que les rideaux des maisons étaient tirés (ou les ponts-levis des châteaux, levés), les mandataires du roi pouvaient observer à distance, mais ils ne disposaient d’aucun moyen de savoir ce qui se passait à l’intérieur. La protection offerte par les droits de propriété a diminué à mesure que la technologie a progressé. L’écoute électronique, par exemple, peut être mise en œuvre à distance sans intrusion physique. Les images FLIR peuvent être prises d’un avion. Les tribunaux ont hésité à accepter l’idée que l’aire de protection de la vie privée doit rétrécir à mesure que la technologie se développe. Ils ont plutôt reconnu que les droits en matière de propriété privée servaient, dans une certaine mesure, de véhicule au droit à la vie privée que conférait à l’origine la propriété d’un bien et, par conséquent, à mesure qu’augmentait la capacité technique de l’État de fureter, l’idée d’une aire de vie privée protégée s’est précisée et développée. C’est ainsi que notre Cour a adopté, dans l’arrêt *Hunter c. Southam*, précité, le point de vue selon lequel l’art. 8 « protège les personnes et non les lieux » (p. 159). Voir également *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111, p. 1142.

### A. *Striking the Balance*

17

At the same time, social and economic life creates competing demands. The community wants privacy but it also insists on protection. Safety, security and the suppression of crime are legitimate countervailing concerns. Thus s. 8 of the *Charter* accepts the validity of reasonable searches and seizures. A balance must be struck, as held in *Hunter v. Southam, supra*, at pp. 159-60, *per* Dickson J.:

... 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.

18

The notion of the "balance" was also canvassed by Sopinka J. in advocating a "contextual approach" in *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293:

Consideration of such factors as the nature of the information itself, the nature of the relationship between the party releasing the information and the party claiming its confidentiality, the place where the information was obtained, the manner in which it was obtained and the seriousness of the crime being investigated allows for a balancing of the societal interests in protecting individual dignity, integrity and autonomy with effective law enforcement.

In the result the right to be free from examination by the state is subject to constitutionally permissible limitations. First, "not every form of examination conducted by the government will constitute a 'search' for constitutional purposes. On the contrary, only where those state examinations constitute an intrusion upon some reasonable privacy interest of individuals does the government action in question constitute a 'search' within the meaning of s. 8"; *Evans, supra*, at para. 11. It is only "[i]f the police activity invades a reasonable expectation of privacy, [that] the activity is a search"; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, at p. 533. Second, as the language of s. 8 implies, even those investigations that are "searches" are permissible if they are "reasonable". A search will not offend s. 8 if it is authorized by a reasonable law and carried out in a reasonable manner: *R. v. Caslake*,

### A. *La recherche d'un équilibre*

En même temps, la vie économique et sociale crée des demandes concurrentes. Les citoyens tiennent à leur vie privée, mais ils veulent également être protégés. La répression du crime et la sécurité sont des préoccupations légitimes tout aussi valables. Ainsi, l'art. 8 de la *Charte* reconnaît la validité des fouilles, perquisitions et saisies non abusives. Il faut établir un équilibre, comme le juge Dickson l'a indiqué dans *Hunter c. Southam*, précité, p. 159-160 :

... 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.

Le juge Sopinka a lui aussi abordé la notion d'« équilibre » lorsqu'il a préconisé l'adoption d'une « méthode contextuelle » dans l'arrêt *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293 :

L'examen de facteurs tels la nature des renseignements, celle des relations entre la partie divulguant les renseignements et la partie en réclamant la confidentialité, l'endroit où ils ont été recueillis, les conditions dans lesquelles ils ont été obtenus et la gravité du crime faisant l'objet de l'enquête, permet de pondérer les droits sociétaux à la protection de la dignité, de l'intégrité et de l'autonomie de la personne et l'application efficace de la loi.

Il s'ensuit que le droit à la protection contre les enquêtes de l'État est assujéti à des restrictions constitutionnellement acceptables. Premièrement, « tout type d'enquête gouvernementale ne constituera pas forcément, sur le plan constitutionnel, une "fouille ou perquisition". Au contraire, ce n'est que lorsque les enquêtes de l'État empiètent sur un droit raisonnable des particuliers à la vie privée que l'action gouvernementale en cause constitue une "fouille ou perquisition" au sens de l'art. 8 » : *Evans*, précité, par. 11. Ce n'est que « [s]i l'activité de la police a pour effet de déjouer une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée [qu']elle constitue alors une fouille » : *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, p. 533. Deuxièmement, comme le laisse entendre le texte de l'art. 8, même les enquêtes qui constituent des « fouilles ou perquisitions » sont acceptables si elles sont « raisonnables ». Une fouille ou



[1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265.

### B. *The Reasonable Expectation of Privacy*

Accordingly, the Court early on established a purposive approach to s. 8 in which privacy became the dominant organizing principle. “The guarantee of security from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation”: *Hunter v. Southam, supra*, at p. 159 (emphasis in original). Given the bewildering array of different techniques available to the police (either existing or under development), the alternative approach of a judicial “catalogue” of what is or is not permitted by s. 8 is scarcely feasible. The principled approach was carried forward in *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 45, where Cory J., referring to the need to consider “the totality of the circumstances”, laid particular emphasis on (1) the existence of a subjective expectation of privacy; and (2) the objective reasonableness of the expectation.

Within the general principle thus stated, the cases have come to distinguish among a number of privacy interests protected by s. 8. These include personal privacy, territorial privacy and informational privacy.

Privacy of the person perhaps has the strongest claim to constitutional shelter because it protects bodily integrity, and in particular the right not to have our bodies touched or explored to disclose objects or matters we wish to conceal. The state cannot conduct warrantless strip searches unless they are incident to a lawful arrest and performed in a reasonable manner (*R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83, at paras. 90-92) in circumstances where the police have reasonable and probable grounds for concluding that a strip search is necessary in the particular circumstances of the arrest (para. 98). Nor may the police take bodily samples without authorization: *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607.

perquisition ne contrevient pas à l’art. 8 si elle est autorisée par une règle de droit raisonnable et exécutée d’une manière raisonnable : *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

### B. *L’attente raisonnable en matière de vie privée*

La Cour a donc très tôt adopté à l’égard de l’art. 8 une méthode téléologique axée principalement sur le respect de la vie privée. « La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu’une attente raisonnable » : *Hunter c. Southam*, précité, p. 159 (souligné dans l’original). Étant donné l’ensemble déconcertant de techniques différentes (existantes ou en développement) qui s’offrent à la police, il ne serait guère réaliste d’appliquer l’autre méthode consistant à établir un « catalogue » judiciaire de ce qui est ou n’est pas permis par l’art. 8. La méthode fondée sur des principes a été précisée dans l’arrêt *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 45, où le juge Cory, en indiquant qu’il fallait tenir compte de « l’ensemble des circonstances », a insisté sur l’importance de l’existence d’une attente subjective en matière de vie privée, et sur l’importance du caractère raisonnable de l’attente sur le plan objectif.

Dans le cadre du principe général ainsi formulé, la jurisprudence est parvenue à distinguer un certain nombre d’aspects du droit à la vie privée que protège l’art. 8, notamment des aspects qui ont trait à la personne, aux lieux et à l’information.

La vie privée qui a trait à la personne peut le plus fortement prétendre à une protection constitutionnelle parce qu’elle protège l’intégrité corporelle et plus particulièrement le droit de refuser toute palpation ou exploration corporelle qui dévoilerait des objets ou des matières qu’une personne veut dissimuler. L’État ne peut effectuer de fouille à nu sans mandat sauf si elle est accessoire à une arrestation légale et si elle est effectuée de façon non abusive (*R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, 2001 CSC 83, par. 90-92), dans des cas où la police a des motifs raisonnables de croire que la fouille à nu est nécessaire dans les circonstances particulières de l’arrestation (par. 98). La police ne peut pas non plus prélever sans autorisation des échantillons de substances corporelles : *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607.

19

20

21

22

The original notion of territorial privacy (“the house of everyone is to him as his castle and fortress”: *Semayne’s Case*, [1558-1774] All E.R. Rep. 62 (1604), at p. 63) developed into a more nuanced hierarchy protecting privacy in the home, being the place where our most intimate and private activities are most likely to take place (*Evans, supra*, at para. 42; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297, at para. 140, *per* Cory J.: “[t]here is no place on earth where persons can have a greater expectation of privacy than within their ‘dwelling-house’”; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13, at para. 43), in diluted measure, in the perimeter space around the home (*R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, at pp. 237 and 241; *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263, at p. 273), in commercial space (*Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at pp. 517-19; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at pp. 641 *et seq.*), in private cars (*Wise, supra*, at p. 533; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615), in a school (*R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393, at para. 32), and even, at the bottom of the spectrum, a prison (*Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872, at p. 877). Such a hierarchy of places does not contradict the underlying principle that s. 8 protects “people, not places”, but uses the notion of place as an analytical tool to evaluate the reasonableness of a person’s expectation of privacy.

23

Beyond our bodies and the places where we live and work, however, lies the thorny question of how much *information* about ourselves and activities we are entitled to shield from the curious eyes of the state (*R. v. S.A.B.*, [2003] 2 S.C.R. 678, 2003 SCC 60). This includes commercial information locked in a safe kept in a restaurant owned by the accused (*R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10, at para. 16). Informational privacy has been defined as “the claim of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others”: A. F. Westin, *Privacy*

La notion initiale de la vie privée qui a trait aux lieux ([TRADUCTION] « la maison de chacun est pour lui son château et sa forteresse » : *Semayne’s Case*, [1558-1774] All E.R. Rep. 62 (1604), p. 63) a évolué pour faire place à une hiérarchie plus nuancée visant d’abord la vie privée dans la résidence, le lieu où nos activités les plus intimes et privées sont le plus susceptibles de se dérouler (*Evans*, précité, par. 42; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297, par. 140, le juge Cory : « [i]l n’existe aucun endroit au monde où une personne possède une attente plus grande en matière de vie privée que dans sa “maison d’habitation” »; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, par. 43), puis, dans une moindre mesure, dans le périmètre entourant la résidence (*R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, p. 237 et 241; *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263, p. 273), dans les locaux commerciaux (*Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 517-519; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, p. 641 *et suiv.*), dans les véhicules privés (*Wise*, précité, p. 533; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615), dans les écoles (*R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393, par. 32), et même, au bas de l’échelle, dans les prisons (*Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872, p. 877). Cette hiérarchie des lieux n’est pas contraire au principe sous-jacent selon lequel l’art. 8 protège « les personnes et non les lieux », mais elle emploie la notion de lieu comme instrument d’évaluation du caractère raisonnable de l’attente en matière de vie privée.

Au-delà de notre intégrité corporelle et des lieux où nous vivons et travaillons, toutefois, se pose l’épineuse question des *renseignements* qui nous concernent et des activités que nous pouvons soustraire à la curiosité de l’État (*R. c. S.A.B.*, [2003] 2 R.C.S. 678, 2003 CSC 60). Cela englobe les renseignements commerciaux conservés dans un coffre-fort dans un restaurant appartenant à l’accusé (*R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10, par. 16). Le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels a été défini comme [TRADUCTION] « le droit revendiqué par des particuliers, des groupes ou des institutions de déterminer eux-mêmes

*and Freedom* (1970), at p. 7. Its protection is predicated on

the assumption that all information about a person is in a fundamental way his own, for him to communicate or retain . . . as he sees fit.

(Report of a Task Force established jointly by Department of Communications/Department of Justice, *Privacy and Computers* (1972), at p. 13)

The distinction between personal, territorial and informational privacy provides useful analytical tools, but of course in a given case, the privacy interest may overlap the categories. Here, for example, the privacy interest is essentially informational (i.e., about the respondent's activities) but it also implicates his territorial privacy because although the police did not actually enter his house, that is where the activities of interest to them took place.

### C. Drawing the "Reasonableness" Line

Privacy is a protean concept, and the difficult issue is where the "reasonableness" line should be drawn. Sopinka J. offered a response to this question in the context of informational privacy in *Plant*, *supra*, at p. 293, as follows:

In fostering the underlying values of dignity, integrity and autonomy, it is fitting that s. 8 of the *Charter* should seek to protect a biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state. This would include information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual. [Emphasis added.]

I emphasize the word "include" because Sopinka J. was clear that his illustration ("intimate details of the lifestyle and personal choices") was not meant to be exhaustive, and should not be treated as such. Nevertheless, *Plant* clearly establishes that not all

le moment, la manière et la mesure dans lesquels des renseignements les concernant sont communiqués » : A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), p. 7. La protection de ce droit repose sur

[le] postulat selon lequel l'information de caractère personnel est propre à l'intéressé, qui est libre de la communiquer ou de la taire comme il l'entend.

(Rapport du groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice, *L'ordinateur et la vie privée* (1972), p. 13)

La distinction entre les aspects du droit à la vie privée selon qu'ils ont trait à la personne, aux lieux ou à l'information nous fournit des outils d'analyse utiles, mais dans une affaire donnée, bien sûr, divers aspects peuvent se recouper. En l'espèce, par exemple, c'est l'aspect qui a trait à l'information qui domine (les renseignements concernant les activités du défendeur), mais l'aspect qui a trait au lieu intervient aussi parce que, même si la police n'est pas effectivement entrée chez l'accusé, c'est dans sa maison que se déroulaient les activités qui intéressaient les forces de l'ordre.

### C. La limite du « caractère raisonnable »

La vie privée étant une notion protéiforme, il est difficile de fixer la limite du « caractère raisonnable ». Dans l'arrêt *Plant*, précité, p. 293, le juge Sopinka a proposé la solution suivante relativement à l'aspect informationnel du droit à la vie privée :

Étant donné les valeurs sous-jacentes de dignité, d'intégrité et d'autonomie qu'il consacre, il est normal que l'art. 8 de la *Charte* protège un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l'État. Il pourrait notamment s'agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu. [Je souligne.]

Je souligne le mot « notamment » parce que le juge Sopinka a clairement indiqué que son exemple (« des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels ») ne se voulait pas exhaustif et ne devait pas être considéré comme tel. Cependant,

24

25

26

information an individual may wish to keep confidential necessarily enjoys s. 8 protection.

l'arrêt *Plant* établit clairement que les renseignements dont une personne peut vouloir préserver la confidentialité ne bénéficient pas tous de la protection de l'art. 8.

27

The distinction between informational and territorial privacy is of some assistance in drawing the “reasonableness” line in the factual situation before the Court. Whereas *Abella J.A.* treated the FLIR imaging as *equivalent* to a search of the home, and thus “worthy of the state’s highest respect” (para. 33), I think it is more accurately characterized as an external search for information *about* the home which may or may not be capable of giving rise to an inference about what was actually going on inside, depending on what other information is available.

La distinction entre les aspects du droit à la vie privée en ce qui a trait aux lieux ou à l'information peut nous aider à fixer la limite du « caractère raisonnable » dans les circonstances de l'espèce. La juge *Abella* a considéré que l'imagerie FLIR *équivalait* à une perquisition à la résidence de l'accusé, où [TRADUCTION] « l'État doit manifester le plus grand respect » (par. 33) du droit à la vie privée, mais j'estime pour ma part qu'il est plus exact d'y voir un mode externe de collecte de renseignements *au sujet de* la maison, à partir desquels il sera ou non possible de faire des déductions sur ce qui se passe à l'intérieur, selon les autres renseignements qui sont disponibles.

28

Moreover, because I emphasize the informational aspect, my focus is on the quality of information that FLIR imaging can actually deliver, whereas *Abella J.A.*, looking to safeguard the home, looked more to the “theoretical capacity” of the FLIR technology. For example, her reasons include the prediction that “[t]he nature of the intrusiveness is subtle but almost Orwellian in its theoretical capacity” (para. 79).

De plus, comme je fais primer l'aspect qui a trait à l'information, je mets l'accent sur la qualité de l'information que l'imagerie FLIR permet d'obtenir, alors que la juge *Abella*, qui cherchait à protéger la résidence, s'est arrêtée d'avantage à la [TRADUCTION] « capacité théorique » de la technique FLIR, prédisant par exemple dans ses motifs que [TRADUCTION] « [l]a nature de l'intrusion est subtile, mais sa capacité théorique la rend presque orwellienne » (par. 79).

29

In my view, with respect, the reasonableness line has to be determined by looking at the information generated by *existing* FLIR technology, and then evaluating its impact on a reasonable privacy interest. If, as expected, the capability of FLIR and other technologies will improve and the nature and quality of the information hereafter changes, it will be a different case, and the courts will have to deal with its privacy implications at that time in light of the facts as they then exist.

En toute déférence, je suis d'avis qu'il faut déterminer la limite du caractère raisonnable en examinant les renseignements produits par la technique FLIR *existante* et en analysant ensuite leur incidence sur le droit en matière d'attente raisonnable de vie privée. Si, comme on peut s'y attendre, les possibilités de la technique FLIR et d'autres techniques évoluent et entraînent des changements dans la nature et la qualité des renseignements obtenus, les circonstances seront différentes et les tribunaux devront se prononcer sur son incidence en matière de vie privée à ce moment-là, en fonction des faits qui leur seront alors présentés.

30

Counsel for the respondent of course views these matters somewhat differently. He points to the observation of *La Forest J.* in *R. v. Wong*, [1990] 3

L'avocat de l'intimé envisage naturellement ces questions de façon différente, et il signale l'observation suivante qu'a faite le juge *La Forest* dans l'arrêt

S.C.R. 36, a case dealing with surveillance by video camera, at pp. 43-44:

In *Duarte* [[1990] 1 S.C.R. 30], this Court held that unauthorized electronic audio surveillance violates s. 8 of the *Charter*. It would be wrong to limit the implications of that decision to that particular technology. Rather what the Court said in *Duarte* must be held to embrace all existing means by which the agencies of the state can electronically intrude on the privacy of the individual, and any means which technology places at the disposal of law enforcement authorities in the future. [Emphasis in original.]

I do not read this passage as entrenching a free-standing prohibition on electronic or other technologies without a warrant. The question is: *does* FLIR technology in fact intrude on the reasonable sphere of privacy of an individual?

#### D. *The “Totality of the Circumstances” Test*

I proceed on the basis of the “totality of the circumstances” test set out by Cory J. in *Edwards* and the questions listed therein, at para. 45, but the questions need to be tailored to the circumstances of the present case.

##### (1) Did the Respondent Have a Reasonable Expectation of Privacy?

On the facts of this case, we need to address:

1. What was the subject matter of the FLIR image?
2. Did the respondent have a direct interest in the subject matter of the FLIR image?
3. Did the respondent have a *subjective* expectation of privacy in the subject matter of the FLIR image?
4. If so, was the expectation *objectively* reasonable? In this respect, regard must be had to:
  - a. the place where the alleged “search” occurred;

*R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, p. 43-44, une affaire qui portait sur la surveillance par caméra vidéo :

Dans l’arrêt *Duarte* [[1990] 1 R.C.S. 30], cette Cour a conclu que la surveillance électronique audio non autorisée constitue une violation de l’art. 8 de la *Charte*. Il serait erroné de limiter les effets de cette décision à cette technologie particulière. Il faudrait plutôt conclure que les principes énoncés dans l’arrêt *Duarte* embrassent tous les moyens actuels permettant à des agents de l’État de s’introduire électroniquement dans la vie privée des personnes, et tous les moyens que la technologie pourra à l’avenir mettre à la disposition des autorités chargées de l’application de la loi. [Souligné dans l’original.]

Selon moi, ce passage ne consacre pas d’interdiction distincte visant l’utilisation sans mandat de techniques, électroniques ou autres. La question est de savoir si le recours à la technique FLIR *constitue* en fait une intrusion dans la sphère raisonnable de vie privée d’une personne.

#### D. *Le critère de « l’ensemble des circonstances »*

J’applique le critère de « l’ensemble des circonstances » formulé par le juge Cory dans l’arrêt *Edwards* et je réponds aux questions énumérées au par. 45 de cette décision, en les adaptant aux circonstances de la présente espèce.

##### (1) L’intimé avait-il une attente raisonnable en matière de vie privée?

Vu les faits en l’espèce, il faut répondre aux questions suivantes :

1. Quel est l’objet de l’image FLIR?
2. L’intimé possédait-il des droits sur l’objet de l’image FLIR?
3. L’intimé avait-il une attente *subjective* en matière de vie privée relativement à l’objet de l’image FLIR?
4. Dans l’affirmative, cette attente était-elle objectivement raisonnable? À cet égard, il faut tenir compte des éléments suivants :
  - a. l’endroit où la prétendue « perquisition » a eu lieu;

31

32

- |  |  |
|--|--|
| <p>b. whether the subject matter was in public view;</p> <p>c. whether the subject matter had been abandoned;</p> <p>d. whether the information was already in the hands of third parties; if so, was it subject to an obligation of confidentiality?</p> <p>e. whether the police technique was intrusive in relation to the privacy interest;</p> <p>f. whether the use of surveillance technology was itself objectively unreasonable;</p> <p>g. whether the FLIR heat profile exposed any intimate details of the respondent's lifestyle, or information of a biographical nature.</p> | <p>b. si l'objet était à la vue du public;</p> <p>c. si l'objet avait été abandonné;</p> <p>d. si des tiers possédaient déjà les renseignements; dans l'affirmative, ces renseignements étaient-ils visés par une obligation de confidentialité?</p> <p>e. si la technique policière a porté atteinte au droit à la vie privée;</p> <p>f. si le recours à la technique de surveillance était elle-même déraisonnable d'un point de vue objectif;</p> <p>g. si le profil thermique obtenu à l'aide du dispositif FLIR a révélé des détails intimes sur le mode de vie de l'intimé ou des renseignements d'ordre biographique le concernant.</p> |
|--|--|

(2) If There Was a Reasonable Expectation of Privacy in This Case, Was it Violated by the Police Conduct?

(2) Si l'intimé avait une attente raisonnable en matière de vie privée en l'espèce, a-t-elle été violée par la conduite de la police?

33

With respect to this second question, as Abella J.A. pointed out, the law is clear that warrantless searches are presumptively unreasonable, absent exigent circumstances (*Hunter v. Southam, supra*; *Collins, supra*, at p. 278; *Evans, supra*; and *Grant, supra*). However, the second question is only reached if the first question is answered in the affirmative.

Quant à la deuxième question, comme l'a signalé la juge Abella, selon la loi, il est clair que les perquisitions sans mandat sont présumées abusives en l'absence de situation d'urgence (*Hunter c. Southam, précité*; *Collins, précité*, p. 278; *Evans, précité*; et *Grant, précité*). Toutefois, pour arriver à cette deuxième question, il faut auparavant que la première question ait reçu une réponse affirmative.

E. *Did the Respondent Have a Reasonable Expectation of Privacy in the Subject Matter of the FLIR Image?*

E. *L'intimé avait-il une attente raisonnable en matière de vie privée relativement à l'objet de l'image FLIR?*

(1) What Is the Subject Matter of a FLIR Image?

(1) Quel est l'objet d'une image FLIR?

34

The parties agree that for present purposes the subject matter of FLIR technology was accurately set out in the information used by the RCMP to obtain the search warrant after the FLIR overflight, as follows:

Les parties reconnaissent que, pour ce qui est de la présente espèce, l'objet de la technique FLIR a été énoncé avec exactitude comme suit dans la dénonciation présentée par la GRC en vue de l'obtention du mandat de perquisition, après le vol FLIR :

Thermal infrared systems are often used to conduct "structure profiles". These devices are passive

[TRADUCTION] Les systèmes de détecteur infrarouge sont souvent utilisés pour effectuer des « profils de structure ».

instruments which are sensitive to only thermal surface radiant temperature. The devices do not see into, or through structures. The FLIR system detects only energy which is radiated from the outside surface of an object. Internal heat which is transmitted to the outside surface of an object is detectable. This device . . . is essentially a camera that takes photographs of heat instead of light . . . The rooms of marijuana growing operations with halide lights are warmer than the average room in a residence. The walls of these rooms emanate this heat to the outside, and are therefore detectable by the FLIR. Heat in a residence is usually evenly distributed throughout the building's exterior. By comparing the pattern of heat emanating from the structure, it is possible to detect patterns of heat showing rooms or sections of a structure that may be housing the marijuana growing operation.

It is evident from the final sentence that a FLIR image is only as helpful as the inferences that it is capable of supporting. After reviewing the evidence, Abella J.A. concluded (at para. 69):

Some perfectly innocent internal activities in the home can create the external emanations detected and measured by the FLIR, and many of them, such as taking a bath or using lights at unusual hours, are intensely personal.

While sources such as baths and innocent light fixtures “create” external emanations of heat, the evidence is clear that FLIR technology cannot at this state of its development differentiate between one heat source and another. The inferences that may be justified are extremely limited, as discussed in *R. v. Hutchings* (1996), 111 C.C.C. (3d) 215 (B.C.C.A.), at para. 29.

It seems to me that Abella J.A. put her finger on the key to this case when she observed with respect to FLIR's present utility that “[t]he surface emanations are, on their own, meaningless” (para. 66 (emphasis added)). The information obtained via a FLIR image, by itself, cannot provide sufficient grounds to obtain a search warrant. This is because,

Ces dispositifs sont des instruments passifs, uniquement sensibles au rayonnement thermique d'une surface. Les dispositifs ne voient pas à l'intérieur des structures ni à travers celles-ci. Le système FLIR se limite à détecter l'énergie qui rayonne de la surface extérieure d'un objet. La chaleur interne transmise à la surface extérieure est détectable. Pour l'essentiel, ce dispositif [. . .] est une caméra qui prend des photographies de la chaleur plutôt que de la lumière [. . .] Les pièces dans lesquelles des plants de marijuana poussent à l'aide de lampes halogènes sont plus chaudes que, en moyenne, les autres pièces d'une résidence. De la chaleur émane de leurs murs, vers l'extérieur du bâtiment. Ainsi ces murs deviennent-ils détectables par le système FLIR. La chaleur est habituellement distribuée de façon uniforme à l'intérieur d'une résidence et à sa surface extérieure. En comparant les différences de chaleur entre les éléments de la structure, il est possible de détecter des répartitions de chaleur qui indiquent la présence d'une culture de marijuana et qui désignent des pièces ou des sections de structure susceptibles d'abriter une telle culture.

La dernière phrase montre clairement que les images FLIR n'ont pas plus d'utilité que les déductions qui peuvent en être tirées. Après avoir examiné la preuve, la juge Abella est parvenue à la conclusion suivante (par. 69) :

[TRADUCTION] Certaines activités parfaitement innocentes peuvent produire des émanations externes détectables et mesurables par le FLIR. Parmi ces activités, plusieurs — comme prendre un bain ou utiliser des lumières à des heures inhabituelles — sont éminemment personnelles.

Des sources de chaleur comme le bain et d'innocents appareils d'éclairage « produisent » des émanations externes de chaleur, mais la preuve démontre clairement que la technique FLIR ne peut, à ce stade de son développement, permettre de distinguer entre différentes sources de chaleur. Les déductions justifiables sont extrêmement limitées, comme il en a été question dans l'arrêt *R. c. Hutchings* (1996), 111 C.C.C. (3d) 215 (C.A.C.-B.), par. 29.

Il me semble que la juge Abella a la réponse en l'espèce lorsqu'elle fait observer, au sujet de l'utilité du système FLIR à l'heure actuelle, que [TRADUCTION] « [l]es émanations de surface n'ont, en elles-mêmes, aucune signification » (par. 66 (je souligne)). L'information obtenue dans une image FLIR ne saurait en soi fournir des motifs suffisants

as the Crown acknowledges, the relative crudity of the present technology does not, in itself, permit any inferences about the precise activity giving rise to the heat. For that, other evidence is required to determine if there is any reason to believe the source of the heat is a marijuana grow-op. As Crown counsel put the point in oral argument, the process of obtaining a search warrant sits “on a fulcrum. And you pile straws on one side. And this [FLIR image] is one of the straws.” Moreover, “if you don’t have a number of other cogent items of evidence, [FLIR] isn’t going to help you greatly”. Based on *current* FLIR technology, this is correct.

(2) Did the Respondent Have a Direct Interest in the Subject Matter of the Image?

37

In *Edwards, supra*, the Court held that an accused had no s. 8 interest in the contents of his girlfriend’s apartment. No such problem arises in this case. The house under surveillance was the respondent’s home.

(3) Did the Respondent Have a Subjective Expectation of Privacy in the Subject Matter of the FLIR Image?

38

The respondent did not testify on the *voir dire* on his s. 24(2) application to exclude the evidence, but in my view it may be presumed unless the contrary is shown in a particular case that information about what happens *inside* the home is regarded by the occupants as private. Such an expectation is rooted in the ancient law of trespass and finds its modern justification in the intimacies of personal and family life. This is the approach adopted by the Ontario Court of Appeal and, so far as it goes, I agree with it.

39

The Crown takes the position that the escape of heat from *outside* a home, like the escape of smoke from a fireplace chimney or cooking odours from a kitchen fan, represents the voluntary exposure of

d’obtenir un mandat de perquisition. Comme le reconnaît le ministère public, cela s’explique par le fait que le stade relativement primitif de la technologie ne permet pas de déduire l’activité précise qui produit la chaleur. Il faut disposer d’autres éléments de preuve pour déterminer s’il existe des motifs de croire que la chaleur provient de la culture de marijuana. Comme l’a fait valoir l’avocat du ministère public dans son plaidoyer, le processus d’obtention d’un mandat de perquisition repose [TRADUCTION] « sur un pivot. Et vous empilez les brins de paille d’un côté. Et c’est [l’image FLIR] un des brins de paille. » De plus, [TRADUCTION] « si vous ne disposez pas d’un certain nombre d’autres éléments de preuve convaincants, [l’image FLIR] ne sera pas d’une grande utilité ».

(2) L’intimé possédait-il des droits sur l’objet de l’image?

Dans l’arrêt *Edwards*, précité, la Cour a jugé que l’accusé ne pouvait revendiquer le droit garanti à l’art. 8 relativement au contenu de l’appartement de sa petite amie. Ce problème ne se pose pas en l’espèce; la maison sous surveillance était la résidence de l’intimé.

(3) L’intimé avait-il une attente subjective en matière de vie privée relativement à l’objet de l’image FLIR?

L’intimé n’a pas témoigné lors du *voir-dire* relatif à sa demande d’exclusion de la preuve fondée sur le par. 24(2), mais je suis d’avis qu’on peut présumer, jusqu’à preuve du contraire, que les occupants d’une résidence considèrent comme privés les renseignements concernant ce qui se passe à *l’intérieur* de la résidence. Cette attente remonte aux anciennes règles de droit relatives à la violation de la propriété et trouve sa justification moderne dans le caractère intime que revêtent la vie personnelle et la vie de famille. C’est l’approche que la Cour d’appel de l’Ontario a adoptée et j’y souscris jusqu’à un certain point.

Le ministère public soutient que la fuite de chaleur à *l’extérieur* d’une résidence, comme la fumée s’échappant d’une cheminée ou les odeurs de cuisson sortant d’un ventilateur de cuisine, sont autant



information. Thus, the Crown argues, the respondent could have had no reasonable subjective expectation of privacy in the information obtained in the FLIR overflight. The raw information, to the extent it was discernible to the naked eye, had been abandoned to the public domain in circumstances where casual observers or passers-by were under no obligation to keep the information confidential.

It is true that a person can have no reasonable expectation of privacy in what he or she knowingly exposes to the public, or to a section of the public, or abandons in a public place (*R. v. Boersma*, [1994] 2 S.C.R. 488; *Stillman*, *supra*, at para. 62, *per* Cory J., and at para. 226, *per* McLachlin J. (as she then was), dissenting; *Evans*, *supra*, at para. 50, *per* Major J., concurring; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, at p. 453; *Dyment*, *supra*, at p. 435; and *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652, at para. 45).

However, I do not think it can be said that “allowing” heat to escape rebuts an expectation of privacy in the way, for example, that the accused was said to “abandon” his privacy interest in the garbage he put out on the street for collection in *R. v. Joyce* (1996), 95 O.A.C. 321 (C.A.), at paras. 4-5. Few people think to conceal their home’s heat loss profile, and would have difficulty doing so if they tried. Living as he does in a land of melting snow and spotty home insulation, I do not believe that the respondent had a serious privacy interest in the heat patterns on the exposed external walls of his home. However, the police were clearly interested in the “heat profile” not for its own sake but for what it might reveal about the activities *inside* the home. In that respect, to the extent that it is in issue, the respondent maintained a subjective expectation of privacy.

I should add a *caveat*. The *subjective* expectation of privacy is important but its absence should not be used too quickly to undermine the protection

de renseignements volontairement communiqués. Ainsi, selon le ministère public, l’intimé ne pouvait avoir d’attente subjective raisonnable en matière de vie privée relativement aux renseignements obtenus lors du vol FLIR. Dans la mesure où elle pouvait être observée à l’œil nu, l’information brute avait été abandonnée au domaine public dans des circonstances telles que les simples observateurs ou passants n’assumaient aucune obligation de préserver la confidentialité des renseignements en question.

Il est vrai que nul ne saurait avoir d’attente raisonnable en matière de vie privée relativement à ce qu’il expose sciemment au public, ou à une partie du public, ou à ce qu’il abandonne dans un endroit public (*R. c. Boersma*, [1994] 2 R.C.S. 488; *Stillman*, précité, par. 62, le juge Cory, par. 226, et la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), dissidente; *Evans*, précité, par. 50, le juge Major, motifs concordants; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, p. 453; *Dyment*, précité, p. 435; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652, par. 45).

Cependant, je ne crois pas qu’on puisse dire que le fait de « laisser » s’échapper de la chaleur réfute une attente en matière de vie privée au sens où, par exemple, la Cour a décidé dans l’affaire *R. c. Joyce* (1996), 95 O.A.C. 321 (C.A.), par. 4-5, que l’accusé avait « renoncé » à son droit à la vie privée afférent aux rebuts qu’il avait mis à la rue pour qu’ils soient ramassés. Peu de gens pensent à cacher le profil de perte de chaleur de leur résidence, et ils auraient de la difficulté à le faire s’ils essayaient. Je ne crois pas que l’intimé, qui vit dans un pays de fonte de neige et d’isolation domiciliaire plus ou moins bien faite, puisse revendiquer sérieusement un droit à la vie privée relativement au profil thermique des murs extérieurs exposés de son domicile. La police, toutefois, s’intéressait nettement au « profil thermique », non pour le profil lui-même, mais pour ce qu’il pouvait révéler des activités se déroulant à l’intérieur de la résidence. Dans la mesure où cet aspect est en cause, l’intimé conservait une attente subjective en matière de vie privée.

J’assortirais cette conclusion d’une réserve. L’attente *subjective* en matière de vie privée a son importance, mais il ne faudrait pas utiliser trop

40

41

42

afforded by s. 8 to the values of a free and democratic society. In an age of expanding means for snooping readily available on the retail market, ordinary people may come to fear (with or without justification) that their telephones are wiretapped or their private correspondence is being read. One recalls the evidence at the Watergate inquiry of conspirator Gordon Liddy who testified that he regularly cranked up the volume of his portable radio to mask (or drown out) private conversations because he feared being “bugged” by unknown forces. Whether or not he was justified in doing so, we should not wish on ourselves such an environment. Suggestions that a diminished *subjective* expectation of privacy should automatically result in a lowering of constitutional protection should therefore be opposed. It is one thing to say that a person who puts out the garbage has no reasonable expectation of privacy in it. It is quite another to say that someone who fears their telephone is bugged no longer has a *subjective* expectation of privacy and thereby forfeits the protection of s. 8. Expectation of privacy is a normative rather than a descriptive standard.

rapidement son absence pour écarter la protection des valeurs d’une société libre et démocratique qu’offre l’art. 8. À une époque où l’on peut facilement se procurer sur le marché des dispositifs de furetage de plus en plus diversifiés, le simple citoyen peut en venir à craindre (à tort ou à raison) que son téléphone soit placé sous écoute ou que son courrier personnel soit lu. On peut se rappeler le témoignage du conspirateur Gordon Liddy qui disait, à l’enquête sur le Watergate, qu’il montait le volume de son appareil radio portatif pour masquer (ou couvrir) ses conversations privées parce qu’il craignait que des micros aient été placés par des groupes inconnus. Que cette crainte ait été ou non justifiée, nous ne devrions pas nous souhaiter un tel climat. Il faut donc réfuter toute affirmation selon laquelle la diminution de l’attente *subjective* en matière de vie privée se traduira automatiquement par une diminution correspondante de la protection constitutionnelle. Affirmer qu’un particulier qui laisse ses ordures au ramassage n’a pas d’attente raisonnable en matière de vie privée à leur sujet est une chose. Mais c’en est une toute autre de dire qu’une personne qui craint que son téléphone soit sur écoute n’a plus d’attente *subjective* en matière de vie privée et qu’elle ne peut plus de ce fait revendiquer la protection de l’art. 8. L’attente en matière de vie privée est de nature normative et non descriptive.

(4) Was the Respondent’s Expectation of Privacy Objectively Reasonable?

(4) L’attente de l’intimé en matière de vie privée était-elle objectivement raisonnable?

43

This is a major battleground in many of the s. 8 cases and a number of factors have emerged as helpful “markers”.

Cette question est l’objet de débats vigoureux dans de nombreuses affaires intéressant l’art. 8, et nombre de facteurs se sont avérés des « repères » utiles.

(a) *The Place Where the Alleged Search Occurred*

a) *L’endroit où la prétendue perquisition a eu lieu*

44

While s. 8 protects people, not places, the place where the search occurs greatly influences the reasonableness of the individual’s expectation. In *Wong, supra*, Lamer C.J. put it this way, at p. 62:

Si l’article 8 protège les personnes et non les lieux, le lieu de la perquisition influence grandement le caractère raisonnable de l’attente en matière de vie privée. Le juge en chef Lamer l’exprime ainsi dans l’arrêt *Wong*, précité, p. 62 :

The nature of the place in which the surveillance occurs will always be an important factor to consider in

La nature de l’endroit où la surveillance a lieu sera toujours un facteur important dont il faudra tenir compte

determining whether the target has a reasonable expectation of privacy in the circumstances. It is not, however, determinative.

In this case, the image was taken of the exterior of the respondent's home, a place which, as Abella J.A. pointed out (at para. 42), traditionally has been accorded the highest degree of privacy. She relied, in part, on the concurring judgment of McLachlin J. in *Plant*, at p. 302:

The [electricity consumption] records are capable of telling much about one's personal lifestyle, such as how many people lived in the house and what sort of activities were probably taking place there. The records tell a story about what is happening inside a private dwelling, the most private of places.

The United States Supreme Court declared the use of FLIR technology to image the outside of a house to be unconstitutional in *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001), based largely on the "sanctity of the home" (p. 37). We do not go so far. The fact that it was the respondent's home that was imaged using FLIR technology is an important factor but it is not controlling and must be looked at in context and in particular, in this case, in relation to the nature and quality of the information made accessible by FLIR technology to the police.

(b) *Was the Subject Matter on Public View?*

Heat is lost from the external wall of the building and this is obvious to even the most casual observer. Patches of snow melt at different rates on a poorly insulated roof. In *Hutchings*, *supra*, for example, an informant in a marijuana grow-op trial testified that he saw no snow on the barn roof where there should have been some. On the other hand, as Abella J.A. points out, at para. 65:

Without FLIR technology, however, that person cannot know that it is hotter than other houses in the area or that

pour déterminer si la personne-cible s'attend raisonnablement au respect de la vie privée dans les circonstances. Ce facteur n'est toutefois pas déterminant.

En l'espèce, l'image montre l'extérieur de la résidence de l'intimé, un endroit où, comme l'a signalé la juge Abella (par. 42), on a toujours accordé la plus haute importance à la vie privée. La juge Abella s'est notamment appuyée en partie sur les motifs concordants de la juge McLachlin dans l'arrêt *Plant* (p. 302) :

Il est possible de tirer des dossiers [de consommation d'électricité] en cause beaucoup de renseignements sur le mode de vie d'une personne, et notamment sur le nombre de personnes qui occupent une maison ainsi que sur le genre d'activités auxquelles elles se livrent vraisemblablement. Ces dossiers renseignent sur ce qui se passe à l'intérieur du lieu privé par excellence qu'est une habitation privée.

Dans l'arrêt *Kyllo c. United States*, 553 U.S. 27 (2001), la Cour suprême des États-Unis s'est fortement appuyée sur [TRADUCTION] « l'inviolabilité du foyer » (p. 37) pour déclarer inconstitutionnel le recours à la technique FLIR afin d'obtenir des images de l'extérieur d'une maison. Nous n'allons pas aussi loin. Le fait que l'image obtenue par la technique FLIR ait montré la résidence de l'intimé constitue certes un facteur important, mais il n'est pas déterminant; il importe de l'examiner en contexte et en particulier, dans la présente affaire, en relation avec la nature et la qualité de l'information à laquelle la police avait accès grâce à la technique FLIR.

b) *L'objet était-il à la vue du public?*

La chaleur se dégage par les murs extérieurs de l'édifice et même l'observateur le moins attentif peut le constater. La fonte de la neige ne se fait pas uniformément sur un toit mal isolé. Par exemple, dans l'arrêt *Hutchings*, précité, un informateur a affirmé dans son témoignage, dans un procès relatif à une opération de culture de marijuana, qu'il n'y avait pas de neige sur le toit de la grange alors qu'il aurait dû y en avoir. Par contre, comme l'a signalé la juge Abella (par. 65) :

[TRADUCTION] Toutefois, si elle ne dispose pas de la technologie FLIR, cette personne ne peut pas savoir que

one room in particular reveals a very high energy consumption.

la maison est plus chaude que d'autres maisons du voisinage ou qu'une certaine pièce révèle une très grande consommation d'énergie.

47 Yet FLIR technology does not "see" through the wall of the building. Indeed, it cannot even "see" through a transparent window. It is not X-ray technology. Everything shown in the FLIR photograph exists on the external surfaces of the building and in that sense it records only information exposed to the public (albeit the public, unaided by technology, cannot in fact observe the heat pattern in the detail FLIR imaging affords).

Pourtant, la technique FLIR ne permet pas de « voir » à travers les murs. De fait, elle ne permet même pas de « voir » à travers une fenêtre transparente. Il ne s'agit pas de rayons X. Tout ce que l'image FLIR montre se trouve sur les surfaces extérieures de l'édifice et, en ce sens, cette image n'enregistre que des renseignements offerts à la vue du public (bien que, sans appui technologique, le public ne puisse observer le profil thermique aussi minutieusement que le permet l'imagerie FLIR).

(c) *Had the Subject Matter Been Abandoned?*

c) *L'objet avait-il été abandonné?*

48 There was no abandonment in any voluntary sense, as discussed.

Il n'y a pas eu d'abandon volontaire, comme je l'ai dit.

(d) *Was the Information Already in the Possession of Third Parties?*

d) *Des tiers possédaient-ils déjà les renseignements?*

49 It was not available to third parties in any form visible to the naked eye that would have been of any use to the police.

Les renseignements n'étaient pas accessibles à des tiers sous une forme perceptible à l'œil nu pouvant être d'une utilité quelconque à la police.

(e) *Was the Police Technique Intrusive in Relation to the Privacy Interest?*

e) *La technique policière a-t-elle porté atteinte au droit à la vie privée?*

50 The lack of intrusiveness is a factor in the assessment; *Wong, supra*, at p. 43; *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30, at para. 36; *Thomson Newspapers, supra*, at pp. 496 (dissent) and 594 (majority); and *Plant, supra*, at p. 295.

L'absence de caractère attentatoire est un facteur pris en compte dans l'évaluation : *Wong*, précité, p. 43; *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30, par. 36; *Thomson Newspapers*, précité, p. 496 (dissidence) et p. 594 (majorité); *Plant*, précité, p. 295.

51 Of course the respondent objects to this form of state surveillance of his home. He points out that if the Crown is correct that what was done with FLIR technology in this case is not a s. 8 search, it would follow that the police are at liberty to take "heat pictures" of homes and other shelters whenever they wish, targeting whomever they wish, without any prior judicial authorization. This is true, but I agree with Stevens J., at p. 45, speaking for the minority in *Kyllo*, that

L'intimé s'oppose bien sûr à cette forme de surveillance de sa résidence par l'État. Il signale que si l'on accepte l'argument du ministère public selon lequel le recours à la technique FLIR en l'espèce ne constitue pas une perquisition visée à l'art. 8, on permet à la police de prendre quand elle le veut et sans autorisation judiciaire préalable des « images thermiques » de résidences et d'autres locaux d'habitation en ciblant qui elle veut. C'est vrai, mais je suis d'accord avec le juge Stevens qui dit ce qui suit au nom des juges dissidents dans *Kyllo*, à la p. 45 :

public officials should not have to avert their senses or their equipment from detecting emissions in the public domain such as excessive heat, traces of smoke,

[TRADUCTION] . . . les mandataires de l'État ne doivent pas s'empêcher de détecter, par leurs sens ou à l'aide d'appareils, des émissions dans le domaine public comme

suspicious odors, odorless gases, airborne particulates, or radioactive emissions, any of which could identify hazards to the community.

The respondent's argument, however, is more fundamental. The real subject matter of interest to the police is not the surface heat but the inference that can be drawn about the activity going on inside the house. Abella J.A. held, at para. 67, that FLIR technology, albeit by the use of police inference, does intrude *into* the home:

... the measurement of heat emanations from inside a home is the measurement of inherently private activities which should not be available for state scrutiny without prior judicial authorization.

See also *R. v. Dinh* (2003), 16 Alta. L.R. (4th) 26, 2003 ABCA 201, at para. 33, *per* Conrad J.A.

The marijuana grow-op itself was certainly not in public view. Thus the debate is forced back to the same question posed at the outset: what exactly does the FLIR image tell the police about the existence of a marijuana grow-op *inside* the house? The answer, as discussed, is that FLIR imaging cannot identify the source of the heat or the nature of the activity that created it. It merely tells the police that there are heat-generating activities within the home. (It would be strange if it were otherwise.) The existence and distribution of heat on the external walls is consistent with a number of hypotheses including as *one* possibility the existence of a marijuana grow-op. FLIR's usefulness depends on what other information the police have.

While I conceptualize the subject matter somewhat differently than Abella J.A. as externally obtained information *about* the home (because no "intrusion" in any meaningful sense is possible under existing FLIR technology), I agree with the concern that privacy "is closely linked to the effect that a breach of that privacy would have on the freedom and dignity of the individual": *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841, at para. 19. Similarly in *Wong, supra*, at p. 47,

de la chaleur excessive, des traces de fumée, des odeurs suspectes, des gaz inodores, des particules en suspension dans l'air ou des émissions radioactives, qui pourraient révéler des dangers pour la collectivité.

L'argument de l'intimé, toutefois, est plus fondamental. En réalité, ce n'est pas la chaleur en surface qui intéresse la police, mais les déductions qu'elle permet de faire au sujet des activités se déroulant à l'intérieur de la maison. Selon la juge Abella, au par. 67, la technique FLIR, bien qu'elle suppose une inférence de la part de la police, constitue une intrusion *dans* la résidence :

[TRADUCTION] ... la mesure de la chaleur se dégageant de l'intérieur d'une résidence offre la mesure d'activités de nature privée qui, sans autorisation judiciaire préalable, ne devraient pas être assujetties au regard scrutateur de l'État.

Voir aussi *R. c. Dinh* (2003), 16 Alta. L.R. (4th) 26, 2003 ABCA 201, par. 33, la juge Conrad.

La marijuana n'était certainement pas cultivée à la vue du public. Par conséquent, il faut revenir à la question posée au début : qu'est-ce que l'image FLIR apprend exactement à la police au sujet de l'existence d'une culture de marijuana *à l'intérieur* de la maison? Comme je l'ai déjà dit, la réponse est que l'imagerie FLIR ne permet de déterminer ni la source de chaleur ni la nature de l'activité qui la produit. Elle indique seulement à la police que la résidence abrite des activités génératrices de chaleur. (Il serait étrange qu'il en soit autrement.) La présence et la distribution de chaleur sur les murs extérieurs peut donner lieu à un certain nombre d'hypothèses, dont l'*une* peut être la culture de marijuana. L'utilité du système FLIR dépend des autres renseignements dont dispose la police.

Bien que ma perception de l'objet diffère quelque peu de celle de la juge Abella en ce que, selon moi, il s'agit de renseignements *au sujet* de la maison obtenus de l'extérieur (le recours à la technique FLIR existante ne pouvant donner lieu à une « intrusion » réelle), je partage la préoccupation selon laquelle le droit à la vie privée « est étroitement lié à l'effet qu'une violation de ce droit aurait sur la liberté et la dignité de l'individu en cause » : *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998]

52

53

54

La Forest J. states that “we must always be alert to the fact that modern methods of electronic surveillance have the potential, if uncontrolled, to annihilate privacy”. I mentioned earlier Abella J.A.’s reference to George Orwell. It is appropriate, then, to quote the words of *Nineteen Eighty-Four* (1949), at pp. 4-5:

There was of course no way of knowing whether you were being watched at any given moment. . . . It was even conceivable that they watched everybody all the time. . . . You had to live — did live, from habit that became instinct — in the assumption that every sound you made was overheard, and . . . every movement scrutinised.

55 I agree with Abella J.A. that the spectre of the state placing our homes under technological surveillance raises extremely serious concerns. Where we differ, perhaps, is that in my view such technology must be evaluated according to its *present* capability. Whatever evolution occurs in future will have to be dealt with by the courts step by step. Concerns should be addressed as they truly arise. FLIR technology at this stage of its development is both non-intrusive in its operations and mundane in the data it is capable of producing. It is clear, to repeat, that at present no warrant could ever properly be granted solely on the basis of a FLIR image.

(f) *Was the Use of Surveillance Technology Itself Objectively Unreasonable?*

56 A justified concern about the advance of surveillance technology was expressed by Abella J.A., at para. 63:

In my view, there is an important distinction between observations that are made by the naked eye or even by the use of enhanced aids, such as binoculars, which are in common use, and observations which are the product of technology.

57 This was also a key element in the decision of the U.S. Supreme Court in *Kyllo* in which the majority judgment, written by Scalia J., concluded (at p. 40):

1 R.C.S. 841, par. 19. De la même façon, le juge La Forest a déclaré, dans l’arrêt *Wong*, précité, que « nous devons toujours rester conscient du fait que les moyens modernes de surveillance électronique, s’ils ne sont pas contrôlés, sont susceptibles de supprimer toute vie privée » (p. 47). La juge Abella a, comme je l’ai indiqué, évoqué George Orwell. Aussi est-il approprié de citer un passage de *1984* (1950), p. 13 :

Naturellement, il n’y avait pas moyen de savoir si, à un moment donné, on était surveillé. [ . . . ] On pouvait même imaginer qu’elle surveillait tout le monde, constamment. [ . . . ] On devait vivre, on vivait, car l’habitude devient instinct, en admettant que tout son émis était entendu et que [ . . . ] tout mouvement était perçu.

Je suis d’accord avec la juge Abella que le spectre de la surveillance technologique de nos résidences par l’État a de quoi inquiéter vivement. Notre divergence d’opinion tient peut-être à ce que j’estime qu’il faut évaluer les techniques en fonction de leurs capacités *actuelles*. Tout développement qui pourra survenir devra être examiné par les tribunaux. Les problèmes devraient être analysés au moment où ils se posent véritablement. À son présent stade de développement, la technique FLIR peut être employée de façon non intrusive et elle est inoffensive pour ce qui est des données qu’elle produit. Je répète qu’il est clair que les images FLIR ne pourraient actuellement fonder à elles seules la délivrance d’un mandat.

f) *Le recours à la technique de surveillance elle-même était-il déraisonnable d’un point de vue objectif?*

La juge Abella, au par. 63 de ses motifs, a exprimé des craintes justifiées au sujet du progrès de la technologie de surveillance :

[TRADUCTION] À mon avis, il existe une distinction importante entre les observations à l’œil nu, ou même à l’aide d’accessoires d’amplification comme des jumelles, qui sont d’usage courant, et les observations qui sont le produit de moyens technologiques.

Cet élément a également joué un rôle important dans l’arrêt *Kyllo* de la Cour suprême des États-Unis, où le juge Scalia a conclu au nom des juges majoritaires (p. 40) :

Where, as here, the Government uses a device that is not in general public use, to explore details of the home that would previously have been unknowable without physical intrusion, the surveillance is a “search” and is presumptively unreasonable without a warrant. [Emphasis added.]

Scalia J. does not elaborate on what he means by “a device that is not in general public use” and the dissenters suggested such a standard is unworkable (*Kyllo, supra*, at p. 47). On the evidence here, FLIR imaging does *not* disclose “details of the home”, as has already been discussed. The terms “technology” or “a device that is not in general public use” (or Abella J.A.’s reference to “enhanced aids . . . which are in common use”, at para. 63) are vague and take in a lot of territory. The argument, presumably, is that if an area of our lives is already exposed to surveillance by commonly available “technology” such as binoculars, we can have no reasonable *continuing* expectation of privacy in that respect. This may be true, but what is the test for “general public use”? In my view, the issue is not whether FLIR technology puts the police inside the home, because it does not, or whether FLIR is in general *public* use (it is not), but rather the nature and quality of the information about activities in the home that the police are able to obtain. The evidence is that a FLIR image of heat emanations is, on its own, as Abella J.A. acknowledged, “meaningless”. That is the bottom line.

- (g) *Did the FLIR Heat Profile Expose Any Intimate Details of the Respondent’s Lifestyle or Part of His Core Biographical Data?*

In *Plant, supra*, Sopinka J. sought to calibrate a reasonable expectation of informational privacy to the purpose of s. 8 (p. 292). In that case, the police had obtained computer records from the Calgary Utilities Commission which showed unusual

[TRADUCTION] Lorsque, comme en l’espèce, le gouvernement a recours à un dispositif auquel le public n’a pas généralement accès pour scruter, relativement à une résidence, des détails dont il aurait auparavant été impossible de prendre connaissance sans intrusion physique, la surveillance est une « perquisition », et elle est présumée abusive si elle a été effectuée sans mandat. [Je souligne.]

Le juge Scalia n’a pas précisé ce qu’il entendait par « un dispositif auquel le public n’a pas généralement accès », et les juges dissidents ont indiqué qu’une telle norme n’était pas applicable (*Kyllo, précité*, p. 47). Selon la preuve produite en l’espèce, l’imagerie FLIR *ne* révèle *pas* « des détails relativement à une résidence » comme nous l’avons vu. Les termes « technique » ou « dispositif auquel le public n’a pas généralement accès » (ou les mots « accessoires d’amplification [. . .] qui sont d’usage courant » employés par la juge Abella au par. 63) sont vagues et englobent beaucoup de choses. Il faut supposer que l’argument est le suivant : si un aspect de notre vie est déjà exposé à une surveillance par des moyens « techniques » facilement accessibles, comme des jumelles, nous *ne* pouvons *plus* avoir à cet égard d’attente raisonnable en matière de vie privée. C’est peut-être le cas, mais quel critère permet de dire s’il s’agit d’un dispositif « auquel le public a généralement accès »? À mon avis, la question n’est pas de savoir si la technique FLIR permet à la police d’entrer dans la maison, ce qui n’est pas le cas, ni si le *public* a généralement accès au FLIR (ce n’est pas le cas), mais plutôt quelles sont la nature et la qualité de l’information que la police peut obtenir au sujet des activités qui se déroulent dans la maison. Selon la preuve, une image FLIR montrant des émanations de chaleur n’a en elle-même, comme la juge Abella l’a reconnu, « aucune signification ». C’est là le point essentiel.

- (g) *Le profil thermique obtenu à l’aide du dispositif FLIR a-t-il révélé des détails intimes sur le mode de vie de l’intimé ou des renseignements d’ordre biographique le concernant?*

Dans l’arrêt *Plant, précité*, le juge Sopinka a cherché à calibrer l’attente raisonnable des particuliers relativement aux aspects informationnels en matière de droit à la vie privée en fonction de l’objet de l’art. 8 (p. 292). Dans cette affaire, la police avait

electricity consumption at the home of the accused indicating the potential existence of a marijuana grow-op. The records themselves were not obtained from the appellant. It was held that within the commercial relationship of supplier and customer, the accused had knowingly disclosed his electricity consumption to the utility company, with no arrangement as to confidentiality. Such records could be accessed on-line by the police, and thus no reasonable expectations of privacy existed.

obtenu de la Calgary Utilities Commission des dossiers informatisés qui montraient une consommation d'électricité inhabituelle chez l'accusé, un indice qu'il pouvait s'y trouver une culture de marijuana. Ce n'est pas auprès de l'appelant que la police s'était procurée les dossiers. La Cour a statué que dans le cadre de la relation commerciale fournisseur-client, l'accusé avait sciemment révélé sa consommation d'électricité à la compagnie de services publics sans prendre de dispositions pour préserver la confidentialité de l'information. La police pouvait avoir accès en ligne à ces dossiers et il n'existait donc pas d'attente raisonnable en matière de vie privée.

60 For ease of reference I repeat the dictum of Sopinka J., at p. 293, once again:

Pour plus de commodité, je répète ici l'observation formulée par le juge Sopinka à la p. 293 :

... in order for constitutional protection to be extended, the information seized must be of a "personal and confidential" nature. In fostering the underlying values of dignity, integrity and autonomy, it is fitting that s. 8 of the *Charter* should seek to protect a biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state. This would include information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual. [Emphasis added.]

... pour que la protection constitutionnelle s'applique, les renseignements saisis doivent être de nature « personnelle et confidentielle ». Étant donné les valeurs sous-jacentes de dignité, d'intégrité et d'autonomie qu'il consacre, il est normal que l'art. 8 de la *Charte* protège un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l'État. Il pourrait notamment s'agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu. [Je souligne.]

61 On this point, as well, we part company with the U.S. Supreme Court majority in *Kyllo* insofar as Scalia J. declined to distinguish among types of information relating to the home. He declares that "[i]n the home, our cases show, *all* details are intimate details, because the entire area is held safe from prying government eyes" (p. 37). This view seems to be predicated on the "originalism" philosophy of Scalia J. for he writes (at pp. 34-35):

Sur ce point également, nous différons d'avis avec les juges majoritaires de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Kyllo*, dans la mesure où le juge Scalia s'est refusé à distinguer entre les divers types de renseignements relatifs à la résidence. Il a affirmé qu'[TRADUCTION] « [i]l appert de notre jurisprudence que, dans la résidence, *tous* les détails participent de l'intimité parce que toute la résidence est à l'abri du regard inquisiteur du gouvernement » (p. 37). Cette opinion semble procéder d'une philosophie « originaliste » du juge Scalia qui a écrit ce qui suit (p. 34-35) :

We think that obtaining by sense-enhancing technology any information regarding the interior of the home that could not otherwise have been obtained without physical "intrusion into a constitutionally protected area," *Silverman*, 365 U.S., at 512, constitutes a search — at least where (as here) the technology in question is not in general public use. This assures preservation of that degree of privacy against government that existed when the Fourth Amendment was adopted [in 1791]. On the

[TRADUCTION] Nous pensons que l'obtention, à l'aide de techniques d'amplification sensorielle, de renseignements quels qu'ils soient concernant l'intérieur de la résidence qui n'auraient pu être obtenus autrement sans « intrusion dans un lieu bénéficiant d'une protection constitutionnelle », *Silverman*, 365 U.S., p. 512, constitue une perquisition — à tout le moins lorsque (comme en l'espèce) la technique en cause n'est pas d'utilisation répandue dans le public. Ce principe garantit, contre les atteintes du



basis of this criterion, the information obtained by the thermal imager in this case was the product of a search. [Emphasis added.]

For reasons already stated, I do not regard the use of current FLIR technology as the functional equivalent of placing the police inside the home. Nor is it helpful in the Canadian context to compare the state of technology in 2004 with that which existed at Confederation in 1867, or in 1982 when s. 8 of the *Charter* was adopted. Having regard to its *purpose*, I do not accept that s. 8 is triggered by a FLIR image that discloses that heat sources of some unknown description are present inside the structure, or that the heat distribution is uneven. Certainly FLIR imaging generates information *about* the home but s. 8 protects people, not places. The information generated by FLIR imaging about the respondent does not touch on “a biographical core of personal information”, nor does it “ten[d] to reveal intimate details of [his] lifestyle” (*Plant*, at p. 293). It shows that some of the activities in the house generate heat. That is not enough to get the respondent over the constitutional threshold.

(h) *Conclusion With Respect to the Reasonable Expectation*

External patterns of heat distribution on the external surfaces of a house is not information in which the respondent had a reasonable expectation of privacy. The heat distribution, as stated, offers no insight into his private life, and reveals nothing of his “biographical core of personal information”. Its disclosure scarcely affects the “dignity, integrity and autonomy” of the person whose house is subject of the FLIR image (*Plant*, at p. 293).

I wish to add one further observation. In *Plant*, Sopinka J. listed the seriousness of the offence as a factor in the “balance” sought to be achieved in s. 8 of the *Charter* (p. 295). Undoubtedly the “seriousness of the offence” has a role to play in striking “the

gouvernement au droit à la vie privée, le degré de protection qui existait lors de l’adoption du Quatrième Amendement [en 1791]. Compte tenu de ce critère, les renseignements obtenus en l’espèce à l’aide de l’imageur thermique ont été obtenus lors d’une perquisition. [Je souligne.]

Pour les raisons que j’ai déjà exposées, je ne pense pas que l’utilisation de la technique FLIR, dans son état présent, équivaille à faire entrer la police dans la résidence. Il n’est pas utile non plus, dans le contexte canadien, de comparer la technologie de 2004 avec celle qui existait en 1867, ou en 1982 lorsque l’art. 8 de la *Charte* a été adopté. Pour ce qui est de son *objet*, je ne puis accepter que l’art. 8 doive s’appliquer si une image FLIR révèle la présence dans l’édifice de sources de chaleur d’origine inconnue ou une distribution inégale de la chaleur. Il est certain que l’imagerie FLIR permet d’obtenir des renseignements *au sujet* de la résidence, mais l’art. 8 protège les personnes, non les lieux. Les renseignements que l’imagerie FLIR permet d’obtenir au sujet de l’intimé ne touchent pas « un ensemble de renseignements biographiques d’ordre personnel », pas plus qu’ils « tend[e]nt à révéler des détails intimes sur [son] mode de vie » (*Plant*, p. 293). Elle indique que certaines activités à l’intérieur de la maison génèrent de la chaleur. Cela ne suffit pas pour donner ouverture à l’application de la garantie constitutionnelle.

h) *Conclusion relative à l’attente raisonnable*

La façon dont la chaleur est distribuée sur les surfaces externes d’une maison n’est pas un renseignement à l’égard duquel l’intimé avait une attente raisonnable en matière de vie privée. Ce renseignement, comme je l’ai dit, ne révèle rien sur la vie privée de l’intimé ni sur « un ensemble de renseignements biographiques d’ordre personnel » le concernant. Sa divulgation n’influe guère sur la « dignité, [l]’intégrité et [l]’autonomie » de la personne dont la maison figure sur l’image FLIR (*Plant*, p. 293).

Je tiens à ajouter une autre observation. Dans l’arrêt *Plant*, le juge Sopinka a inclus la gravité de l’infraction dans la liste des facteurs influant sur « l’équilibre » que cherche à réaliser l’art. 8 de la *Charte* (p. 295). À n’en pas douter, la « gravité

62

63

64

balance”, but I do not think that it is a factor in determining whether the respondent did or did not have a reasonable expectation of privacy in the heat distribution patterns on the outside of his house. Rather, it may more logically arise at the stage the court considers whether a particular search was reasonable, or whether the evidence obtained by an unreasonable search may be admitted into evidence under s. 24(2) of the *Charter*.

F. *If the Respondent Had a Reasonable Expectation of Privacy in this Case, Was It Violated?*

65 In light of the finding that the respondent had no reasonable expectation of privacy in the heat distribution information, this question does not arise.

IV. Disposition

66 I would allow the appeal and restore the conviction.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Frank Miller, Windsor.*

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

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

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Toronto.*

de l’infraction » a un rôle à jouer dans la recherche de « l’équilibre », mais je ne pense pas qu’il s’agisse d’un facteur pour déterminer si l’intimé avait ou non une attente raisonnable en matière de vie privée relativement à la distribution de la chaleur à l’extérieur de sa maison. Tel facteur interviendrait plutôt, plus logiquement, à l’étape où le tribunal examine si une perquisition donnée est raisonnable ou si la preuve obtenue au moyen d’une perquisition abusive est recevable sous le régime du par. 24(2) de la *Charte*.

F. *Si l’intimé avait une attente raisonnable en matière de vie privée en l’espèce, a-t-elle été violée?*

Compte tenu de ma conclusion selon laquelle l’intimé n’avait pas d’attente raisonnable en matière de vie privée relativement aux renseignements concernant la distribution de la chaleur, cette question ne se pose pas.

IV. Dispositif

Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l’appelante : Procureur général du Canada, Toronto.*

*Procureur de l’intimé : Frank Miller, Windsor.*

*Procureur de l’intervenant le procureur général de l’Ontario : Procureur général de l’Ontario, Toronto.*

*Procureur de l’intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Sainte-Foy.*

*Procureurs de l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles : McCarthy Tétrault, Toronto.*

**IN THE MATTER OF the Bankruptcy of Peoples Department Stores Inc./Magasins à rayons Peoples inc.**

**Caron Bélanger Ernst & Young Inc., in its capacity as Trustee to the bankruptcy of Peoples Department Stores Inc./Magasins à rayons Peoples inc. Appellant**

v.

**Lionel Wise, Ralph Wise and Harold Wise Respondents**

and

**Chubb Insurance Company of Canada Respondent**

**INDEXED AS: PEOPLES DEPARTMENT STORES INC. (TRUSTEE OF) v. WISE**

**Neutral citation: 2004 SCC 68.**

File No.: 29682.

2004: May 11; 2004: October 29.

Present: Iacobucci,\* Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC**

*Corporations — Directors and officers — Fiduciary duty and duty of care — Directors of bankrupt corporation being sued by trustee — Trustee claiming that directors breached fiduciary duty and duty of care — Whether directors owe fiduciary duty or duty of care to corporation's creditors — Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 122(1).*

*Bankruptcy and insolvability — Reviewable transactions — Transfer of assets between wholly-owned subsidiary and parent corporation — Wholly-owned subsidiary and parent corporation declaring bankruptcy — Parent corporation's directors sued by trustee of wholly-owned subsidiary — Trustee claiming that certain transactions were reviewable — Whether consideration for impugned*

\* Iacobucci J. took no part in the judgment.

**DANS L'AFFAIRE DE la faillite de Peoples Department Stores Inc./Magasins à rayons Peoples inc.**

**Caron Bélanger Ernst & Young Inc., en sa qualité de syndic de la faillite de Peoples Department Stores Inc./Magasins à rayons Peoples inc. Appellante**

c.

**Lionel Wise, Ralph Wise et Harold Wise Intimés**

et

**Chubb du Canada, Compagnie d'assurance Intimée**

**RÉPERTORIÉ : MAGASINS À RAYONS PEOPLES INC. (SYNDIC DE) c. WISE**

**Référence neutre : 2004 CSC 68.**

N<sup>o</sup> du greffe : 29682.

2004 : 11 mai; 2004 : 29 octobre.

Présents : Les juges Iacobucci\*, Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps et Fish.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Sociétés — Administrateurs et dirigeants — Obligation de fiduciaire et obligation de diligence — Administrateurs d'une société faillie poursuivis par le syndic — Administrateurs accusés par le syndic de manquement à leur obligation de fiduciaire et à leur obligation de diligence — Les administrateurs ont-ils une obligation de fiduciaire et une obligation de diligence envers les créanciers de la société? — Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, ch. C-44, art. 122(1).*

*Faillite et insolvabilité — Transactions révisables — Transfert d'actifs entre la filiale à part entière et la société mère — Faillite de la filiale à part entière et de la société mère — Administrateurs de la société mère poursuivis par le syndic de la filiale à part entière — Allégation par le syndic que certaines transactions sont révisables — La contrepartie reçue dans les transactions*

\* Le juge Iacobucci n'a pas pris part au jugement.

*transactions conspicuously less than fair market value — Whether directors “privity” to transactions — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 100.*

Wise Stores Inc. (“Wise”) acquired Peoples Department Stores Inc. (“Peoples”) from Marks and Spencer Canada Inc. (“M & S”). L.W., R.W. and H.W. (the “Wise brothers”) were majority shareholders, officers and directors of Wise, and the only directors of Peoples. Because of covenants imposed by M & S, Peoples could not be merged with Wise until the purchase price had been paid. Almost from the outset, the joint operation of Wise and Peoples did not function smoothly. Parallel bookkeeping, combined with shared warehousing arrangements, caused serious problems for both companies. As a result, their inventory records were increasingly incorrect. The situation, already unsustainable, was worsening. L.W. consulted the vice-president of administration and finance of both Wise and Peoples in an attempt to find a solution. On his recommendation, the Wise brothers agreed to implement a joint inventory procurement policy whereby the two firms would divide responsibility for purchasing. Peoples would make all purchases from North American suppliers and Wise would, in turn, make all purchases from overseas suppliers. Peoples would then transfer to Wise what it had purchased for Wise, charging Wise accordingly, and vice versa. The new policy was implemented on February 1, 1994. Before the end of the year, both Wise and Peoples declared bankruptcy. Peoples’ trustee filed a petition against the Wise brothers. The trustee claimed that they had favoured the interests of Wise over Peoples to the detriment of Peoples’ creditors, in breach of their duties as directors under s. 122(1) of the *Canada Business Corporations Act* (“CBCA”). In the alternative, the trustee claimed that the Wise brothers had in the year preceding the bankruptcy been privy to transactions in which Peoples’ assets had been transferred to Wise for conspicuously less than fair market value within the meaning of s. 100 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* (“BIA”). The trial judge found the Wise brothers liable on both grounds. The Court of Appeal set aside the trial judge’s decision.

**Held:** The appeal should be dismissed. The Wise brothers did not breach their duties under s. 122(1) of the CBCA, nor were the impugned transactions in violation of s. 100 of the BIA.

*attaquées est-elle manifestement inférieure à la juste valeur du marché? — Les administrateurs étaient-ils des parties intéressées dans les transactions? — Loi sur la faillite et l’insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 100.*

Wise Stores Inc. (« Wise ») a acquis de Marks & Spencer Canada Inc. (« M & S ») les Magasins à rayons Peoples Inc. (« Peoples »). L.W., R.W. et H.W. (les « frères Wise ») étaient actionnaires majoritaires, dirigeants et administrateurs de Wise, et les seuls administrateurs de Peoples. En raison des conditions imposées par M & S, Peoples ne pouvait fusionner avec Wise avant le paiement intégral du prix d’achat. Presque dès le début, l’exploitation en commun de Wise et de Peoples s’est avérée difficile. La tenue d’une comptabilité parallèle, conjuguée à l’entreposage en commun des marchandises, a causé de graves problèmes aux deux sociétés. En conséquence, les fiches de stocks des deux sociétés sont devenues de plus en plus inexactes. La situation, déjà intolérable, a empiré. L.W. a consulté le vice-président à l’administration et aux finances de Wise et Peoples pour tenter de trouver une solution. Sur sa recommandation, les frères Wise ont accepté de mettre en œuvre une politique d’approvisionnement commun en vertu de laquelle les deux entreprises se partageraient la responsabilité des achats. Peoples s’occuperait de tous les achats auprès de fournisseurs en Amérique du Nord et Wise, pour sa part, se chargerait de tous les achats faits outre-mer. Peoples transférerait ensuite à Wise les marchandises achetées pour Wise et lui en réclamerait le prix, et vice versa. La nouvelle politique est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1994. Avant la fin de l’année, Wise et Peoples ont été déclarées en faillite. Le syndic de Peoples a présenté contre les frères Wise une requête dans laquelle il a prétendu que ces derniers avaient privilégié les intérêts de Wise plutôt que ceux de Peoples au détriment des créanciers de Peoples, en contravention des obligations que le par. 122(1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (« LCSA ») leur imposait en tant qu’administrateurs. Le syndic a soutenu aussi que, au cours de l’année ayant précédé la faillite, les frères Wise étaient des parties intéressées aux transactions en vertu desquelles des biens de Peoples avaient été transférés à Wise pour une contrepartie manifestement inférieure à la juste valeur du marché au sens de l’art. 100 de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* (« LFI »). En première instance, le juge a conclu que les frères Wise étaient responsables en regard des deux moyens invoqués. La Cour d’appel a infirmé cette décision.

**Arrêt :** Le pourvoi est rejeté. Les frères Wise n’ont pas manqué aux obligations que leur imposait le par. 122(1) de la LCSA, et les transactions attaquées n’étaient pas contraires à l’art. 100 de la LFI.

The fiduciary duty under s. 122(1)(a) of the CBCA requires directors and officers to act in good faith and honestly *vis-à-vis* the corporation. Here, the trial judge found that there was no fraud or dishonesty in the Wise brothers' attempts to solve the mounting inventory problems of Peoples and Wise. The Wise brothers considered the serious inventory management problem and implemented a joint inventory procurement policy they hoped would solve it. In the absence of evidence of a personal interest or improper purpose in the new policy, and in light of the evidence of a desire to make both Wise and Peoples "better" corporations, the directors did not breach their fiduciary duty under s. 122(1)(a). An honest and good faith attempt to redress a corporation's financial problems does not, if unsuccessful, qualify as such a breach. The fiduciary duty does not change when a corporation is in the nebulous "vicinity of insolvency". At all times, they owe their fiduciary obligations to the corporation, and the corporations' interests are not to be confused with the interests of the creditors or those of any other stakeholder. There is no need to read the interests of creditors into the fiduciary duty set out in s. 122(1)(a) in light of the availability under the CBCA both of the oppression remedy (s. 241(2)(c)) and of an action based on the duty of care (s. 122(1)(b)).

Directors and officers will not be held to be in breach of the duty of care under s. 122(1)(b) of the CBCA if they act prudently and on a reasonably informed basis. The standard of care is an objective one. The decisions of directors and officers must be reasonable business decisions in light of all the circumstances, including the prevailing socio-economic conditions, about which they knew or ought to have known. While courts are ill-suited and should be reluctant to second-guess the application of business expertise to the considerations that are often involved in corporate decision-making, they are capable, on the facts of any case, of determining whether an appropriate degree of prudence and diligence was brought to bear in reaching what is claimed to be a reasonable business decision. In this case, in adopting the joint inventory procurement policy, the directors did not breach their duty of care in respect of Peoples' creditors. The implementation of the new policy was a reasonable business decision made with a view to rectifying a serious and urgent business problem in circumstances in which no solution may have been possible. The trial judge's conclusion that the new policy led inexorably to Peoples' failure and bankruptcy was factually

L'obligation fiduciaire prévue à l'al. 122(1)a) de la LCSA impose aux administrateurs et aux dirigeants le devoir d'agir avec intégrité et de bonne foi aux mieux des intérêts de la société. En l'espèce, le juge de première instance a conclu qu'il n'y a eu ni fraude ni malhonnêteté de la part des frères Wise lorsqu'ils ont tenté de régler les problèmes d'approvisionnement de plus en plus graves de Peoples et de Wise. Les frères Wise ont examiné le grave problème de gestion des stocks et ont mis en application une politique d'approvisionnement commun qui, espéraient-ils, permettrait de le régler. En l'absence d'éléments de preuve de l'existence d'un intérêt personnel ou d'une fin illégitime de la nouvelle politique, et compte tenu de la preuve d'une volonté de faire de Wise et de Peoples de « meilleures » entreprises, les administrateurs n'ont pas manqué à leur obligation fiduciaire énoncée à l'al. 122(1)a). On ne peut conclure à un tel manquement en cas d'échec d'une tentative faite avec intégrité et de bonne foi pour redresser la situation financière d'une société. L'obligation fiduciaire reste la même lorsqu'une société se trouve dans la situation que décrit l'expression nébuleuse « au bord de l'insolvabilité ». Ils ont en tout temps leur obligation fiduciaire envers la société; et les intérêts de la société ne doivent pas se confondre avec ceux des actionnaires, avec ceux des créanciers ni avec ceux de toute autre partie intéressée. Il n'est pas nécessaire d'interpréter les intérêts des créanciers comme étant visés par l'obligation prévue à l'al. 122(1)a) compte tenu de la possibilité, en vertu de la LCSA, d'un recours en cas d'abus de droit (al. 241(2)c)), en plus de l'action fondée sur l'obligation de diligence (al. 122(1)b)).

On ne considérera pas que les administrateurs et les dirigeants ont manqué à l'obligation de diligence énoncée à l'al. 122(1)b) de la LCSA s'ils ont agi avec prudence et en s'appuyant sur les renseignements dont ils disposaient. La norme de diligence est une norme objective. Les décisions des administrateurs et des dirigeants doivent constituer des décisions d'affaires raisonnables compte tenu de toutes les circonstances, notamment les conditions socio-économiques existantes, qu'ils connaissaient ou auraient dû connaître. Si les tribunaux ne doivent pas substituer leur opinion à celle des administrateurs qui ont utilisé leur expertise commerciale pour évaluer les considérations qui entrent dans la prise de décisions des sociétés, ils sont toutefois en mesure d'établir, à partir des faits de chaque cas, si l'on a exercé le degré de prudence et de diligence nécessaire pour en arriver à ce qu'on prétend être une décision d'affaires raisonnable au moment où elle a été prise. En l'espèce, en adoptant la politique d'approvisionnement commun, les administrateurs n'ont pas contrevenu à leur obligation de diligence à l'égard des créanciers de Peoples. L'instauration de la nouvelle politique était une décision d'affaires raisonnable qui a été prise en vue de corriger un problème d'ordre commercial

incorrect and constituted a palpable and overriding error. Many factors other than the new policy contributed more directly to Peoples' bankruptcy.

Section 44(2) of the CBCA as it then read (the provision has since been repealed) cannot exempt directors and officers from potential liability under s. 122(1) for any financial assistance given by subsidiaries to the parent corporation. Nor can the Wise brothers successfully invoke good faith reliance on the opinion of the vice-president of administration and finance under s. 123(4)(b) of the CBCA. As a non-professional employee, the vice-president did not belong to any of the professional groups named in s. 123(4)(b). He was not an accountant, was not subject to the regulatory overview of any professional organization and did not carry independent insurance coverage for professional negligence.

The trustee's claim under s. 100 of the BIA must fail. The relevant transactions are those spanning the period from February to December 1994 when the new procurement policy was in effect. With regard to all the circumstances of this case, a disparity of slightly more than six percent between fair market value and the consideration received does not constitute a conspicuous difference.

While, in light of this conclusion, there is no need to consider whether the Wise brothers would have been "privity" to the transactions, the disagreement between the trial judge and the Court of Appeal on the interpretation of "privity" in s. 100(2) of the BIA warrants the following comments. Since the provision's remedial purpose is to reverse the effects of a transaction that stripped value from the estate of a bankrupt person, the word "privity" should be given a broad reading to include those who benefit directly or indirectly from, and have knowledge of, a transaction occurring for less than fair market value. This rationale is particularly apt when those who benefit are the controlling minds behind the transaction.

#### Cases Cited

**Applied:** 373409 *Alberta Ltd. (Receiver of) v. Bank of Montreal*, [2002] 4 S.C.R. 312, 2002 SCC 81; **approved:** *Re Olympia & York Enterprises Ltd. and Hiram Walker Resources Ltd.* (1986), 59 O.R. (2d) 254; *Standard Trustco Ltd. (Trustee of) v. Standard Trust Co.* (1995), 26 O.R. (3d) 1; **referred to:** *Automatic Self-Cleansing Filter*

grave et urgent dans un cas où il n'existait peut-être aucune solution. En concluant que la nouvelle politique avait inexorablement entraîné le déclin et la faillite de Peoples, le juge de première instance a mal interprété les faits et a commis une erreur manifeste et dominante. De nombreux facteurs, outre la nouvelle politique, ont contribué plus directement à la faillite de Peoples.

Le paragraphe 44(2) de la LCSA qui s'appliquait à l'époque (abrogé depuis) ne permet pas de soustraire les administrateurs et les dirigeants à leur responsabilité éventuelle en vertu du par. 122(1) pour toute aide financière fournie par une filiale à sa société mère. Les frères Wise ne peuvent non plus faire valoir avec succès qu'ils s'appuyaient de bonne foi sur l'opinion du vice-président aux finances comme le prévoit l'al. 123(4)(b) de la LCSA. Le vice-président était un employé non professionnel et n'était membre d'aucun des groupes de professionnels désignés à l'al. 123(4)(b). Il n'était pas un comptable, ses activités n'étaient pas réglementées par une organisation professionnelle et il n'avait pas lui-même souscrit d'assurance-responsabilité professionnelle.

La réclamation du syndic fondée sur l'art. 100 de la LFI doit échouer. Les transactions en cause sont celles qui ont été effectuées au cours de la période de février à décembre 1994 pendant laquelle la nouvelle politique d'approvisionnement était appliquée. Compte tenu de toutes les circonstances de la présente espèce, un écart d'un peu plus de 6 pour 100 entre la juste valeur du marché et la contrepartie reçue ne constitue pas une différence manifeste.

Si, compte tenu de cette conclusion, il est inutile d'examiner si les frères Wise auraient eu un « intérêt » à la transaction, le désaccord entre le juge de première instance et la Cour d'appel sur l'interprétation des mots « ayant intérêt » au par. 100(2) de la LFI justifie les observations qui suivent. Puisque l'objet réparateur de cette disposition est d'annuler les effets d'une transaction qui a diminué la valeur des actifs d'un failli, il convient de donner aux termes « ayant intérêt » un sens large afin qu'ils s'appliquent aux personnes qui tirent un avantage direct ou indirect d'une transaction tout en sachant que la contrepartie est inférieure à la juste valeur du marché. Ce raisonnement est particulièrement pertinent lorsque les personnes qui touchent un avantage sont les instigatrices de la transaction.

#### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** 373409 *Alberta Ltd. (Séquestre de) c. Banque de Montréal*, [2002] 4 R.C.S. 312, 2002 CSC 81; **arrêts approuvés :** *Re Olympia & York Enterprises Ltd. and Hiram Walker Resources Ltd.* (1986), 59 O.R. (2d) 254; *Standard Trustco Ltd. (Trustee of) c. Standard Trust Co.* (1995), 26 O.R. (3d) 1; **arrêts**

*Syndicate Co. v. Cuninghame*, [1906] 2 Ch. 34; *K.L.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51; *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592; 820099 *Ontario Inc. v. Harold E. Ballard Ltd.* (1991), 3 B.L.R. (2d) 123, aff'd (1991), 3 B.L.R. (2d) 113; *Teck Corp. v. Millar* (1972), 33 D.L.R. (3d) 288; *Brasserie Labatt liée v. Lanoue*, [1999] Q.J. No. 1108 (QL); *Regent Taxi & Transport Co. v. Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1929] S.C.R. 650, rev'd [1932] 2 D.L.R. 70; *Lister v. McAnulty*, [1944] S.C.R. 317; *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance v. Laurent*, [1978] 1 S.C.R. 605; *Dovey v. Cory*, [1901] A.C. 477; *In re Brazilian Rubber Plantations and Estates, Ltd.*, [1911] 1 Ch. 425; *In re City Equitable Fire Insurance Co.*, [1925] 1 Ch. 407; *Soper v. Canada*, [1998] 1 F.C. 124; *Maple Leaf Foods Inc. v. Schneider Corp.* (1998), 42 O.R. (3d) 177; *Skalbania (Trustee of) v. Wedgewood Village Estates Ltd.* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 88.

#### Statutes and Regulations Cited

*Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 100(1) [repl. 1997, c. 12, s. 81], (2).  
*Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44, ss. 44(1) [rep. 2001, c. 14, s. 26], (2) [idem], 102(1) [repl. idem, s. 35], 121, 122(1) [am. idem, s. 135 (Sch., item 43)], 123(4) [now 123(5)], 185, 238, 239, 240, 241.  
*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 300, 311, 1457, 2501.  
*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 8.1.

#### Authors Cited

Allen, William T., Jack B. Jacobs and Leo E. Strine, Jr. « Function Over Form: A Reassessment of Standards of Review in Delaware Corporation Law » (2001), 26 *Del. J. Corp. L.* 859.  
 Beck, Stanley M. « Minority Shareholders' Rights in the 1980s ». In *Corporate Law in the 80s*, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1982, 311.  
 Brock, Jason. « The Propriety of Profitmaking: Fiduciary Duty and Unjust Enrichment » (2000), 58 *U.T. Fac. L. Rev.* 185.  
 Crête, Raymonde, et Stéphane Rousseau. *Droit des sociétés par actions: principes fondamentaux*. Montréal: Thémis, 2002.  
 Dickerson, Robert W. V., John L. Howard and Leon Getz. *Proposals for a New Business Corporations Law for Canada*, vols. I and II. Ottawa: Information Canada, 1971.  
 Gray, Wayne D. « *Peoples v. Wise and Dylex*: Identifying Stakeholder Interests upon or near Corporate

*mentionnés* : *Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Co. c. Cuninghame*, [1906] 2 Ch. 34; *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51; *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592; 820099 *Ontario Inc. c. Harold E. Ballard Ltd.* (1991), 3 B.L.R. (2d) 113, conf. par (1991), 3 B.L.R. (2d) 123; *Teck Corp. c. Millar* (1972), 33 D.L.R. (3d) 288; *Brasserie Labatt liée c. Lanoue*, [1999] J.Q. n° 1108 (QL); *Regent Taxi & Transport Co. c. Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1929] R.C.S. 650, inf. par [1932] 2 D.L.R. 70; *Lister c. McAnulty*, [1944] R.C.S. 317; *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance c. Laurent*, [1978] 1 R.C.S. 605; *Dovey c. Cory*, [1901] A.C. 477; *In re Brazilian Rubber Plantations and Estates, Ltd.*, [1911] 1 Ch. 425; *In re City Equitable Fire Insurance Co.*, [1925] 1 Ch. 407; *Soper c. Canada*, [1998] 1 C.F. 124; *Maple Leaf Foods Inc. c. Schneider Corp.* (1998), 42 O.R. (3d) 177; *Skalbania (Trustee of) c. Wedgewood Village Estates Ltd.* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 88.

#### Lois et règlements cités

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 300, 311, 1457, 2501.  
*Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, ch. C-44, art. 44(1) [abr. 2001, ch. 14, art. 26], (2) [idem], 102(1) [repl. idem, art. 35], 121 [mod. idem, art. 49], 122(1) [mod. 1994, ch. 24, art. 13], 123(4) [maintenant 123(5)], 185, 238, 239, 240, 241 [mod. 2001, ch. 14, art. 117].  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 8.1.  
*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 100(1) [repl. 1997, ch. 12, art. 81], (2).

#### Doctrine citée

Allen, William T., Jack B. Jacobs and Leo E. Strine, Jr. « Function Over Form : A Reassessment of Standards of Review in Delaware Corporation Law » (2001), 26 *Del. J. Corp. L.* 859.  
 Beck, Stanley M. « Minority Shareholders' Rights in the 1980s ». In *Corporate Law in the 80s*, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada. Don Mills, Ont. : Richard De Boo, 1982, 311.  
 Brock, Jason. « The Propriety of Profitmaking : Fiduciary Duty and Unjust Enrichment » (2000), 58 *R.D.U.T.* 185.  
 Crête, Raymonde, et Stéphane Rousseau. *Droit des sociétés par actions: principes fondamentaux*. Montréal : Thémis, 2002.  
 Dickerson, Robert W. V., John L. Howard et Leon Getz. *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes*, vol. I et II. Ottawa : Information Canada, 1971.  
 Gray, Wayne D. « *Peoples v. Wise and Dylex* : Identifying Stakeholder Interests upon or near Corporate

Insolvency — Stasis or Pragmatism?” (2003), 39 *Can. Bus. L.J.* 242.

Houlden, L. W., and G. B. Morawetz. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 2, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1989 (loose-leaf updated 2003, release 9).

Iacobucci, Edward M. “Directors’ Duties in Insolvency: Clarifying What Is at Stake” (2003), 39 *Can. Bus. L.J.* 398.

Iacobucci, Edward M., and Kevin E. Davis. “Reconciling Derivative Claims and the Oppression Remedy” (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 87.

Martel, Paul. “Le ‘voile corporatif’ — l’attitude des tribunaux face à l’article 317 du Code civil du Québec” (1998), 58 *R. du B.* 95.

McGuinness, Kevin Patrick. *The Law and Practice of Canadian Business Corporations*. Toronto: Butterworths, 1999.

Thomson, David. “Directors, Creditors and Insolvency: A Fiduciary Duty or a Duty Not to Oppress?” (2000), 58 *U.T. Fac. L. Rev.* 31.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2003] R.J.Q. 796, 224 D.L.R. (4th) 509, 41 C.B.R. (4th) 225, [2003] Q.J. No. 505 (QL), setting aside a decision of the Superior Court (1998), 23 C.B.R. (4th) 200, [1998] Q.J. No. 3571 (QL). Appeal dismissed.

*Gerald F. Kandestin, Gordon Kugler and Gordon Levine*, for the appellant.

*Éric Lalanne and Martin Tétreault*, for the respondents Lionel Wise, Ralph Wise and Harold Wise.

*Ian Rose and Odette Jobin-Laberge*, for the respondent Chubb Insurance Company of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR AND DESCHAMPS JJ. —

## I. Introduction

<sup>1</sup> The principal question raised by this appeal is whether directors of a corporation owe a fiduciary duty to the corporation’s creditors comparable to the statutory duty owed to the corporation. For the reasons that follow, we conclude that directors owe a duty of care to creditors, but that duty does not rise to a fiduciary duty. We agree with the disposition of

Insolvency — Stasis or Pragmatism? » (2003), 39 *Rev. can. dr. comm.* 242.

Houlden, L. W., and G. B. Morawetz. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 2, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1989 (loose-leaf updated 2003, release 9).

Iacobucci, Edward M. « Directors’ Duties in Insolvency: Clarifying What Is at Stake » (2003), 39 *Rev. can. dr. comm.* 398.

Iacobucci, Edward M., and Kevin E. Davis. « Reconciling Derivative Claims and the Oppression Remedy » (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 87.

Martel, Paul. « Le “voile corporatif” — l’attitude des tribunaux face à l’article 317 du Code civil du Québec » (1998), 58 *R. du B.* 95.

McGuinness, Kevin Patrick. *The Law and Practice of Canadian Business Corporations*. Toronto: Butterworths, 1999.

Thomson, David. « Directors, Creditors and Insolvency: A Fiduciary Duty or a Duty Not to Oppress? » (2000), 58 *R.D.U.T.* 31.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec, [2003] R.J.Q. 796, 224 D.L.R. (4th) 509, 41 C.B.R. (4th) 225, [2003] J.Q. n° 505 (QL), qui a infirmé une décision de la Cour supérieure (1998), 23 C.B.R. (4th) 200, [1998] J.Q. n° 3571 (QL). Pourvoi rejeté.

*Gerald F. Kandestin, Gordon Kugler et Gordon Levine*, pour l’appelante.

*Éric Lalanne et Martin Tétreault*, pour les intimés Lionel Wise, Ralph Wise et Harold Wise.

*Ian Rose et Odette Jobin-Laberge*, pour l’intimée Chubb du Canada, Compagnie d’assurance.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES MAJOR ET DESCHAMPS —

## I. Introduction

La principale question soulevée par le présent pourvoi est de savoir si les administrateurs d’une société ont, envers les créanciers de la société, une obligation fiduciaire comparable à l’obligation que leur impose la loi à l’égard de la société. Pour les motifs qui suivent, nous concluons que les administrateurs ont envers les créanciers une obligation



the Quebec Court of Appeal. The appeal is therefore dismissed.

As a result of the demise in the mid-1990s of two major retail chains in eastern Canada, Wise Stores Inc. (“Wise”) and its wholly-owned subsidiary, Peoples Department Stores Inc. (“Peoples”), the indebtedness of a number of Peoples’ creditors went unsatisfied. In the wake of the failure of the two chains, Caron Bélanger Ernst & Young Inc., Peoples’ trustee in bankruptcy (“trustee”), brought an action against the directors of Peoples. To address the trustee’s claims, the extent of the duties imposed by s. 122(1) of the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44 (“CBCA”), upon directors with respect to creditors must be determined; we must also identify the purpose and reach of s. 100 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”).

In our view, it has not been established that the directors of Peoples violated either the fiduciary duty or the duty of care imposed by s. 122(1) of the CBCA. As for the trustee’s submission regarding s. 100 of the BIA, we agree with the Court of Appeal that the consideration received in the impugned transactions was not “conspicuously” less than fair market value. The BIA claim fails on that basis.

## II. Background

Wise was founded by Alex Wise in 1930 as a small clothing store on St-Hubert Street in Montreal. By 1992, through expansion effected by a mix of internal growth and acquisitions, it had become an enterprise operating at 50 locations with annual sales of approximately \$100 million, and it had been listed on the Montreal Stock Exchange in 1986. The stores were, for the most part, located in urban areas in Quebec. The founder’s three sons, Lionel, Ralph and Harold Wise (“Wise brothers”), were majority shareholders, officers, and directors of Wise. Together, they controlled 75 percent of the firm’s equity.

de diligence, mais cette obligation ne s’élève pas au niveau d’une obligation fiduciaire. Nous souscrivons au dispositif de la Cour d’appel du Québec. Le pourvoi est donc rejeté.

En raison de la faillite, au milieu des années 1990, de deux importantes chaînes de magasins de détail de l’Est du Canada, Wise Stores Inc. (« Wise ») et sa filiale à part entière, les Magasins à rayons Peoples Inc. (« Peoples »), de nombreuses créances de Peoples sont demeurées insatisfaites. Caron Bélanger Ernst & Young Inc., le syndic à la faillite de Peoples (« syndic »), a intenté une action contre les administrateurs de Peoples. Pour statuer sur les réclamations du syndic, il convient de déterminer l’étendue des obligations envers les créanciers qu’impose aux administrateurs le par. 122(1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, ch. C-44 (« LCSA »). Nous devons également préciser l’objet et la portée de l’art. 100 de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« LFI »).

À notre avis, il n’a pas été démontré que les administrateurs de Peoples ont manqué à l’obligation fiduciaire ou à l’obligation de diligence qu’impose le par. 122(1) de la LCSA. Pour ce qui est de l’argument du syndic concernant l’art. 100 de la LFI, nous concluons comme la Cour d’appel que la contrepartie reçue dans le cadre des transactions contestées n’était pas « manifestement » inférieure à la juste valeur du marché. La réclamation fondée sur la LFI est rejetée pour ce motif.

## II. Contexte

Wise a été fondée en 1930 par Alex Wise et était à l’origine un petit magasin de vêtements sur la rue St-Hubert, à Montréal. En 1992, l’entreprise avait élargi ses activités par sa croissance interne et des acquisitions. Elle exploitait 50 magasins dont les ventes annuelles s’élevaient à environ 100 millions de dollars et elle avait été inscrite à la Bourse de Montréal en 1986. Ses magasins se trouvaient pour la plupart dans des régions urbaines du Québec. Les trois fils du fondateur, Lionel, Ralph et Harold Wise (« frères Wise »), étaient actionnaires majoritaires, dirigeants et administrateurs de Wise. Ensemble, ils contrôlaient 75 pour 100 des actions ordinaires de l’entreprise.

2

3

4

5

In 1992, Peoples had been in business continuously in one form or another for 78 years. It had operated as an unincorporated division of Marks & Spencer Canada Inc. ("M & S") until 1991, when it was incorporated as a separate company. M & S itself was wholly owned by the large British firm, Marks & Spencer plc. ("M & S plc."). Peoples' 81 stores were generally located in rural areas, from Ontario to Newfoundland. Peoples had annual sales of about \$160 million, but was struggling financially. Its annual losses were in the neighbourhood of \$10 million.

6

Wise and Peoples competed with other chains such as Canadian Tire, Greenberg, Hart, K-Mart, M-Stores, Metropolitan Stores, Rossy, Woolco and Zellers. Retail competition in eastern Canada was intense in the early 1990s. In 1992, M-Stores went bankrupt. In 1994, Greenberg and Metropolitan Stores followed M-Stores into bankruptcy. The 1994 entry of Wal-Mart into the Canadian market, with its acquisition of over 100 Woolco stores from Woolworth Canada Inc., exerted significant additional competitive pressure on retail stores.

7

Lionel Wise, the eldest of the three brothers and Wise's executive vice-president, had expressed an interest in acquiring the ailing Peoples chain from M & S as early as 1988. Initially, M & S did not share Wise's interest for the sale, but by late 1991, M & S plc., the British parent company of M & S, had decided to divest itself of all its Canadian operations. At this point, M & S incorporated each of its three Canadian divisions to facilitate the anticipated divestiture thereof.

8

The new-found desire to sell coincided with Wise's previously expressed interest in acquiring its larger rival. Although M & S had initially hoped to sell Peoples for cash to a large firm in a solid financial condition, it was unable to do so. Consequently, negotiations got underway with representatives of Wise. A formal share purchase agreement was

En 1992, Peoples poursuivait déjà ses activités commerciales, sous une forme ou une autre, depuis 78 ans sans interruption. Elle était une division non constituée en société de Marks & Spencer Canada Inc. (« M & S ») jusqu'en 1991, année de sa constitution en société distincte. M & S était elle-même une filiale à part entière de la grande société britannique Marks & Spencer plc. (« M & S plc. »). Les 81 magasins de Peoples se trouvaient plutôt dans des régions rurales, de l'Ontario à Terre-Neuve. Les ventes annuelles de Peoples s'élevaient à environ 160 millions de dollars, mais avec des pertes annuelles d'environ 10 millions de dollars, l'entreprise se trouvait en difficulté financière.

Wise et Peoples étaient en concurrence avec d'autres chaînes comme Canadian Tire, Greenberg, Hart, K-Mart, M-Stores, Metropolitan Stores, Rossy, Woolco et Zellers. Au début des années 1990, la concurrence dans le secteur de la vente au détail dans l'Est du Canada était féroce. En 1992, M-Stores a fait faillite. En 1994, Greenberg et Metropolitan Stores ont fait faillite à leur tour. En 1994, l'arrivée sur le marché canadien de Wal-Mart, qui a acquis de Woolworth Canada Inc. plus de 100 magasins du détaillant Woolco au Canada, a soumis les commerces de vente au détail à une concurrence encore plus forte.

Dès 1988, Lionel Wise, l'aîné des trois frères et le vice-président exécutif de Wise, s'était montré intéressé à acheter de M & S la chaîne Peoples dont les activités étaient en déclin. Au départ, M & S ne partageait pas l'intérêt de Wise pour la vente, mais à la fin de 1991, M & S plc., la société mère britannique de M & S, avait décidé de mettre fin à toutes ses activités commerciales au Canada. M & S a alors constitué ses trois divisions canadiennes en sociétés distinctes pour en faciliter la vente.

Cette nouvelle volonté de vendre coïncide avec le désir manifesté auparavant par Wise d'acquérir sa grande rivale. Même si elle avait d'abord espéré vendre Peoples au comptant à une large entreprise jouissant d'une solide situation financière, M & S en est incapable. Par conséquent, elle amorce des négociations avec des représentants de Wise. Une

drawn up in early 1992 and executed in June 1992, with July 16, 1992 as its closing date.

Wise incorporated a company, 2798832 Canada Inc., for the purpose of acquiring all of the issued and outstanding shares of Peoples from M & S. The \$27-million share acquisition proceeded as a fully leveraged buyout. The portion of the purchase price attributable to inventory was discounted by 30 per cent. The discount was designed to inject equity into Peoples in the fiscal year following the sale and to make use of some of the tax losses that had accumulated in prior years.

The amount of the down payment due to M & S at closing, \$5 million, was borrowed from the Toronto Dominion Bank ("TD Bank"). According to the terms of the share purchase agreement, the \$22-million balance of the purchase price would be carried by M & S and would be repaid over a period of eight years. Wise guaranteed all of 2798832 Canada Inc.'s obligations pursuant to the terms of the share purchase agreement.

To protect its interests, M & S took the assets of Peoples as security (subject to a priority in favour of the TD Bank) and negotiated strict covenants concerning the financial management and operation of the company. Among other requirements, 2798832 Canada Inc. and Wise were obligated to maintain specific financial ratios, and Peoples was not permitted to provide financial assistance to Wise. In addition, the agreement provided that Peoples could not be amalgamated with Wise until the purchase price had been paid. This prohibition was presumably intended to induce Wise to refinance and pay the remainder of the purchase price as early as possible in order to overcome the strict conditions imposed upon it under the share purchase agreement.

On January 31, 1993, 2798832 Canada Inc. was amalgamated with Peoples. The new entity retained Peoples' corporate name. Since 2798832 Canada Inc. had been a wholly-owned subsidiary of Wise, upon amalgamation the new Peoples became a subsidiary directly owned and controlled by Wise.

convention formelle d'achat d'actions est rédigée au début de 1992 et signée en juin 1992, la date limite d'exécution étant fixée au 16 juillet 1992.

Afin d'acheter de M & S toutes les actions émises et en circulation de Peoples, Wise constitue la société 2798832 Canada Inc. L'acquisition des actions, pour une somme de 27 millions de dollars, est faite entièrement par emprunt. Une réduction de 30 pour 100 est accordée à l'égard de la partie du prix d'achat attribuable au coût des stocks. La réduction a pour but de permettre l'injection de capitaux dans Peoples au cours de l'exercice financier suivant la vente et d'utiliser certaines des pertes fiscales accumulées au cours des années précédentes.

Le versement initial dû à M & S à la signature, soit 5 millions de dollars, est emprunté à la Banque Toronto Dominion (« Banque TD »). Suivant les modalités de la convention d'achat d'actions, le reliquat de 22 millions de dollars du prix d'achat est dû à M & S et son remboursement échelonné sur une période de huit ans. Aux termes de la convention d'achat d'actions, Wise garantit solidairement toutes les obligations de 2798832 Canada Inc.

Afin de protéger ses intérêts, M & S prend les actifs de Peoples en garantie (sous réserve d'une priorité de rang en faveur de la Banque TD) et négocie des conditions strictes concernant la gestion financière et l'exploitation de la société. Notamment, 2798832 Canada Inc. et Wise ont l'obligation de maintenir des ratios financiers précis et Peoples n'est pas autorisée à fournir d'aide financière à Wise. De plus, la convention prévoit que Peoples ne peut fusionner avec Wise avant le paiement intégral du prix d'achat. Cette interdiction a vraisemblablement pour but d'inciter Wise à se refinancer et à payer le plus tôt possible le reliquat du prix d'achat afin d'écarter les conditions strictes qui lui sont imposées dans la convention d'achat d'actions.

Le 31 janvier 1993, 2798832 Canada Inc. est fusionnée avec Peoples. La nouvelle entité conserve la dénomination sociale de Peoples. Comme 2798832 Canada Inc. était une filiale à part entière de Wise au moment de la fusion, la nouvelle entité Peoples devient une filiale de Wise qui en a aussi le

9

10

11

12

The three Wise brothers were Peoples' only directors.

contrôle. Les trois frères Wise sont les seuls administrateurs de Peoples.

13 Following the acquisition, Wise had attempted to rationalize its operations by consolidating the overlapping corporate functions of Wise and Peoples, and operating as a group. The consolidation of the administration, accounting, advertising and purchasing departments of the two corporations was completed by the fall of 1993. As a consequence of the changes, many of Wise's employees worked for both firms but were paid solely by Wise. The evidence at trial was that because of the tax losses carried-forward by Peoples, it was advantageous for the group to have more expenses incurred by Wise, which, if the group was profitable as a whole, would increase its after-tax profits. Almost from the outset, the joint operation of Wise and Peoples did not function smoothly. Instead of the expected synergies, the consolidation resulted in dissonance.

Après l'acquisition, Wise avait tenté de rationaliser ses opérations en regroupant les diverses opérations de Wise et de Peoples qui se chevauchaient et en exploitant les deux entreprises comme un seul groupe. Le regroupement des services de la gestion, de la comptabilité, de la publicité et des achats des deux sociétés a été achevé à l'automne 1993. En raison de ces changements, de nombreux employés de Wise travaillaient pour les deux entreprises mais étaient payés par Wise uniquement. La preuve en première instance a démontré qu'en raison des pertes fiscales reportées de Peoples, il était avantageux pour le groupe que Wise engage davantage de dépenses, ce qui permettrait, si le groupe était rentable dans l'ensemble, d'augmenter ses bénéfices après impôt. Presque dès le début, l'exploitation en commun de Wise et de Peoples s'est avérée difficile. Au lieu de la synergie attendue, la consolidation a engendré la confusion.

14 After the acquisition, the total number of buyers for the two companies was nearly halved. The procurement policy at that point required buyers to deal simultaneously with suppliers on behalf of both Peoples and Wise. For the buyers, this nearly doubled their administrative work. Separate invoices were required for purchases made on behalf of Wise and Peoples. These invoices had to be separately entered into the system, tracked and paid.

Après l'acquisition, le nombre total d'acheteurs des deux sociétés est diminué d'environ la moitié. La politique d'approvisionnement oblige alors les acheteurs à traiter simultanément avec les fournisseurs pour le compte de Peoples et de Wise, ce qui double presque leurs tâches administratives. Des factures distinctes sont nécessaires pour les achats faits au nom de Wise et ceux faits au nom de Peoples. Ces factures doivent être inscrites séparément et faire l'objet d'un suivi et d'un paiement distincts.

15 Inventory, too, was separately recorded and tracked in the system. However, the inventory of each company was handled and stored, often unsegregated, in shared warehouse facilities. The main warehouse for Peoples, on Cousens Street in Ville St-Laurent, was maintained for and used by both firms. The Cousens warehouse saw considerable activity, as it was the central distribution hub for both chains. The facility was open 18 hours a day and employed 150 people on two shifts who handled a total of approximately 30,000 cartons daily through 20 loading docks. It was abuzz with activity.

Les stocks font aussi l'objet d'une inscription et d'un suivi distincts dans le système. Toutefois, les stocks de chacune des sociétés sont manipulés et entreposés, souvent sans être séparés, dans des entrepôts communs. L'entrepôt principal de Peoples, situé rue Cousens à Ville St-Laurent, a été conservé et utilisé par les deux entreprises. Il y a beaucoup d'activité à l'entrepôt Cousens parce qu'il s'agit du principal centre de distribution par les deux chaînes. L'entrepôt est ouvert 18 heures par jour et 150 personnes, y travaillant sur deux quarts, s'occupent de la manutention d'environ 30 000 boîtes quotidiennement sur 20 quais de chargement. L'activité y est intense.

Before long, the parallel bookkeeping combined with the shared warehousing arrangements caused serious problems for both Wise and Peoples. The actual situation in the warehouse often did not mirror the reported state of the inventory in the system. The goods of one company were often inextricably commingled and confused with the goods of the other. As a result, the inventory records of both companies were increasingly incorrect. A physical inventory count was conducted to try to rectify the situation, to little avail. Both Wise and Peoples stores experienced numerous shipping disruptions and delays. The situation, already unsustainable, was worsening.

In October 1993, Lionel Wise consulted David Clément, Wise's (and, after the acquisition, Peoples') vice-president of administration and finance, in an attempt to find a solution. In January 1994, Clément recommended and the three Wise brothers agreed that they would implement a joint inventory procurement policy ("new policy") whereby the two firms would divide responsibility for purchasing. Peoples would make all purchases from North American suppliers and Wise would, in turn, make all purchases from overseas suppliers. Peoples would then transfer to Wise what it had purchased for Wise, charging Wise accordingly, and vice versa. The new policy was implemented on February 1, 1994. It was this arrangement that was later criticized by certain creditors and by the trial judge.

Approximately 82 percent of the total inventory of Wise and Peoples was purchased from North American suppliers, which inevitably meant that Peoples would be extending a significant trade credit to Wise. The new policy was known to the directors, but was neither formally implemented in writing nor approved by a board meeting or resolution.

On April 27, 1994, Lionel Wise outlined the details of the new policy at a meeting of Wise's audit committee. A partner of Coopers & Lybrand was

Rapidement, la tenue d'une comptabilité parallèle, conjuguée à l'entreposage en commun des marchandises, crée de graves problèmes tant pour Wise que pour Peoples. L'emplacement des marchandises dans l'entrepôt ne reflète pas toujours l'état des stocks indiqué dans le système. Les marchandises d'une société sont souvent mêlées aux marchandises de l'autre et confondues avec celle-ci. En conséquence, les fiches de stocks des deux sociétés sont de plus en plus inexactes. Un inventaire manuel des marchandises est effectué pour essayer de corriger la situation, sans grand succès. Les livraisons aux magasins de Wise et de Peoples sont souvent perturbées et en retard. La situation, déjà intolérable, empire.

En octobre 1993, Lionel Wise consulte David Clément, vice-président à l'administration et aux finances de Wise (et, après l'acquisition, de Peoples) pour tenter de trouver une solution. Au mois de janvier 1994, Clément recommande aux trois frères Wise, qui acceptent, de mettre en œuvre une politique d'approvisionnement commun (« nouvelle politique ») en vertu de laquelle les deux entreprises se partageront la responsabilité des achats. Peoples s'occupera de tous les achats auprès de fournisseurs en Amérique du Nord et Wise, pour sa part, se chargera de tous les achats faits outre-mer. Peoples transférera ensuite à Wise les marchandises achetées pour Wise et lui en réclamera le prix, et vice versa. La nouvelle politique entre en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1994. C'est cet arrangement qui fera plus tard l'objet de critiques de la part de certains créanciers et du juge de première instance.

Environ 82 pour 100 de la totalité des marchandises de Wise et de Peoples sont achetées auprès de fournisseurs nord-américains, de sorte qu'inévitablement, Peoples doit consentir à Wise un important crédit commercial. La nouvelle politique est connue des administrateurs, mais elle n'est pas formellement consignée par écrit ni approuvée lors d'une réunion du conseil d'administration ou par une résolution de celui-ci.

Le 27 avril 1994, Lionel Wise expose en détail la nouvelle politique lors d'une réunion du comité de vérification de Wise. Un associé principal de

16

17

18

19

M & S's representative on Wise's board of directors and a member of the audit committee. He attended the April 27th meeting and raised no objection to the new policy when it was introduced.

20 By June 1994, financial statements prepared to reflect the financial position of Peoples as of April 30, 1994 revealed that Wise owed more than \$18 million to Peoples. Approximately \$14 million of this amount resulted from a notional transfer of inventory that was cancelled following the period's end. M & S was concerned about the situation and started an investigation, as a result of which M & S insisted that the new procurement policy be rescinded. Wise agreed to M & S's demand but took the position that the former procurement policy could not be reinstated immediately. An agreement was executed on September 27, 1994, effective July 21, 1994, and it provided that the new policy would be abandoned as of January 31, 1995. The agreement also specified that the inventory and records of the two companies would be kept separate, and that the amount owed to Peoples by Wise would not exceed \$3 million.

21 Another result of the negotiations was that M & S accepted an increase in the amount of the TD Bank's priority to \$15 million and a new repayment schedule for the balance of the purchase price owed to M & S. The parties agreed to revise the schedule to provide for 37 monthly payments beginning in July 1995. Each of the Wise brothers also provided a personal guarantee of \$500,000 in favour of M & S.

22 In September 1994, in light of the fragile financial condition of the companies and the competitiveness of the retail market, the TD Bank announced its intention to cease doing business with Wise and Peoples as of the end of December 1994. Following negotiations, however, the bank extended its financial support until the end of July 1995. The Wise brothers promised to extend personal guarantees in favour of the TD Bank, but this did not occur.

23 In December 1994, three days after the Wise brothers presented financial statements showing

Coopers & Lybrand représente M & S au conseil d'administration de Wise et est aussi membre du comité de vérification. Il est présent à la réunion du 27 avril et ne s'oppose pas à la nouvelle politique lorsqu'elle est présentée.

En juin 1994, les états financiers préparés pour indiquer la situation financière de Peoples le 30 avril 1994 révèlent que Wise doit plus de 18 millions de dollars à Peoples. De cette somme, un montant d'environ 14 millions de dollars résulte d'un transfert fictif des stocks qui ont été retournés après la fin de la période. Inquiète de la situation, M & S amorce une enquête à l'issue de laquelle elle exige l'abandon de la nouvelle politique d'approvisionnement. Wise accepte de se plier à l'exigence de M & S, mais elle indique que l'ancienne politique d'approvisionnement ne peut pas être rétablie immédiatement. Une entente prévoyant que la nouvelle politique sera abandonnée le 31 janvier 1995 est signée le 27 septembre 1994, avec effet rétroactif au 21 juillet 1994. L'entente prévoit aussi que les stocks et les registres des deux sociétés seront séparés et que la somme due à Peoples par Wise ne dépassera pas 3 millions de dollars.

À l'issue des négociations, M & S accepte aussi que la somme à laquelle la Banque TD a droit en priorité soit portée à 15 millions de dollars et qu'un nouvel échéancier de remboursement du reliquat du prix d'achat dû à M & S soit établi. Les parties acceptent de revoir l'échéancier de façon à prévoir 37 versements mensuels à partir de juillet 1995. Chacun des frères Wise fournit aussi à M & S une garantie personnelle de 500 000 \$.

En septembre 1994, constatant la situation financière précaire des sociétés et la compétitivité dans le secteur de la vente au détail, la Banque TD annonce son intention de cesser de faire affaire avec Wise et Peoples à la fin de décembre 1994. Toutefois, à la suite de négociations, elle prolonge son soutien financier jusqu'à la fin de juillet 1995. Les frères Wise s'engagent à fournir des garanties personnelles en faveur de la Banque TD, mais ils ne donnent pas suite à cet engagement.

En décembre 1994, trois jours après la présentation par les frères Wise d'états financiers indiquant

disappointing results for Peoples in its third fiscal quarter, M & S initiated bankruptcy proceedings against both Wise and Peoples. A notice of intention to make a proposal was filed on behalf of Peoples the same day. Nonetheless, Peoples later consented to the petition by M & S, and both Wise and Peoples were declared bankrupt on January 13, 1995, effective December 9, 1994. The same day, M & S released each of the Wise brothers from their personal guarantees. M & S apparently preferred to proceed with an uncontested petition in bankruptcy rather than attempting to collect on the personal guarantees.

The assets of Wise and Peoples were sufficient to cover in full the outstanding debt owed to the TD Bank, satisfy the entire balance of the purchase price owed to M & S, and discharge almost all the landlords' lease claims. The bulk of the unsatisfied claims were those of trade creditors.

Following the bankruptcy, Peoples' trustee filed a petition against the Wise brothers. In the petition, the trustee claimed that they had favoured the interests of Wise over Peoples to the detriment of Peoples' creditors, in breach of their duties as directors under s. 122(1) of the CBCA. The trustee also claimed that the Wise brothers had, in the year preceding the bankruptcy, been privy to transactions in which property had been transferred for conspicuously less than fair market value within the meaning of s. 100 of the BIA.

Pursuant to art. 2501 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("C.C.Q."), the trustee named Chubb Insurance Company of Canada ("Chubb"), which had provided directors' insurance to Wise and its subsidiaries, as a defendant in addition to the Wise brothers.

The trial judge, Greenberg J., relying on decisions from the United Kingdom, Australia and New Zealand, held that the fiduciary duty and the duty of care under s. 122(1) of the CBCA extend to a company's creditors when a company is insolvent or in the vicinity of insolvency. Greenberg J. found that the implementation, by the Wise brothers *qua*

des résultats décevants pour le troisième trimestre de Peoples, M & S engage des procédures de faillite contre Wise et Peoples. Un avis d'intention de faire une proposition est déposé au nom de Peoples le même jour. Peoples accepte néanmoins plus tard la requête présentée par M & S, et Wise et Peoples sont déclarées en faillite le 13 janvier 1995, avec effet rétroactif au 9 décembre 1994. Le même jour, M & S accorde à chacun des frères Wise mainlevée de leurs garanties personnelles. Au lieu de tenter de réaliser les garanties personnelles, il semble que M & S préférerait que la requête en faillite ne soit pas contestée.

Les biens de Wise et de Peoples sont suffisants pour rembourser entièrement la Banque TD, pour payer le reliquat du prix de vente dû à M & S et pour payer la presque totalité des créances des locateurs. La grande majorité des créances impayées sont celles de fournisseurs.

Après la faillite, le syndic de Peoples présente contre les frères Wise une requête dans laquelle il prétend que ces derniers ont privilégié les intérêts de Wise plutôt que ceux de Peoples au détriment des créanciers de Peoples, en contravention des obligations que le par. 122(1) de la LCSA leur imposait en tant qu'administrateurs. Le syndic soutient aussi que, au cours de l'année ayant précédé la faillite, les frères Wise étaient des parties intéressées aux transactions en vertu desquelles des biens avaient été transférés pour une contrepartie manifestement inférieure à la juste valeur du marché au sens de l'art. 100 de la LFI.

Se fondant sur l'art. 2501 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »), le syndic désigne la Compagnie d'assurance Chubb du Canada (« Chubb »), qui avait assuré les administrateurs de Wise et de ses filiales, à titre de codéfenderesse des frères Wise.

Invoquant des décisions rendues au Royaume-Uni, en Australie et en Nouvelle-Zélande, le juge Greenberg statue en première instance que l'obligation fiduciaire et l'obligation de diligence énoncées au par. 122(1) de la LCSA s'imposaient aussi à l'égard des créanciers d'une société lorsque celle-ci est insolvable ou au bord de l'insolvabilité. Il

24

25

26

27

directors of Peoples, of a corporate policy that affected both companies, had occurred while the corporation was in the vicinity of insolvency and was detrimental to the interests of the creditors of Peoples. The Wise brothers were therefore found liable and the trustee was awarded \$4.44 million in damages. As Chubb had provided insurance coverage for directors, it was also held liable. Greenberg J. also considered the alternative grounds under the BIA advanced by the trustee and found the Wise brothers liable for the same \$4.44 million amount on that ground as well. All the parties appealed.

28

The Quebec Court of Appeal, *per* Pelletier J.A., with Robert C.J.Q. and Nuss J.A. concurring, allowed the appeals by Chubb and the Wise brothers: [2003] R.J.Q. 796, [2003] Q.J. No. 505 (QL). The Court of Appeal expressed reluctance to follow Greenberg J. in equating the interests of creditors with the best interests of the corporation when the corporation was insolvent or in the vicinity of insolvency, stating that an innovation in the law such as this is a policy matter more appropriately dealt with by Parliament than the courts. In considering the trustee's claim under s. 100 of the BIA, Pelletier J.A. held that the trial judge had committed a palpable and overriding error in concluding that the amounts owed by Wise to Peoples in respect of inventory "were neither collected nor collectible" (para. 125 QL). He found that the consideration received for the transactions had been approximately 94 percent of fair market value, and he was not convinced that this disparity could be characterized as being "conspicuously" less than fair market value. Moreover, he did not accept the broad meaning the trial judge gave to the word "privy". Pelletier J.A. declined to exercise his discretion under s. 100(2) of the BIA to make an order in favour of the trustee. In view of his conclusion that the Wise brothers were not liable, Pelletier J.A. allowed the appeal with respect to Chubb.

conclut que c'est au moment où l'entreprise était au bord de l'insolvabilité que les frères Wise, en leur qualité d'administrateurs de Peoples, ont appliqué une politique corporative qui touchait les deux sociétés et qui était préjudiciable aux intérêts des créanciers de Peoples. Les frères Wise sont donc jugés responsables et des dommages-intérêts de 4,44 millions de dollars sont accordés au syndic. Comme elle avait assuré les administrateurs, Chubb est elle aussi jugée responsable. Le juge Greenberg examine également les moyens subsidiaires fondés sur la LFI qu'avait avancés le syndic et il conclut que les frères Wise doivent être tenus responsables du paiement de la somme de 4,44 millions de dollars sur le fondement de ces mêmes moyens. Toutes les parties interjettent appel.

La Cour d'appel du Québec, par la décision du juge Pelletier avec l'accord du juge en chef Robert et du juge Nuss, accueille les appels de Chubb et des frères Wise : [2003] R.J.Q. 796. La cour exprime sa réticence à assimiler, comme l'a fait le juge Greenberg, les intérêts des créanciers aux intérêts supérieurs de la société lorsque celle-ci est insolvable ou est au bord de l'insolvabilité, précisant que l'opportunité d'une telle innovation en droit est une question de politique générale qui doit être laissée à l'appréciation du législateur plutôt qu'à celle des tribunaux. Examinant la réclamation faite par le syndic en vertu de l'art. 100 de la LFI, le juge Pelletier statue que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en concluant que les sommes dues par Wise à Peoples à l'égard des marchandises [TRADUCTION] « n'ont pas été recouvrées et n'étaient pas recouvrables » (par. 126). Il juge que la contrepartie des transactions effectuées représentait environ 94 pour 100 de la juste valeur du marché et il n'est pas convaincu que l'on puisse affirmer que cet écart était « manifestement » inférieur à la juste valeur du marché. De plus, il n'accepte pas le sens large donné par le juge de première instance aux termes « ayant intérêt ». Le juge Pelletier refuse d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 100(2) de la LFI et d'accorder un jugement favorable au syndic. Concluant que la responsabilité des frères Wise n'est pas engagée, il accueille l'appel en ce qui a trait à Chubb.



### III. Analysis

At the outset, it should be acknowledged that according to art. 300 C.C.Q. and s. 8.1 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, the civil law serves as a supplementary source of law to federal legislation such as the CBCA. Since the CBCA does not entitle creditors to sue directors directly for breach of their duties, it is appropriate to have recourse to the C.C.Q. to determine how rights grounded in a federal statute should be addressed in Quebec, and more specifically how s. 122(1) of the CBCA can be harmonized with the principles of civil liability: see R. Crête and S. Rousseau, *Droit des sociétés par actions: principes fondamentaux* (2002), at p. 58.

This case came before our Court on the issue of whether directors owe a duty to creditors. The creditors did not bring a derivative action or an oppression remedy application under the CBCA. Instead, the trustee, representing the interests of the creditors, sued the directors for an alleged breach of the duties imposed by s. 122(1) of the CBCA. The standing of the trustee to sue was not questioned.

The primary role of directors is described in s. 102(1) of the CBCA:

**102.** (1) Subject to any unanimous shareholder agreement, the directors shall manage, or supervise the management of, the business and affairs of a corporation.

As for officers, s. 121 of the CBCA provides that their powers are delegated to them by the directors:

**121.** Subject to the articles, the by-laws or any unanimous shareholder agreement,

(a) the directors may designate the offices of the corporation, appoint as officers persons of full capacity, specify their duties and delegate to them powers to manage the business and affairs of the corporation, except powers to do anything referred to in subsection 115(3);

### III. Analyse

Il convient tout d'abord de reconnaître que, suivant l'art. 300 C.c.Q. et l'art. 8.1 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, le droit civil constitue une source de droit complétant les lois fédérales comme la LCSA. Comme la LCSA n'autorise pas les créanciers à poursuivre directement les administrateurs pour manquement à leurs obligations, il faut se reporter au C.c.Q. pour déterminer la façon de mettre en œuvre au Québec les droits trouvant leur fondement dans une loi fédérale et, plus spécifiquement, la façon d'harmoniser le par. 122(1) de la LCSA et les principes de la responsabilité civile : voir R. Crête et S. Rousseau, *Droit des sociétés par actions : principes fondamentaux* (2002), p. 58.

En l'espèce, notre Cour est appelée à trancher la question de savoir si les administrateurs ont des obligations envers les créanciers. Les créanciers n'ont pas exercé leurs droits par voie d'une action oblique ni par voie d'une demande de redressement pour abus de droit fondée sur la LCSA. Le syndic, représentant les intérêts des créanciers, a plutôt poursuivi les administrateurs en alléguant un manquement aux obligations que leur impose le par. 122(1) de la LCSA. La qualité du syndic d'engager les poursuites n'a pas été remise en question.

La principale fonction des administrateurs est indiquée au par. 102(1) de la LCSA :

**102.** (1) Sous réserve de toute convention unanime des actionnaires, les administrateurs gèrent les affaires commerciales et les affaires internes de la société ou en surveillent la gestion.

Pour ce qui est des dirigeants, l'art. 121 de la LCSA prévoit que leurs pouvoirs leur sont délégués par les administrateurs :

**121.** Sous réserve des statuts, des règlements administratifs ou de toute convention unanime des actionnaires, il est possible, au sein de la société :

a) pour les administrateurs, de créer des postes de dirigeants, d'y nommer des personnes pleinement capables, de préciser leurs fonctions et de leur déléguer le pouvoir de gérer les activités commerciales et les affaires internes de la société, sauf les exceptions prévues au paragraphe 115(3);

29

30

31

(b) a director may be appointed to any office of the corporation; and

(c) two or more offices of the corporation may be held by the same person.

Although the shareholders are commonly said to own the corporation, in the absence of a unanimous shareholder agreement to the contrary, s. 102 of the CBCA provides that it is not the shareholders, but the directors elected by the shareholders, who are responsible for managing it. This clear demarcation between the respective roles of shareholders and directors long predates the 1975 enactment of the CBCA: see *Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Co. v. Cuninghame*, [1906] 2 Ch. 34 (C.A.); see also art. 311 C.C.Q.

32

Section 122(1) of the CBCA establishes two distinct duties to be discharged by directors and officers in managing, or supervising the management of, the corporation:

**122.** (1) Every director and officer of a corporation in exercising their powers and discharging their duties shall

(a) act honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation; and

(b) exercise the care, diligence and skill that a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances.

The first duty has been referred to in this case as the “fiduciary duty”. It is better described as the “duty of loyalty”. We will use the expression “statutory fiduciary duty” for purposes of clarity when referring to the duty under the CBCA. This duty requires directors and officers to act honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation. The second duty is commonly referred to as the “duty of care”. Generally speaking, it imposes a legal obligation upon directors and officers to be diligent in supervising and managing the corporation’s affairs.

33

The trial judge did not apply or consider separately the two duties imposed on directors by s. 122(1). As the Court of Appeal observed, the trial

b) de nommer un administrateur à n’importe quel poste;

c) pour la même personne, d’occuper plusieurs postes.

Bien que l’on dise souvent que les actionnaires sont propriétaires de l’entreprise, l’art. 102 de la LCSA prévoit que, sous réserve d’une convention unanime des actionnaires, ce ne sont pas les actionnaires mais les administrateurs élus par les actionnaires qui sont chargés de sa gestion. Cette nette démarcation entre les rôles respectifs des actionnaires et des administrateurs est bien antérieure à l’adoption de la LCSA en 1975 : voir *Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Co. c. Cuninghame*, [1906] 2 Ch. 34 (C.A.); voir aussi l’art. 311 C.c.Q.

Le paragraphe 122(1) de la LCSA impose deux obligations distinctes aux administrateurs et aux dirigeants dans la gestion ou la surveillance de la gestion de l’entreprise :

**122.** (1) Les administrateurs et les dirigeants doivent, dans l’exercice de leurs fonctions, agir :

a) avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société;

b) avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente.

La première obligation a été, en l’espèce, appelée « obligation fiduciaire », une notion que décrit mieux l’expression « devoir de loyauté ». Pour éviter toute confusion, nous utiliserons parfois l’expression « obligation fiduciaire prévue par la loi » pour désigner l’obligation prévue à la LCSA. Cette obligation impose aux administrateurs et aux dirigeants le devoir d’agir avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société. La deuxième obligation est communément appelée « obligation de diligence ». De manière générale, elle impose aux administrateurs et aux dirigeants l’obligation légale de faire preuve de diligence dans la gestion et la surveillance de la gestion des affaires de la société.

Le juge de première instance n’a ni appliqué ni examiné séparément les deux obligations imposées aux administrateurs par le par. 122(1). Comme l’a

judge appears to have confused the two duties. They are, in fact, distinct and are designed to secure different ends. For that reason, they will be addressed separately in these reasons.

A. *The Statutory Fiduciary Duty: Section 122(1)(a) of the CBCA*

Considerable power over the deployment and management of financial, human, and material resources is vested in the directors and officers of corporations. For the directors of CBCA corporations, this power originates in s. 102 of the Act. For officers, this power comes from the powers delegated to them by the directors. In deciding to invest in, lend to or otherwise deal with a corporation, shareholders and creditors transfer control over their assets to the corporation, and hence to the directors and officers, in the expectation that the directors and officers will use the corporation's resources to make reasonable business decisions that are to the corporation's advantage.

The statutory fiduciary duty requires directors and officers to act honestly and in good faith *vis-à-vis* the corporation. They must respect the trust and confidence that have been reposed in them to manage the assets of the corporation in pursuit of the realization of the objects of the corporation. They must avoid conflicts of interest with the corporation. They must avoid abusing their position to gain personal benefit. They must maintain the confidentiality of information they acquire by virtue of their position. Directors and officers must serve the corporation selflessly, honestly and loyally: see K. P. McGuinness, *The Law and Practice of Canadian Business Corporations* (1999), at p. 715.

The common law concept of fiduciary duty was considered in *K.L.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51. In that case, which involved the relationship between the government and foster children, a majority of this Court agreed

fait remarquer la Cour d'appel, le juge de première instance semble avoir confondu ces deux obligations. Il s'agit en réalité de deux obligations distinctes visant des fins différentes. C'est pourquoi nous les examinerons séparément dans les présents motifs.

A. *L'obligation fiduciaire prévue par la loi : l'art. 122(1)a de la LCSA*

Les administrateurs et les dirigeants des sociétés sont investis d'un pouvoir considérable en matière de déploiement et de gestion des ressources financières, humaines et matérielles. Dans le cas des administrateurs de sociétés constituées en vertu de la LCSA, ce pouvoir trouve sa source à l'art. 102 de la Loi. Dans le cas des dirigeants, il s'agit des pouvoirs qui leur sont délégués par les administrateurs. Lorsqu'ils décident d'investir dans une société, de lui consentir un prêt ou de faire autrement affaire avec celle-ci, les actionnaires et les créanciers cèdent le contrôle de leurs actifs à la société et, par conséquent, à ses administrateurs et à ses dirigeants et s'attendent à ce qu'ils utilisent les ressources de la société pour prendre des décisions d'affaires raisonnables qui profiteront à la société.

En vertu de l'obligation fiduciaire prévue par la loi, les administrateurs et les dirigeants doivent agir avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société. Ils doivent respecter la confiance qui leur a été accordée et gérer les actifs qui leur sont confiés de manière à réaliser les objectifs de la société. Ils doivent éviter les conflits d'intérêts avec la société. Ils ne doivent pas profiter du poste qu'ils occupent pour tirer un avantage personnel. Ils doivent préserver la confidentialité des renseignements auxquels leurs fonctions leur donnent accès. Les administrateurs et les dirigeants doivent servir la société de manière désintéressée et avec loyauté et intégrité : voir K. P. McGuinness, *The Law and Practice of Canadian Business Corporations* (1999), p. 715.

La notion d'obligation fiduciaire de la common law a été examinée dans l'arrêt *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51. Dans cet arrêt concernant la relation entre l'État et des enfants en foyer d'accueil, notre Cour à la

34

35

36

with McLachlin C.J. who stated, at paras. 40-41 and 49:

Fiduciary duties arise in a number of different contexts, including express trusts, relationships marked by discretionary power and trust, and the special responsibilities of the Crown in dealing with aboriginal interests. . . .

What . . . might the content of the fiduciary duty be if it is understood . . . as a private law duty arising simply from the relationship of discretionary power and trust between the Superintendent and the foster children? In *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, at pp. 646-47, La Forest J. noted that there are certain common threads running through fiduciary duties that arise from relationships marked by discretionary power and trust, such as loyalty and “the avoidance of a conflict of duty and interest and a duty not to profit at the expense of the beneficiary”. However, he also noted that “[t]he obligation imposed may vary in its specific substance depending on the relationship” (p. 646). . . .

. . . concern for the best interests of the child informs the parental fiduciary relationship, as La Forest J. noted in *M. (K.) v. M. (H.)*, *supra*, at p. 65. But the duty imposed is to act loyally, and not to put one’s own or others’ interests ahead of the child’s in a manner that abuses the child’s trust. . . . The parent who exercises undue influence over the child in economic matters for his own gain has put his own interests ahead of the child’s, in a manner that abuses the child’s trust in him. The same may be said of the parent who uses a child for his sexual gratification or a parent who, wanting to avoid trouble for herself and her household, turns a blind eye to the abuse of a child by her spouse. The parent need not, as the Court of Appeal suggested in the case at bar, be consciously motivated by a desire for profit or personal advantage; nor does it have to be her own interests, rather than those of a third party, that she puts ahead of the child’s. It is rather a question of disloyalty — of putting someone’s interests ahead of the child’s in a manner that abuses the child’s trust. Negligence, even aggravated negligence, will not ground parental fiduciary liability unless it is associated with breach of trust in this sense. [Emphasis added.]

majorité a souscrit aux motifs de la juge en chef McLachlin qui a affirmé ce qui suit aux par. 40-41 et 49 :

Les obligations fiduciaires prennent naissance dans divers contextes, notamment dans le contexte des fiducies expresses, dans celui des relations caractérisées par un pouvoir discrétionnaire et par un lien de confiance, ainsi que dans celui des responsabilités particulières qui incombent à l’État concernant les droits des Autochtones. . . .

Quel serait [. . .] le contenu de l’obligation fiduciaire si on devait [. . .] l’interpréter comme une obligation de droit privé découlant simplement de la relation entre le surintendant et les enfants en foyer d’accueil, caractérisée par un pouvoir discrétionnaire et par un lien de confiance? Dans l’arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, le juge La Forest a souligné aux p. 646-647 que certains éléments communs se dégageaient des obligations fiduciaires issues des relations caractérisées par un pouvoir discrétionnaire et par un lien de confiance, notamment la loyauté et « l’obligation d’éviter les conflits de devoirs ou d’intérêts et celle de ne pas faire de profits aux dépens du bénéficiaire ». Il a cependant fait remarquer que « [l]a nature particulière de cette obligation peut varier selon les rapports concernés » (p. 646). . . .

Le souci de promouvoir l’intérêt supérieur de l’enfant se trouve à la base de la relation fiduciaire des parents, comme l’a souligné le juge La Forest dans *M. (K.) c. M. (H.)*, précité, p. 65. Mais l’obligation qui leur incombe est celle d’agir en toute loyauté et de ne pas faire passer leurs propres intérêts ou ceux d’autres personnes avant ceux de l’enfant, en abusant de sa confiance. [. . .] Le parent qui, recherchant son propre profit, abuse de son influence sur l’enfant relativement à des questions financières fait passer ses intérêts avant ceux de l’enfant, en abusant de sa confiance. Cela vaut également pour le parent qui exploite un enfant afin d’assouvir ses désirs sexuels ou pour celui qui, voulant préserver sa tranquillité et celle de la famille, ferme les yeux sur les abus commis par son conjoint. Comme la Cour d’appel l’a dit en l’espèce, il n’est pas nécessaire que le parent soit motivé consciemment par le désir de réaliser un bénéfice ou de tirer un avantage personnel; il n’est pas non plus nécessaire qu’il préfère ses intérêts, plutôt que ceux d’un tiers, à ceux de l’enfant. Il s’agit plutôt d’un manque de loyauté — de faire passer les intérêts d’autres personnes avant ceux de l’enfant, en abusant de sa confiance. La négligence, même grave, ne saurait engager la responsabilité fiduciaire des parents si elle n’implique pas d’abus de confiance en ce sens. [Nous soulignons.]

The issue to be considered here is the “specific substance” of the fiduciary duty based on the relationship of directors to corporations under the CBCA.

It is settled law that the fiduciary duty owed by directors and officers imposes strict obligations: see *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592, at pp. 609-10, *per* Laskin J. (as he then was), where it was decided that directors and officers may even have to account to the corporation for profits they make that do not come at the corporation's expense:

The reaping of a profit by a person at a company's expense while a director thereof is, of course, an adequate ground upon which to hold the director accountable. Yet there may be situations where a profit must be disgorged, although not gained at the expense of the company, on the ground that a director must not be allowed to use his position as such to make a profit even if it was not open to the company, as for example, by reason of legal disability, to participate in the transaction. An analogous situation, albeit not involving a director, existed for all practical purposes in the case of *Phipps v. Boardman* [[1967] 2 A.C. 46], which also supports the view that liability to account does not depend on proof of an actual conflict of duty and self-interest. Another, quite recent, illustration of a liability to account where the company itself had failed to obtain a business contract and hence could not be regarded as having been deprived of a business opportunity is *Industrial Development Consultants Ltd. v. Cooley* [[1972] 2 All E.R. 162], a judgment of a Court of first instance. There, the managing director, who was allowed to resign his position on a false assertion of ill health, subsequently got the contract for himself. That case is thus also illustrative of the situation where a director's resignation is prompted by a decision to obtain for himself the business contract denied to his company and where he does obtain it without disclosing his intention. [Emphasis added.]

A compelling argument for making directors accountable for profits made as a result of their position, though not at the corporation's expense, is presented by J. Brock, “The Propriety of Profitmaking:

L'élément qu'il convient d'examiner en l'espèce est la « nature particulière » de l'obligation fiduciaire découlant des rapports entre les administrateurs et les sociétés en vertu de la LCSA.

Il est bien établi en droit que l'obligation fiduciaire à laquelle sont tenus les administrateurs et les dirigeants leur impose des obligations strictes : voir *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592, p. 609-610, le juge Laskin (plus tard Juge en chef), où il a été décidé que les administrateurs et les dirigeants peuvent même être tenus de rendre compte à la société des profits qu'ils ont réalisés sans que ce soit aux dépens de la société :

Le fait qu'une personne retire un profit aux dépens d'une compagnie alors qu'elle en est un administrateur, constitue de toute évidence un motif valable sur lequel fonder une obligation de rendre compte. Et pourtant, il peut exister des situations où un profit doit être restitué, bien qu'il n'ait pas été acquis aux dépens de la compagnie, pour le motif qu'un administrateur ne doit pas avoir le droit de se servir de sa position comme telle aux fins de faire un profit, même si la compagnie n'avait pas la faculté, à cause, par exemple, d'une incapacité légale, de participer à l'opération. Une situation analogue, qui toutefois ne mettait pas en cause un administrateur, se retrouve à toutes fins utiles dans l'arrêt *Phipps v. Boardman* [[1967] 2 A.C. 46], où on a aussi souscrit à l'avis que l'obligation de rendre compte n'est pas subordonnée à la preuve d'un conflit réel d'intérêts et d'obligations. L'arrêt *Industrial Development Consultants Ltd. v. Cooley* [[1972] 2 All E.R. 162], un jugement émanant d'une cour de première instance, est un autre exemple assez récent d'une obligation de rendre compte lorsque la compagnie elle-même n'a pas réussi à obtenir un contrat d'affaires et ne pouvait donc pas être considérée comme ayant été privée d'une occasion d'affaires. Dans cette dernière affaire, l'administrateur délégué à l'exécutif, à qui on avait permis de démissionner parce qu'il s'était faussement déclaré malade, a par la suite obtenu le contrat en son nom personnel. Cette affaire-là met aussi en évidence la situation où un administrateur donne sa démission après avoir décidé de s'approprier le contrat d'affaires refusé à sa compagnie et où il fait effectivement accepter sa démission sans révéler son intention. [Nous soulignons.]

Dans « The Propriety of Profitmaking : Fiduciary Duty and Unjust Enrichment » (2000), 58 *R.D.U.T.* 185, p. 204-205, J. Brock présente des raisons convaincantes d'exiger que les administrateurs rendent

Fiduciary Duty and Unjust Enrichment” (2000), 58 *U.T. Fac. L. Rev.* 185, at pp. 204-5.

39

However, it is not required that directors and officers in all cases avoid personal gain as a direct or indirect result of their honest and good faith supervision or management of the corporation. In many cases the interests of directors and officers will innocently and genuinely coincide with those of the corporation. If directors and officers are also shareholders, as is often the case, their lot will automatically improve as the corporation’s financial condition improves. Another example is the compensation that directors and officers usually draw from the corporations they serve. This benefit, though paid by the corporation, does not, if reasonable, ordinarily place them in breach of their fiduciary duty. Therefore, all the circumstances may be scrutinized to determine whether the directors and officers have acted honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation.

40

In our opinion, the trial judge’s determination that there was no fraud or dishonesty in the Wise brothers’ attempts to solve the mounting inventory problems of Peoples and Wise stands in the way of a finding that they breached their fiduciary duty. Greenberg J. stated:

We hasten to add that in the present case, the Wise Brothers derived no direct personal benefit from the new domestic inventory procurement policy, albeit that, as the controlling shareholders of Wise Stores, there was an indirect benefit to them. Moreover, as was conceded by the other parties herein, in deciding to implement the new domestic inventory procurement policy, there was no dishonesty or fraud on their part.

((1998), 23 C.B.R. (4th) 200, at para. 183)

The Court of Appeal relied heavily on this finding by the trial judge, as do we. At para. 83 QL, Pelletier J.A. stated that:

compte des profits qu’ils réalisent grâce au poste qu’ils occupent, même si ces profits n’ont pas été réalisés aux dépens de la société.

Cependant, il n’est pas obligatoire que les administrateurs et les dirigeants évitent dans tous les cas les gains personnels résultant directement ou indirectement de la surveillance ou de la gestion intègre et de bonne foi de la société. Dans bien des cas, les intérêts des administrateurs et des dirigeants coïncident par hasard mais légitimement avec ceux de la société. Si les administrateurs et les dirigeants sont aussi actionnaires, comme c’est souvent le cas, leur situation s’améliorera automatiquement en même temps que la situation financière de la société. Il en sera de même de la rémunération que les sociétés versent à leurs administrateurs et dirigeants. S’il est raisonnable, cet avantage, même s’il est versé par la société, n’entraîne habituellement pas la violation de leur obligation fiduciaire. Par conséquent, toutes les circonstances peuvent faire l’objet d’un examen minutieux pour déterminer si les administrateurs et les dirigeants ont agi avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société.

À notre avis, le juge de première instance ayant conclu qu’il n’y a eu ni fraude ni malhonnêteté de la part des frères Wise lorsqu’ils ont tenté de régler les problèmes d’approvisionnement de plus en plus graves de Peoples et de Wise, il est impossible de conclure qu’ils ont manqué à leur obligation fiduciaire. Le juge Greenberg a dit ce qui suit :

[TRADUCTION] Nous nous empressons d’ajouter qu’en l’espèce, les frères Wise n’ont tiré aucun avantage personnel direct de la nouvelle politique d’approvisionnement commun même si, en tant qu’actionnaires majoritaires de Wise Stores, ils en ont tiré un avantage indirect. De plus, comme l’ont reconnu les autres parties à l’instance, il n’y a eu ni malhonnêteté ni fraude de leur part lorsqu’ils ont décidé d’appliquer la nouvelle politique d’approvisionnement.

((1998), 23 C.B.R. (4th) 200, par. 183)

La Cour d’appel s’est fortement appuyée sur cette conclusion du juge de première instance, tout comme nous d’ailleurs. Au paragraphe 84, le juge Pelletier a dit ce qui suit :

[TRANSLATION] In regard to fiduciary duty, I would like to point out that the brothers were driven solely by the wish to resolve the problem of inventory procurement affecting both the operations of Peoples Inc. and those of Wise. [This is a] motivation that is in line with the pursuit of the interests of the corporation within the meaning of paragraph 122(1)(a) C.B.C.A. and that does not expose them to any justified criticism.

As explained above, there is no doubt that both Peoples and Wise were struggling with a serious inventory management problem. The Wise brothers considered the problem and implemented a policy they hoped would solve it. In the absence of evidence of a personal interest or improper purpose in the new policy, and in light of the evidence of a desire to make both Wise and Peoples “better” corporations, we find that the directors did not breach their fiduciary duty under s. 122(1)(a) of the CBCA. See *820099 Ontario Inc. v. Harold E. Ballard Ltd.* (1991), 3 B.L.R. (2d) 123 (Ont. Ct. (Gen. Div.)) (aff’d (1991), 3 B.L.R. (2d) 113 (Ont. Div. Ct.)), in which Farley J., at p. 171, correctly observes that in resolving a conflict between majority and minority shareholders, it is safe for directors and officers to act to make the corporation a “better corporation”.

This appeal does not relate to the non-statutory duty directors owe to shareholders. It is concerned only with the statutory duties owed under the CBCA. Insofar as the statutory fiduciary duty is concerned, it is clear that the phrase the “best interests of the corporation” should be read not simply as the “best interests of the shareholders”. From an economic perspective, the “best interests of the corporation” means the maximization of the value of the corporation: see E. M. Iacobucci, “Directors’ Duties in Insolvency: Clarifying What Is at Stake” (2003), 39 *Can. Bus. L.J.* 398, at pp. 400-1. However, the courts have long recognized that various other factors may be relevant in determining what directors should consider in soundly managing with a view to the best interests of the corporation. For example, in *Teck Corp. v. Millar*

À l’égard du devoir de loyauté, je rappelle que les frères n’étaient animés que du désir de solutionner le problème de gestion des inventaires, qui affectait tout autant les opérations de Peoples Inc. que celles de Wise. Voilà donc une motivation qui s’inscrit dans la poursuite des intérêts de la société au sens de l’article 122(1)a) L.C.S.A. et qui ne prête le flanc à aucun reproche justifié.

Comme nous l’avons expliqué précédemment, il est indubitable que Peoples et Wise étaient aux prises avec un grave problème de gestion des stocks. Les frères Wise ont examiné le problème et ont mis en application une politique qui, espéraient-ils, permettrait de le régler. En l’absence d’éléments de preuve de l’existence d’un intérêt personnel ou d’une fin illégitime de la nouvelle politique, et compte tenu de la preuve d’une volonté de faire de Wise et de Peoples de « meilleures » entreprises, nous concluons que les administrateurs n’ont pas manqué à leur obligation fiduciaire énoncée à l’al. 122(1)a) de la LCSA. Voir la décision *820099 Ontario Inc. c. Harold E. Ballard Ltd.* (1991), 3 B.L.R. (2d) 123 (C. Ont. (Div. gén.)) (conf. par (1991), 3 B.L.R. (2d) 113 (C. div. Ont.)), dans laquelle le juge Farley a fait remarquer à juste titre, à la p. 171, qu’en réglant un différend entre actionnaires majoritaires et actionnaires minoritaires, il est prudent pour les administrateurs et les dirigeants d’agir de manière à faire de la société une [TRADUCTION] « meilleure entreprise ».

Le présent pourvoi ne porte pas sur l’obligation non prévue par la loi qui incombe aux administrateurs à l’égard des actionnaires. Il concerne uniquement les obligations légales que leur impose la LCSA. Pour ce qui est de l’obligation fiduciaire prévue par la loi, il est évident qu’il ne faut pas interpréter l’expression « au mieux des intérêts de la société » comme si elle signifiait simplement « au mieux des intérêts des actionnaires ». D’un point de vue économique, l’expression « au mieux des intérêts de la société » s’entend de la maximisation de la valeur de l’entreprise : voir E. M. Iacobucci, « Directors’ Duties in Insolvency : Clarifying What Is at Stake » (2003), 39 *Rev. can. dr. comm.* 398, p. 400-401. Les tribunaux reconnaissent toutefois depuis longtemps que divers autres facteurs peuvent servir à déterminer les

41

42

(1972), 33 D.L.R. (3d) 288 (B.C.S.C.), Berger J. stated, at p. 314:

A classical theory that once was unchallengeable must yield to the facts of modern life. In fact, of course, it has. If today the directors of a company were to consider the interests of its employees no one would argue that in doing so they were not acting *bona fide* in the interests of the company itself. Similarly, if the directors were to consider the consequences to the community of any policy that the company intended to pursue, and were deflected in their commitment to that policy as a result, it could not be said that they had not considered *bona fide* the interests of the shareholders.

I appreciate that it would be a breach of their duty for directors to disregard entirely the interests of a company's shareholders in order to confer a benefit on its employees: *Parke v. Daily News Ltd.*, [1962] Ch. 927. But if they observe a decent respect for other interests lying beyond those of the company's shareholders in the strict sense, that will not, in my view, leave directors open to the charge that they have failed in their fiduciary duty to the company.

The case of *Re Olympia & York Enterprises Ltd. and Hiram Walker Resources Ltd.* (1986), 59 O.R. (2d) 254 (Div. Ct.), approved, at p. 271, the decision in *Teck, supra*. We accept as an accurate statement of law that in determining whether they are acting with a view to the best interests of the corporation it may be legitimate, given all the circumstances of a given case, for the board of directors to consider, *inter alia*, the interests of shareholders, employees, suppliers, creditors, consumers, governments and the environment.

éléments dont les administrateurs devraient tenir compte dans une gestion judicieuse au mieux des intérêts de la société. Par exemple, dans l'affaire *Teck Corp. c. Millar* (1972), 33 D.L.R. (3d) 288 (C.S.C.-B.), le juge Berger a dit ce qui suit à la p. 314 :

[TRADUCTION] Une théorie classique auparavant incontestable doit être abandonnée devant l'évidence des faits de la vie moderne. C'est effectivement ce qui s'est passé. Si, aujourd'hui, les administrateurs d'une société devaient tenir compte des intérêts de ses employés, nul n'alléguerait que, ce faisant, ils n'ont pas agi de bonne foi dans l'intérêt de la société elle-même. De même, si les administrateurs devaient tenir compte des répercussions pour la collectivité d'une politique que l'entreprise a l'intention d'appliquer et ne pouvaient, en conséquence, s'en tenir à cette politique, on ne saurait dire qu'ils n'ont pas tenu compte de bonne foi des intérêts des actionnaires.

Je suis conscient que les administrateurs manqueraient à leur devoir s'ils faisaient totalement abstraction des intérêts des actionnaires d'une société afin de conférer un avantage à ses employés : *Parke c. Daily News Ltd.*, [1962] Ch. 927. Cependant, s'ils tiennent dûment compte des autres intérêts qui ne sont pas strictement ceux des actionnaires de la société, il ne sera pas possible, à mon avis, de les accuser d'avoir manqué à leur obligation fiduciaire envers la société.

Dans la décision *Re Olympia & York Enterprises Ltd. and Hiram Walker Resources Ltd.* (1986), 59 O.R. (2d) 254 (C. div.), la cour a approuvé à la p. 271 la décision *Teck*, précitée. Nous considérons qu'il est juste d'affirmer en droit que, pour déterminer s'il agit au mieux des intérêts de la société, il peut être légitime pour le conseil d'administration, vu l'ensemble des circonstances dans un cas donné, de tenir compte notamment des intérêts des actionnaires, des employés, des fournisseurs, des créanciers, des consommateurs, des gouvernements et de l'environnement.

Les changements qui se produisent naturellement dans les intérêts en cause en fonction des succès et des échecs d'une entreprise n'ont cependant aucune incidence sur le contenu de l'obligation fiduciaire énoncée à l'al. 122(1)a) de la LCSA. Les administrateurs et les dirigeants ont en tout temps leur

The various shifts in interests that naturally occur as a corporation's fortunes rise and fall do not, however, affect the content of the fiduciary duty under s. 122(1)(a) of the CBCA. At all times, directors and officers owe their fiduciary obligation to the corporation. The interests of the corporation are not to be



confused with the interests of the creditors or those of any other stakeholders.

The interests of shareholders, those of the creditors and those of the corporation may and will be consistent with each other if the corporation is profitable and well capitalized and has strong prospects. However, this can change if the corporation starts to struggle financially. The residual rights of the shareholders will generally become worthless if a corporation is declared bankrupt. Upon bankruptcy, the directors of the corporation transfer control to a trustee, who administers the corporation's assets for the benefit of creditors.

Short of bankruptcy, as the corporation approaches what has been described as the "vicinity of insolvency", the residual claims of shareholders will be nearly exhausted. While shareholders might well prefer that the directors pursue high-risk alternatives with a high potential payoff to maximize the shareholders' expected residual claim, creditors in the same circumstances might prefer that the directors steer a safer course so as to maximize the value of their claims against the assets of the corporation.

The directors' fiduciary duty does not change when a corporation is in the nebulous "vicinity of insolvency". That phrase has not been defined; moreover, it is incapable of definition and has no legal meaning. What it is obviously intended to convey is a deterioration in the corporation's financial stability. In assessing the actions of directors it is evident that any honest and good faith attempt to redress the corporation's financial problems will, if successful, both retain value for shareholders and improve the position of creditors. If unsuccessful, it will not qualify as a breach of the statutory fiduciary duty.

For a discussion of the shifting interests and incentives of shareholders and creditors, see W. D. Gray,

obligation fiduciaire envers la société. Les intérêts de la société ne doivent pas se confondre avec ceux des actionnaires, avec ceux des créanciers ni avec ceux de toute autre partie intéressée.

Les intérêts des actionnaires, ceux des créanciers et ceux de la société peuvent concorder et vont concorder si l'entreprise est rentable, dispose de capitaux suffisants et a de bonnes perspectives de croissance. La situation pourra toutefois être différente si la société commence à avoir des difficultés financières. Les droits résiduels des actionnaires perdront généralement toute valeur si une société est déclarée en faillite. Au moment de la faillite, les administrateurs de la société en cèdent le contrôle à un syndic qui gère les actifs de la société au profit des créanciers.

En l'absence de faillite comme telle, lorsque la société approche ce qu'on appelle le « bord de l'insolvabilité », les droits résiduels des actionnaires seront presque épuisés. Alors que les actionnaires pourraient préférer que les administrateurs cherchent des solutions de rechange à risque et à potentiel de rendement très élevés afin de maximiser leurs droits résiduels éventuels, les créanciers, en de telles circonstances, pourraient préférer que les administrateurs adoptent une stratégie plus prudente afin de maximiser la valeur de leurs créances par rapport aux actifs de la société.

L'obligation fiduciaire des administrateurs reste la même lorsqu'une société se trouve dans la situation que décrit l'expression nébuleuse « au bord de l'insolvabilité ». Cette expression n'a pas été définie; elle ne peut être définie et n'a aucune signification en droit. Elle vise manifestement à illustrer une détérioration de la stabilité financière de la société. Dans l'évaluation des mesures prises par les administrateurs, il est évident que toute tentative faite avec intégrité et de bonne foi pour redresser la situation financière de la société aura, si elle réussit, conservé une valeur pour les actionnaires tout en améliorant la situation des créanciers. En cas d'échec, on ne pourra y voir un manquement à l'obligation fiduciaire prévue par la loi.

Pour une analyse des intérêts et de la motivation variables des actionnaires et des créanciers,

44

45

46

47

“*Peoples v. Wise and Dylex: Identifying Stakeholder Interests upon or near Corporate Insolvency — Stasis or Pragmatism?*” (2003), 39 *Can. Bus. L.J.* 242, at p. 257; E. M. Iacobucci and K. E. Davis, “Reconciling Derivative Claims and the Oppression Remedy” (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 87, at p. 114. In resolving these competing interests, it is incumbent upon the directors to act honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation. In using their skills for the benefit of the corporation when it is in troubled waters financially, the directors must be careful to attempt to act in its best interests by creating a “better” corporation, and not to favour the interests of any one group of stakeholders. If the stakeholders cannot avail themselves of the statutory fiduciary duty (the duty of loyalty, *supra*) to sue the directors for failing to take care of their interests, they have other means at their disposal.

voir W. D. Gray, « *Peoples v. Wise and Dylex : Identifying Stakeholder Interests upon or near Corporate Insolvency — Stasis or Pragmatism?* » (2003), 39 *Rev. can. dr. comm.* 242, p. 257; E. M. Iacobucci et K. E. Davis, « Reconciling Derivative Claims and the Oppression Remedy » (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 87, p. 114. Pour concilier ces intérêts opposés, il incombe aux administrateurs d’agir avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société. En utilisant leurs compétences au profit de la société lorsqu’elle a des difficultés financières, les administrateurs doivent essayer d’agir au mieux des intérêts de la société en créant une « meilleure » société, et éviter de favoriser les intérêts d’un groupe d’intéressés en particulier. Si les intéressés ne peuvent invoquer l’obligation fiduciaire prévue par la loi (le devoir de loyauté déjà mentionné) pour poursuivre les administrateurs qui auraient négligé leurs intérêts, d’autres moyens s’offrent à eux.

48

The Canadian legal landscape with respect to stakeholders is unique. Creditors are only one set of stakeholders, but their interests are protected in a number of ways. Some are specific, as in the case of amalgamation: s. 185 of the CBCA. Others cover a broad range of situations. The oppression remedy of s. 241(2)(c) of the CBCA and the similar provisions of provincial legislation regarding corporations grant the broadest rights to creditors of any common law jurisdiction: see D. Thomson, “Directors, Creditors and Insolvency: A Fiduciary Duty or a Duty Not to Oppress?” (2000), 58 *U.T. Fac. L. Rev.* 31, at p. 48. One commentator describes the oppression remedy as “the broadest, most comprehensive and most open-ended shareholder remedy in the common law world”: S. M. Beck, “Minority Shareholders’ Rights in the 1980s”, in *Corporate Law in the 80s* (1982), 311, at p. 312. While Beck was concerned with shareholder remedies, his observation applies equally to those of creditors.

Le régime juridique applicable au Canada aux parties intéressées est unique en son genre. Les créanciers ne constituent qu’une catégorie de parties intéressées, mais leurs intérêts sont protégés de nombreuses manières. Certaines mesures sont particulières, par exemple en cas de fusion : art. 185 de la LCSA. D’autres visent un large éventail de situations. Le redressement prévu en cas d’abus de droit à l’al. 241(2)c) de la LCSA et les dispositions similaires des lois provinciales sur les sociétés accordent aux créanciers les droits les plus étendus dans tous les ressorts de common law : voir D. Thomson, « Directors, Creditors and Insolvency : A Fiduciary Duty or a Duty Not to Oppress? » (2000), 58 *R.D.U.T.* 31, p. 48. Un auteur considère que le recours en cas d’abus de droit est [TRADUCTION] « le recours le plus général, le plus complet et le plus vaste de tous les pays de common law qui soit offert aux actionnaires » : S. M. Beck, « Minority Shareholders’ Rights in the 1980s », dans *Corporate Law in the 80s* (1982), 311, p. 312. Beck traitait alors des recours offerts aux actionnaires, mais ses observations s’appliquent également aux recours offerts aux créanciers.

49

The fact that creditors’ interests increase in relevancy as a corporation’s finances deteriorate is apt to be relevant to, *inter alia*, the exercise of discretion

Le fait que les intérêts des créanciers deviennent de plus en plus importants au fur et à mesure que les finances de la société se détériorent peut être

by a court in granting standing to a party as a “complainant” under s. 238(d) of the CBCA as a “proper person” to bring a derivative action in the name of the corporation under ss. 239 and 240 of the CBCA, or to bring an oppression remedy claim under s. 241 of the CBCA.

Section 241(2)(c) authorizes a court to grant a remedy if

(c) the powers of the directors of the corporation or any of its affiliates are or have been exercised in a manner

that is oppressive or unfairly prejudicial to or that unfairly disregards the interests of any security holder, creditor, director or officer . . . .

A person applying for the oppression remedy must, in the court’s opinion, fall within the definition of “complainant” found in s. 238 of the CBCA:

(a) a registered holder or beneficial owner, and a former registered holder or beneficial owner, of a security of a corporation or any of its affiliates,

(b) a director or an officer or a former director or officer of a corporation or any of its affiliates,

(c) the Director, or

(d) any other person who, in the discretion of a court, is a proper person to make an application under this Part.

Creditors, who are not security holders within the meaning of para. (a), may therefore apply for the oppression remedy under para. (d) by asking a court to exercise its discretion and grant them status as a “complainant”.

Section 241 of the CBCA provides a possible mechanism for creditors to protect their interests from the prejudicial conduct of directors. In our view, the availability of such a broad oppression

valable et pertinent, par exemple, lorsqu’un tribunal exerce son pouvoir discrétionnaire d’accorder à une partie la qualité de « plaignant » en vertu de l’al. 238d) de la LCSA parce qu’elle est la personne qui « a qualité » pour présenter une action oblique au nom d’une société en vertu des art. 239 et 240 de la LCSA, ou pour présenter une demande de redressement pour abus de droit en vertu de l’art. 241 de la LCSA.

L’alinéa 241(2)c) autorise un tribunal à accorder un redressement si

. . . la société ou l’une des personnes morales de son groupe [. . .] abuse des droits des détenteurs de valeurs mobilières, créanciers, administrateurs ou dirigeants, ou, se montre injuste à leur égard en leur portant préjudice ou en ne tenant pas compte de leurs intérêts :

c) soit par la façon dont ses administrateurs exercent ou ont exercé leurs pouvoirs.

La personne qui demande un redressement en cas d’abus de droit doit, de l’avis du tribunal, être visée par la définition de « plaignant » que l’on trouve à l’art. 238 de la LCSA :

a) Le détenteur inscrit ou le véritable propriétaire, ancien ou actuel, de valeurs mobilières d’une société ou de personnes morales du même groupe;

b) tout administrateur ou dirigeant, ancien ou actuel, d’une société ou de personnes morales du même groupe;

c) le directeur;

d) toute autre personne qui, d’après un tribunal, a qualité pour présenter les demandes visées à la présente partie.

Les créanciers qui ne sont pas détenteurs de valeurs mobilières au sens de l’al. a) peuvent donc solliciter un redressement en cas d’abus de droit en vertu de l’al. d) en demandant au tribunal d’exercer son pouvoir discrétionnaire pour leur conférer la qualité de « plaignant ».

L’article 241 de la LCSA prévoit un mécanisme qui permet aux créanciers d’obtenir la protection de leurs intérêts en cas de conduite préjudiciable des administrateurs. À notre avis, l’existence d’un

remedy undermines any perceived need to extend the fiduciary duty imposed on directors by s. 122(1)(a) of the CBCA to include creditors.

52

The Court of Appeal, at paras. 98-99 QL, referred to *373409 Alberta Ltd. (Receiver of) v. Bank of Montreal*, [2002] 4 S.C.R. 312, 2002 SCC 81, as an indication by this Court that the interests of creditors do not have any bearing on the assessment of the conduct of directors. However, the receiver in that case was representing the corporation's rights and not the creditors' rights; therefore, the case has no application in this appeal. *373409 Alberta* involved an action taken by the receiver on behalf of the corporation against a bank for the tort of conversion. The sole shareholder, director and officer of *373409 Alberta Ltd.*, who was also the sole shareholder, director and officer of another corporation, *Legacy Holdings Ltd.*, had deposited a cheque payable to *373409 Alberta Ltd.* into the account of *Legacy*. While it was recognized, at para. 22, that the diversion of money from *373409 Alberta Ltd.* to *Legacy* "may very well have been wrongful *vis-à-vis* [*373409 Alberta Ltd.*]'s creditors" (none of whom were involved in the action), no fraud had been committed against the corporation itself and the bank, acting on proper authority, had not wrongfully interfered with the cheque by carrying out the deposit instructions. The statutory duties of the directors were not at issue, nor were they considered, and no assessment of the creditors' rights was made. With respect, Pelletier J.A.'s broad reading of *373409 Alberta* was misplaced.

53

In light of the availability both of the oppression remedy and of an action based on the duty of care, which will be discussed below, stakeholders have viable remedies at their disposal. There is no need to read the interests of creditors into the duty set out in s. 122(1)(a) of the CBCA. Moreover, in the circumstances of this case, the Wise brothers did not breach the statutory fiduciary duty owed to the corporation.

recours aussi général en cas d'abus de droit remet en cause l'utilité apparente d'étendre aux créanciers l'obligation fiduciaire imposée aux administrateurs par l'al. 122(1)a) de la LCSA.

La Cour d'appel a indiqué, aux par. 99 et 100, que selon l'arrêt *373409 Alberta Ltd. (Séquestre de) c. Banque de Montréal*, [2002] 4 R.C.S. 312, 2002 CSC 81, notre Cour considère que les intérêts des créanciers n'ont aucune incidence sur l'appréciation de la conduite des administrateurs. Cependant, dans cette affaire, le séquestre faisait valoir les droits de la société et non ceux des créanciers; par conséquent, cette décision ne s'applique pas au présent pourvoi. L'arrêt *373409 Alberta* concernait une action intentée par le séquestre au nom de la société contre une banque pour délit de détournement. L'unique actionnaire, administrateur et directeur de *373409 Alberta Ltd.*, qui était aussi l'unique actionnaire, administrateur et directeur d'une autre société, *Legacy Holdings Ltd.*, avait déposé un chèque payable à l'ordre de *373409 Alberta Ltd.* au compte de *Legacy*. Même s'il a été reconnu, au par. 22, que le détournement des fonds de *373409 Alberta Ltd.* au bénéfice de *Legacy* « peut fort bien avoir été préjudiciable aux créanciers de [*373409 Alberta Ltd.*] » (dont aucun n'était partie à l'action), aucune fraude n'avait été commise envers la société elle-même et la banque, qui avait été dûment autorisée, n'avait pas détourné injustement le chèque en se conformant aux instructions données quant au dépôt. Les obligations que la loi impose aux administrateurs n'étaient pas en litige et n'ont pas été examinées, et aucune évaluation des droits des créanciers n'a été faite. Avec égards, l'interprétation large qu'a donnée le juge Pelletier à l'arrêt *373409 Alberta* n'était pas fondée.

Compte tenu de la possibilité d'un recours en cas d'abus de droit, en plus de l'action fondée sur l'obligation de diligence, qui est analysée ci-après, les parties intéressées peuvent exercer des recours efficaces. Il n'est pas nécessaire d'interpréter les intérêts des créanciers comme étant visés par l'obligation prévue à l'al. 122(1)a) de la LCSA. En outre, dans les circonstances du présent pourvoi, les frères Wise n'ont pas manqué à l'obligation fiduciaire que leur impose la loi envers la société.

B. *The Statutory Duty of Care: Section 122(1)(b) of the CBCA*

As mentioned above, the CBCA does not provide for a direct remedy for creditors against directors for breach of their duties and the C.C.Q. is used as suppletive law.

In Quebec, directors have been held liable to creditors in respect of either contractual or extra-contractual obligations. Contractual liability arises where the director personally guarantees a contractual obligation of the company. Liability also arises where the director personally acts in a manner that triggers his or her extra-contractual liability. See P. Martel, “Le ‘voile corporatif’ — l’attitude des tribunaux face à l’article 317 du Code civil du Québec” (1998), 58 *R. du B.* 95, at pp. 135-36; *Brasserie Labatt ltée v. Lanoue*, [1999] Q.J. No. 1108 (QL) (C.A.), per Forget J.A., at para. 29. It is clear that the Wise brothers cannot be held contractually liable as they did not guarantee the debts at issue here. Extra-contractual liability is the remaining possibility.

To determine the applicability of extra-contractual liability in this appeal, it is necessary to refer to art. 1457 C.C.Q.:

Every person has a duty to abide by the rules of conduct which lie upon him, according to the circumstances, usage or law, so as not to cause injury to another.

Where he is endowed with reason and fails in this duty, he is responsible for any injury he causes to another person by such fault and is liable to reparation for the injury, whether it be bodily, moral or material in nature.

He is also liable, in certain cases, to reparation for injury caused to another by the act or fault of another person or by the act of things in his custody. [Emphasis added.]

Three elements of art. 1457 C.C.Q. are relevant to the integration of the director’s duty of care into the principles of extra-contractual liability: who has the duty (“every person”), to whom is the duty owed (“another”) and what breach will trigger liability (“rules of conduct”). It is clear that directors and officers come within the expression “every

B. *L’obligation de diligence prévue par la loi : l’al. 122(1)b) de la LCSA*

Tel qu’indiqué précédemment, la LCSA n’offre aux créanciers aucun recours exprès contre les administrateurs pour manquement à leurs obligations, et le C.c.Q. est employé à titre de droit supplétif.

Au Québec, les administrateurs sont tenus responsables envers les créanciers de leurs obligations contractuelles ou extracontractuelles. Il y a responsabilité contractuelle lorsque l’administrateur garantit personnellement une obligation contractuelle de la société. Sa responsabilité est aussi retenue lorsque l’administrateur agit personnellement de manière à engager sa responsabilité extra-contractuelle. Voir P. Martel, « Le “voile corporatif” — l’attitude des tribunaux face à l’article 317 du Code civil du Québec » (1998), 58 *R. du B.* 95, p. 135-136; *Brasserie Labatt ltée c. Lanoue*, [1999] J.Q. n° 1108 (QL) (C.A.), le juge Forget, par. 29. Il est évident que les frères Wise ne peuvent être tenus responsables contractuellement puisqu’ils n’ont pas garanti les dettes en litige en l’espèce. Il reste à examiner la responsabilité extracontractuelle.

Pour déterminer s’il y a responsabilité extracontractuelle dans le présent pourvoi, il faut se reporter à l’art. 1457 C.c.Q. :

Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s’imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu’elle est douée de raison et qu’elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu’elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu’il soit corporel, moral ou matériel.

Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d’une autre personne ou par le fait des biens qu’elle a sous sa garde. [Nous soulignons.]

Trois éléments de l’art. 1457 C.c.Q. sont pertinents à l’intégration, dans les principes de la responsabilité extracontractuelle, de l’obligation de diligence de l’administrateur : la personne à qui incombe l’obligation (« [t]oute personne »), le bénéficiaire de l’obligation (« autrui ») et le manquement qui engage la responsabilité (« règles de conduite »).

54

55

56

person”. It is equally clear that the word “another” can include the creditors. The reach of art. 1457 C.C.Q. is broad and it has been given an open and inclusive meaning. See *Regent Taxi & Transport Co. v. Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1929] S.C.R. 650, *per Anglin C.J.*, at p. 655 (rev’d on other grounds, [1932] 2 D.L.R. 70 (P.C.)):

... to narrow the *prima facie* scope of art. 1053 C.C. [now art. 1457] is highly dangerous and would necessarily result in most meritorious claims being rejected; many a wrong would be without a remedy.

This liberal interpretation was also affirmed and treated as settled by this Court in *Lister v. McAnulty*, [1944] S.C.R. 317, and *Hôpital Notre-Dame de l’Espérance v. Laurent*, [1978] 1 S.C.R. 605.

57

This interpretation can be harmoniously integrated with the wording of the CBCA. Indeed, unlike the statement of the fiduciary duty in s. 122(1)(a) of the CBCA, which specifies that directors and officers must act with a view to the best interests of the corporation, the statement of the duty of care in s. 122(1)(b) of the CBCA does not specifically refer to an identifiable party as the beneficiary of the duty. Instead, it provides that “[e]very director and officer of a corporation in exercising their powers and discharging their duties shall . . . exercise the care, diligence and skill that a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances.” Thus, the identity of the beneficiary of the duty of care is much more open-ended, and it appears obvious that it must include creditors. This result is clearly consistent with the civil law interpretation of the word “another”. Therefore, if breach of the standard of care, causation and damages are established, creditors can resort to art. 1457 to have their rights vindicated. The only issue thus remaining is the determination of the “rules of conduct” likely to trigger extracontractual liability. On this issue, art. 1457 is explicit.

L’expression « [t]oute personne » englobe manifestement les administrateurs et les dirigeants. De même, le mot « autrui » peut comprendre les créanciers. L’article 1457 C.c.Q. a une portée étendue et on lui a donné un sens large et inclusif. Voir l’arrêt *Regent Taxi & Transport Co. c. Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1929] R.C.S. 650, le juge en chef Anglin, p. 655 (infirmé pour d’autres motifs, [1932] 2 D.L.R. 70 (C.P.)) :

[TRADUCTION] . . . il est très dangereux de restreindre la portée apparente de l’art. 1053 du C.c. [maintenant l’art. 1457] car cela pourrait inévitablement entraîner le rejet des demandes les mieux fondées; nombreux seraient les actes répréhensibles pour lesquels il n’existerait pas de recours.

Dans les arrêts *Lister c. McAnulty*, [1944] R.C.S. 317, et *Hôpital Notre-Dame de l’Espérance c. Laurent*, [1978] 1 R.C.S. 605, notre Cour a aussi confirmé cette interprétation large et a considéré qu’elle était constante.

Il est possible d’intégrer harmonieusement cette interprétation au texte de la LCSA. En fait, contrairement à l’énoncé de l’obligation fiduciaire prévue par l’al. 122(1)a) de la LCSA, qui précise que les administrateurs et les dirigeants doivent agir au mieux des intérêts de la société, l’énoncé de l’obligation de diligence figurant à l’al. 122(1)b) de la LCSA ne précise pas une personne identifiable qui serait bénéficiaire de l’obligation. L’alinéa prévoit plutôt que « [l]es administrateurs et les dirigeants doivent, dans l’exercice de leurs fonctions, agir [. . .] avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente. » Ainsi, le bénéficiaire de l’obligation de diligence est identifié de façon beaucoup plus générale et il semble évident qu’il faut y inclure les créanciers. Cette solution est clairement conforme à l’interprétation que le droit civil donne au mot « autrui ». Par conséquent, si un bris de l’obligation de diligence et les dommages sont établis, les créanciers peuvent avoir recours à l’art. 1457 pour faire valoir leurs droits. La seule question qu’il reste maintenant à examiner est donc celle des « règles de conduite » susceptibles de mettre en cause la responsabilité extracontractuelle. Sur ce point, l’art. 1457 est clair.

The first paragraph of art. 1457 does not set the standard of conduct. Instead, it incorporates by reference s. 122(1)(b) of the CBCA. The statutory duty of care is a “duty to abide by [a] rul[e] of conduct which lie[s] upon [them], according to the . . . law, so as not to cause injury to another”. Thus, for the purpose of determining whether the Wise brothers can be held liable, only the CBCA is relevant. It is therefore necessary to outline the requirements of the duty of care embodied in s. 122(1)(b) of the CBCA.

That directors must satisfy a duty of care is a long-standing principle of the common law, although the duty of care has been reinforced by statute to become more demanding. Among the earliest English cases establishing the duty of care were *Dovey v. Cory*, [1901] A.C. 477 (H.L.); *In re Brazilian Rubber Plantations and Estates, Ltd.*, [1911] 1 Ch. 425; and *In re City Equitable Fire Insurance Co.*, [1925] 1 Ch. 407 (C.A.). In substance, these cases held that the standard of care was a reasonably relaxed, subjective standard. The common law required directors to avoid being grossly negligent with respect to the affairs of the corporation and judged them according to their own personal skills, knowledge, abilities and capacities. See McGuinness, *supra*, at p. 776: “Given the history of the case law in this area, and the prevailing standards of competence displayed in commerce generally, it is quite clear that directors were not expected at common law to have any particular business skill or judgment.”

The 1971 report entitled *Proposals for a New Business Corporations Law for Canada* (1971) (“Dickerson Report”) culminated the work of a committee headed by R. W. V. Dickerson which had been appointed by the federal government to study the need for new federal business corporations legislation. This report preceded the enactment of the CBCA by four years and influenced the eventual structure of the CBCA.

Le premier paragraphe de l’art. 1457 n’énonce pas la norme de conduite. Il incorpore plutôt par renvoi l’al. 122(1)(b) de la LCSA. L’obligation de diligence prévue par la loi est un « devoir de respecter [une] règle de conduite qui, suivant [. . .] la loi, s’impos[e] à [eux], de manière à ne pas causer de préjudice à autrui ». Ainsi, pour déterminer si les frères Wise peuvent être tenus responsables, seule la LCSA est pertinente. Il est donc nécessaire de rappeler les exigences de l’obligation de diligence prévue à l’al. 122(1)(b) de la LCSA.

La common law reconnaît depuis longtemps le principe suivant lequel les administrateurs sont tenus à une obligation de diligence. Cette obligation est cependant plus exigeante depuis qu’elle est accentuée par la loi. Les arrêts *Dovey c. Cory*, [1901] A.C. 477 (H.L.), *In re Brazilian Rubber Plantations and Estates, Ltd.*, [1911] 1 Ch. 425, et *In re City Equitable Fire Insurance Co.*, [1925] 1 Ch. 407 (C.A.), comptent parmi les décisions anglaises les plus anciennes à l’origine de l’obligation de diligence. Essentiellement, selon ces décisions, la norme de diligence était une norme subjective plutôt souple. La common law exigeait que les administrateurs évitent les fautes grossières eu égard aux affaires de la société et prévoyait qu’ils devaient être jugés suivant leurs compétences, leurs connaissances et leurs aptitudes personnelles. Selon McGuinness, *op. cit.*, p. 776, [TRADUCTION] « [c]ompte tenu de la jurisprudence dans ce domaine et des principales normes de compétence dans le commerce en général, il est assez évident que la common law n’exigeait pas que les administrateurs possèdent des compétences spéciales en affaires ou un sens particulier des affaires. »

Le rapport de 1971 intitulé *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes* (1971) (« Rapport Dickerson ») fut l’aboutissement des travaux d’un comité présidé par R. W. V. Dickerson qui fut chargé, par le gouvernement fédéral, d’examiner s’il était nécessaire d’adopter une nouvelle loi fédérale sur les sociétés par actions. Ce rapport a précédé de quatre ans l’adoption de la LCSA et il a influencé la forme que celle-ci a finalement prise.

58

59

60

61

The standard recommended by the Dickerson Report was objective, requiring directors and officers to meet the standard of a “reasonably prudent person” (vol. II, at. p. 74):

**9.19**

(1) Every director and officer of a corporation in exercising his powers and discharging his duties shall

. . .

(b) exercise the care, diligence and skill of a reasonably prudent person.

The report described how this proposed duty of care differed from the prevailing common law duty of care (vol. I, at p. 83):

**242.** The formulation of the duty of care, diligence and skill owed by directors represents an attempt to upgrade the standard presently required of them. The principal change here is that whereas at present the law seems to be that a director is only required to demonstrate the degree of care, skill and diligence that could reasonably be expected from him, having regard to his knowledge and experience — *Re City Equitable Fire Insurance Co.*, [1925] Ch. 425 — under s. 9.19(1)(b) he is required to conform to the standard of a reasonably prudent man. Recent experience has demonstrated how low the prevailing legal standard of care for directors is, and we have sought to raise it significantly. We are aware of the argument that raising the standard of conduct for directors may deter people from accepting directorships. The truth of that argument has not been demonstrated and we think it is specious. The duty of care imposed by s. 9.19(1)(b) is exactly the same as that which the common law imposes on every professional person, for example, and there is no evidence that this has dried up the supply of lawyers, accountants, architects, surgeons or anyone else. It is in any event cold comfort to a shareholder to know that there is a steady supply of marginally competent people available under present law to manage his investment. [Emphasis added.]

62

The statutory duty of care in s. 122(1)(b) of the CBCA emulates but does not replicate the language proposed by the Dickerson Report. The main difference is that the enacted version includes the words “in comparable circumstances”, which modifies the

La norme recommandée dans le Rapport Dickerson était objective, obligeant les administrateurs et les dirigeants à se conformer à la norme de la « personne raisonnablement prudente » (vol. II, p. 81) :

**9.19**

(1) Dans l’exercice de ses pouvoirs et l’accomplissement de ses obligations tout administrateur et tout fonctionnaire d’une corporation doit

. . .

b) exercer le soin, la diligence et de l’habileté d’une personne raisonnablement prudente.

Le rapport expliquait la distinction entre l’obligation de diligence proposée et l’obligation de diligence reconnue par la common law (vol. I, p. 92) :

**242.** La formulation de l’obligation de soin, de diligence et d’habileté à laquelle les administrateurs sont tenus, représente une tentative de hausser le standard de conduite présentement exigé d’eux. Le changement principal modifie la loi actuelle qui semble exiger que l’administrateur fasse preuve du degré de soin, de diligence et d’habileté auquel on pourrait raisonnablement s’attendre de lui, eu égard à sa connaissance et à son expérience (*Re City Equitable Fire Insurance Co.* (1925) Ch. 425). L’article 9.19(1)(b) lui impose l’obligation de se comporter en homme raisonnablement prudent. L’expérience récente ayant démontré que le standard de conduite généralement reconnu par la loi pour des administrateurs est fort bas, nous avons songé à le rehausser considérablement. Nous sommes conscients du fait que hausser ces standards peut faire hésiter certaines personnes à accepter un poste d’administrateur. La justesse de cet argument n’a pas été démontrée et nous le croyons spécieux. L’obligation imposée par l’article 9.19(1)(b) est exactement la même que celle imposée par la *common law* à tout professionnel. Il n’y a pourtant pas de signes que cela a tari la source des avocats, comptables, architectes, chirurgiens ou autres. De plus c’est de toute façon un bien piètre réconfort pour un actionnaire de savoir qu’il existe un vaste réservoir de personnes de compétence très moyenne qui, d’après la loi actuelle, ont la charge de gérer son investissement. [Nous soulignons.]

Le texte de l’al. 122(1)(b) de la LCSA qui énonce l’obligation de diligence reprend presque mot à mot celui que propose le Rapport Dickerson. La principale différence réside dans le fait que la version qui a été adoptée comprend les mots « en pareilles



statutory standard by requiring the context in which a given decision was made to be taken into account. This is not the introduction of a subjective element relating to the competence of the director, but rather the introduction of a contextual element into the statutory standard of care. It is clear that s. 122(1)(b) requires more of directors and officers than the traditional common law duty of care outlined in, for example, *Re City Equitable Fire Insurance, supra*.

The standard of care embodied in s. 122(1)(b) of the CBCA was described by Robertson J.A. of the Federal Court of Appeal in *Soper v. Canada*, [1998] 1 F.C. 124, at para. 41, as being “objective subjective”. Although that case concerned the interpretation of a provision of the *Income Tax Act*, it is relevant here because the language of the provision establishing the standard of care was identical to that of s. 122(1)(b) of the CBCA. With respect, we feel that Robertson J.A.’s characterization of the standard as an “objective subjective” one could lead to confusion. We prefer to describe it as an objective standard. To say that the standard is objective makes it clear that the factual aspects of the circumstances surrounding the actions of the director or officer are important in the case of the s. 122(1)(b) duty of care, as opposed to the subjective motivation of the director or officer, which is the central focus of the statutory fiduciary duty of s. 122(1)(a) of the CBCA.

The contextual approach dictated by s. 122(1)(b) of the CBCA not only emphasizes the primary facts but also permits prevailing socio-economic conditions to be taken into consideration. The emergence of stricter standards puts pressure on corporations to improve the quality of board decisions. The establishment of good corporate governance rules should be a shield that protects directors from allegations that they have breached their duty of care. However, even with good corporate governance rules, directors’ decisions can still be open to criticism from outsiders. Canadian courts, like their counterparts in the United States, the United Kingdom, Australia and New Zealand, have tended

circumstances », ce qui modifie la norme légale en exigeant qu’il soit tenu compte du contexte dans lequel une décision donnée a été prise. Le législateur n’a pas introduit un élément subjectif relatif à la compétence de l’administrateur, mais plutôt un élément contextuel dans la norme de diligence prévue par la loi. Il est clair que l’al. 122(1)(b) est plus exigeant à l’égard des administrateurs et des dirigeants que la norme traditionnelle de diligence prévue par la common law et expliquée, par exemple, dans la décision *Re City Equitable Fire Insurance*, précitée.

Dans l’arrêt *Soper c. Canada*, [1998] 1 C.F. 124, par. 41, le juge Robertson de la Cour d’appel fédérale a décrit la norme de diligence énoncée à l’al. 122(1)(b) de la LCSA comme étant une norme « objective subjective ». Même s’il portait sur l’interprétation d’une disposition de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, cet arrêt est pertinent en l’espèce parce que le libellé de la disposition établissant la norme de diligence est identique à celui de l’al. 122(1)(b) de la LCSA. Nous estimons pour notre part que le fait, pour le juge Robertson, de qualifier la norme par l’expression « objective subjective » peut semer la confusion. Nous préférons la décrire comme une norme objective. Ainsi, il devient évident que dans le cas de l’obligation de diligence prévue à l’al. 122(1)(b), ce sont les éléments factuels du contexte dans lequel agissent l’administrateur ou le dirigeant qui sont importants, plutôt que les motifs subjectifs de ces derniers, qui sont l’objet essentiel de l’obligation fiduciaire prévue à l’al. 122(1)(a) de la LCSA.

La méthode contextuelle dictée par l’al. 122(1)(b) de la LCSA fait ressortir non seulement les faits primaires mais elle permet aussi qu’il soit tenu compte des conditions socio-économiques existantes. L’apparition de normes plus strictes force les sociétés à améliorer la qualité des décisions des conseils d’administration. L’établissement de règles de régie d’entreprise devrait servir de bouclier protégeant les administrateurs contre les allégations de manquement à leur obligation de diligence. Toutefois, même en présence de règles de régie d’entreprise, les décisions des administrateurs peuvent parfois prêter le flanc aux critiques de tiers. En ce qui concerne les mesures prises pour

to take an approach with respect to the enforcement of the duty of care that respects the fact that directors and officers often have business expertise that courts do not. Many decisions made in the course of business, although ultimately unsuccessful, are reasonable and defensible at the time they are made. Business decisions must sometimes be made, with high stakes and under considerable time pressure, in circumstances in which detailed information is not available. It might be tempting for some to see unsuccessful business decisions as unreasonable or imprudent in light of information that becomes available *ex post facto*. Because of this risk of hindsight bias, Canadian courts have developed a rule of deference to business decisions called the “business judgment rule”, adopting the American name for the rule.

assurer le respect de l’obligation de diligence, les tribunaux canadiens, tout comme ceux des États-Unis, du Royaume-Uni, de l’Australie et de la Nouvelle-Zélande, ont eu tendance à tenir compte du fait que les administrateurs et les dirigeants ont souvent, en matière commerciale, des connaissances que ne possèdent pas les tribunaux. De nombreuses décisions prises dans le cours des activités d’une entreprise sont raisonnables et justifiables au moment où elles sont prises, même si elles ont éventuellement conduit à un échec. Les décisions d’affaires doivent parfois être prises dans un contexte où les renseignements sont incomplets, les enjeux sont élevés et la situation est pressante. On pourrait être tenté de considérer à la lumière de renseignements qui deviennent disponibles ultérieurement que des décisions d’affaires qui n’ont pas abouti étaient déraisonnables ou imprudentes. En raison de ce risque d’examen a posteriori, les tribunaux canadiens ont élaboré à l’égard des décisions d’affaires une règle de retenue appelée, suivant la terminologie employée aux États-Unis, la « règle de l’appréciation commerciale ».

65

In *Maple Leaf Foods Inc. v. Schneider Corp.* (1998), 42 O.R. (3d) 177, Weiler J.A. stated, at p. 192:

The law as it has evolved in Ontario and Delaware has the common requirements that the court must be satisfied that the directors have acted reasonably and fairly. The court looks to see that the directors made a *reasonable decision not a perfect decision*. Provided the decision taken is within a range of reasonableness, the court ought not to substitute its opinion for that of the board even though subsequent events may have cast doubt on the board’s determination. As long as the directors have selected one of several reasonable alternatives, deference is accorded to the board’s decision. This formulation of deference to the decision of the Board is known as the “business judgment rule”. The fact that alternative transactions were rejected by the directors is irrelevant unless it can be shown that a particular alternative was definitely available and clearly more beneficial to the company than the chosen transaction. [Emphasis added; italics in original; references omitted.]

Dans l’arrêt *Maple Leaf Foods Inc. c. Schneider Corp.* (1998), 42 O.R. (3d) 177, la juge Weiler de la Cour d’appel de l’Ontario a dit ce qui suit, à la p. 192 :

[TRADUCTION] Tels qu’ils ont évolué, le droit applicable en Ontario et celui applicable au Delaware ont une exigence commune, savoir que le tribunal doit être convaincu que les administrateurs ont agi de façon raisonnable et équitable. Le tribunal examine si les administrateurs ont pris une décision *raisonnable* et non pas *la meilleure* décision. Dès lors que la décision prise conserve un caractère raisonnable, le tribunal ne devrait pas substituer son avis à celui du conseil, même si les événements ultérieurs peuvent avoir jeté le doute sur la décision du conseil. Dans la mesure où les administrateurs ont choisi l’une des diverses solutions raisonnables qui s’offraient, la retenue est de mise à l’égard de la décision du conseil. Cette retenue à l’égard de la décision du conseil est ce qu’on appelle la « règle de l’appréciation commerciale ». Il importe peu que les administrateurs aient écarté d’autres transactions, sauf si on peut démontrer que l’une de ces autres transactions pouvait effectivement être réalisée et était manifestement plus avantageuse pour l’entreprise que celle qui a été choisie. [Nous soulignons; italiques dans l’original; renvois omis.]

In order for a plaintiff to succeed in challenging a business decision he or she has to establish that the directors acted (i) in breach of the duty of care and (ii) in a way that caused injury to the plaintiff: W. T. Allen, J. B. Jacobs and L. E. Strine, Jr., “Function Over Form: A Reassessment of Standards of Review in Delaware Corporation Law” (2001), 26 *Del. J. Corp. L.* 859, at p. 892.

Directors and officers will not be held to be in breach of the duty of care under s. 122(1)(b) of the CBCA if they act prudently and on a reasonably informed basis. The decisions they make must be reasonable business decisions in light of all the circumstances about which the directors or officers knew or ought to have known. In determining whether directors have acted in a manner that breached the duty of care, it is worth repeating that perfection is not demanded. Courts are ill-suited and should be reluctant to second-guess the application of business expertise to the considerations that are involved in corporate decision making, but they are capable, on the facts of any case, of determining whether an appropriate degree of prudence and diligence was brought to bear in reaching what is claimed to be a reasonable business decision at the time it was made.

The trustee alleges that the Wise brothers breached their duty of care under s. 122(1)(b) of the CBCA by implementing the new procurement policy to the detriment of Peoples’ creditors. After considering all the evidence, we agree with the Court of Appeal that the implementation of the new policy was a reasonable business decision that was made with a view to rectifying a serious and urgent business problem in circumstances in which no solution may have been possible. The trial judge’s conclusion that the new policy led inexorably to Peoples’ failure and bankruptcy was factually incorrect and constituted a palpable and overriding error.

In fact, as noted by Pelletier J.A., there were many factors other than the new policy that

Pour obtenir gain de cause lorsqu’il conteste une décision d’affaires, le demandeur doit établir que les administrateurs ont manqué à leur obligation de diligence et ce, d’une manière qui lui a causé un préjudice : W. T. Allen, J. B. Jacobs et L. E. Strine, Jr., « Function Over Form : A Reassessment of Standards of Review in Delaware Corporation Law » (2001), 26 *Del. J. Corp. L.* 859, p. 892.

On ne considérera pas que les administrateurs et les dirigeants ont manqué à l’obligation de diligence énoncée à l’al. 122(1)(b) de la LCSA s’ils ont agi avec prudence et en s’appuyant sur les renseignements dont ils disposaient. Les décisions prises doivent constituer des décisions d’affaires raisonnables compte tenu de ce qu’ils savaient ou auraient dû savoir. Lorsqu’il s’agit de déterminer si les administrateurs ont manqué à leur obligation de diligence, il convient de répéter que l’on n’exige pas d’eux la perfection. Les tribunaux ne doivent pas substituer leur opinion à celle des administrateurs qui ont utilisé leur expertise commerciale pour évaluer les considérations qui entrent dans la prise de décisions des sociétés. Ils sont toutefois en mesure d’établir, à partir des faits de chaque cas, si l’on a exercé le degré de prudence et de diligence nécessaire pour en arriver à ce qu’on prétend être une décision d’affaires raisonnable au moment où elle a été prise.

Le syndic prétend que les frères Wise ont manqué à l’obligation de diligence que leur impose l’al. 122(1)(b) de la LCSA en instaurant la nouvelle politique d’approvisionnement au détriment des créanciers de Peoples. Après avoir examiné l’ensemble de la preuve, nous convenons avec la Cour d’appel que l’instauration de la nouvelle politique était une décision d’affaires raisonnable qui a été prise en vue de corriger un problème d’ordre commercial grave et urgent dans un cas où il n’existait peut-être aucune solution. En concluant que la nouvelle politique avait inexorablement entraîné le déclin et la faillite de Peoples, le juge de première instance a mal interprété les faits et a commis une erreur manifeste et dominante.

Comme l’a fait remarquer le juge Pelletier, de nombreux facteurs, outre la nouvelle politique, ont

66

67

68

69

contributed more directly to Peoples' bankruptcy. Peoples had lost \$10 million annually while being operated by M & S. Wise, which was only marginally profitable and solvent with annual sales of \$100 million (versus \$160 million for Peoples), had hoped to improve the performance of its new acquisition. Given that the transaction was a fully leveraged buyout, for Wise and Peoples to succeed, Peoples' performance needed to improve dramatically. Unfortunately for both Wise and Peoples, the retail market in eastern Canada had become very competitive in the early 1990s, and this trend continued with the arrival of Wal-Mart in 1994. At paras. 152 and 154 QL, Pelletier J.A. stated:

[TRANSLATION] In reality, it was that particularly unfavourable financial situation in which the two corporations found themselves that caused their downfall, and it was M. & S. that, to protect its own interests, sounded the charge in December, rightly or wrongly judging that Peoples Inc.'s situation would only worsen over time. It is crystal-clear that the bankruptcy occurred at the most propitious time for M. & S.'s interests, when inventories were high and suppliers were unpaid. In fact, M. & S. recovered the entire balance due on the selling price and almost all of the other debts it was owed.

. . .

. . . the trial judge did not take into account the fact that the brothers derived no direct benefit from the transaction impugned, that they acted in good faith and that their true intention was to find a solution to the serious inventory management problem that each of the two corporations was facing. Because of an assessment error, he also ignored the fact that Peoples Inc. received a sizable consideration for the goods it delivered to Wise. Lastly, I note that the act for which the brothers were found liable, i.e. the adoption of a new joint inventory procurement policy, is not as serious as the trial judge made it out to be and that, in opposition to his view, the act was also not the true cause of the bankruptcy of Peoples Inc. [Emphasis added.]

contribué plus directement à la faillite de Peoples. Les pertes annuelles de Peoples, pendant qu'elle était exploitée par M & S, s'élevaient à 10 millions de dollars. Wise, qui était à peine rentable et à peine solvable avec des ventes annuelles de 100 millions de dollars (contre 160 millions de dollars pour Peoples), avait espéré accroître la rentabilité de sa nouvelle acquisition. Étant donné qu'il s'agissait d'une acquisition réalisée entièrement par emprunt, si Wise et Peoples voulaient que leurs efforts soient couronnés de succès, il devait y avoir une amélioration considérable de la rentabilité de Peoples. Malheureusement pour Wise et Peoples, la concurrence dans le marché de la vente au détail dans l'Est du Canada était devenue féroce au début des années 1990, une tendance qui s'est poursuivie avec l'arrivée de Wal-Mart en 1994. Aux paragraphes 153 et 155, le juge Pelletier a dit ce qui suit :

En réalité, c'est la présence de cette conjoncture financière particulièrement défavorable aux deux sociétés qui a provoqué leur chute et c'est M. & S. qui, pour la protection de ses intérêts propres, a sonné la charge en décembre, jugeant à tort ou à raison que la situation de Peoples Inc. ne pouvait qu'empirer avec le temps. Il saute aux yeux que la faillite est survenue au moment le plus propice aux intérêts de M. & S., lorsque les inventaires étaient élevés et les fournisseurs impayés. M. & S. a d'ailleurs récupéré la totalité du reliquat dû sur le prix de vente de même que la presque totalité de ses autres créances.

. . .

. . . le premier juge ne tient pas compte du fait que les frères n'ont retiré aucun avantage direct de la transaction attaquée, qu'ils étaient de bonne foi et que leur intention véritable consistait à rechercher une solution au sérieux problème de gestion d'inventaire auquel chacune des deux sociétés était confrontée. En raison d'une erreur d'appréciation, il ignore aussi que Peoples Inc. a reçu une contrepartie importante pour les biens qu'elle a livrés à Wise. Je note enfin que le geste à l'origine de la condamnation, en l'occurrence, l'adoption du nouveau système d'approvisionnement commun, n'a pas le caractère de gravité que lui attribue le premier juge et que, contrairement à la perception qu'il exprime, ce geste n'a pas non plus été la véritable cause de la faillite de Peoples Inc. [Nous soulignons.]

The Wise brothers treated the implementation of the new policy as a decision made in the

Les frères Wise ont traité la mise en œuvre de la nouvelle politique comme une décision prise

ordinary course of business and, while no formal agreement evidenced the arrangement, a monthly record was made of the inventory transfers. Although this may appear to be a loose business practice, by the autumn of 1993, Wise had already consolidated several aspects of the operations of the two companies. Legally they were two separate entities. However, the financial fate of the two companies had become intertwined. In these circumstances, there was little or no economic incentive for the Wise brothers to jeopardize the interests of Peoples in favour of the interests of Wise. In fact, given the tax losses that Peoples had carried forward, the companies had every incentive to keep Peoples profitable in order to reduce their combined tax liabilities.

Arguably, the Wise brothers could have been more precise in pursuing a resolution to the intractable inventory management problems, having regard to all the troublesome circumstances involved at the time the new policy was implemented. But we, like the Court of Appeal, are not satisfied that the adoption of the new policy breached the duty of care under s. 122(1)(b) of the CBCA. The directors cannot be held liable for a breach of their duty of care in respect of the creditors of Peoples.

The Court of Appeal relied on two additional provisions of the CBCA that in its view could rescue the Wise brothers from a finding that they breached the duty of care: ss. 44(2) and 123(4).

Section 44 of the CBCA, which was in force at the time of the impugned transactions but has since been repealed, permitted a wholly-owned subsidiary to give financial assistance to its holding body corporate:

**44.** (1) Subject to subsection (2), a corporation or any corporation with which it is affiliated shall not, directly or indirectly, give financial assistance by means of a loan, guarantee or otherwise

dans le cours normal des activités de l'entreprise et, même si aucune entente formelle ne constatait l'arrangement, les transferts des stocks étaient consignés mensuellement. Bien qu'on puisse penser qu'il s'agit d'une pratique commerciale peu rigoureuse, dès l'automne 1993, Wise avait déjà, en pratique, intégré plusieurs des services des deux sociétés. Légalement, il s'agissait de deux entités distinctes. Toutefois, l'avenir financier des deux sociétés était inextricablement lié. Dans les circonstances, les frères Wise n'avaient, au plan financier, aucun avantage à privilégier les intérêts de Wise au détriment de ceux de Peoples. En fait, vu les pertes fiscales que Peoples avait reportées, les deux sociétés avaient toutes les raisons de s'assurer de la rentabilité de Peoples afin de réduire leurs dettes fiscales combinées.

Les frères Wise auraient peut-être, compte tenu de la situation difficile à l'époque de l'instauration de la nouvelle politique, pu être plus minutieux dans leur recherche d'une solution aux épineux problèmes de gestion des stocks. Mais, comme la Cour d'appel, nous ne sommes pas convaincus que l'adoption de la nouvelle politique ait contrevenu à l'obligation de diligence énoncée à l'al. 122(1)(b) de la LCSA. Les administrateurs ne peuvent pas être tenus responsables pour manquement à leur obligation de diligence à l'égard des créanciers de Peoples.

La Cour d'appel s'est appuyée sur deux autres dispositions de la LCSA qui, selon elle, pourraient empêcher de conclure que les frères Wise ont manqué à leur obligation de diligence; il s'agit du par. 44(2) et du par. 123(4).

L'article 44 de la LCSA, qui était en vigueur à l'époque des transactions contestées mais qui a été abrogé depuis, autorisait une filiale à part entière à fournir une aide financière à sa société mère :

**44.** (1) Sauf dans les limites prévues au paragraphe (2), il est interdit à la société ou aux sociétés de son groupe de fournir une aide financière même indirecte, notamment sous forme de prêt ou de caution :

71

72

73

(2) A corporation may give financial assistance by means of a loan, guarantee or otherwise

(2) La société peut accorder une aide financière, notamment sous forme de prêt ou de caution :

(c) to a holding body corporate if the corporation is a wholly-owned subsidiary of the holding body corporate;

c) à sa société mère, si elle lui appartient en toute propriété;

74 While s. 44(2) as it then read qualified the prohibition under s. 44(1), it did not serve to supplant the duties of the directors under s. 122(1) of the CBCA. The Court of Appeal erred in concluding that s. 44(2) served as a blanket legitimization of financial assistance given by wholly-owned subsidiaries to parent corporations. In our opinion, it is incumbent upon directors and officers to exercise their powers in conformity with the duties of s. 122(1).

Même s'il restreignait la portée de l'interdiction prévue au par. 44(1), l'ancien par. 44(2) ne faisait pas disparaître les obligations imposées aux administrateurs par le par. 122(1) de la LCSA. La Cour d'appel a conclu à tort que le par. 44(2) servait à légitimer de façon générale l'aide financière fournie par une filiale à part entière à sa société mère. À notre avis, il incombe aux administrateurs et aux dirigeants d'exercer leurs pouvoirs conformément aux obligations qu'impose le par. 122(1).

75 Although s. 44(2) authorized certain forms of financial assistance between corporations, this cannot exempt directors and officers from potential liability under s. 122(1) for any financial assistance given by subsidiaries to the parent corporation.

Bien qu'il autorisait certaines formules d'aide financière entre sociétés, le par. 44(2) ne permet pas de soustraire les administrateurs et les dirigeants à leur responsabilité éventuelle en vertu du par. 122(1) pour toute aide financière fournie par une filiale à sa société mère.

76 When faced with the serious inventory management problem, the Wise brothers sought the advice of the vice-president of finance, David Clément. The Wise brothers claimed as an additional argument that in adopting the solution proposed by Clément, they were relying in good faith on the judgment of a person whose profession lent credibility to his statement, in accordance with the defence provided for in s. 123(4)(b) (now s. 123(5)) of the CBCA. The Court of Appeal accepted the argument. We disagree.

Face au grave problème de gestion des stocks, les frères Wise ont demandé conseil au vice-président aux finances, David Clément. Ils ont fait valoir comme argument additionnel qu'en retenant la solution proposée par M. Clément, ils se sont fiés de bonne foi au jugement d'une personne dont la profession permettait d'accorder foi à sa déclaration, conformément au moyen de défense prévu à l'al. 123(4)b) (maintenant le par. 123(5)) de la LCSA. La Cour d'appel a retenu cet argument. Nous ne sommes pas d'accord avec celle-ci.

77 The reality that directors cannot be experts in all aspects of the corporations they manage or supervise shows the relevancy of a provision such as s. 123(4)(b). At the relevant time, the text of s. 123(4) read:

L'utilité d'une disposition telle que l'al. 123(4)b) tient à ce que les administrateurs ne peuvent connaître à fond toutes les facettes des entreprises qu'ils gèrent ou dont ils surveillent la gestion. À l'époque pertinente, le par. 123(4) prévoyait ce qui suit :

123. . . .

123. . . .

(4) A director is not liable under section 118, 119 or 122 if he relies in good faith on

(4) N'est pas engagée, en vertu des articles 118, 119 ou 122, la responsabilité de l'administrateur qui s'appuie de bonne foi sur :

(a) financial statements of the corporation represented to him by an officer of the corporation or in a written report of the auditor of the corporation fairly to reflect the financial condition of the corporation; or

(b) a report of a lawyer, accountant, engineer, appraiser or other person whose profession lends credibility to a statement made by him.

Although Clément did have a bachelor's degree in commerce and 15 years of experience in administration and finance with Wise, this experience does not correspond to the level of professionalism required to allow the directors to rely on his advice as a bar to a suit under the duty of care. The named professional groups in s. 123(4)(b) were lawyers, accountants, engineers, and appraisers. Clément was not an accountant, was not subject to the regulatory overview of any professional organization and did not carry independent insurance coverage for professional negligence. The title of vice-president of finance should not automatically lead to a conclusion that Clément was a person "whose profession lends credibility to a statement made by him". It is noteworthy that the word "profession" is used, not "position". Clément was simply a non-professional employee of Wise. His judgment on the appropriateness of the solution to the inventory management problem must be regarded in that light. Although we might accept for the sake of argument that Clément was better equipped and positioned than the Wise brothers to devise a plan to solve the inventory management problems, this is not enough. Therefore, in our opinion, the Wise brothers cannot successfully invoke the defence provided by s. 123(4)(b) of the CBCA but must rely on the other defences raised.

### C. *The Claim Under Section 100 of the BIA*

The trustee also claimed against the Wise brothers under s. 100 of the BIA. That section reads:

**100.** (1) Where a bankrupt sold, purchased, leased, hired, supplied or received property or services in a reviewable transaction within the period beginning on

a) des états financiers de la société reflétant équitablement sa situation, d'après l'un de ses dirigeants ou d'après le rapport écrit du vérificateur;

b) les rapports des personnes dont la profession permet d'accorder foi à leurs déclarations, notamment les avocats, comptables, ingénieurs ou estimateurs.

Même si M. Clément était titulaire d'un baccalauréat en commerce et qu'il avait 15 ans d'expérience en administration et en finance chez Wise, cette expérience ne correspond pas au degré de professionnalisme requis pour que les administrateurs puissent invoquer les conseils reçus de lui pour faire échec à une poursuite fondée sur l'obligation de diligence. Les groupes de professionnels désignés à l'al. 123(4)(b) sont les avocats, les comptables, les ingénieurs et les estimateurs. Monsieur Clément n'était pas comptable, ses activités n'étaient pas réglementées par une organisation professionnelle et il n'avait pas lui-même souscrit à une police d'assurance-responsabilité professionnelle. On ne saurait conclure qu'en raison de son titre de vice-président aux finances, M. Clément était une personne « dont la profession permet d'accorder foi à [ses] déclarations ». Il convient de signaler que c'est le mot « profession » et non le mot « poste » qui est utilisé. Monsieur Clément était un simple employé non professionnel de Wise. C'est à la lumière de ces faits qu'il convient d'analyser son appréciation de l'opportunité de la solution proposée aux problèmes de gestion des stocks. Même si nous admettons, pour les fins de la discussion, que M. Clément était mieux en mesure que les frères Wise d'élaborer un plan destiné à régler les problèmes de gestion des stocks, cela ne suffirait pas. Par conséquent, nous estimons que les frères Wise ne peuvent faire valoir avec succès le moyen de défense prévu à l'al. 123(4)(b) de la LCSA mais doivent s'appuyer sur les autres moyens de défense invoqués.

### C. *La réclamation fondée sur l'art. 100 de la LFI*

Le syndic a également fondé sur l'art. 100 de la LFI sa réclamation contre les frères Wise. Selon cet article :

**100.** (1) Le tribunal peut, sur demande du syndic, enquêter pour déterminer si le failli qui a vendu, acheté, loué, engagé, fourni ou reçu des biens ou services au

the day that is one year before the date of the initial bankruptcy event and ending on the date of the bankruptcy, both dates included, the court may, on the application of the trustee, inquire into whether the bankrupt gave or received, as the case may be, fair market value in consideration for the property or services concerned in the transaction.

(2) Where the court in proceedings under this section finds that the consideration given or received by the bankrupt in the reviewable transaction was conspicuously greater or less than the fair market value of the property or services concerned in the transaction, the court may give judgment to the trustee against the other party to the transaction, against any other person being privy to the transaction with the bankrupt or against all those persons for the difference between the actual consideration given or received by the bankrupt and the fair market value, as determined by the court, of the property or services concerned in the transaction.

80 The provision has two principal elements. First, subs. (1) requires the transaction to have been conducted within the year preceding the date of bankruptcy. Second, subs. (2) requires that the consideration given or received by the bankrupt be “conspicuously greater or less” than the fair market value of the property concerned.

81 The word “may” is found in both ss. 100(1) and 100(2) of the BIA with respect to the jurisdiction of the court. In *Standard Trustco Ltd. (Trustee of) v. Standard Trust Co.* (1995), 26 O.R. (3d) 1, a majority of the Ontario Court of Appeal held that, even if the necessary preconditions are present, the exercise of jurisdiction under s. 100(1) to inquire into the transaction, and under s. 100(2) to grant judgment, is discretionary. Equitable principles guide the exercise of discretion. We agree.

82 Referring to s. 100(2) of the BIA, in *Standard Trustco, supra*, at p. 23, Weiler J.A. explained that:

When a contextual approach is adopted it is apparent that although the conditions of the section have been satisfied the court is not obliged to grant judgment. The court has a residual discretion to exercise. The contextual approach indicates that the good faith of the parties, the intention with which the transaction took place, and

moyen d’une transaction révisable, au cours de la période allant du premier jour de l’année précédant l’ouverture de la faillite jusqu’à la date de la faillite inclusivement, a donné ou reçu, selon le cas, une juste valeur du marché en contrepartie des biens ou services.

(2) Lorsque le tribunal, dans des instances en vertu du présent article, constate que la contrepartie donnée ou reçue par le failli dans la transaction révisable était manifestement supérieure ou inférieure à la juste valeur du marché des biens ou services sur lesquels portait la transaction, il peut accorder au syndic un jugement contre l’autre partie à la transaction ou contre toute autre personne ayant intérêt à la transaction avec le failli ou contre toutes ces personnes, pour la différence entre la contrepartie réellement donnée ou reçue par le failli et la juste valeur du marché, telle qu’elle est déterminée par le tribunal, des biens ou services sur lesquels porte la transaction.

Cette disposition comporte deux éléments principaux. Premièrement, le par. (1) exige que la transaction soit effectuée au cours de l’année précédant la date de la faillite. Deuxièmement, le par. (2) exige que la contrepartie donnée ou reçue par le failli soit « manifestement supérieure ou inférieure » à la juste valeur marchande des biens en cause.

Le mot « peut » est utilisé tant au par. 100(1) qu’au par. 100(2) de la LFI relativement à la compétence du tribunal. Dans *Standard Trustco Ltd. (Trustee of) c. Standard Trust Co.* (1995), 26 O.R. (3d) 1, la Cour d’appel de l’Ontario a statué à la majorité que, même si les conditions préalables nécessaires sont remplies, l’exercice du pouvoir d’enquêter sur la transaction prévu au par. 100(1) et du pouvoir d’accorder un jugement prévu au par. 100(2) est discrétionnaire. Les principes d’équité encadrent l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Nous souscrivons à cette décision.

Au sujet du par. 100(2) de la LFI, dans *Standard Trustco*, précité, p. 23, la juge Weiler a donné les explications suivantes :

[TRADUCTION] Lorsque la méthode contextuelle est retenue, il est évident que, même si les conditions prévues par l’article sont remplies, le tribunal n’est pas tenu d’accorder un jugement. Le tribunal exerce un pouvoir discrétionnaire résiduel. Suivant la méthode contextuelle, la bonne foi des parties, le but de la transaction et l’échange



whether fair value was given and received in the transaction are important considerations as to whether that discretion should be exercised.

We agree with Weiler J.A. and adopt her position; however, this appeal does not turn on the discretion to ultimately impose liability. In our view, the Court of Appeal did not interfere with the trial judge's exercise of discretion in reviewing the facts and finding a palpable and overriding error.

Within the year preceding the date of bankruptcy, Peoples had transferred inventory to Wise for which the trustee claimed Peoples had not received fair market value in consideration. The relevant transactions involved, for the most part, transfers completed in anticipation of the busy holiday season. Given the non-arm's length relationship between Wise and its wholly-owned subsidiary Peoples, there is no question that these inventory transfers could have constituted reviewable transactions.

We share the view of the Court of Appeal that it is not only the final transfers that should be considered. In fairness, the inventory transactions should be considered over the entire period from February to December 1994, which was the period when the new policy was in effect.

In *Skalbania (Trustee of) v. Wedgewood Village Estates Ltd.* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 88 (C.A.), the test for determining whether the difference in consideration is "conspicuously greater or less" was held to be not whether it is conspicuous to the parties at the time of the transaction, but whether it is conspicuous to the court having regard to all the relevant factors. This is a sound approach. In that case, a difference of \$1.18 million between fair market value and the consideration received by the bankrupt was seen as conspicuous, where the fair market value was \$6.6 million, leaving a discrepancy of more than 17 percent. While there is no particular percentage that definitively sets the threshold for a conspicuous difference, the percentage difference is a factor.

d'une contrepartie représentant la juste valeur du marché sont des éléments importants pour déterminer s'il y a lieu d'exercer ce pouvoir discrétionnaire.

Nous sommes d'accord avec la juge Weiler et nous adoptons sa position; toutefois, le présent pourvoi ne porte pas sur le pouvoir discrétionnaire d'imposer ultimement une responsabilité. À notre avis, la Cour d'appel ne s'est pas ingérée dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance en examinant les faits et en concluant à l'existence d'une erreur manifeste et dominante.

Au cours de l'année qui a précédé la faillite, Peoples a transféré à Wise des marchandises pour lesquelles, selon le syndic, Peoples n'a pas reçu de contrepartie représentant la juste valeur du marché. Les transactions en cause concernaient principalement les transferts effectués en prévision de la période occupée que constitue le temps des Fêtes. Vu le lien de dépendance entre Wise et Peoples, sa filiale à part entière, il n'y a aucun doute que ces transferts de stocks auraient pu constituer des transactions révisables.

Nous estimons comme la Cour d'appel qu'il ne faut pas se contenter d'examiner les derniers transferts. En toute équité, il convient d'analyser les transactions effectuées au cours de toute la période de février à décembre 1994, soit la période pendant laquelle la nouvelle politique était appliquée.

Selon l'arrêt *Skalbania (Trustee of) c. Wedgewood Village Estates Ltd.* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 88 (C.A.), le critère permettant de déterminer si la différence entre la contrepartie et sa juste valeur marchande est « manifestement supérieure ou inférieure » n'est pas de savoir si la différence est manifeste pour les parties au moment de la transaction, mais plutôt si elle l'est pour le tribunal eu égard à tous les facteurs pertinents. Il s'agit d'une méthode judicieuse. Dans cette affaire, une différence de 1,18 million de dollars entre la juste valeur du marché et la contrepartie reçue par le failli a été jugée manifeste, la juste valeur du marché étant de 6,6 millions de dollars, ce qui laissait un écart de plus de 17 pour 100. Bien qu'aucun pourcentage particulier ne soit fixé pour déterminer ce qui constitue une différence manifeste, le pourcentage de différence constitue un facteur.

83

84

85

86

As for the factors that would be relevant to this determination, the court might consider, *inter alia*: evidence of the margin of error in valuing the types of assets in question; any appraisals made of the assets in question and evidence of the parties' honestly held beliefs regarding the value of the assets in question; and other circumstances adduced in evidence by the parties to explain the difference between the consideration received and fair market value: see L. W. Houlden and G. B. Morawetz, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (3rd ed. (loose-leaf)), vol. 2, at p. 4-114.1.

Pour ce qui est des autres facteurs qui seraient pertinents à cette décision, le tribunal peut examiner notamment les facteurs suivants : la preuve de la marge d'erreur dans l'évaluation du type de biens en cause; les évaluations qui ont été faites des biens en cause et la preuve de la croyance sincère des parties en ce qui a trait à la valeur de ces biens; les autres éléments présentés en preuve par les parties pour expliquer la différence entre la contrepartie obtenue et la juste valeur du marché : voir L. W. Houlden et G. B. Morawetz, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (3<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), vol. 2, p. 4-114.1.

87

Over the lifespan of the new policy, Peoples transferred to Wise inventory valued at \$71.54 million. As of the date of bankruptcy, it had received \$59.50 million in property or money from Wise. As explained earlier, the trial judge adjusted the outstanding difference down to a balance of \$4.44 million after taking into account, *inter alia*, the reallocation of general and administrative expenses, and adjustments necessitated by imported inventory transferred from Wise to Peoples. Neither party disputed these figures before this Court. We agree with the Court of Appeal's observation that these findings directly conflict with the trial judge's assertion that Peoples had received no consideration for the inventory transfers on the basis that the outstanding accounts were "neither collected nor collectible" from Wise. Like Pelletier J.A., we conclude that the trial judge's finding in this regard was a palpable and overriding error, and we adopt the view of the Court of Appeal.

Pendant la période d'application de la nouvelle politique, Peoples a transféré à Wise des stocks d'une valeur de 71,54 millions de dollars. À la date de la faillite, elle avait reçu de Wise des biens ou des sommes s'élevant à 59,5 millions de dollars. Comme nous l'avons expliqué précédemment, le juge de première instance a ramené la différence à un solde de 4,44 millions de dollars après avoir tenu compte, notamment, de la nouvelle répartition des frais généraux et administratifs et des rajustements nécessaires découlant des transferts par Wise à Peoples des stocks importés. Aucune des parties n'a contesté ces chiffres devant notre Cour. Nous sommes d'accord avec la Cour d'appel qui a fait remarquer que ces conclusions contredisent directement ce qu'a dit le juge de première instance, savoir que Peoples n'avait reçu aucune contrepartie pour les transferts de stocks puisque les comptes recevables [TRADUCTION] « n'ont pas été recouvrés et n'étaient pas recouvrables » de Wise. Comme le juge Pelletier, nous estimons que la conclusion du juge de première instance à cet égard était une erreur manifeste et dominante et nous souscrivons au point de vue de la Cour d'appel.

88

We are not satisfied that, with regard to all the circumstances of this case, a disparity of slightly more than 6 percent between fair market value and the consideration received constitutes a "conspicuous" difference within the meaning of s. 100(2) of the BIA. Accordingly, we hold that the trustee's claim under the BIA also fails.

Nous ne sommes pas convaincus que, compte tenu de toutes les circonstances de la présente espèce, un écart d'un peu plus de 6 pour 100 entre la juste valeur du marché et la contrepartie reçue constitue une différence « manifeste » au sens du par. 100(2) de la LFI. Par conséquent, nous statuons que la réclamation du syndic fondée sur la LFI échoue également.

In addition to permitting the court to give judgment against the other party to the transaction, s. 100(2) of the BIA also permits it to give judgment against someone who was not a party but was “privy” to the transaction. Given our finding that the consideration for the impugned transactions was not “conspicuously less” than fair market value, there is no need to consider whether the Wise brothers would have been “privy” to the transaction for the purpose of holding them liable under s. 100(2). Nonetheless, the disagreement between the trial judge and the Court of Appeal on the interpretation of “privy” in s. 100(2) of the BIA warrants the following observations.

The trial judge in this appeal had little difficulty finding that the Wise brothers were privy to the transaction within the meaning of s. 100(2). Pelletier J.A., however, preferred a narrow construction in finding that the Wise brothers were not privy to the transactions. He held, at para. 135 QL, that:

[TRANSLATION] . . . the legislator wanted to provide for the case in which a person other than the co-contracting party of the bankrupt actually received all or part of the benefit resulting from the lack of equality between the respective considerations.

To support this direct benefit requirement, Pelletier J.A. also referred to the French version which uses the term *ayant intérêt*. While he conceded that the respondent brothers received an indirect benefit from the inventory transfers as shareholders of Wise, Pelletier J.A. found this too remote to be considered “privy” to the transactions (paras. 139-40 QL).

The primary purpose of s. 100 of the BIA is to reverse the effects of a transaction that stripped value from the estate of a bankrupt person. It makes sense to adopt a more inclusive understanding of the word “privy” to prevent someone who might receive indirect benefits to the detriment of a bankrupt’s unsatisfied creditors from frustrating the provision’s remedial purpose. The word “privy” should be given a broad reading to include those who benefit directly or indirectly from and have knowledge of a transaction occurring for less than fair market value. In our opinion, this rationale is particularly apt when

Le paragraphe 100(2) de la LFI autorise le tribunal à accorder un jugement non seulement contre l’autre partie à la transaction, mais aussi contre une partie non contractante « ayant intérêt » à la transaction. Comme nous avons conclu que la contrepartie reçue dans les transactions contestées n’était pas « manifestement inférieure » à la juste valeur du marché, il est inutile d’examiner si les frères Wise auraient eu un « intérêt » à la transaction qui permettrait de conclure à leur responsabilité en vertu du par. 100(2). Quoi qu’il en soit, le désaccord entre le juge de première instance et la Cour d’appel sur l’interprétation des mots « ayant intérêt » au par. 100(2) de la LFI justifie les observations suivantes.

En l’espèce, le juge de première instance n’a pas hésité à conclure que les frères Wise avaient un intérêt à la transaction au sens du par. 100(2). Cependant, le juge Pelletier a privilégié une interprétation stricte en concluant que les frères Wise n’avaient pas intérêt aux transactions. Il a dit ce qui suit au par. 136 :

Le législateur me semble avoir voulu prévoir le cas où c’est une personne autre que le cocontractant du failli qui, en réalité, encaisse tout ou partie du bénéfice résultant de l’absence d’équivalence entre les contreparties respectives.

Pour justifier cette exigence d’un avantage direct, le juge Pelletier a mentionné le texte français où l’on utilise l’expression « ayant intérêt ». Même s’il a admis que les frères intimés ont, en leur qualité d’actionnaires de Wise, tiré un avantage indirect des transferts de stocks, le juge Pelletier a conclu que cet avantage était trop éloigné pour qu’ils aient eu un « intérêt » aux transactions (par. 140-141).

L’article 100 de la LFI a principalement pour objet d’annuler les effets d’une transaction qui a diminué la valeur des actifs d’un failli. Il est logique d’adopter une conception plus large des termes « ayant intérêt » pour éviter qu’une personne qui pourrait tirer un avantage indirect au détriment des créanciers du failli puisse contrecarrer l’objet réparateur de cette disposition. Il convient de donner aux termes « ayant intérêt » un sens large afin qu’ils s’appliquent aux personnes qui tirent un avantage direct ou indirect d’une transaction tout en sachant que la contrepartie est inférieure à la juste valeur du

those who benefit are the controlling minds behind the transaction.

92

A finding that a person was “privy” to a reviewable transaction does not of course necessarily mean that the court will exercise its discretion to make a remedial order against that person. For liability to be imposed, it must be established that the transaction occurred: (a) within the past year; (b) for consideration conspicuously greater or less than fair market value; (c) with the person’s knowledge; and (d) in a way that directly or indirectly benefited the person. In addition, after having considered the context and all the above factors, the judge must conclude that the case is a proper one for holding the person liable. In light of these conditions and of the discretion exercised by the judge, we find that a broad reading of “privy” is appropriate.

#### IV. Disposition

93

For the foregoing reasons, we would dismiss the appeal with costs to the respondents.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Kugler Kandestin, Montréal.*

*Solicitors for the respondents Lionel Wise, Ralph Wise and Harold Wise: de Grandpré Chait, Montréal.*

*Solicitors for the respondent Chubb Insurance Company of Canada: Lavery, de Billy, Montréal.*

marché. À notre avis, ce raisonnement est particulièrement pertinent lorsque les personnes qui touchent un avantage sont les instigatrices de la transaction.

Conclure qu’une personne a « intérêt » à la transaction révisable ne signifie évidemment pas que le tribunal exercera son pouvoir discrétionnaire pour rendre une ordonnance réparatrice contre cette personne. Pour conclure à la responsabilité de cette personne, il doit être démontré que la transaction est effectuée a) au cours de l’année précédente, b) en échange d’une contrepartie manifestement supérieure ou inférieure à la juste valeur du marché, c) au su de la personne en cause, et d) d’une manière qui a permis à la personne de tirer un avantage direct ou indirect. De plus, après avoir examiné le contexte et tous les facteurs ci-dessus, le juge doit conclure qu’il y a lieu dans ce cas d’imposer une responsabilité à la personne. Compte tenu de ces conditions et du pouvoir discrétionnaire exercé par le juge, nous concluons qu’une interprétation large des termes « ayant intérêt » s’impose.

#### IV. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur des intimés.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l’appelante : Kugler Kandestin, Montréal.*

*Procureurs des intimés Lionel Wise, Ralph Wise et Harold Wise : de Grandpré Chait, Montréal.*

*Procureurs de l’intimée Chubb du Canada, Compagnie d’assurance : Lavery, de Billy, Montréal.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Randolph Blake** *Respondent***INDEXED AS: R. v. BLAKE****Neutral citation: 2004 SCC 69.**

File No.: 30098.

2004: October 15; 2004: October 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO*Criminal law — Evidence — Similar fact evidence —  
Admissibility — Sexual offences.***Cases Cited****Referred to:** *R. v. Handy*, [2002] 2 S.C.R. 908, 2002  
SCC 56.APPEAL from a judgment of the Ontario Court  
of Appeal (2003), 68 O.R. (3d) 75 (*sub nom. R.  
v. B. (R.)*), 181 C.C.C. (3d) 169, 179 O.A.C. 137,  
[2003] O.J. No. 4589 (QL), quashing the accused's  
conviction for sexual offences and ordering a new  
trial. Appeal dismissed.*Shelley Hallett*, for the appellant.*Nicholas A. Xynnis*, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT — As the majority judgment of the  
Ontario Court of Appeal points out, the trial judge  
did not have the benefit of this Court's reasons in  
*R. v. Handy*, [2002] 2 S.C.R. 908, 2002 SCC 56.  
The Court is in agreement with the judgment of the  
majority of the Court of Appeal: (2003), 68 O.R.  
(3d) 75. The appeal is dismissed and the order for a  
new trial confirmed.**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Randolph Blake** *Intimé***RÉPERTORIÉ : R. c. BLAKE****Référence neutre : 2004 CSC 69.**

N° du greffe : 30098.

2004 : 15 octobre; 2004 : 29 octobre.

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

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

*Droit criminel — Preuve — Preuve de faits simi-  
laires — Admissibilité — Infractions d'ordre sexuel.***Jurisprudence****Arrêt mentionné :** *R. c. Handy*, [2002] 2 R.C.S. 908,  
2002 CSC 56.POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de  
l'Ontario (2003), 68 O.R. (3d) 75 (*sub nom. R. c.  
B. (R.)*), 181 C.C.C. (3d) 169, 179 O.A.C. 137,  
[2003] O.J. No. 4589 (QL), annulant la déclaration  
de culpabilité de l'accusé pour infractions d'ordre  
sexuel et ordonnant un nouveau procès. Pourvoi  
rejeté.*Shelley Hallett*, pour l'appelante.*Nicholas A. Xynnis*, pour l'intimé.

Version française du jugement rendu par

LA COUR — Comme le soulignent les juges  
majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario, le  
juge du procès ne bénéficiait pas des motifs rédigés  
par notre Cour dans l'affaire *R. c. Handy*, [2002] 2  
R.C.S. 908, 2002 CSC 56. La Cour souscrit à l'arrêt  
majoritaire de la Cour d'appel : (2003), 68 O.R. (3d)  
75. Le pourvoi est rejeté et l'ordonnance de nouveau  
procès est confirmée.

*Appeal dismissed.*

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

*Solicitor for the respondent: Nicholas A. Xynnis, Toronto.*

*Pourvoi rejeté.*

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

*Procureur de l'intimé : Nicholas A. Xynnis, Toronto.*

**Glen Thomas Saunders** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent***INDEXED AS: R. v. SAUNDERS****Neutral citation: 2004 SCC 70.**

File No.: 30128.

2004: November 5.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Deschamps, Fish and Abella JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR*Criminal law — Search and seizure — Search warrant — Whether search warrant validly issued.*

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (2003), 232 Nfld. & P.E.I.R. 22, 690 A.P.R. 22, 181 C.C.C. (3d) 268, [2003] N.J. No. 309 (QL), 2003 NLCA 63, setting aside a decision of the Provincial Court, [2002] N.J. No. 159 (QL), acquitting the accused on a charge of possession of a controlled substance for the purpose of trafficking. Appeal dismissed.

*Robin Reid*, for the appellant.*James C. Martin* and *Robert W. Hubbard*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE — We agree with the majority of the Court of Appeal that there was sufficient material before the Justice of the Peace to support the issuance of the search warrant.

The appeal is dismissed and the order of the Court of Appeal affirmed.

**Glen Thomas Saunders** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée***RÉPERTORIÉ : R. c. SAUNDERS****Référence neutre : 2004 CSC 70.**

N° du greffe : 30128.

2004 : 5 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE  
TERRE-NEUVE-ET-LABRADOR*Droit criminel — Perquisition et saisie — Mandat de perquisition — Le mandat de perquisition a-t-il été valablement délivré?*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (2003), 232 Nfld. & P.E.I.R. 22, 690 A.P.R. 22, 181 C.C.C. (3d) 268, [2003] N.J. No. 309 (QL), 2003 NLCA 63, qui a infirmé un jugement de la Cour provinciale, [2002] N.J. No. 159 (QL), qui avait acquitté l'accusé de possession d'une substance désignée en vue d'en faire le trafic. Pourvoi rejeté.

*Robin Reid*, pour l'appelant.*James C. Martin* et *Robert W. Hubbard*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LA JUGE EN CHEF — Nous sommes d'accord avec les juges majoritaires de la Cour d'appel que les éléments de preuve présentés au juge de paix suffisaient pour appuyer la délivrance du mandat de perquisition.

L'appel est rejeté et l'ordonnance de la Cour d'appel est confirmée.

*Appeal dismissed.*

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

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Halifax.*

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelant : Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission, St. John's.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général du Canada, Halifax.*



**Stewart Roy Smith** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. SMITH**

**Neutral citation: 2004 SCC 71.**

File No.: 30049.

2004: November 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Sexual assault — Evidence — Misapprehension by trial judge of DNA evidence — Accused conviction vacated and new trial ordered.*

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (2003), 339 A.R. 106, 312 W.A.C. 106, [2003] A.J. No. 1320 (QL), 2003 ABCA 308, upholding the accused's conviction for sexual assault. Appeal allowed.

*Brian E. Devlin, Q.C.*, for the appellant.

*David C. Marriott*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

FISH J. — The trial judge and, indeed, counsel for both sides, assumed that the complainant's DNA on cutting 6-1 was found on the inside of the appellant's trousers. It now appears that there is nothing in the record to support the trial judge's finding in this regard.

Moreover, it appears from the reasons of the trial judge that, but for the presumed presence of complainant's DNA on the inside of the appellant's trousers, he would have been left with a reasonable doubt as to the appellant's guilt.

**Stewart Roy Smith** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. SMITH**

**Référence neutre : 2004 CSC 71.**

N<sup>o</sup> du greffe : 30049.

2004 : 12 novembre.

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

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

*Droit criminel — Agression sexuelle — Preuve — Preuve relative à l'ADN mal interprétée par le juge du procès — Déclaration de culpabilité annulée et nouveau procès ordonné.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (2003), 339 A.R. 106, 312 W.A.C. 106, [2003] A.J. No. 1320 (QL), 2003 ABCA 308, qui a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé pour agression sexuelle. Pourvoi accueilli.

*Brian E. Devlin, c.r.*, pour l'appellant.

*David C. Marriott*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE FISH — Le juge du procès et, en fait, les avocats des deux parties, ont supposé que l'ADN de la plaignante sur le prélèvement 6-1 a été trouvé à l'intérieur du pantalon de l'appellant. Il semble maintenant qu'aucun élément du dossier n'appuie la conclusion du juge du procès à cet égard.

En outre, il ressort des motifs du juge du procès que, n'eût été la présence présumée de l'ADN de la plaignante à l'intérieur du pantalon de l'appellant, le juge aurait entretenu un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'appellant.

3 Berger J.A., dissenting in the Court of Appeal, would have allowed the appeal largely on account of the trial judge's misapprehension of the DNA evidence, and he would have ordered a new trial. We share that view of the matter.

4 Accordingly, the appeal is allowed; the judgment of the Court of Appeal is set aside; the appellant's conviction is vacated; and a new trial is ordered.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: O'Brien Devlin Markey MacLeod, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: Alberta Justice, Edmonton.*

Le juge Berger, dissident en Cour d'appel, aurait accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès principalement parce que le juge du procès avait mal interprété la preuve relative à l'ADN. Nous partageons cette opinion.

En conséquence, le pourvoi est accueilli, le jugement de la Cour d'appel est infirmé, la condamnation de l'appelant est annulée et un nouveau procès est ordonné.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelant : O'Brien Devlin Markey MacLeod, Calgary.*

*Procureur de l'intimée : Alberta Justice, Edmonton.*

**David Zurowski** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. ZUROWSKI**

**Neutral citation: 2004 SCC 72.**

File No.: 30074.

2004: November 12.\*

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Evidence — Eyewitness identification — Accused convicted of driving offences — Accused's convictions set aside and acquittals entered given frailties of identification evidence.*

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (2003), 20 Alta. L.R. (4th) 223, 339 A.R. 233, 312 W.A.C. 233, 19 C.R. (6th) 166, 44 M.V.R. (4th) 39, [2004] 6 W.W.R. 483, [2003] A.J. No. 1342 (QL), 2003 ABCA 315, upholding the accused's convictions for dangerous driving causing bodily harm, driving while disqualified and failing to stop at the scene of an accident. Appeal allowed.

*Alexander D. Pringle, Q.C., and Dino Bottos, for the appellant.*

*Arnold Schlayer, for the respondent.*

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE — We are all of the view that given the frailties of the identification evidence in this case, the appeal must be allowed and acquittals are entered.

\* Revised November 16, 2004.

**David Zurowski** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. ZUROWSKI**

**Référence neutre : 2004 CSC 72.**

N<sup>o</sup> du greffe : 30074.

2004 : 12 novembre\*.

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

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

*Droit criminel — Preuve — Identification par témoin oculaire — Accusé déclaré coupable d'infractions relatives à la conduite automobile — Déclarations de culpabilité annulées et acquittements inscrits vu la faiblesse de la preuve d'identification.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (2003), 20 Alta. L.R. (4th) 223, 339 A.R. 233, 312 W.A.C. 233, 19 C.R. (6th) 166, 44 M.V.R. (4th) 39, [2004] 6 W.W.R. 483, [2003] A.J. No. 1342 (QL), 2003 ABCA 315, qui a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé pour conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles, conduite pendant une interdiction et défaut de s'arrêter lors d'un accident. Pourvoi accueilli.

*Alexander D. Pringle, c.r., et Dino Bottos, pour l'appellant.*

*Arnold Schlayer, pour l'intimée.*

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LA JUGE EN CHEF — Nous sommes tous d'avis qu'en raison de la faiblesse de la preuve d'identification en l'espèce, le pourvoi doit être accueilli et des acquittements doivent être inscrits.

\* Révisé le 16 novembre 2004.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Pringle & Associates,  
Edmonton.*

*Solicitor for the respondent: Department of  
Justice, Edmonton.*

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelant : Pringle & Associates,  
Edmonton.*

*Procureur de l'intimée : Ministère de la Justice,  
Edmonton.*

**Minister of Forests and Attorney  
General of British Columbia  
on behalf of Her Majesty The Queen  
in Right of the Province  
of British Columbia** *Appellants*

v.

**Council of the Haida Nation and  
Guujaaw, on their own behalf  
and on behalf of all members of the  
Haida Nation** *Respondents*

and between

**Weyerhaeuser Company Limited** *Appellant*

v.

**Council of the Haida Nation and  
Guujaaw, on their own behalf  
and on behalf of all members of the  
Haida Nation** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada,  
Attorney General of Ontario,  
Attorney General of Quebec,  
Attorney General of Nova Scotia,  
Attorney General for Saskatchewan,  
Attorney General of Alberta,  
Squamish Indian Band and  
Lax-kw'alaams Indian Band,  
Haisla Nation, First Nations Summit,  
Dene Tha' First Nation,  
Tenimgyet, aka Art Matthews,  
Gitxsan Hereditary Chief, Business  
Council of British Columbia,  
Aggregate Producers Association  
of British Columbia, British Columbia  
and Yukon Chamber of Mines,  
British Columbia Chamber of Commerce,  
Council of Forest Industries, Mining  
Association of British Columbia,**

**Ministre des Forêts et procureur  
général de la Colombie-Britannique  
au nom de Sa Majesté la Reine du  
chef de la province de la  
Colombie-Britannique** *Appellants*

c.

**Conseil de la Nation haïda et  
Guujaaw, en leur propre nom et  
au nom des membres de la  
Nation haïda** *Intimés*

et entre

**Weyerhaeuser Company Limited** *Appelante*

c.

**Conseil de la Nation haïda et  
Guujaaw, en leur propre nom et  
au nom des membres de la  
Nation haïda** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada,  
procureur général de l'Ontario,  
procureur général du Québec,  
procureur général de la  
Nouvelle-Écosse, procureur général  
de la Saskatchewan, procureur  
général de l'Alberta, Bande indienne  
de Squamish et Bande indienne  
des Lax-kw'alaams, Nation haisla,  
Sommet des Premières nations,  
Première nation Dene Tha', Tenimgyet,  
aussi connu sous le nom  
d'Art Matthews, chef héréditaire  
Gitxsan, Business Council of  
British Columbia, Aggregate Producers  
Association of British Columbia,  
British Columbia and Yukon Chamber of  
Mines, British Columbia  
Chamber of Commerce, Council of**

**British Columbia Cattlemen's Association  
and Village of Port Clements *Intervenors***

**INDEXED AS: HAIDA NATION v. BRITISH COLUMBIA  
(MINISTER OF FORESTS)**

**Neutral citation: 2004 SCC 73.**

File No.: 29419.

2004: March 24; 2004: November 18.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA**

*Crown — Honour of Crown — Duty to consult and  
accommodate Aboriginal peoples — Whether Crown  
has duty to consult and accommodate Aboriginal peo-  
ples prior to making decisions that might adversely  
affect their as yet unproven Aboriginal rights and title  
claims — Whether duty extends to third party.*

For more than 100 years, the Haida people have claimed title to all the lands of Haida Gwaii and the waters surrounding it, but that title has not yet been legally recognized. The Province of British Columbia issued a "Tree Farm License" (T.F.L. 39) to a large forestry firm in 1961, permitting it to harvest trees in an area of Haida Gwaii designated as Block 6. In 1981, 1995 and 2000, the Minister replaced T.F.L. 39, and in 1999, the Minister approved a transfer of T.F.L. 39 to Weyerhaeuser Co. The Haida challenged in court these replacements and the transfer, which were made without their consent and, since at least 1994, over their objections. They asked that the replacements and transfer be set aside. The chambers judge dismissed the petition, but found that the government had a moral, not a legal, duty to negotiate with the Haida. The Court of Appeal reversed the decision, declaring that both the government and Weyerhaeuser Co. have a duty to consult with and accommodate the Haida with respect to harvesting timber from Block 6.

**Held:** The Crown's appeal should be dismissed. Weyerhaeuser Co.'s appeal should be allowed.

While it is open to the Haida to seek an interlocutory injunction, they are not confined to that remedy, which

**Forest Industries, Mining Association  
of British Columbia, British Columbia  
Cattlemen's Association et Village de Port  
Clements *Intervenants***

**RÉPERTORIÉ : NATION HAÏDA c. COLOMBIE-  
BRITANNIQUE (MINISTRE DES FORÊTS)**

**Référence neutre : 2004 CSC 73.**

N° du greffe : 29419.

2004 : 24 mars; 2004 : 18 novembre.

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

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

*Couronne — Honneur de la Couronne — Obligation  
de consulter les peuples autochtones et de trouver des  
accommodements à leurs préoccupations — La Cou-  
ronne a-t-elle envers les peuples autochtones une  
obligation de consultation et d'accommodement avant  
de prendre une décision susceptible d'avoir un effet  
préjudiciable sur des revendications de droits et titres  
ancestraux non encore prouvées? — L'obligation vise-t-  
elle aussi les tiers?*

Depuis plus de 100 ans, les Haïda revendiquent un titre sur les terres des îles Haïda Gwaii et les eaux les entourant; ce titre n'a pas encore été juridiquement reconnu. En 1961, la province de la Colombie-Britannique a délivré à une grosse compagnie forestière une « concession de ferme forestière » (CFF 39) l'autorisant à récolter des arbres dans la région des îles Haïda Gwaii connue sous le nom de Bloc 6. En 1981, en 1995 et en l'an 2000, le ministre a remplacé la CFF 39 et en 1999 il a autorisé la cession de la CFF 39 à Weyerhaeuser Co. Les Haïda ont contesté devant les tribunaux ces remplacements et cette cession, qui ont été effectués sans leur consentement et, depuis 1994 au moins, en dépit de leurs objections. Ils demandent leur annulation. Le juge en son cabinet a rejeté la demande, mais a conclu que le gouvernement a l'obligation morale, mais non légale, de négocier avec les Haïda. La Cour d'appel a infirmé cette décision, déclarant que le gouvernement et Weyerhaeuser Co. ont tous deux l'obligation de consulter les Haïda et de trouver des accommodements à leurs préoccupations.

**Arrêt :** Le pourvoi de la Couronne est rejeté. Le pourvoi de Weyerhaeuser Co. est accueilli.

Il est loisible aux Haïda de demander une injonction interlocutoire, mais ce n'est pas leur seul recours. Par

may fail to adequately take account of their interests prior to final determination thereof. If they can prove a special obligation giving rise to a duty to consult or accommodate, they are free to pursue other available remedies.

The government's duty to consult with Aboriginal peoples and accommodate their interests is grounded in the principle of the honour of the Crown, which must be understood generously. While the asserted but unproven Aboriginal rights and title are insufficiently specific for the honour of the Crown to mandate that the Crown act as a fiduciary, the Crown, acting honourably, cannot cavalierly run roughshod over Aboriginal interests where claims affecting these interests are being seriously pursued in the process of treaty negotiation and proof. The duty to consult and accommodate is part of a process of fair dealing and reconciliation that begins with the assertion of sovereignty and continues beyond formal claims resolution. The foundation of the duty in the Crown's honour and the goal of reconciliation suggest that the duty arises when the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it. Consultation and accommodation before final claims resolution preserve the Aboriginal interest and are an essential corollary to the honourable process of reconciliation that s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, demands.

The scope of the duty is proportionate to a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right or title, and to the seriousness of the potentially adverse effect upon the right or title claimed. The Crown is not under a duty to reach an agreement; rather, the commitment is to a meaningful process of consultation in good faith. The content of the duty varies with the circumstances and each case must be approached individually and flexibly. The controlling question in all situations is what is required to maintain the honour of the Crown and to effect reconciliation between the Crown and the Aboriginal people with respect to the interests at stake. The effect of good faith consultation may be to reveal a duty to accommodate. Where accommodation is required in making decisions that may adversely affect as yet unproven Aboriginal rights and title claims, the Crown must balance Aboriginal concerns reasonably

ailleurs, il est possible que l'injonction interlocutoire ne tienne pas suffisamment compte de leurs intérêts avant qu'une décision définitive soit rendue au sujet de ceux-ci. S'ils sont en mesure d'établir l'existence d'une obligation particulière donnant naissance à l'obligation de consulter ou d'accommoder, ils sont libres de demander l'application de ces mesures.

L'obligation du gouvernement de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements à leurs intérêts découle du principe de l'honneur de la Couronne, auquel il faut donner une interprétation généreuse. Bien que les droits et titre ancestraux revendiqués, mais non encore définis ou prouvés, ne soient pas suffisamment précis pour que l'honneur de la Couronne oblige celle-ci à agir comme fiduciaire, cette dernière, si elle entend agir honorablement, ne peut traiter cavalièrement les intérêts autochtones qui font l'objet de revendications sérieuses dans le cadre du processus de négociation et d'établissement d'un traité. L'obligation de consulter et d'accommoder fait partie intégrante du processus de négociation honorable et de conciliation qui débute au moment de l'affirmation de la souveraineté et se poursuit au-delà de la reconnaissance formelle des revendications. L'objectif de conciliation ainsi que l'obligation de consultation, laquelle repose sur l'honneur de la Couronne, tendent à indiquer que cette obligation prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci. La prise de mesures de consultation et d'accommodement avant le règlement définitif d'une revendication permet de protéger les intérêts autochtones et constitue même un aspect essentiel du processus honorable de conciliation imposé par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'étendue de l'obligation dépend de l'évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l'existence du droit ou du titre revendiqué, et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le titre. La Couronne n'a pas l'obligation de parvenir à une entente mais plutôt de mener de bonne foi de véritables consultations. Le contenu de l'obligation varie selon les circonstances et il faut procéder au cas par cas. La question décisive dans toutes les situations consiste à déterminer ce qui est nécessaire pour préserver l'honneur de la Couronne et pour concilier les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones. Des consultations menées de bonne foi peuvent faire naître l'obligation d'accommodement. Lorsque des mesures d'accommodement sont nécessaires lors de la prise d'une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des revendications de droits et de titre ancestraux non encore prouvées, la Couronne doit établir un équilibre

with the potential impact of the decision on the asserted right or title and with other societal interests.

Third parties cannot be held liable for failing to discharge the Crown's duty to consult and accommodate. The honour of the Crown cannot be delegated, and the legal responsibility for consultation and accommodation rests with the Crown. This does not mean, however, that third parties can never be liable to Aboriginal peoples.

Finally, the duty to consult and accommodate applies to the provincial government. At the time of the Union, the Provinces took their interest in land subject to any interest other than that of the Province in the same. Since the duty to consult and accommodate here at issue is grounded in the assertion of Crown sovereignty which pre-dated the Union, the Province took the lands subject to this duty.

The Crown's obligation to consult the Haida on the replacement of T.F.L. 39 was engaged in this case. The Haida's claims to title and Aboriginal right to harvest red cedar were supported by a good *prima facie* case, and the Province knew that the potential Aboriginal rights and title applied to Block 6, and could be affected by the decision to replace T.F.L. 39. T.F.L. decisions reflect strategic planning for utilization of the resource and may have potentially serious impacts on Aboriginal rights and titles. If consultation is to be meaningful, it must take place at the stage of granting or renewing T.F.L.'s. Furthermore, the strength of the case for both the Haida's title and their right to harvest red cedar, coupled with the serious impact of incremental strategic decisions on those interests, suggest that the honour of the Crown may also require significant accommodation to preserve the Haida's interest pending resolution of their claims.

### Cases Cited

**Applied:** *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; **referred to:** *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2002] 4 S.C.R. 245, 2002 SCC 79; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *R. v. Gladstone*, [1996]

raisonnable entre les préoccupations des Autochtones, d'une part, et l'incidence potentielle de la décision sur le droit ou titre revendiqué et les autres intérêts sociétaux, d'autre part.

Les tiers ne peuvent être jugés responsables de ne pas avoir rempli l'obligation de consultation et d'accommodement qui incombe à la Couronne. Le respect du principe de l'honneur de la Couronne ne peut être délégué, et la responsabilité juridique en ce qui a trait à la consultation et à l'accommodement incombe à la Couronne. Toutefois, cela ne signifie pas que des tiers ne peuvent jamais être tenus responsables envers des peuples autochtones.

Enfin, l'obligation de consultation et d'accommodement s'applique au gouvernement provincial. Les intérêts acquis par la province sur les terres lors de l'Union sont subordonnés à tous intérêts autres que ceux que peut y avoir la province. Comme l'obligation de consulter et d'accommoder qui est en litige dans la présente affaire est fondée sur l'affirmation par la province, avant l'Union, de sa souveraineté sur le territoire visé, la province a acquis les terres sous réserve de cette obligation.

En l'espèce, la Couronne avait l'obligation de consulter les Haïda au sujet du remplacement de la CFF 39. Les revendications par les Haïda du titre et du droit ancestral de récolter du cèdre rouge étaient étayées par une preuve à première vue valable, et la province savait que les droits et titre ancestraux potentiels visaient le Bloc 6 et qu'ils pouvaient être touchés par la décision de remplacer la CFF 39. Les décisions rendues à l'égard des CFF reflètent la planification stratégique touchant l'utilisation de la ressource en cause et risquent d'avoir des conséquences graves sur les droits ou titres ancestraux. Pour que les consultations soient utiles, elles doivent avoir lieu à l'étape de l'octroi ou du renouvellement de la CFF. De plus, la solidité de la preuve étayant l'existence d'un titre haïda et d'un droit haïda autorisant la récolte du cèdre rouge, conjuguée aux répercussions sérieuses sur ces intérêts des décisions stratégiques successives, indique que l'honneur de la Couronne pourrait bien commander des mesures d'accommodement substantielles pour protéger les intérêts des Haïda en attendant que leurs revendications soient réglées.

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; **arrêts mentionnés :** *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, 2002 CSC 79; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Nikal*, [1996] 1



2 S.C.R. 723; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *TransCanada Pipelines Ltd. v. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403; *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33; *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*, [1997] 4 C.N.L.R. 45, aff'd [1999] 4 C.N.L.R. 1; *Heiltsuk Tribal Council v. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)* (2003), 19 B.C.L.R. (4th) 107; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC 55; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748.

#### Statutes and Regulations Cited

*Constitution Act, 1867*, s. 109.  
*Constitution Act, 1982*, s. 35.  
*Forest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 157.  
*Forestry Revitalization Act*, S.B.C. 2003, c. 17.

#### Authors Cited

*Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, "accommodate", "accommodation".  
 Hunter, John J. L. "Advancing Aboriginal Title Claims after *Delgamuukw*: The Role of the Injunction". Continuing Legal Education Conference on Litigating Aboriginal Title, June 2000.  
 Isaac, Thomas, and Anthony Knox. "The Crown's Duty to Consult Aboriginal People" (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49.  
 Lawrence, Sonia, and Patrick Macklem. "From Consultation to Reconciliation: Aboriginal Rights and the Crown's Duty to Consult" (2000), 79 *Can. Bar Rev.* 252.  
 New Zealand. Ministry of Justice. *A Guide for Consultation with Māori*. Wellington: The Ministry, 1997.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal, [2002] 6 W.W.R. 243, 164 B.C.A.C. 217, 268 W.A.C. 217, 99 B.C.L.R. (3d) 209, 44 C.E.L.R. (N.S.) 1, [2002] 2 C.N.L.R. 121, [2002] B.C.J. No. 378 (QL), 2002 BCCA 147,

R.C.S. 1013; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *TransCanada Pipelines Ltd. c. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403; *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33; *Halfway River First Nation c. British Columbia (Ministry of Forests)*, [1997] 4 C.N.L.R. 45, conf. par [1999] 4 C.N.L.R. 1; *Heiltsuk Tribal Council c. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)* (2003), 19 B.C.L.R. (4th) 107; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748.

#### Lois et règlements cités

*Forest Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 157.  
*Forestry Revitalization Act*, S.B.C. 2003, ch. 17.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 109.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35.

#### Doctrine citée

Hunter, John J. L. « Advancing Aboriginal Title Claims after *Delgamuukw* : The Role of the Injunction ». Continuing Legal Education Conference on Litigating Aboriginal Title, June 2000.  
 Imbs, Paul, dir. *Trésor de la langue française, dictionnaire de la langue du XIX<sup>e</sup> et du XX<sup>e</sup> siècle (1789-1960)*, t. 1. Paris : Centre national de la recherche scientifique, 1971, « accommodement », « accommoder ».  
 Isaac, Thomas, and Anthony Knox. « The Crown's Duty to Consult Aboriginal People » (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49.  
 Lawrence, Sonia, and Patrick Macklem. « From Consultation to Reconciliation : Aboriginal Rights and the Crown's Duty to Consult » (2000), 79 *R. du B. can.* 252.  
 Nouvelle-Zélande. Ministry of Justice. *A Guide for Consultation with Māori*. Wellington : The Ministry, 1997.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, [2002] 6 W.W.R. 243, 164 B.C.A.C. 217, 268 W.A.C. 217, 99 B.C.L.R. (3d) 209, 44 C.E.L.R. (N.S.) 1, [2002] 2 C.N.L.R. 121, [2002] B.C.J. No. 378 (QL), 2002 BCCA 147, avec motifs

with supplementary reasons (2002), 216 D.L.R. (4th) 1, [2002] 10 W.W.R. 587, 172 B.C.A.C. 75, 282 W.A.C. 75, 5 B.C.L.R. (4th) 33, [2002] 4 C.N.L.R. 117, [2002] B.C.J. No. 1882 (QL), 2002 BCCA 462, reversing a decision of the British Columbia Supreme Court (2000), 36 C.E.L.R. (N.S.) 155, [2001] 2 C.N.L.R. 83, [2000] B.C.J. No. 2427 (QL), 2000 BCSC 1280. Appeal by the Crown dismissed. Appeal by Weyerhaeuser Co. allowed.

*Paul J. Pearlman, Q.C., and Kathryn L. Kickbush*, for the appellants the Minister of Forests and the Attorney General of British Columbia on behalf of Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia.

*John J. L. Hunter, Q.C., and K. Michael Stephens*, for the appellant Weyerhaeuser Company Limited.

*Louise Mandell, Q.C., Michael Jackson, Q.C., Terri-Lynn Williams-Davidson, Gidfahl Gudslaaay and Cheryl Y. Sharvit*, for the respondents.

*Mitchell R. Taylor and Brian McLaughlin*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*E. Ria Tzimas and Mark Crow*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Pierre-Christian Labeau*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Written submissions only by *Alexander MacBain Cameron*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

*Graeme G. Mitchell, Q.C., and P. Mitch McAdam*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*Stanley H. Rutwind and Kurt Sandstrom*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Gregory J. McDade, Q.C., and John R. Rich*, for the interveners the Squamish Indian Band and the Lax-kw'alaams Indian Band.

*Allan Donovan*, for the intervener the Haisla Nation.

supplémentaires (2002), 216 D.L.R. (4th) 1, [2002] 10 W.W.R. 587, 172 B.C.A.C. 75, 282 W.A.C. 75, 5 B.C.L.R. (4th) 33, [2002] 4 C.N.L.R. 117, [2002] B.C.J. No. 1882 (QL), 2002 BCCA 462, qui a infirmé une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (2000), 36 C.E.L.R. (N.S.) 155, [2001] 2 C.N.L.R. 83, [2000] B.C.J. No. 2427 (QL), 2000 BCSC 1280. Pourvoi de la Couronne rejeté. Pourvoi de Weyerhaeuser Co. accueilli.

*Paul J. Pearlman, c.r., et Kathryn L. Kickbush*, pour les appelants le ministre des Forêts et le procureur général de la Colombie-Britannique au nom de Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique.

*John J. L. Hunter, c.r., et K. Michaël Stephens*, pour l'appelante Weyerhaeuser Company Limited.

*Louise Mandell, c.r., Michael Jackson, c.r., Terri-Lynn Williams-Davidson, Gidfahl Gudslaaay et Cheryl Y. Sharvit*, pour les intimés.

*Mitchell R. Taylor et Brian McLaughlin*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*E. Ria Tzimas et Mark Crow*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Pierre-Christian Labeau*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Argumentation écrite seulement par *Alexander MacBain Cameron*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

*Graeme G. Mitchell, c.r., et P. Mitch McAdam*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Stanley H. Rutwind et Kurt Sandstrom*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Gregory J. McDade, c.r., et John R. Rich*, pour les intervenantes la Bande indienne de Squamish et la Bande indienne des Lax-kw'alaams.

*Allan Donovan*, pour l'intervenante la Nation haisla.

*Hugh M. G. Braker, Q.C., Anja Brown, Arthur C. Pape and Jean Teillet*, for the intervener the First Nations Summit.

*Robert C. Freedman*, for the intervener the Dene Tha' First Nation.

*Robert J. M. Janes and Dominique Nouvet*, for the intervener Tenimgyet, aka Art Matthews, Gitxsan Hereditary Chief.

*Charles F. Willms and Kevin O'Callaghan*, for the interveners the Business Council of British Columbia, the Aggregate Producers Association of British Columbia, the British Columbia and Yukon Chamber of Mines, the British Columbia Chamber of Commerce, the Council of Forest Industries and the Mining Association of British Columbia.

*Thomas F. Isaac*, for the intervener the British Columbia Cattlemen's Association.

*Stuart A. Rush, Q.C.*, for the intervener the Village of Port Clements.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

## I. Introduction

To the west of the mainland of British Columbia lie the Queen Charlotte Islands, the traditional homeland of the Haida people. Haida Gwaii, as the inhabitants call it, consists of two large islands and a number of smaller islands. For more than 100 years, the Haida people have claimed title to all the lands of the Haida Gwaii and the waters surrounding it. That title is still in the claims process and has not yet been legally recognized.

The islands of Haida Gwaii are heavily forested. Spruce, hemlock and cedar abound. The most important of these is the cedar which, since time immemorial, has played a central role in the economy and culture of the Haida people. It is from cedar that they made their ocean-going canoes, their clothing, their utensils and the totem poles that guarded their

*Hugh M. G. Braker, c.r., Anja Brown, Arthur C. Pape et Jean Teillet*, pour l'intervenant le Sommet des Premières nations.

*Robert C. Freedman*, pour l'intervenante la Première nation Dene Tha'.

*Robert J. M. Janes et Dominique Nouvet*, pour l'intervenant Tenimgyet, aussi connu sous le nom d'Art Matthews, chef héréditaire Gitxsan.

*Charles F. Willms et Kevin O'Callaghan*, pour les intervenants Business Council of British Columbia, Aggregate Producers Association of British Columbia, British Columbia and Yukon Chamber of Mines, British Columbia Chamber of Commerce, Council of Forest Industries et Mining Association of British Columbia.

*Thomas F. Isaac*, pour l'intervenante British Columbia Cattlemen's Association.

*Stuart A. Rush, c.r.*, pour l'intervenant le village de Port Clements.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

## I. Introduction

À l'ouest de la partie continentale de la Colombie-Britannique s'étendent les îles de la Reine-Charlotte, patrie traditionnelle des Haïda. Les îles Haïda Gwaii, comme leurs habitants les appellent, se composent de deux grandes îles et de plusieurs petites îles. Depuis plus de 100 ans, les Haïda revendiquent un titre sur les terres des îles Haïda Gwaii et les eaux les entourant. Ce titre en est toujours à l'étape de la revendication et n'a pas encore été juridiquement reconnu.

Les îles Haïda Gwaii sont densément boisées. L'épinette, la pruche et le cèdre y foisonnent. Le plus important de ces arbres est le cèdre, qui, depuis des temps immémoriaux, joue un rôle central dans l'économie et la culture des Haïda. C'est à partir du cèdre qu'ils fabriquaient leurs canots maritimes, leurs vêtements, leurs ustensiles et les totems qui

lodges. The cedar forest remains central to their life and their conception of themselves.

protégeaient leurs habitations. La forêt de cèdres demeure essentielle à leur vie et à la conception qu'ils se font d'eux-mêmes.

3 The forests of Haida Gwaii have been logged since before the First World War. Portions of the island have been logged off. Other portions bear second-growth forest. In some areas, old-growth forests can still be found.

Les forêts des îles Haïda Gwaii étaient déjà exploitées avant la Première Guerre mondiale. Certaines parties du territoire ont été coupées à blanc. D'autres sont occupées par une forêt secondaire. Dans certaines régions, on peut encore trouver de vieilles forêts.

4 The Province of British Columbia continues to issue licences to cut trees on Haida Gwaii to forestry companies. The modern name for these licenses are Tree Farm Licences, or T.F.L.'s. Such a licence is at the heart of this litigation. A large forestry firm, MacMillan Bloedel Limited acquired T.F.L. 39 in 1961, permitting it to harvest trees in an area designated as Block 6. In 1981, 1995 and 2000, the Minister replaced T.F.L. 39 pursuant to procedures set out in the *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 157. In 1999, the Minister approved a transfer of T.F.L. 39 to Weyerhaeuser Company Limited ("Weyerhaeuser"). The Haida people challenged these replacements and the transfer, which were made without their consent and, since at least 1994, over their objections. Nevertheless, T.F.L. 39 continued.

La province de la Colombie-Britannique continue de délivrer à des compagnies forestières des permis de coupe autorisant l'abattage d'arbres sur les îles Haïda Gwaii. Ce sont ces permis, maintenant appelés [TRADUCTION] « concessions de ferme forestière » (« CFF »), qui sont au cœur du présent litige. En 1961, MacMillan Bloedel Limited, une grosse compagnie forestière, a obtenu la CFF 39, qui lui permettait de récolter des arbres dans la région connue sous le nom de « Bloc 6 ». En 1981, en 1995 et en l'an 2000, le ministre a remplacé la CFF 39 conformément à la procédure prévue par la *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 157. En 1999, il a autorisé la cession de la CFF 39 à Weyerhaeuser Company Limited (« Weyerhaeuser »). Les Haïda ont contesté ces remplacements et cette cession, qui ont été effectués sans leur consentement et, depuis 1994 au moins, en dépit de leurs objections. La CFF 39 est cependant restée en vigueur.

5 In January of 2000, the Haida people launched a lawsuit objecting to the three replacement decisions and the transfer of T.F.L. 39 to Weyerhaeuser and asking that they be set aside. They argued legal encumbrance, equitable encumbrance and breach of fiduciary duty, all grounded in their assertion of Aboriginal title.

En janvier 2000, les Haïda ont engagé une procédure par laquelle ils s'opposent aux trois remplacements et à la cession de la CFF 39 à Weyerhaeuser, et demandent leur annulation. Invoquant l'existence d'un titre ancestral, ils ont plaidé grèvement en common law, grèvement en equity et manquement à l'obligation de fiduciaire.

6 This brings us to the issue before this Court. The government holds legal title to the land. Exercising that legal title, it has granted Weyerhaeuser the right to harvest the forests in Block 6 of the land. But the Haida people also claim title to the land — title which they are in the process of trying to prove — and object to the harvesting of the forests on Block 6 as proposed in T.F.L. 39. In this situation, what duty if any does the government owe the

Cela nous amène à la question dont la Cour est saisie. Le gouvernement détient le titre en common law sur les terres en question. Dans l'exercice des pouvoirs que lui confère ce titre, il a accordé à Weyerhaeuser le droit d'exploiter les forêts du Bloc 6. Mais les Haïda prétendent également détenir un titre sur ces terres — titre dont ils tentent actuellement d'établir l'existence — et s'opposent à l'exploitation des forêts du Bloc 6 prévue par la

Haida people? More concretely, is the government required to consult with them about decisions to harvest the forests and to accommodate their concerns about what if any forest in Block 6 should be harvested before they have proven their title to land and their Aboriginal rights?

The stakes are huge. The Haida argue that absent consultation and accommodation, they will win their title but find themselves deprived of forests that are vital to their economy and their culture. Forests take generations to mature, they point out, and old-growth forests can never be replaced. The Haida's claim to title to Haida Gwaii is strong, as found by the chambers judge. But it is also complex and will take many years to prove. In the meantime, the Haida argue, their heritage will be irretrievably despoiled.

The government, in turn, argues that it has the right and responsibility to manage the forest resource for the good of all British Columbians, and that until the Haida people formally prove their claim, they have no legal right to be consulted or have their needs and interests accommodated.

The chambers judge found that the government has a moral, but not a legal, duty to negotiate with the Haida people: [2001] 2 C.N.L.R. 83, 2000 BCSC 1280. The British Columbia Court of Appeal reversed this decision, holding that both the government and Weyerhaeuser have a duty to consult with and accommodate the Haida people with respect to harvesting timber from Block 6: (2002), 99 B.C.L.R. (3d) 209, 2002 BCCA 147, with supplementary reasons (2002), 5 B.C.L.R. (4th) 33, 2002 BCCA 462.

CFF 39. Dans ces circonstances, le gouvernement est-il tenu à une obligation envers les Haïda et, si oui, laquelle? De façon plus concrète, a-t-il l'obligation de consulter les Haïda avant de prendre des décisions concernant l'exploitation des forêts et de trouver des accommodements à leurs préoccupations quant à la question de savoir si les forêts du Bloc 6 peuvent être exploitées — et, dans l'affirmative, lesquelles — avant qu'ils aient pu établir l'existence de leur titre sur les terres et leurs droits ancestraux?

Les enjeux sont énormes. Les Haïda font valoir que, si on ne procède pas à ces consultation et accommodement, ils obtiendront leur titre mais se retrouveront privés de forêts qui sont vitales à leur économie et à leur culture. Il faut des générations aux forêts pour parvenir à maturité, soulignent-ils, et les vieilles forêts sont irremplaçables. Comme a conclu le juge en son cabinet, leur revendication du titre sur les îles Haïda Gwaii s'appuie sur des arguments solides. Mais elle est également complexe, et il faudra de nombreuses années pour l'établir. Les Haïda affirment qu'entre-temps ils auront été irrémédiablement dépouillés de leur héritage.

Le gouvernement, pour sa part, soutient qu'il a le droit et le devoir d'aménager les ressources forestières dans l'intérêt de tous les habitants de la Colombie-Britannique et que, tant que les Haïda n'auront pas formellement établi le bien-fondé de leur revendication, ils n'ont aucun droit à des consultations ou à des accommodements à leurs besoins et intérêts.

Le juge en son cabinet a décidé que le gouvernement a l'obligation morale, mais non légale, de négocier avec les Haïda : [2001] 2 C.N.L.R. 83, 2000 BCSC 1280. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé cette décision, déclarant que le gouvernement et Weyerhaeuser ont tous deux l'obligation de consulter les Haïda et de trouver des accommodements à leurs préoccupations en ce qui concerne la récolte de bois sur le bloc 6 : (2002), 99 B.C.L.R. (3d) 209, 2002 BCCA 147, avec motifs supplémentaires (2002), 5 B.C.L.R. (4th) 33, 2002 BCCA 462.

7

8

9

10

I conclude that the government has a legal duty to consult with the Haida people about the harvest of timber from Block 6, including decisions to transfer or replace Tree Farm Licences. Good faith consultation may in turn lead to an obligation to accommodate Haida concerns in the harvesting of timber, although what accommodation if any may be required cannot at this time be ascertained. Consultation must be meaningful. There is no duty to reach agreement. The duty to consult and, if appropriate, accommodate cannot be discharged by delegation to Weyerhaeuser. Nor does Weyerhaeuser owe any independent duty to consult with or accommodate the Haida people's concerns, although the possibility remains that it could become liable for assumed obligations. It follows that I would dismiss the Crown's appeal and allow the appeal of Weyerhaeuser.

11

This case is the first of its kind to reach this Court. Our task is the modest one of establishing a general framework for the duty to consult and accommodate, where indicated, before Aboriginal title or rights claims have been decided. As this framework is applied, courts, in the age-old tradition of the common law, will be called on to fill in the details of the duty to consult and accommodate.

## II. Analysis

### A. *Does the Law of Injunctions Govern This Situation?*

12

It is argued that the Haida's proper remedy is to apply for an interlocutory injunction against the government and Weyerhaeuser, and that therefore it is unnecessary to consider a duty to consult or accommodate. In *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, the requirements for obtaining an interlocutory injunction were reviewed. The plaintiff must establish: (1) a serious issue to be tried; (2) that irreparable harm will be

Je conclus que le gouvernement est légalement tenu de consulter les Haïda au sujet de la récolte de bois sur le bloc 6, y compris en ce qui concerne la cession ou le remplacement des CFF. Une consultation menée de bonne foi pourrait à son tour entraîner l'obligation de trouver des accommodements aux préoccupations des Haïda à propos de la récolte de bois, mais il est impossible pour le moment de préciser le genre d'accommodement qui s'impose, à supposer qu'une telle mesure soit requise. Il faut une véritable consultation. Les intéressés n'ont aucune obligation de parvenir à une entente. Le gouvernement ne peut se décharger des obligations de consultation et d'accommodement en les déléguant à Weyerhaeuser. De son côté, cette dernière n'a pas d'obligation indépendante de consulter les Haïda ou de trouver des accommodements à leurs préoccupations, bien qu'il demeure possible qu'elle soit tenue responsable à l'égard d'obligations qu'elle aurait assumées. Je suis donc d'avis de rejeter l'appel de la Couronne et d'accueillir l'appel de Weyerhaeuser.

Il s'agit de la première affaire du genre à être soumise à la Cour. Notre tâche se limite modestement à établir le cadre général d'application, dans les cas indiqués, de l'obligation de consultation et d'accommodement avant que les revendications de titre et droits ancestraux soient tranchées. Au fur et à mesure de l'application de ce cadre, les tribunaux seront appelés, conformément à la méthode traditionnelle de la common law, à préciser l'obligation de consultation et d'accommodement.

## II. Analyse

### A. *Le droit en matière d'injonction s'applique-t-il en l'espèce?*

On fait valoir que le recours approprié pour les Haïda consiste à demander une injonction interlocutoire contre le gouvernement et contre Weyerhaeuser et qu'il est en conséquence inutile d'examiner la question de l'existence de l'obligation de consulter ou d'accommoder. Dans *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, les critères à respecter pour obtenir une injonction interlocutoire ont été examinés. Le demandeur

suffered if the injunction is not granted; and (3) that the balance of convenience favours the injunction.

It is open to plaintiffs like the Haida to seek an interlocutory injunction. However, it does not follow that they are confined to that remedy. If plaintiffs can prove a special obligation giving rise to a duty to consult or accommodate, they are free to pursue these remedies. Here the Haida rely on the obligation flowing from the honour of the Crown toward Aboriginal peoples.

Interlocutory injunctions may offer only partial imperfect relief. First, as mentioned, they may not capture the full obligation on the government alleged by the Haida. Second, they typically represent an all-or-nothing solution. Either the project goes ahead or it halts. By contrast, the alleged duty to consult and accommodate by its very nature entails balancing of Aboriginal and other interests and thus lies closer to the aim of reconciliation at the heart of Crown-Aboriginal relations, as set out in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 31, and *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 186. Third, the balance of convenience test tips the scales in favour of protecting jobs and government revenues, with the result that Aboriginal interests tend to “lose” outright pending a final determination of the issue, instead of being balanced appropriately against conflicting concerns: J. J. L. Hunter, “Advancing Aboriginal Title Claims after *Delgamuukw*: The Role of the Injunction” (June 2000). Fourth, interlocutory injunctions are designed as a stop-gap remedy pending litigation of the underlying issue. Aboriginal claims litigation can be very complex and require years and even decades to resolve in the courts. An interlocutory injunction over such a long period of time might work unnecessary prejudice and may diminish incentives on the part of the successful party to compromise. While Aboriginal claims can be and are pursued through litigation, negotiation is a preferable way of reconciling state

doit établir les éléments suivants : (1) il existe une question sérieuse à juger; (2) le refus de l’injonction causera un préjudice irréparable; (3) la prépondérance des inconvénients favorise l’octroi de l’injonction.

Il est loisible à des demandeurs comme les Haïda de demander une injonction interlocutoire. Cependant, cela ne signifie pas qu’il s’agit là de leur seul recours. Si des demandeurs sont en mesure d’établir l’existence d’une obligation particulière donnant naissance à l’obligation de consulter ou d’accommoder, ils sont libres de demander l’application de ces mesures. Ici, les Haïda invoquent l’obligation découlant du principe que la Couronne doit agir honorablement envers les peuples autochtones.

L’injonction interlocutoire n’offre parfois qu’une réparation partielle et imparfaite. Premièrement, comme nous l’avons déjà mentionné, elle peut ne pas faire apparaître toute l’obligation du gouvernement, qui, selon les Haïda, incombe au gouvernement. Deuxièmement, elle représente généralement la solution du tout ou rien. Ou le projet se poursuit, ou il s’arrête. Par contre, l’obligation de consulter et d’accommoder invoquée en l’espèce nécessite, de par sa nature même, une mise en balance des intérêts autochtones et des intérêts non autochtones et se rapproche donc de l’objectif de conciliation qui est au cœur des rapports entre la Couronne et les Autochtones et qui a été énoncé dans les arrêts *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 31, et *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 186. Troisièmement, le critère de la balance des inconvénients fait pencher la balance du côté de la protection des emplois et des recettes de l’État, de sorte que les intérêts autochtones tendent à « être écartés » totalement jusqu’à ce que la question en litige ait été tranchée de façon définitive, au lieu d’être convenablement mis en balance avec les préoccupations opposées : J. J. L. Hunter, « Advancing Aboriginal Title Claims after *Delgamuukw* : The Role of the Injunction » (juin 2000). Quatrièmement, l’injonction interlocutoire est considérée comme une mesure corrective provisoire jusqu’à ce que le tribunal ait statué sur la question litigieuse fondamentale. Les affaires portant sur des revendications autochtones peuvent

13

14

and Aboriginal interests. For all these reasons, interlocutory injunctions may fail to adequately take account of Aboriginal interests prior to their final determination.

être extrêmement complexes et prendre des années, voire des décennies, avant d'être tranchées par les tribunaux. L'application d'une injonction interlocutoire pendant une si longue période pourrait causer des préjudices inutiles et pourrait inciter la partie en bénéficiant à faire moins de compromis. Même si les revendications autochtones sont et peuvent être réglées dans le cadre de litiges, il est préférable de recourir à la négociation pour concilier les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones. Pour toutes ces raisons, il est possible qu'une injonction interlocutoire ne tienne pas suffisamment compte des intérêts autochtones avant qu'une décision définitive soit rendue au sujet de ceux-ci.

15 I conclude that the remedy of interlocutory injunction does not preclude the Haida's claim. We must go further and see whether the special relationship with the Crown upon which the Haida rely gives rise to a duty to consult and, if appropriate, accommodate. In what follows, I discuss the source of the duty, when the duty arises, the scope and content of the duty, whether the duty extends to third parties, and whether it applies to the provincial government and not exclusively the federal government. I then apply the conclusions flowing from this discussion to the facts of this case.

B. *The Source of a Duty to Consult and Accommodate*

J'estime que le recours en injonction interlocutoire ne fait pas obstacle à la revendication des Haïda. Nous devons aller plus loin et décider si les rapports particuliers avec la Couronne qu'invoquent les Haïda font naître une obligation de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder. Je vais maintenant analyser la source de l'obligation, le moment où elle prend naissance, sa portée et son contenu, la question de savoir si elle vise aussi les tiers et si elle s'applique au gouvernement provincial, et non exclusivement au gouvernement fédéral. J'appliquerai ensuite les conclusions de cette analyse aux faits de l'espèce.

B. *La source de l'obligation de consulter et d'accommoder*

16 The government's duty to consult with Aboriginal peoples and accommodate their interests is grounded in the honour of the Crown. The honour of the Crown is always at stake in its dealings with Aboriginal peoples: see for example *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at para. 41; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456. It is not a mere incantation, but rather a core precept that finds its application in concrete practices.

L'obligation du gouvernement de consulter les peuples autochtones et de prendre en compte leurs intérêts découle du principe de l'honneur de la Couronne. L'honneur de la Couronne est toujours en jeu lorsque cette dernière transige avec les peuples autochtones : voir par exemple *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 41; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456. Il ne s'agit pas simplement d'une belle formule, mais d'un précepte fondamental qui peut s'appliquer dans des situations concrètes.

17 The historical roots of the principle of the honour of the Crown suggest that it must be understood generously in order to reflect the underlying realities from which it stems. In all its dealings with Aboriginal peoples, from the assertion of sovereignty to the resolution of claims and the implementation of treaties, the Crown must act

Les origines historiques du principe de l'honneur de la Couronne tendent à indiquer que ce dernier doit recevoir une interprétation généreuse afin de refléter les réalités sous-jacentes dont il découle. Dans tous ses rapports avec les peuples autochtones, qu'il s'agisse de l'affirmation de sa souveraineté, du règlement de revendications ou de la mise en œuvre



honourably. Nothing less is required if we are to achieve “the reconciliation of the pre-existence of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown”: *Delgamuukw, supra*, at para. 186, quoting *Van der Peet, supra*, at para. 31.

The honour of the Crown gives rise to different duties in different circumstances. Where the Crown has assumed discretionary control over specific Aboriginal interests, the honour of the Crown gives rise to a fiduciary duty: *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2002] 4 S.C.R. 245, 2002 SCC 79, at para. 79. The content of the fiduciary duty may vary to take into account the Crown’s other, broader obligations. However, the duty’s fulfilment requires that the Crown act with reference to the Aboriginal group’s best interest in exercising discretionary control over the specific Aboriginal interest at stake. As explained in *Wewaykum*, at para. 81, the term “fiduciary duty” does not connote a universal trust relationship encompassing all aspects of the relationship between the Crown and Aboriginal peoples:

... “fiduciary duty” as a source of plenary Crown liability covering all aspects of the Crown-Indian band relationship ... overshoots the mark. The fiduciary duty imposed on the Crown does not exist at large but in relation to specific Indian interests.

Here, Aboriginal rights and title have been asserted but have not been defined or proven. The Aboriginal interest in question is insufficiently specific for the honour of the Crown to mandate that the Crown act in the Aboriginal group’s best interest, as a fiduciary, in exercising discretionary control over the subject of the right or title.

The honour of the Crown also infuses the processes of treaty making and treaty interpretation. In making and applying treaties, the Crown must act with honour and integrity, avoiding even the appearance of “sharp dealing” (*Badger*, at para. 41). Thus in *Marshall, supra*, at para. 4, the majority of this Court supported its interpretation of a treaty by

de traités, la Couronne doit agir honorablement. Il s’agit là du minimum requis pour parvenir à « concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté » : *Delgamuukw*, précité, par. 186, citant *Van der Peet*, précité, par. 31.

L’honneur de la Couronne fait naître différentes obligations selon les circonstances. Lorsque la Couronne assume des pouvoirs discrétionnaires à l’égard d’intérêts autochtones particuliers, le principe de l’honneur de la Couronne donne naissance à une obligation de fiduciaire : *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, 2002 CSC 79, par. 79. Le contenu de l’obligation de fiduciaire peut varier en fonction des autres obligations, plus larges, de la Couronne. Cependant, pour s’acquitter de son obligation de fiduciaire, la Couronne doit agir dans le meilleur intérêt du groupe autochtone lorsqu’elle exerce des pouvoirs discrétionnaires à l’égard des intérêts autochtones en jeu. Comme il est expliqué dans *Wewaykum*, par. 81, l’expression « obligation de fiduciaire » ne dénote pas un rapport fiduciaire universel englobant tous les aspects des rapports entre la Couronne et les peuples autochtones :

... [considérer l’] « obligation de fiduciaire » [...] comme si elle imposait à la Couronne une responsabilité totale à l’égard de tous les aspects des rapports entre la Couronne et les bandes indiennes[, c’est] aller trop loin. L’obligation de fiduciaire incombant à la Couronne n’a pas un caractère général, mais existe plutôt à l’égard de droits particuliers des Indiens.

En l’espèce, des droits et un titre ancestraux ont été revendiqués, mais n’ont pas été définis ou prouvés. L’intérêt autochtone en question n’est pas suffisamment précis pour que l’honneur de la Couronne oblige celle-ci à agir, comme fiduciaire, dans le meilleur intérêt du groupe autochtone lorsqu’elle exerce des pouvoirs discrétionnaires à l’égard de l’objet du droit ou du titre.

L’honneur de la Couronne imprègne également les processus de négociation et d’interprétation des traités. Lorsqu’elle conclut et applique un traité, la Couronne doit agir avec honneur et intégrité, et éviter la moindre apparence de « manœuvres malhonnêtes » (*Badger*, par. 41). Ainsi, dans *Marshall*, précité, par. 4, les juges majoritaires de la Cour ont

stating that “nothing less would uphold the honour and integrity of the Crown in its dealings with the Mi’kmaq people to secure their peace and friendship . . .”.

justifié leur interprétation du traité en déclarant que « rien de moins ne saurait protéger l’honneur et l’intégrité de la Couronne dans ses rapports avec les Mi’kmaq en vue d’établir la paix avec eux et de s’assurer leur amitié . . . ».

20 Where treaties remain to be concluded, the honour of the Crown requires negotiations leading to a just settlement of Aboriginal claims: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at pp. 1105-6. Treaties serve to reconcile pre-existing Aboriginal sovereignty with assumed Crown sovereignty, and to define Aboriginal rights guaranteed by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. Section 35 represents a promise of rights recognition, and “[i]t is always assumed that the Crown intends to fulfil its promises” (*Badger, supra*, at para. 41). This promise is realized and sovereignty claims reconciled through the process of honourable negotiation. It is a corollary of s. 35 that the Crown act honourably in defining the rights it guarantees and in reconciling them with other rights and interests. This, in turn, implies a duty to consult and, if appropriate, accommodate.

Tant qu’un traité n’a pas été conclu, l’honneur de la Couronne exige la tenue de négociations menant à un règlement équitable des revendications autochtones : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1105-1106. Les traités permettent de concilier la souveraineté autochtone préexistante et la souveraineté proclamée de la Couronne, et ils servent à définir les droits ancestraux garantis par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L’article 35 promet la reconnaissance de droits, et « [i]l faut toujours présumer que [la Couronne] entend respecter ses promesses » (*Badger*, précité, par. 41). Un processus de négociation honnête permet de concrétiser cette promesse et de concilier les revendications de souveraineté respectives. L’article 35 a pour corollaire que la Couronne doit agir honorablement lorsqu’il s’agit de définir les droits garantis par celui-ci et de les concilier avec d’autres droits et intérêts. Cette obligation emporte à son tour celle de consulter et, s’il y a lieu, d’accommoder.

21 This duty to consult is recognized and discussed in the jurisprudence. In *Sparrow, supra*, at p. 1119, this Court affirmed a duty to consult with west-coast Salish asserting an unresolved right to fish. Dickson C.J. and La Forest J. wrote that one of the factors in determining whether limits on the right were justified is “whether the aboriginal group in question has been consulted with respect to the conservation measures being implemented”.

Cette obligation de consulter a été reconnue et analysée dans la jurisprudence. Dans *Sparrow*, précité, p. 1119, la Cour a confirmé l’existence de l’obligation de consulter les Salish de la côte ouest qui revendiquaient un droit de pêche non encore reconnu. Le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont écrit que, pour déterminer si les restrictions imposées au droit sont justifiées, il faut notamment se demander « si le groupe d’autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en œuvre ».

22 The Court affirmed the duty to consult regarding resources to which Aboriginal peoples make claim a few years later in *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, where Cory J. wrote: “So long as every reasonable effort is made to inform and to consult, such efforts would suffice to meet the justification requirement” (para. 110).

Quelques années plus tard, la Cour a confirmé l’existence de l’obligation de consultation à l’égard des ressources visées par une revendication autochtone dans *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, où le juge Cory a écrit que « [d]ans la mesure où tous les efforts raisonnables ont été déployés pour informer et consulter, on a alors satisfait à l’obligation de justifier » (par. 110).

In the companion case of *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, Lamer C.J. referred to the need for “consultation and compensation”, and to consider “how the government has accommodated different aboriginal rights in a particular fishery . . . , how important the fishery is to the economic and material well-being of the band in question, and the criteria taken into account by the government in, for example, allocating commercial licences amongst different users” (para. 64).

The Court’s seminal decision in *Delgamuukw*, *supra*, at para. 168, in the context of a claim for title to land and resources, confirmed and expanded on the duty to consult, suggesting the content of the duty varied with the circumstances: from a minimum “duty to discuss important decisions” where the “breach is less serious or relatively minor”; through the “significantly deeper than mere consultation” that is required in “most cases”; to “full consent of [the] aboriginal nation” on very serious issues. These words apply as much to unresolved claims as to intrusions on settled claims.

Put simply, Canada’s Aboriginal peoples were here when Europeans came, and were never conquered. Many bands reconciled their claims with the sovereignty of the Crown through negotiated treaties. Others, notably in British Columbia, have yet to do so. The potential rights embedded in these claims are protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The honour of the Crown requires that these rights be determined, recognized and respected. This, in turn, requires the Crown, acting honourably, to participate in processes of negotiation. While this process continues, the honour of the Crown may require it to consult and, where indicated, accommodate Aboriginal interests.

Dans l’arrêt connexe *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, le juge en chef Lamer a fait état de la nécessité « [des] consultations et [de] l’indemnisation », et de la nécessité d’examiner « la manière dont l’État a concilié les différents droits ancestraux visant une pêche donnée [. . .], l’importance de la pêche pour le bien-être économique et matériel de la bande en question, ainsi que les critères appliqués par l’État, par exemple, dans la répartition des permis de pêche commerciale entre les divers usagers » (par. 64).

Au paragraphe 168 de l’arrêt de principe *Delgamuukw*, précité, prononcé dans le contexte d’une revendication de titre sur des terres et des ressources, la Cour a confirmé l’existence de l’obligation de consulter et a précisé cette obligation, affirmant que son contenu variait selon les circonstances : de la simple « obligation de discuter des décisions importantes » « lorsque le manquement est moins grave ou relativement mineur », en passant par l’obligation nécessitant « beaucoup plus qu’une simple consultation » qui s’impose « [d]ans la plupart des cas », jusqu’à la nécessité d’obtenir le « consentement [de la] nation autochtone » sur les questions très importantes. Ces remarques s’appliquent autant aux revendications non réglées qu’aux revendications déjà réglées et auxquelles il est porté atteinte.

En bref, les Autochtones du Canada étaient déjà ici à l’arrivée des Européens; ils n’ont jamais été conquis. De nombreuses bandes ont concilié leurs revendications avec la souveraineté de la Couronne en négociant des traités. D’autres, notamment en Colombie-Britannique, ne l’ont pas encore fait. Les droits potentiels visés par ces revendications sont protégés par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L’honneur de la Couronne commande que ces droits soient déterminés, reconnus et respectés. Pour ce faire, la Couronne doit agir honorablement et négocier. Au cours des négociations, l’honneur de la Couronne peut obliger celle-ci à consulter les Autochtones et, s’il y a lieu, à trouver des accommodements à leurs intérêts.

23

24

25

C. *When the Duty to Consult and Accommodate Arises*

26

Honourable negotiation implies a duty to consult with Aboriginal claimants and conclude an honourable agreement reflecting the claimants' inherent rights. But proving rights may take time, sometimes a very long time. In the meantime, how are the interests under discussion to be treated? Underlying this question is the need to reconcile prior Aboriginal occupation of the land with the reality of Crown sovereignty. Is the Crown, under the aegis of its asserted sovereignty, entitled to use the resources at issue as it chooses, pending proof and resolution of the Aboriginal claim? Or must it adjust its conduct to reflect the as yet unresolved rights claimed by the Aboriginal claimants?

27

The answer, once again, lies in the honour of the Crown. The Crown, acting honourably, cannot cavalierly run roughshod over Aboriginal interests where claims affecting these interests are being seriously pursued in the process of treaty negotiation and proof. It must respect these potential, but yet unproven, interests. The Crown is not rendered impotent. It may continue to manage the resource in question pending claims resolution. But, depending on the circumstances, discussed more fully below, the honour of the Crown may require it to consult with and reasonably accommodate Aboriginal interests pending resolution of the claim. To unilaterally exploit a claimed resource during the process of proving and resolving the Aboriginal claim to that resource, may be to deprive the Aboriginal claimants of some or all of the benefit of the resource. That is not honourable.

28

The government argues that it is under no duty to consult and accommodate prior to final determination of the scope and content of the right. Prior to proof of the right, it is argued, there exists only

C. *Le moment où l'obligation de consulter et d'accommoder prend naissance*

L'obligation de négocier honorablement emporte celle de consulter les demandeurs autochtones et de parvenir à une entente honorable, qui tienne compte de leurs droits inhérents. Mais prouver l'existence de droits peut prendre du temps, parfois même beaucoup de temps. Comment faut-il traiter les intérêts en jeu dans l'intervalle? Pour répondre à cette question, il faut tenir compte de la nécessité de concilier l'occupation antérieure des terres par les peuples autochtones et la réalité de la souveraineté de la Couronne. Celle-ci peut-elle, en vertu de la souveraineté qu'elle a proclamée, exploiter les ressources en question comme bon lui semble en attendant que la revendication autochtone soit établie et réglée? Ou doit-elle plutôt adapter son comportement de manière à tenir compte des droits, non encore reconnus, visés par cette revendication?

La réponse à cette question découle, encore une fois, de l'honneur de la Couronne. Si cette dernière entend agir honorablement, elle ne peut traiter cavalièrement les intérêts autochtones qui font l'objet de revendications sérieuses dans le cadre du processus de négociation et d'établissement d'un traité. Elle doit respecter ces intérêts potentiels mais non encore reconnus. La Couronne n'est pas paralysée pour autant. Elle peut continuer à gérer les ressources en question en attendant le règlement des revendications. Toutefois, selon les circonstances, question examinée de façon plus approfondie plus loin, le principe de l'honneur de la Couronne peut obliger celle-ci à consulter les Autochtones et à prendre raisonnablement en compte leurs intérêts jusqu'au règlement de la revendication. Le fait d'exploiter unilatéralement une ressource faisant l'objet d'une revendication au cours du processus visant à établir et à régler cette revendication peut revenir à dépouiller les demandeurs autochtones d'une partie ou de l'ensemble des avantages liés à cette ressource. Agir ainsi n'est pas une attitude honorable.

Le gouvernement prétend qu'il n'a aucune obligation de consulter et d'accommoder tant qu'une décision définitive n'a pas été rendue quant à la portée et au contenu du droit. Avant que le droit ne soit

a broad, common law “duty of fairness”, based on the general rule that an administrative decision that affects the “rights, privileges or interests of an individual” triggers application of the duty of fairness: *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at p. 653; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 20. The government asserts that, beyond general administrative law obligations, a duty to consult and accommodate arises only where the government has taken on the obligation of protecting a specific Aboriginal interest or is seeking to limit an established Aboriginal interest. In the result, the government submits that there is no legal duty to consult and accommodate Haida interests at this stage, although it concedes there may be “sound practical and policy reasons” to do so.

The government cites both authority and policy in support of its position. It relies on *Sparrow*, *supra*, at pp. 1110-13 and 1119, where the scope and content of the right were determined and infringement established, prior to consideration of whether infringement was justified. The government argues that its position also finds support in the perspective of the Ontario Court of Appeal in *TransCanada Pipelines Ltd. v. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403, which held that “what triggers a consideration of the Crown’s duty to consult is a showing by the First Nation of a violation of an existing Aboriginal or treaty right recognized and affirmed by s. 35(1)” (para. 120).

As for policy, the government points to practical difficulties in the enforcement of a duty to consult or accommodate unproven claims. If the duty to consult varies with the circumstances from a “mere” duty to notify and listen at one end of the spectrum to a requirement of Aboriginal consent at the other end, how, the government asks, are the parties to agree which level is appropriate in the face of contested claims and rights? And if they cannot agree, how are courts or tribunals to determine this? The

établi, affirme-t-on, il n’existe qu’une « obligation d’équité » générale en common law, fondée sur la règle générale selon laquelle une décision administrative qui touche « les droits, privilèges ou biens d’une personne » entraîne l’application de cette obligation d’équité : *Cardinal c. Directeur de l’établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, p. 653; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 20. Le gouvernement affirme que, en dehors des obligations générales découlant du droit administratif, l’obligation de consulter et d’accommoder n’existe que dans le cas où le gouvernement s’est engagé à protéger un intérêt autochtone particulier ou cherche à restreindre un intérêt autochtone reconnu. Le gouvernement soutient donc qu’il n’existe, à ce stade-ci, aucune obligation légale de consulter les Haïda et de prendre en compte leurs intérêts, bien qu’il admette qu’il puisse exister de [TRADUCTION] « bonnes raisons sur le plan pratique et politique » de le faire.

Le gouvernement invoque des précédents et des considérations d’intérêt général à l’appui de sa thèse. Il cite *Sparrow*, précité, p. 1110-1113 et 1119, où l’étendue et le contenu du droit avaient été déterminés et l’atteinte avait été établie, avant que soit examinée la question de savoir si l’atteinte était justifiée. Le gouvernement prétend que sa position est également étayée par le point de vue exprimé dans *TransCanada Pipelines Ltd. c. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403, où la Cour d’appel de l’Ontario a jugé que [TRADUCTION] « ce qui déclenche l’examen de l’obligation de la Couronne de consulter, c’est la démonstration par la Première nation qu’il y a eu violation d’un droit existant, ancestral ou issu de traité, reconnu et confirmé par le par. 35(1) » (par. 120).

Du point de vue des considérations d’intérêt général, le gouvernement invoque les difficultés que pose sur le plan pratique l’application de l’obligation de consulter ou d’accommoder dans les cas de revendications non établies. Si, selon les circonstances, l’obligation de consulter peut aller de la « simple » obligation d’informer et d’écouter, à une extrémité de la gamme, à l’obligation d’obtenir le consentement des Autochtones, à l’autre extrémité, comment, demande le gouvernement, les parties peuvent-elles

government also suggests that it is impractical and unfair to require consultation before final claims determination because this amounts to giving a remedy before issues of infringement and justification are decided.

s'entendre sur le degré de consultation lorsque des revendications et des droits sont contestés? Et si elles n'arrivent pas à s'entendre, comment les tribunaux judiciaires ou administratifs sont-ils censés trancher la question? Le gouvernement affirme également qu'il est irréaliste et injuste d'imposer une consultation avant que les revendications soient réglées de façon définitive, car cela revient à accorder réparation avant que la question de l'atteinte et celle de la justification aient été tranchées.

31 The government's arguments do not withstand scrutiny. Neither the authorities nor practical considerations support the view that a duty to consult and, if appropriate, accommodate arises only upon final determination of the scope and content of the right.

Les arguments du gouvernement ne résistent pas à un examen minutieux. Ni les précédents ni les considérations d'ordre pratique n'appuient la thèse selon laquelle l'obligation de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder ne prend naissance que lorsqu'une décision définitive a été rendue quant à la portée et au contenu du droit.

32 The jurisprudence of this Court supports the view that the duty to consult and accommodate is part of a process of fair dealing and reconciliation that begins with the assertion of sovereignty and continues beyond formal claims resolution. Reconciliation is not a final legal remedy in the usual sense. Rather, it is a process flowing from rights guaranteed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. This process of reconciliation flows from the Crown's duty of honourable dealing toward Aboriginal peoples, which arises in turn from the Crown's assertion of sovereignty over an Aboriginal people and *de facto* control of land and resources that were formerly in the control of that people. As stated in *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33, at para. 9, “[w]ith this assertion [sovereignty] arose an obligation to treat aboriginal peoples fairly and honourably, and to protect them from exploitation” (emphasis added).

La jurisprudence de la Cour étaye le point de vue selon lequel l'obligation de consulter et d'accommoder fait partie intégrante du processus de négociation honorable et de conciliation qui débute au moment de l'affirmation de la souveraineté et se poursuit au-delà du règlement formel des revendications. La conciliation ne constitue pas une réparation juridique définitive au sens usuel du terme. Il s'agit plutôt d'un processus découlant des droits garantis par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ce processus de conciliation découle de l'obligation de la Couronne de se conduire honorablement envers les peuples autochtones, obligation qui, à son tour, tire son origine de l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur un peuple autochtone et par l'exercice de fait de son autorité sur des terres et ressources qui étaient jusque-là sous l'autorité de ce peuple. Comme il est mentionné dans *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, par. 9, « [c]ette affirmation de souveraineté a fait naître l'obligation de traiter les peuples autochtones de façon équitable et honorable, et de les protéger contre l'exploitation » (je souligne).

33 To limit reconciliation to the post-proof sphere risks treating reconciliation as a distant legalistic goal, devoid of the “meaningful content” mandated by the “solemn commitment” made by the Crown in recognizing and affirming Aboriginal rights and

Limiter l'application du processus de conciliation aux revendications prouvées comporte le risque que la conciliation soit considérée comme un objectif formaliste éloigné et se voie dénuée du « sens utile » qu'elle doit avoir par suite de l'engagement

title: *Sparrow, supra*, at p. 1108. It also risks unfortunate consequences. When the distant goal of proof is finally reached, the Aboriginal peoples may find their land and resources changed and denuded. This is not reconciliation. Nor is it honourable.

The existence of a legal duty to consult prior to proof of claims is necessary to understand the language of cases like *Sparrow, Nikal*, and *Gladstone, supra*, where confirmation of the right and justification of an alleged infringement were litigated at the same time. For example, the reference in *Sparrow* to Crown behaviour in determining if any infringements were justified, is to behaviour before determination of the right. This negates the contention that a proven right is the trigger for a legal duty to consult and if appropriate accommodate even in the context of justification.

But, when precisely does a duty to consult arise? The foundation of the duty in the Crown's honour and the goal of reconciliation suggest that the duty arises when the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it: see *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*, [1997] 4 C.N.L.R. 45 (B.C.S.C.), at p. 71, *per* Dorgan J.

This leaves the practical argument. It is said that before claims are resolved, the Crown cannot know that the rights exist, and hence can have no duty to consult or accommodate. This difficulty should not be denied or minimized. As I stated (dissenting) in *Marshall, supra*, at para. 112, one cannot "meaningfully discuss accommodation or justification of a right unless one has some idea of the core of that right and its modern scope". However, it will

solennel » pris par la Couronne lorsqu'elle a reconnu et confirmé les droits et titres ancestraux : *Sparrow*, précité, p. 1108. Une telle attitude risque également d'avoir des conséquences fâcheuses. En effet, il est possible que, lorsque les Autochtones parviennent finalement à établir le bien-fondé de leur revendication, ils trouvent leurs terres changées et leurs ressources épuisées. Ce n'est pas de la conciliation, ni un comportement honorable.

L'existence d'une obligation légale de consulter le groupe intéressé avant qu'il ait apporté la preuve de sa revendication est nécessaire pour comprendre le langage employé dans des affaires comme *Sparrow, Nikal* et *Gladstone*, précitées, où la confirmation du droit et la justification de l'atteinte reprochée ont été débattues en même temps. Dans *Sparrow*, par exemple, la référence au comportement de la Couronne au cours de l'examen de la justification des atteintes s'entend du comportement avant l'établissement du droit, ce qui réfute l'argument que ce soit la preuve de l'existence du droit revendiqué qui déclenche l'obligation légale de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder, même dans le contexte de la justification.

Mais à quel moment, précisément, l'obligation de consulter prend-elle naissance? L'objectif de conciliation ainsi que l'obligation de consultation, laquelle repose sur l'honneur de la Couronne, tendent à indiquer que cette obligation prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci : voir *Halfway River First Nation c. British Columbia (Ministry of Forests)*, [1997] 4 C.N.L.R. 45 (C.S.C.-B.), p. 71, le juge Dorgan.

Il reste l'argument d'ordre pratique. On affirme que, tant qu'une revendication n'est pas réglée, la Couronne ne peut pas savoir si les droits revendiqués existent ou non et que, de ce fait, elle ne peut être tenue à une obligation de consulter ou d'accommoder. Cette difficulté ne saurait être niée ou minimisée. Comme je l'ai déclaré (dans mes motifs dissidents) dans *Marshall*, précité, par. 112, on ne peut « analyser utilement la question de la prise en

34

35

36

frequently be possible to reach an idea of the asserted rights and of their strength sufficient to trigger an obligation to consult and accommodate, short of final judicial determination or settlement. To facilitate this determination, claimants should outline their claims with clarity, focussing on the scope and nature of the Aboriginal rights they assert and on the alleged infringements. This is what happened here, where the chambers judge made a preliminary evidence-based assessment of the strength of the Haida claims to the lands and resources of Haida Gwaii, particularly Block 6.

compte d'un droit ou de la justification de ses limites sans avoir une idée de l'essence de ce droit et de sa portée actuelle ». Cependant, il est souvent possible de se faire, à l'égard des droits revendiqués et de leur solidité, une idée suffisamment précise pour que l'obligation de consulter et d'accommoder s'applique, même si ces droits n'ont pas fait l'objet d'un règlement définitif ou d'une décision judiciaire finale. Pour faciliter cette détermination, les demandeurs devraient exposer clairement leurs revendications, en insistant sur la portée et la nature des droits ancestraux qu'ils revendiquent ainsi que sur les violations qu'ils allèguent. C'est ce qui s'est produit en l'espèce, lorsque le juge en son cabinet a procédé à une évaluation préliminaire, fondée sur la preuve, de la solidité des revendications des Haïda à l'égard des terres et des ressources des îles Haïda Gwaii, en particulier du Bloc 6.

37

There is a distinction between knowledge sufficient to trigger a duty to consult and, if appropriate, accommodate, and the content or scope of the duty in a particular case. Knowledge of a credible but unproven claim suffices to trigger a duty to consult and accommodate. The content of the duty, however, varies with the circumstances, as discussed more fully below. A dubious or peripheral claim may attract a mere duty of notice, while a stronger claim may attract more stringent duties. The law is capable of differentiating between tenuous claims, claims possessing a strong *prima facie* case, and established claims. Parties can assess these matters, and if they cannot agree, tribunals and courts can assist. Difficulties associated with the absence of proof and definition of claims are addressed by assigning appropriate content to the duty, not by denying the existence of a duty.

Il y a une différence entre une connaissance suffisante pour entraîner l'application de l'obligation de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder, et le contenu ou l'étendue de cette obligation dans une affaire donnée. La connaissance d'une revendication crédible mais non encore établie suffit à faire naître l'obligation de consulter et d'accommoder. Toutefois, le contenu de l'obligation varie selon les circonstances, comme nous le verrons de façon plus approfondie plus loin. Une revendication douteuse ou marginale peut ne requérir qu'une simple obligation d'informer, alors qu'une revendication plus solide peut faire naître des obligations plus contraignantes. Il est possible en droit de différencier les revendications reposant sur une preuve ténue des revendications reposant sur une preuve à première vue solide et de celles déjà établies. Les parties peuvent examiner la question et, si elles ne réussissent pas à s'entendre, les tribunaux administratifs et judiciaires peuvent leur venir en aide. Il faut régler les problèmes liés à l'absence de preuve et de définition des revendications en délimitant l'obligation de façon appropriée et non en niant son existence.

38

I conclude that consultation and accommodation before final claims resolution, while challenging, is not impossible, and indeed is an essential corollary to the honourable process of reconciliation that s. 35 demands. It preserves the Aboriginal interest

J'estime que, bien que le respect des obligations de consultation et d'accommodement avant le règlement définitif d'une revendication ne soit pas sans poser de problèmes, de telles mesures ne sont toutefois pas impossibles et constituent même un aspect



pending claims resolution and fosters a relationship between the parties that makes possible negotiations, the preferred process for achieving ultimate reconciliation: see S. Lawrence and P. Macklem, "From Consultation to Reconciliation: Aboriginal Rights and the Crown's Duty to Consult" (2000), 79 *Can. Bar Rev.* 252, at p. 262. Precisely what is required of the government may vary with the strength of the claim and the circumstances. But at a minimum, it must be consistent with the honour of the Crown.

#### D. *The Scope and Content of the Duty to Consult and Accommodate*

The content of the duty to consult and accommodate varies with the circumstances. Precisely what duties arise in different situations will be defined as the case law in this emerging area develops. In general terms, however, it may be asserted that the scope of the duty is proportionate to a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right or title, and to the seriousness of the potentially adverse effect upon the right or title claimed.

In *Delgamuukw*, *supra*, at para. 168, the Court considered the duty to consult and accommodate in the context of established claims. Lamer C.J. wrote:

The nature and scope of the duty of consultation will vary with the circumstances. In occasional cases, when the breach is less serious or relatively minor, it will be no more than a duty to discuss important decisions that will be taken with respect to lands held pursuant to aboriginal title. Of course, even in these rare cases when the minimum acceptable standard is consultation, this consultation must be in good faith, and with the intention of substantially addressing the concerns of the aboriginal peoples whose lands are at issue. In most cases, it will be significantly deeper than mere consultation. Some cases may even require the full consent of an aboriginal nation, particularly when provinces enact hunting and fishing regulations in relation to aboriginal lands.

essentiel du processus honorable de conciliation imposé par l'art. 35. Elles protègent les intérêts autochtones jusqu'au règlement des revendications et favorisent le développement entre les parties d'une relation propice à la négociation, processus à privilégier pour parvenir finalement à la conciliation : voir S. Lawrence et P. Macklem, « From Consultation to Reconciliation : Aboriginal Rights and the Crown's Duty to Consult » (2000), 79 *R. du B. can.* 252, p. 262. Les mesures précises que doit prendre le gouvernement peuvent varier selon la solidité de la revendication et les circonstances, mais elles doivent à tout le moins être compatibles avec l'honneur de la Couronne.

#### D. *L'étendue et le contenu de l'obligation de consulter et d'accommoder*

Le contenu de l'obligation de consulter et d'accommoder varie selon les circonstances. La nature précise des obligations qui naissent dans différentes situations sera définie à mesure que les tribunaux se prononceront sur cette nouvelle question. En termes généraux, il est néanmoins possible d'affirmer que l'étendue de l'obligation dépend de l'évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l'existence du droit ou du titre revendiqué, et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le titre.

Dans *Delgamuukw*, précité, par. 168, la Cour a examiné l'obligation de consulter et d'accommoder dans le contexte de revendications dont le bien-fondé a été établi. Le juge en chef Lamer a écrit :

La nature et l'étendue de l'obligation de consultation dépendront des circonstances. Occasionnellement, lorsque le manquement est moins grave ou relativement mineur, il ne s'agira de rien de plus que la simple obligation de discuter des décisions importantes qui seront prises au sujet des terres détenues en vertu d'un titre aborigène. Évidemment, même dans les rares cas où la norme minimale acceptable est la consultation, celle-ci doit être menée de bonne foi, dans l'intention de tenir compte réellement des préoccupations des peuples autochtones dont les terres sont en jeu. Dans la plupart des cas, l'obligation exigera beaucoup plus qu'une simple consultation. Certaines situations pourraient même exiger l'obtention du consentement d'une nation autochtone, particulièrement lorsque des provinces prennent des règlements de chasse et de pêche visant des territoires autochtones.

39

40

41 Transposing this passage to pre-proof claims, one may venture the following. While it is not useful to classify situations into watertight compartments, different situations requiring different responses can be identified. In all cases, the honour of the Crown requires that the Crown act with good faith to provide meaningful consultation appropriate to the circumstances. In discharging this duty, regard may be had to the procedural safeguards of natural justice mandated by administrative law.

42 At all stages, good faith on both sides is required. The common thread on the Crown's part must be "the intention of substantially addressing [Aboriginal] concerns" as they are raised (*Delgamuukw, supra*, at para. 168), through a meaningful process of consultation. Sharp dealing is not permitted. However, there is no duty to agree; rather, the commitment is to a meaningful process of consultation. As for Aboriginal claimants, they must not frustrate the Crown's reasonable good faith attempts, nor should they take unreasonable positions to thwart government from making decisions or acting in cases where, despite meaningful consultation, agreement is not reached: see *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*, [1999] 4 C.N.L.R. 1 (B.C.C.A.), at p. 44; *Heiltsuk Tribal Council v. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)* (2003), 19 B.C.L.R. (4th) 107 (B.C.S.C.). Mere hard bargaining, however, will not offend an Aboriginal people's right to be consulted.

43 Against this background, I turn to the kind of duties that may arise in different situations. In this respect, the concept of a spectrum may be helpful, not to suggest watertight legal compartments but rather to indicate what the honour of the Crown may require in particular circumstances. At one end of the spectrum lie cases where the claim to title is weak, the Aboriginal right limited, or the potential for infringement minor. In such cases, the only duty

La transposition de ce passage dans le contexte des revendications non encore établies permet d'avancer ce qui suit. Bien qu'il ne soit pas utile de classer les situations dans des compartiments étanches, il est possible d'identifier différentes situations appelant des solutions différentes. Dans tous les cas, le principe de l'honneur de la Couronne commande que celle-ci agisse de bonne foi et tienne une véritable consultation, qui soit appropriée eu égard aux circonstances. Lorsque vient le temps de s'acquitter de cette obligation, les garanties procédurales de justice naturelle exigées par le droit administratif peuvent servir de guide.

À toutes les étapes, les deux parties sont tenues de faire montre de bonne foi. Le fil conducteur du côté de la Couronne doit être « l'intention de tenir compte réellement des préoccupations [des Autochtones] » à mesure qu'elles sont exprimées (*Delgamuukw, précité*, par. 168), dans le cadre d'un véritable processus de consultation. Les manœuvres malhonnêtes sont interdites. Cependant, il n'y a pas obligation de parvenir à une entente mais plutôt de procéder à de véritables consultations. Quant aux demandeurs autochtones, ils ne doivent pas contrecarrer les efforts déployés de bonne foi par la Couronne et ne devraient pas non plus défendre des positions déraisonnables pour empêcher le gouvernement de prendre des décisions ou d'agir dans les cas où, malgré une véritable consultation, on ne parvient pas à s'entendre : voir *Halfway River First Nation c. British Columbia (Ministry of Forests)*, [1999] 4 C.N.L.R. 1 (C.A.C.-B.), p. 44; *Heiltsuk Tribal Council c. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)* (2003), 19 B.C.L.R. (4th) 107 (C.S.C.-B.). Toutefois, le seul fait de négocier de façon serrée ne porte pas atteinte au droit des Autochtones d'être consultés.

Sur cette toile de fond, je vais maintenant examiner le type d'obligations qui peuvent découler de différentes situations. À cet égard, l'utilisation de la notion de continuum peut se révéler utile, non pas pour créer des compartiments juridiques étanches, mais plutôt pour préciser ce que le principe de l'honneur de la Couronne est susceptible d'exiger dans des circonstances particulières. À une extrémité du continuum se trouvent les cas où la revendication

on the Crown may be to give notice, disclose information, and discuss any issues raised in response to the notice. “[C]onsultation’ in its least technical definition is talking together for mutual understanding”: T. Isaac and A. Knox, “The Crown’s Duty to Consult Aboriginal People” (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49, at p. 61.

At the other end of the spectrum lie cases where a strong *prima facie* case for the claim is established, the right and potential infringement is of high significance to the Aboriginal peoples, and the risk of non-compensable damage is high. In such cases deep consultation, aimed at finding a satisfactory interim solution, may be required. While precise requirements will vary with the circumstances, the consultation required at this stage may entail the opportunity to make submissions for consideration, formal participation in the decision-making process, and provision of written reasons to show that Aboriginal concerns were considered and to reveal the impact they had on the decision. This list is neither exhaustive, nor mandatory for every case. The government may wish to adopt dispute resolution procedures like mediation or administrative regimes with impartial decision-makers in complex or difficult cases.

Between these two extremes of the spectrum just described, will lie other situations. Every case must be approached individually. Each must also be approached flexibly, since the level of consultation required may change as the process goes on and new information comes to light. The controlling question in all situations is what is required to maintain the honour of the Crown and to effect reconciliation between the Crown and the Aboriginal peoples with respect to the interests at stake. Pending settlement, the Crown is bound by its honour to balance societal and Aboriginal interests in making decisions that may affect Aboriginal claims. The Crown

de titre est peu solide, le droit ancestral limité ou le risque d’atteinte faible. Dans ces cas, les seules obligations qui pourraient incomber à la Couronne seraient d’aviser les intéressés, de leur communiquer des renseignements et de discuter avec eux des questions soulevées par suite de l’avis. La [TRADUCTION] « “consultation”, dans son sens le moins technique, s’entend de l’action de se parler dans le but de se comprendre les uns les autres » : T. Isaac et A. Knox, « The Crown’s Duty to Consult Aboriginal People » (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49, p. 61.

À l’autre extrémité du continuum on trouve les cas où la revendication repose sur une preuve à première vue solide, où le droit et l’atteinte potentielle sont d’une haute importance pour les Autochtones et où le risque de préjudice non indemnisable est élevé. Dans de tels cas, il peut s’avérer nécessaire de tenir une consultation approfondie en vue de trouver une solution provisoire acceptable. Quoique les exigences précises puissent varier selon les circonstances, la consultation requise à cette étape pourrait comporter la possibilité de présenter des observations, la participation officielle à la prise de décisions et la présentation de motifs montrant que les préoccupations des Autochtones ont été prises en compte et précisant quelle a été l’incidence de ces préoccupations sur la décision. Cette liste n’est pas exhaustive et ne doit pas nécessairement être suivie dans chaque cas. Dans les affaires complexes ou difficiles, le gouvernement peut décider de recourir à un mécanisme de règlement des différends comme la médiation ou un régime administratif mettant en scène des décideurs impartiaux.

Entre les deux extrémités du continuum décrit précédemment, on rencontrera d’autres situations. Il faut procéder au cas par cas. Il faut également faire preuve de souplesse, car le degré de consultation nécessaire peut varier à mesure que se déroule le processus et que de nouveaux renseignements sont mis au jour. La question décisive dans toutes les situations consiste à déterminer ce qui est nécessaire pour préserver l’honneur de la Couronne et pour concilier les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones. Tant que la question n’est pas réglée, le principe de l’honneur de la Couronne commande que celle-ci mette en balance les

may be required to make decisions in the face of disagreement as to the adequacy of its response to Aboriginal concerns. Balance and compromise will then be necessary.

intérêts de la société et ceux des peuples autochtones lorsqu'elle prend des décisions susceptibles d'entraîner des répercussions sur les revendications autochtones. Elle peut être appelée à prendre des décisions en cas de désaccord quant au caractère suffisant des mesures qu'elle adopte en réponse aux préoccupations exprimées par les Autochtones. Une attitude de pondération et de compromis s'impose alors.

46

Meaningful consultation may oblige the Crown to make changes to its proposed action based on information obtained through consultations. The New Zealand Ministry of Justice's *Guide for Consultation with Māori* (1997) provides insight (at pp. 21 and 31):

À la suite de consultations véritables, la Couronne pourrait être amenée à modifier la mesure envisagée en fonction des renseignements obtenus lors des consultations. Le *Guide for Consultation with Māori* (1997) du ministère de la Justice de la Nouvelle-Zélande fournit des indications sur la question (aux p. 21 et 31):

Consultation is not just a process of exchanging information. It also entails testing and being prepared to amend policy proposals in the light of information received, and providing feedback. Consultation therefore becomes a process which should ensure both parties are better informed . . . .

[TRADUCTION] La consultation n'est pas seulement un simple mécanisme d'échange de renseignements. Elle comporte également des mises à l'épreuve et la modification éventuelle des énoncés de politique compte tenu des renseignements obtenus ainsi que la rétroaction. Elle devient donc un processus grâce auquel les deux parties sont mieux informées . . . .

... genuine consultation means a process that involves . . . :

... de véritables consultations s'entendent d'un processus qui consiste . . . :

- gathering information to test policy proposals
- putting forward proposals that are not yet finalised
- seeking Māori opinion on those proposals
- informing Māori of all relevant information upon which those proposals are based
- not promoting but listening with an open mind to what Māori have to say
- being prepared to alter the original proposal
- providing feedback both during the consultation process and after the decision-process.

- à recueillir des renseignements pour mettre à l'épreuve les énoncés de politique;
- à proposer des énoncés qui ne sont pas encore arrêtés définitivement;
- à chercher à obtenir l'opinion des Māoris sur ces énoncés;
- à informer les Māoris de tous les renseignements pertinents sur lesquels reposent ces énoncés;
- à écouter avec un esprit ouvert ce que les Māoris ont à dire sans avoir à en faire la promotion;
- à être prêt à modifier l'énoncé original;
- à fournir une rétroaction tant au cours de la consultation qu'après la prise de décision.

47

When the consultation process suggests amendment of Crown policy, we arrive at the stage of accommodation. Thus the effect of good faith consultation may be to reveal a duty to accommodate. Where a strong *prima facie* case exists for the claim,

S'il ressort des consultations que des modifications à la politique de la Couronne s'imposent, il faut alors passer à l'étape de l'accommodement. Des consultations menées de bonne foi peuvent donc faire naître l'obligation d'accommoder. Lorsque la

and the consequences of the government's proposed decision may adversely affect it in a significant way, addressing the Aboriginal concerns may require taking steps to avoid irreparable harm or to minimize the effects of infringement, pending final resolution of the underlying claim. Accommodation is achieved through consultation, as this Court recognized in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533, at para. 22: "... the process of accommodation of the treaty right may best be resolved by consultation and negotiation".

This process does not give Aboriginal groups a veto over what can be done with land pending final proof of the claim. The Aboriginal "consent" spoken of in *Delgamuukw* is appropriate only in cases of established rights, and then by no means in every case. Rather, what is required is a process of balancing interests, of give and take.

This flows from the meaning of "accommodate". The terms "accommodate" and "accommodation" have been defined as to "adapt, harmonize, reconcile" ... "an adjustment or adaptation to suit a special or different purpose ... a convenient arrangement; a settlement or compromise": *Concise Oxford Dictionary of Current English* (9th ed. 1995), at p. 9. The accommodation that may result from pre-proof consultation is just this — seeking compromise in an attempt to harmonize conflicting interests and move further down the path of reconciliation. A commitment to the process does not require a duty to agree. But it does require good faith efforts to understand each other's concerns and move to address them.

The Court's decisions confirm this vision of accommodation. The Court in *Sparrow* raised

revendication repose sur une preuve à première vue solide et que la décision que le gouvernement entend prendre risque de porter atteinte de manière appréciable aux droits visés par la revendication, l'obligation d'accommodement pourrait exiger l'adoption de mesures pour éviter un préjudice irréparable ou pour réduire au minimum les conséquences de l'atteinte jusqu'au règlement définitif de la revendication sous-jacente. L'accommodement est le fruit des consultations, comme la Cour l'a reconnu dans *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533, par. 22 : « ... il est préférable de réaliser la prise en compte du droit issu du traité par des consultations et par la négociation ».

Ce processus ne donne pas aux groupes autochtones un droit de veto sur les mesures susceptibles d'être prises à l'égard des terres en cause en attendant que la revendication soit établie de façon définitive. Le « consentement » dont il est question dans *Delgamuukw* n'est nécessaire que lorsque les droits invoqués ont été établis, et même là pas dans tous les cas. Ce qu'il faut au contraire, c'est plutôt un processus de mise en balance des intérêts, de concessions mutuelles.

Cette conclusion découle du sens des termes « accommoder » et « accommodement », définis respectivement ainsi : « **Accommoder qqc. à.** L'adapter à, la mettre en correspondance avec quelque chose ... » et « Action, résultat de l'action d'accommoder (ou de s'accommoder); moyen employé en vue de cette action. [...] Action de (se) mettre ou fait d'être en accord avec quelqu'un; règlement à l'amiable, transaction » (*Trésor de la langue française*, t. 1, 1971, p. 391 et 388). L'accommodement susceptible de résulter de consultations menées avant l'établissement du bien-fondé de la revendication correspond exactement à cela : la recherche d'un compromis dans le but d'harmoniser des intérêts opposés et de continuer dans la voie de la réconciliation. L'engagement à suivre le processus n'emporte pas l'obligation de se mettre d'accord, mais exige de chaque partie qu'elle s'efforce de bonne foi à comprendre les préoccupations de l'autre et à y répondre.

La jurisprudence de la Cour confirme cette conception d'accommodement. Dans *Sparrow*, la Cour

48

49

50

the concept of accommodation, stressing the need to balance competing societal interests with Aboriginal and treaty rights. In *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1072, the Court stated that the Crown bears the burden of proving that its occupancy of lands “cannot be accommodated to reasonable exercise of the Hurons’ rights”. And in *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, at para. 81, the Court spoke of whether restrictions on Aboriginal rights “can be accommodated with the Crown’s special fiduciary relationship with First Nations”. Balance and compromise are inherent in the notion of reconciliation. Where accommodation is required in making decisions that may adversely affect as yet unproven Aboriginal rights and title claims, the Crown must balance Aboriginal concerns reasonably with the potential impact of the decision on the asserted right or title and with other societal interests.

a évoqué cette notion, insistant sur la nécessité d’établir un équilibre entre des intérêts sociétaux opposés et les droits ancestraux et issus de traités des Autochtones. Dans *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, p. 1072, la Cour a affirmé qu’il incombe à la Couronne de prouver que son occupation des terres « ne peut s’accommoder de l’exercice raisonnable des droits des Hurons ». Et, dans *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 81, la Cour s’est demandé si les restrictions imposées aux droits ancestraux « [étaient] conciliable[s] avec les rapports spéciaux de fiduciaire de l’État à l’égard des premières nations ». La mise en équilibre et le compromis font partie intégrante de la notion de conciliation. Lorsque l’accommodement est nécessaire à l’occasion d’une décision susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur des revendications de droits et de titre ancestraux non encore prouvées, la Couronne doit établir un équilibre raisonnable entre les préoccupations des Autochtones, d’une part, et l’incidence potentielle de la décision sur le droit ou titre revendiqué et les autres intérêts sociétaux, d’autre part.

51

It is open to governments to set up regulatory schemes to address the procedural requirements appropriate to different problems at different stages, thereby strengthening the reconciliation process and reducing recourse to the courts. As noted in *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, at para. 54, the government “may not simply adopt an unstructured discretionary administrative regime which risks infringing aboriginal rights in a substantial number of applications in the absence of some explicit guidance”. It should be observed that, since October 2002, British Columbia has had a Provincial Policy for Consultation with First Nations to direct the terms of provincial ministries’ and agencies’ operational guidelines. Such a policy, while falling short of a regulatory scheme, may guard against unstructured discretion and provide a guide for decision-makers.

Il est loisible aux gouvernements de mettre en place des régimes de réglementation fixant les exigences procédurales applicables aux différents problèmes survenant à différentes étapes, et ainsi de renforcer le processus de conciliation et réduire le recours aux tribunaux. Comme il a été mentionné dans *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, par. 54, le gouvernement « ne peut pas se contenter d’établir un régime administratif fondé sur l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire non structuré et qui, en l’absence d’indications explicites, risque de porter atteinte aux droits ancestraux dans un nombre considérable de cas ». Il convient de souligner que, depuis octobre 2002, la Colombie-Britannique dispose d’une politique provinciale de consultation des Premières nations établissant les modalités d’application des lignes directrices opérationnelles des ministères et organismes provinciaux. Même si elle ne constitue pas un régime de réglementation, une telle politique peut néanmoins prévenir l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire non structuré et servir de guide aux décideurs.

E. *Do Third Parties Owe a Duty to Consult and Accommodate?*

The Court of Appeal found that Weyerhaeuser, the forestry contractor holding T.F.L. 39, owed the Haida people a duty to consult and accommodate. With respect, I cannot agree.

It is suggested (*per* Lambert J.A.) that a third party's obligation to consult Aboriginal peoples may arise from the ability of the third party to rely on justification as a defence against infringement. However, the duty to consult and accommodate, as discussed above, flows from the Crown's assumption of sovereignty over lands and resources formerly held by the Aboriginal group. This theory provides no support for an obligation on third parties to consult or accommodate. The Crown alone remains legally responsible for the consequences of its actions and interactions with third parties, that affect Aboriginal interests. The Crown may delegate procedural aspects of consultation to industry proponents seeking a particular development; this is not infrequently done in environmental assessments. Similarly, the terms of T.F.L. 39 mandated Weyerhaeuser to specify measures that it would take to identify and consult with "aboriginal people claiming an aboriginal interest in or to the area" (Tree Farm Licence No. 39, Haida Tree Farm Licence, para. 2.09(g)(ii)). However, the ultimate legal responsibility for consultation and accommodation rests with the Crown. The honour of the Crown cannot be delegated.

It is also suggested (*per* Lambert J.A.) that third parties might have a duty to consult and accommodate on the basis of the trust law doctrine of "knowing receipt". However, as discussed above, while the Crown's fiduciary obligations and its duty to consult and accommodate share roots in the principle that the Crown's honour is engaged in its relationship with Aboriginal peoples, the duty to consult is distinct from the fiduciary duty that is owed in relation to particular cognizable Aboriginal interests.

E. *Les tiers ont-ils l'obligation de consulter et d'accommoder?*

La Cour d'appel a conclu que Weyerhaeuser, l'entreprise forestière détenant la CFF 39, avait l'obligation de consulter les Haïda et de trouver des accommodements à leurs préoccupations. En toute déférence, je ne puis souscrire à cette conclusion.

Il a été dit (le juge Lambert de la Cour d'appel) qu'un tiers peut être tenu de consulter les Autochtones concernés du fait qu'il a la faculté, en cas de violation des droits de ces derniers, de plaider en défense que l'atteinte est justifiée. Comme nous l'avons vu, cependant, l'obligation de consulter et d'accommoder découle de la proclamation de la souveraineté de la Couronne sur des terres et ressources autrefois détenues par le groupe autochtone concerné. Cette théorie ne permet pas de conclure que les tiers ont l'obligation de consulter ou d'accommoder. La Couronne demeure seule légalement responsable des conséquences de ses actes et de ses rapports avec des tiers qui ont une incidence sur des intérêts autochtones. Elle peut déléguer certains aspects procéduraux de la consultation à des acteurs industriels qui proposent des activités d'exploitation; cela n'est pas rare en matière d'évaluations environnementales. Ainsi, la CFF 39 obligeait Weyerhaeuser à préciser les mesures qu'elle entendait prendre pour identifier et consulter les [TRADUCTION] « Autochtones qui revendiquaient un intérêt ancestral dans la région » (CFF 39, CFF haïda, paragraphe 2.09g)(ii)). Cependant, la responsabilité juridique en ce qui a trait à la consultation et à l'accommodement incombe en dernier ressort à la Couronne. Le respect du principe de l'honneur de la Couronne ne peut être délégué.

Il a également été avancé (le juge Lambert de la Cour d'appel) que les tiers pourraient être assujettis à l'obligation de consulter et d'accommoder par l'effet de la doctrine du droit des fiducies appelée « réception en connaissance de cause ». Cependant, comme nous l'avons vu, même si les obligations de fiduciaire de la Couronne et son obligation de consulter et d'accommoder découlent toutes du principe que l'honneur de la Couronne est en jeu dans ses rapports avec les peuples autochtones, l'obligation de

52

53

54

As noted earlier, the Court cautioned in *Wewaykum* against assuming that a general trust or fiduciary obligation governs all aspects of relations between the Crown and Aboriginal peoples. Furthermore, this Court in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, made it clear that the “trust-like” relationship between the Crown and Aboriginal peoples is not a true “trust”, noting that “[t]he law of trusts is a highly developed, specialized branch of the law” (p. 386). There is no reason to graft the doctrine of knowing receipt onto the special relationship between the Crown and Aboriginal peoples. It is also questionable whether businesses acting on licence from the Crown can be analogized to persons who knowingly turn trust funds to their own ends.

consulter est différente de l’obligation de fiduciaire qui existe à l’égard de certains intérêts autochtones reconnus. Comme il a été indiqué plus tôt, la Cour a souligné, dans *Wewaykum*, qu’il fallait se garder de supposer l’existence d’une obligation générale de fiduciaire régissant tous les aspects des rapports entre la Couronne et les peuples autochtones. En outre, dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, la Cour a clairement dit que la relation « semblable à une fiducie » qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones n’est pas une vraie « fiducie », faisant observer que « [l]e droit des fiducies constitue un domaine juridique très perfectionné et spécialisé » (p. 386). Il n’y a aucune raison d’introduire la doctrine de la réception en connaissance de cause dans la relation spéciale qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones. Il n’est pas certain non plus qu’une entreprise en vertu d’une concession de la Couronne puisse être assimilée à une personne qui, en toute connaissance de cause, divertit à son profit des fonds en fiducie.

55

Finally, it is suggested (*per* Finch C.J.B.C.) that third parties should be held to the duty in order to provide an effective remedy. The first difficulty with this suggestion is that remedies do not dictate liability. Once liability is found, the question of remedy arises. But the remedy tail cannot wag the liability dog. We cannot sue a rich person, simply because the person has deep pockets or can provide a desired result. The second problem is that it is not clear that the government lacks sufficient remedies to achieve meaningful consultation and accommodation. In this case, Part 10 of T.F.L. 39 provided that the Ministry of Forests could vary any permit granted to Weyerhaeuser to be consistent with a court’s determination of Aboriginal rights or title. The government may also require Weyerhaeuser to amend its management plan if the Chief Forester considers that interference with an Aboriginal right has rendered the management plan inadequate (para. 2.38(d)). Finally, the government can control by legislation, as it did when it introduced the *Forestry Revitalization Act*, S.B.C. 2003, c. 17, which claws back 20 percent of all licensees’ harvesting rights, in part to make land available for Aboriginal peoples. The government’s legislative authority over provincial natural resources gives it

Enfin, il a été affirmé (le juge Finch, juge en chef de la C.-B.) que, pour qu’il soit possible d’accorder une réparation efficace, il faudrait considérer que les tiers sont tenus à l’obligation. La première difficulté que comporte cette affirmation réside dans le fait que la réparation ne détermine pas la responsabilité. Ce n’est qu’une fois la question de la responsabilité tranchée que se soulève la question de la réparation. Il ne faut pas mettre la charrue (la réparation) devant les bœufs (la responsabilité). Nous ne pouvons poursuivre une personne riche simplement parce qu’elle a de l’argent plein les poches ou que cela permet d’obtenir le résultat souhaité. La seconde difficulté est qu’il n’est pas certain que le gouvernement ne dispose pas de mécanismes suffisants pour procéder à des mesures de consultation et d’accommodement utiles. En l’espèce, la partie 10 de la CFF 39 prévoit que le ministre des Forêts peut modifier toute concession accordée à Weyerhaeuser pour la rendre conforme aux décisions des tribunaux relativement aux droits ou titres ancestraux. Le gouvernement peut également exiger de Weyerhaeuser qu’elle modifie son plan d’aménagement si le chef des services forestiers le considère inadéquat du fait qu’il porte atteinte à un droit ancestral (paragraphe 2.38d)). Enfin, le



a powerful tool with which to respond to its legal obligations. This, with respect, renders questionable the statement by Finch C.J.B.C. that the government “has no capacity to allocate any part of that timber to the Haida without Weyerhaeuser’s consent or co-operation” ((2002), 5 B.C.L.R. (4th) 33, at para. 119). Failure to hold Weyerhaeuser to a duty to consult and accommodate does not make the remedy “hollow or illusory”.

The fact that third parties are under no duty to consult or accommodate Aboriginal concerns does not mean that they can never be liable to Aboriginal peoples. If they act negligently in circumstances where they owe Aboriginal peoples a duty of care, or if they breach contracts with Aboriginal peoples or deal with them dishonestly, they may be held legally liable. But they cannot be held liable for failing to discharge the Crown’s duty to consult and accommodate.

#### F. *The Province’s Duty*

The Province of British Columbia argues that any duty to consult or accommodate rests solely with the federal government. I cannot accept this argument.

The Province’s argument rests on s. 109 of the *Constitution Act, 1867*, which provides that “[a]ll Lands, Mines, Minerals, and Royalties belonging to the several Provinces of Canada . . . at the Union . . . shall belong to the several Provinces.” The Province argues that this gives it exclusive right to the land at issue. This right, it argues, cannot be limited by the protection for Aboriginal rights found in s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. To do

gouvernement peut exercer son autorité sur la question par voie législative, comme il l’a fait en édictant la *Forestry Revitalization Act*, S.B.C. 2003, ch. 17, qui permet de récupérer 20 pour 100 du droit de coupe des titulaires de concession, en partie pour mettre des terres à la disposition des peuples autochtones. De par son pouvoir de légiférer sur les ressources naturelles de la province, le gouvernement provincial dispose d’un outil puissant pour s’acquitter de ses obligations légales, situation qui met en doute l’affirmation du juge en chef Finch de la C.-B. qu’il [TRADUCTION] « ne peut allouer une partie de ce bois d’œuvre aux Haïda sans le consentement ou la collaboration de Weyerhaeuser » ((2002), 5 B.C.L.R. (4th) 33, par. 119). Le fait de ne pas imposer à Weyerhaeuser l’obligation de consulter et d’accommoder ne rend pas la réparation [TRADUCTION] « futile ou illusoire ».

Le fait que les tiers n’aient aucune obligation de consulter les peuples autochtones ou de trouver des accommodements à leurs préoccupations ne signifie pas qu’ils ne peuvent jamais être tenus responsables envers ceux-ci. S’ils font preuve de négligence dans des circonstances où ils ont une obligation de diligence envers les peuples autochtones, ou s’ils ne respectent pas les contrats conclus avec les Autochtones ou traitent avec eux d’une manière malhonnête, ils peuvent être tenus légalement responsables. Cependant, les tiers ne peuvent être jugés responsables de ne pas avoir rempli l’obligation de consulter et d’accommoder qui incombe à la Couronne.

#### F. *L’obligation de la province*

La province de la Colombie-Britannique soutient que l’obligation de consulter ou d’accommoder, si elle existe, incombe uniquement au gouvernement fédéral. Je ne peux accepter cet argument.

L’argument de la province repose sur l’art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui dispose que « [t]outes les terres, mines, minéraux et réserves royales appartenant aux différentes provinces du Canada [. . .] lors de l’union [. . .] appartiendront aux différentes provinces. » Selon la province, cette disposition lui confère des droits exclusifs sur les terres en question. Ce droit, affirme-t-elle, ne peut être limité par la protection accordée aux

56

57

58

so, it argues, would “undermine the balance of federalism” (Crown’s factum, at para. 96).

droits ancestraux par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La province affirme qu’agir ainsi reviendrait à [TRADUCTION] « rompre l’équilibre du fédéralisme » (mémoire de la Couronne, par. 96).

59 The answer to this argument is that the Provinces took their interest in land subject to “any Interest other than that of the Province in the same” (s. 109). The duty to consult and accommodate here at issue is grounded in the assertion of Crown sovereignty which pre-dated the Union. It follows that the Province took the lands subject to this duty. It cannot therefore claim that s. 35 deprives it of powers it would otherwise have enjoyed. As stated in *St. Catherine’s Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.), lands in the Province are “available to [the Province] as a source of revenue whenever the estate of the Crown is disencumbered of the Indian title” (p. 59). The Crown’s argument on this point has been canvassed by this Court in *Delgamuukw, supra*, at para. 175, where Lamer C.J. reiterated the conclusions in *St. Catherine’s Milling, supra*. There is therefore no foundation to the Province’s argument on this point.

La réponse à cet argument est que les intérêts que détenait la province sur les terres sont subordonnés à « tous intérêts autres que ceux que peut y avoir la province » (art. 109). L’obligation de consulter et d’accommoder en litige dans la présente affaire est fondée sur l’affirmation de la souveraineté de la Couronne qui a précédé l’Union. Il s’ensuit que la province a acquis les terres sous réserve de cette obligation. Elle ne peut donc pas prétendre que l’art. 35 la prive de pouvoirs dont elle aurait joui autrement. Comme il est précisé dans *St. Catherine’s Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (C.P.), les terres situées dans la province [TRADUCTION] « peuvent constituer une source de revenus [pour la province] dans tous les cas où les biens de la Couronne ne sont plus grevés du titre indien » (p. 59). L’argument de la Couronne sur ce point a été examiné de façon approfondie par la Cour dans *Delgamuukw*, précité, par. 175, où le juge en chef Lamer a réitéré les conclusions tirées dans *St. Catherine’s Milling*, précité. Cet argument n’est en conséquence pas fondé.

#### G. Administrative Review

#### G. L’examen administratif

60 Where the government’s conduct is challenged on the basis of allegations that it failed to discharge its duty to consult and accommodate pending claims resolution, the matter may go to the courts for review. To date, the Province has established no process for this purpose. The question of what standard of review the court should apply in judging the adequacy of the government’s efforts cannot be answered in the absence of such a process. General principles of administrative law, however, suggest the following.

Lorsque la conduite du gouvernement est contestée au motif qu’il ne se serait pas acquitté de son obligation de consulter et d’accommoder en attendant le règlement des revendications, la question peut être soumise aux tribunaux pour examen. La province n’a pas encore établi de mécanisme à cette fin. En l’absence d’un tel mécanisme, il est impossible de déterminer quelle norme de contrôle devrait appliquer le tribunal appelé à statuer sur le caractère suffisant des efforts déployés par le gouvernement. Les principes généraux du droit administratif permettent toutefois de dégager les notions suivantes.

61 On questions of law, a decision-maker must generally be correct: for example, *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC 55. On questions of fact or

Quant aux questions de droit, le décideur doit, en règle générale, rendre une décision correcte : voir, par exemple, *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S.

mixed fact and law, on the other hand, a reviewing body may owe a degree of deference to the decision-maker. The existence or extent of the duty to consult or accommodate is a legal question in the sense that it defines a legal duty. However, it is typically premised on an assessment of the facts. It follows that a degree of deference to the findings of fact of the initial adjudicator may be appropriate. The need for deference and its degree will depend on the nature of the question the tribunal was addressing and the extent to which the facts were within the expertise of the tribunal: *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Paul, supra*. Absent error on legal issues, the tribunal may be in a better position to evaluate the issue than the reviewing court, and some degree of deference may be required. In such a case, the standard of review is likely to be reasonableness. To the extent that the issue is one of pure law, and can be isolated from the issues of fact, the standard is correctness. However, where the two are inextricably entwined, the standard will likely be reasonableness: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748.

The process itself would likely fall to be examined on a standard of reasonableness. Perfect satisfaction is not required; the question is whether the regulatory scheme or government action “viewed as a whole, accommodates the collective aboriginal right in question”: *Gladstone, supra*, at para. 170. What is required is not perfection, but reasonableness. As stated in *Nikal, supra*, at para. 110, “in . . . information and consultation the concept of reasonableness must come into play. . . . So long as every reasonable effort is made to inform and to consult, such efforts would suffice.” The government is required to make reasonable efforts

585, 2003 CSC 55. Par contre, en ce qui a trait aux questions de fait et aux questions mixtes de fait et de droit, l’organisme de révision peut devoir faire preuve de déférence à l’égard du décideur. L’existence et l’étendue de l’obligation de consulter ou d’accommoder sont des questions de droit en ce sens qu’elles définissent une obligation légale. Cependant, la réponse à ces questions repose habituellement sur l’appréciation des faits. Il se peut donc qu’il convienne de faire preuve de déférence à l’égard des conclusions de fait du premier décideur. La question de savoir s’il y a lieu de faire montre de déférence et, si oui, le degré de déférence requis dépendent de la nature de la question dont était saisi le tribunal administratif et de la mesure dans laquelle les faits relevaient de son expertise : *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Paul*, précité. En l’absence d’erreur sur des questions de droit, il est possible que le tribunal administratif soit mieux placé que le tribunal de révision pour étudier la question, auquel cas une certaine déférence peut s’imposer. Dans ce cas, la norme de contrôle applicable est vraisemblablement la norme de la décision raisonnable. Dans la mesure où la question est une question de droit pur et peut être isolée des questions de fait, la norme applicable est celle de la décision correcte. Toutefois, lorsque les deux types de questions sont inextricablement liées entre elles, la norme de contrôle applicable est vraisemblablement celle de la décision raisonnable : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748.

Le processus lui-même devrait vraisemblablement être examiné selon la norme de la décision raisonnable. La perfection n’est pas requise; il s’agit de se demander si, « considéré dans son ensemble, le régime de réglementation [ou la mesure gouvernementale] respecte le droit ancestral collectif en question » : *Gladstone*, précité, par. 170. Ce qui est requis, ce n’est pas une mesure parfaite mais une mesure raisonnable. Comme il est précisé dans *Nikal*, précité, par. 110, « [l]e concept du caractère raisonnable doit [ . . . ] entrer en jeu pour ce qui [ . . . ] concern[e] l’information et la consultation. [ . . . ] Dans la mesure où tous les efforts raisonnables ont

to inform and consult. This suffices to discharge the duty.

été déployés pour informer et consulter, on a alors satisfait à l'obligation de justifier. » Le gouvernement doit déployer des efforts raisonnables pour informer et consulter. Cela suffit pour satisfaire à l'obligation.

63 Should the government misconceive the seriousness of the claim or impact of the infringement, this question of law would likely be judged by correctness. Where the government is correct on these matters and acts on the appropriate standard, the decision will be set aside only if the government's process is unreasonable. The focus, as discussed above, is not on the outcome, but on the process of consultation and accommodation.

Si le gouvernement n'a pas bien saisi l'importance de la revendication ou la gravité de l'atteinte, il s'agit d'une question de droit qui devra vraisemblablement être jugée selon la norme de la décision correcte. Si le gouvernement a raison sur ces points et agit conformément à la norme applicable, la décision ne sera annulée que si le processus qu'il a suivi était déraisonnable. Comme il a été expliqué précédemment, l'élément central n'est pas le résultat, mais le processus de consultation et d'accommodement.

#### H. *Application to the Facts*

#### H. *L'application aux faits*

##### (1) Existence of the Duty

##### (1) L'existence de l'obligation

64 The question is whether the Province had knowledge, real or constructive, of the potential existence of Aboriginal right or title and contemplated conduct that might adversely affect them. On the evidence before the Court in this matter, the answer must unequivocally be "yes".

Il s'agit de savoir si la province connaissait, concrètement ou par imputation, l'existence potentielle d'un droit ou titre ancestral et envisageait des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ce droit ou titre. Compte tenu de la preuve présentée à la Cour en l'espèce, il ne fait aucun doute qu'il faut répondre « oui » à cette question.

65 The Haida have claimed title to all of Haida Gwaii for at least 100 years. The chambers judge found that they had expressed objections to the Province for a number of years regarding the rate of logging of old-growth forests, methods of logging, and the environmental effects of logging. Further, the Province was aware since at least 1994 that the Haida objected to replacement of T.F.L. 39 without their consent and without accommodation with respect to their title claims. As found by the chambers judge, the Province has had available evidence of the Haida's exclusive use and occupation of some areas of Block 6 "[s]ince 1994, and probably much earlier". The Province has had available to it evidence of the importance of red cedar to the Haida culture since before 1846 (the assertion of British sovereignty).

Les Haïda revendiquent depuis au moins 100 ans le titre sur l'ensemble des îles Haida Gwaii. Le juge de première instance a conclu que les Haïda se plaignaient depuis plusieurs années auprès de la province du rythme d'exploitation des vieilles forêts, des méthodes d'exploitation et des répercussions de l'exploitation forestière sur l'environnement. De plus, la province savait, depuis au moins 1994, que les Haïda s'opposaient à ce qu'on remplace la CFF 39 sans leur consentement et sans que leurs revendications aient fait l'objet de mesures d'accommodement. Comme l'a constaté le juge en son cabinet, la province disposait, [TRADUCTION] « [d]epuis 1994, et peut-être bien avant », d'éléments de preuve établissant que les Haïda utilisaient et occupaient à titre exclusif certaines régions du Bloc 6. Depuis au moins 1846 (affirmation de la souveraineté britannique), elle possède des preuves témoignant de l'importance du cèdre rouge dans la culture haïda.

The Province raises concerns over the breadth of the Haida's claims, observing that "[i]n a separate action the Haida claim aboriginal title to all of the Queen Charlotte Islands, the surrounding waters, and the air space. . . . The Haida claim includes the right to the exclusive use, occupation and benefit of the land, inland waters, seabed, archipelagic waters and air space" (Crown's factum, at para. 35). However, consideration of the duty to consult and accommodate prior to proof of a right does not amount to a prior determination of the case on its merits. Indeed, it should be noted that, prior to the chambers judge's decision in this case, the Province had successfully moved to sever the question of the existence and infringement of Haida title and rights from issues involving the duty to consult and accommodate. The issues were clearly separate in the proceedings, at the Province's instigation.

The chambers judge ascertained that the Province knew that the potential Aboriginal right and title applied to Block 6, and could be affected by the decision to replace T.F.L. 39. On this basis, the honour of the Crown mandated consultation prior to making a decision that might adversely affect the claimed Aboriginal title and rights.

## (2) Scope of the Duty

As discussed above, the scope of the consultation required will be proportionate to a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right or title, and to the seriousness of the potentially adverse effect upon the right or title claimed.

### (i) *Strength of the Case*

On the basis of evidence described as "voluminous", the chambers judge found, at para. 25, a number of conclusions to be "inescapable" regarding the Haida's claims. He found that the Haida had inhabited Haida Gwaii continuously since at least 1774, that they had never been conquered, never surrendered their rights by treaty, and that their

La province se dit inquiète de l'ampleur des revendications des Haïda, faisant observer que, [TRADUCTION] « [d]ans une action distincte, les Haïda revendiquent un titre ancestral sur l'ensemble des îles de la Reine-Charlotte, sur les eaux les entourant et sur l'espace aérien. [ . . . ] La revendication des Haïda vise le droit à l'utilisation, à l'occupation et au bénéfice exclusifs des terres, des eaux intérieures, du fond marin, des eaux pélagiques et de l'espace aérien » (mémoire de la Couronne, par. 35). Cependant, se demander si l'obligation de consulter et d'accommoder s'applique avant que la preuve de l'existence d'un droit n'ait été apportée n'équivaut pas à préjuger de l'affaire sur le fond. D'ailleurs, il convient de souligner que, avant que le juge en son cabinet ait rendu sa décision en l'espèce, la province avait obtenu que la question de l'existence du titre et des droits des Haïda et de l'atteinte portée à ceux-ci soit examinée séparément des questions se rapportant à l'obligation de consulter et d'accommoder. Les questions ont été clairement séparées dans l'instance, à l'instigation de la province.

Le juge en son cabinet a estimé que la province savait que les droits et titre ancestraux potentiels en question visaient le Bloc 6 et qu'ils pouvaient être touchés par la décision de remplacer la CFF 39. Pour ce motif, l'honneur de la Couronne commandait que celle-ci procède à une consultation avant de prendre une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur les droits et titre ancestraux revendiqués.

## (2) L'étendue de l'obligation

Comme il a été expliqué plus tôt, l'ampleur de la consultation requise dépend de l'évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l'existence du droit ou du titre, ainsi que de la gravité de l'effet préjudiciable potentiel sur le droit ou titre revendiqué.

### (i) *Solidité de la preuve*

Après avoir examiné une preuve qu'il a qualifiée d'[TRADUCTION] « abondante », le juge en son cabinet a, au par. 25 de sa décision, tiré un certain nombre de conclusions [TRADUCTION] « incontournables » relativement aux revendications des Haïda. Il a conclu que les Haïda habitaient les îles Haïda Gwaii depuis au moins 1774, qu'ils n'avaient jamais

66

67

68

69

rights had not been extinguished by federal legislation. Their culture has utilized red cedar from old-growth forests on both coastal and inland areas of what is now Block 6 of T.F.L. 39 since at least 1846.

70 The chambers judge's thorough assessment of the evidence distinguishes between the various Haida claims relevant to Block 6. On the basis of a thorough survey of the evidence, he found, at para. 47:

(1) a "reasonable probability" that the Haida may establish title to "at least some parts" of the coastal and inland areas of Haida Gwaii, including coastal areas of Block 6. There appears to be a "reasonable possibility" that these areas will include inland areas of Block 6;

(2) a "substantial probability" that the Haida will be able to establish an aboriginal right to harvest old-growth red cedar trees from both coastal and inland areas of Block 6.

The chambers judge acknowledged that a final resolution would require a great deal of further evidence, but said he thought it "fair to say that the Haida claim goes far beyond the mere 'assertion' of Aboriginal title" (para. 50).

71 The chambers judge's findings grounded the Court of Appeal's conclusion that the Haida claims to title and Aboriginal rights were "supported by a good *prima facie* case" (para. 49). The strength of the case goes to the extent of the duty that the Province was required to fulfill. In this case the evidence clearly supports a conclusion that, pending a final resolution, there was a *prima facie* case in support of Aboriginal title, and a strong *prima facie* case for the Aboriginal right to harvest red cedar.

été conquis, qu'ils n'avaient jamais cédé leurs droits dans un traité et qu'aucune loi fédérale n'avait éteint leurs droits. Depuis au moins 1846, l'utilisation du cèdre rouge provenant des vieilles forêts des régions côtières et intérieures de la zone maintenant connue comme étant le Bloc 6 de la CFF 39 fait partie de leur culture.

Le juge en son cabinet a rigoureusement évalué la preuve et établi une distinction entre les différentes revendications des Haïda visant le Bloc 6. Au terme d'un examen approfondi de la preuve, il a tiré les conclusions suivantes au par. 47 :

(1) il existe une [TRADUCTION] « probabilité raisonnable » que les Haïda réussissent à établir l'existence d'un titre sur [TRADUCTION] « au moins quelques parties » des régions côtières et intérieures des îles Haïda Gwaii, notamment les régions côtières du Bloc 6; il semble exister une [TRADUCTION] « possibilité raisonnable » que ces régions comprennent les régions intérieures du Bloc 6;

(2) il existe une [TRADUCTION] « forte probabilité » que les Haïda réussissent à établir l'existence d'un droit ancestral de récolter le cèdre rouge provenant des vieilles forêts des régions côtières et intérieures du Bloc 6.

Le juge en son cabinet a reconnu qu'un règlement définitif nécessiterait beaucoup plus d'éléments de preuve, mais, selon lui, [TRADUCTION] « il est juste de dire que la revendication des Haïda est beaucoup plus qu'une simple "affirmation" de titre ancestral » (par. 50).

La Cour d'appel s'est fondée sur les constatations du juge en son cabinet pour conclure que les revendications par les Haïda du titre et de droits ancestraux étaient [TRADUCTION] « étayées par une preuve à première vue valable » (par. 49). La solidité de la preuve influe sur l'étendue de l'obligation que doit satisfaire la province. En l'espèce, le dossier permet clairement de conclure, en attendant le règlement définitif, qu'il existe une preuve *prima facie* de l'existence d'un titre ancestral et une solide preuve *prima facie* de l'existence d'un droit ancestral de récolter le cèdre rouge.

(ii) *Seriousness of the Potential Impact*

The evidence before the chambers judge indicated that red cedar has long been integral to Haida culture. The chambers judge considered that there was a “reasonable probability” that the Haida would be able to establish infringement of an Aboriginal right to harvest red cedar “by proof that old-growth cedar has been and will continue to be logged on Block 6, and that it is of limited supply” (para. 48). The prospect of continued logging of a resource in limited supply points to the potential impact on an Aboriginal right of the decision to replace T.F.L. 39.

Tree Farm Licences are exclusive, long-term licences. T.F.L. 39 grants exclusive rights to Weyerhaeuser to harvest timber within an area constituting almost one quarter of the total land of Haida Gwaii. The chambers judge observed that “it [is] apparent that large areas of Block 6 have been logged off” (para. 59). This points to the potential impact on Aboriginal rights of the decision to replace T.F.L. 39.

To the Province’s credit, the terms of T.F.L. 39 impose requirements on Weyerhaeuser with respect to Aboriginal peoples. However, more was required. Where the government has knowledge of an asserted Aboriginal right or title, it must consult the Aboriginal peoples on how exploitation of the land should proceed.

The next question is when does the duty to consult arise? Does it arise at the stage of granting a Tree Farm Licence, or only at the stage of granting cutting permits? The T.F.L. replacement does not itself authorize timber harvesting, which occurs only pursuant to cutting permits. T.F.L. replacements occur periodically, and a particular T.F.L. replacement decision may not result in the substance of the asserted right being destroyed. The Province argues that, although it did not consult the Haida prior to replacing the T.F.L., it “has consulted, and continues to consult with the Haida

(ii) *Gravité des conséquences potentielles*

La preuve présentée au juge en son cabinet indiquait que l’utilisation du cèdre rouge fait depuis longtemps partie intégrante de la culture haïda. Le juge a considéré qu’il existait une [TRADUCTION] « probabilité raisonnable » que les Haïda réussissent à démontrer une atteinte à un droit ancestral de récolter le cèdre rouge [TRADUCTION] « en prouvant que le cèdre des vieilles forêts a été et continuera d’être exploité dans le Bloc 6, et que cette ressource est limitée » (par. 48). La perspective de l’exploitation continue d’une ressource par ailleurs limitée laisse entrevoir les répercussions que la décision de remplacer la CFF 39 pourrait avoir sur un droit ancestral.

Les CFF ont un caractère exclusif et sont accordées pour de longues périodes. La CFF 39 confère à Weyerhaeuser le droit exclusif de récolter le bois dans une région qui représente près du quart de la superficie totale des îles Haïda Gwaii. Le juge en son cabinet a fait observer qu’[TRADUCTION] « il [est] manifeste que de vastes étendues du Bloc 6 ont été coupées à blanc » (par. 59). Ce fait illustre les conséquences potentielles que la décision de remplacer la CFF 39 a sur les droits ancestraux.

Il faut reconnaître à la province d’avoir imposé à Weyerhaeuser, dans la CFF 39, des conditions à l’égard des peuples autochtones. Mais la province devait faire davantage. Lorsque le gouvernement sait qu’un droit ou un titre ancestral est revendiqué, il doit consulter les Autochtones sur la façon dont les terres visées devraient être exploitées.

Il faut maintenant se demander à quel moment prend naissance l’obligation de consulter. Est-ce à l’étape de l’octroi d’une CFF, ou seulement à l’étape de la délivrance des permis de coupe? Le remplacement d’une CFF n’autorise pas en soi la récolte de bois, qui ne peut se faire qu’en vertu des permis de coupe. Les CFF sont périodiquement remplacées, et la décision de remplacer une CFF en particulier n’a pas nécessairement pour effet de détruire l’essence même du droit revendiqué. La province fait valoir que, bien qu’elle ne les ait pas consultés avant de remplacer la CFF, elle [TRADUCTION]

72

73

74

75

prior to authorizing any cutting permits or other operational plans” (Crown’s factum, at para. 64).

« a consulté et continue de consulter les Haïda avant d’autoriser les permis de coupe ou autres plans d’aménagement » (mémoire de la Couronne, par. 64).

76

I conclude that the Province has a duty to consult and perhaps accommodate on T.F.L. decisions. The T.F.L. decision reflects the strategic planning for utilization of the resource. Decisions made during strategic planning may have potentially serious impacts on Aboriginal right and title. The holder of T.F.L. 39 must submit a management plan to the Chief Forester every five years, to include inventories of the licence area’s resources, a timber supply analysis, and a “20-Year Plan” setting out a hypothetical sequence of cutblocks. The inventories and the timber supply analysis form the basis of the determination of the allowable annual cut (“A.A.C.”) for the licence. The licensee thus develops the technical information based upon which the A.A.C. is calculated. Consultation at the operational level thus has little effect on the quantity of the annual allowable cut, which in turn determines cutting permit terms. If consultation is to be meaningful, it must take place at the stage of granting or renewing Tree Farm Licences.

J’estime que, lorsqu’elle prend des décisions concernant les CFF, la province est tenue à une obligation de consultation, et peut-être à une obligation d’accommodement. La décision rendue à l’égard d’une CFF reflète la planification stratégique touchant l’utilisation de la ressource en cause. Les décisions prises durant la planification stratégique risquent d’avoir des conséquences graves sur un droit ou titre ancestral. Tous les cinq ans, le titulaire de la CFF 39 doit présenter au chef des services forestiers un plan d’aménagement comprenant l’inventaire des ressources du secteur visé par la concession, une analyse des approvisionnements en bois d’œuvre et un « plan de 20 ans » présentant une séquence hypothétique de blocs de coupe. C’est à partir de l’inventaire et de l’analyse des approvisionnements en bois d’œuvre qu’est fixée la possibilité annuelle de coupe (« PAC ») pour la concession. Ainsi, le titulaire de la concession établit les renseignements techniques servant à calculer la PAC. La tenue de consultations au niveau de l’exploitation a donc peu d’incidence sur le volume fixé dans la PAC, qui, à son tour, détermine les modalités du permis de coupe. Pour que les consultations soient utiles, elles doivent avoir lieu à l’étape de l’octroi ou du renouvellement de la CFF.

77

The last issue is whether the Crown’s duty went beyond consultation on T.F.L. decisions, to accommodation. We cannot know, on the facts here, whether consultation would have led to a need for accommodation. However, the strength of the case for both the Haida title and the Haida right to harvest red cedar, coupled with the serious impact of incremental strategic decisions on those interests, suggest that the honour of the Crown may well require significant accommodation to preserve the Haida interest pending resolution of their claims.

Il s’agit enfin de décider si la Couronne avait l’obligation non seulement de consulter les Haïda au sujet des décisions relatives aux CFF mais aussi de trouver des accommodements à leurs préoccupations. Les faits de l’espèce ne permettent pas de dire si la consultation aurait entraîné la nécessité de telles mesures. Cependant, la solidité de la preuve étayant l’existence et d’un titre haïda et d’un droit haïda autorisant la récolte du cèdre rouge, conjuguée aux répercussions sérieuses sur ces intérêts des décisions stratégiques successives, indique que l’honneur de la Couronne pourrait bien commander des mesures d’accommodement substantielles pour protéger les intérêts des Haïda en attendant que leurs revendications soient réglées.



(3) Did the Crown Fulfill its Duty?

The Province did not consult with the Haida on the replacement of T.F.L. 39. The chambers judge found, at para. 42:

[O]n the evidence presented, it is apparent that the Minister refused to consult with the Haida about replacing T.F.L. 39 in 1995 and 2000, on the grounds that he was not required by law to consult, and that such consultation could not affect his statutory duty to replace T.F.L. 39.

In both this Court and the courts below, the Province points to various measures and policies taken to address Aboriginal interests. At this Court, the Province argued that “[t]he Haida were and are consulted with respect to forest development plans and cutting permits. . . . Through past consultations with the Haida, the Province has taken various steps to mitigate the effects of harvesting . . .” (Crown’s factum, at para. 75). However, these measures and policies do not amount to and cannot substitute for consultation with respect to the decision to replace T.F.L. 39 and the setting of the licence’s terms and conditions.

It follows, therefore, that the Province failed to meet its duty to engage in something significantly deeper than mere consultation. It failed to engage in any meaningful consultation at all.

III. Conclusion

The Crown’s appeal is dismissed and Weyerhaeuser’s appeal is allowed. The British Columbia Court of Appeal’s order is varied so that the Crown’s obligation to consult does not extend to Weyerhaeuser. The Crown has agreed to pay the costs of the respondents regarding the application for leave to appeal and the appeal. Weyerhaeuser shall be relieved of any obligation to pay the costs of the Haida in the courts below. It is not necessary to answer the constitutional question stated in this appeal.

(3) La Couronne s’est-elle acquittée de son obligation?

La province n’a pas consulté les Haïda au sujet du remplacement de la CFF 39. Le juge en son cabinet a tiré la conclusion suivante (par. 42) :

[TRADUCTION] [S]elon la preuve présentée, il est manifeste que le ministre a refusé de consulter les Haïda au sujet du remplacement de la CFF 39 en 1995 et en l’an 2000, au motif que la loi ne l’obligeait pas à le faire et qu’une telle consultation ne pouvait avoir d’incidence sur son obligation, prévue par la loi, de remplacer la CFF 39.

La province a attiré l’attention de la Cour et des tribunaux d’instance inférieure sur les nombreuses mesures et politiques qu’elle a adoptées pour tenir compte des intérêts autochtones. Devant la Cour, elle a affirmé que [TRADUCTION] « [l]es Haïda ont été et sont consultés au sujet des plans d’aménagement forestier et des permis de coupe. [. . .] À la suite de consultations antérieures auprès des Haïda, la province a pris plusieurs mesures pour atténuer les effets de l’exploitation forestière [. . .] » (mémoire de la Couronne, par. 75). Cependant, ces mesures et politiques n’équivalent pas à une consultation au sujet de la décision de remplacer la CFF 39 et de l’établissement de ses modalités, et ne peuvent la remplacer.

Par conséquent, la province ne s’est pas acquittée de son obligation de procéder à davantage qu’une simple consultation. Elle n’a procédé à absolument aucune consultation utile.

III. Conclusion

Le pourvoi de la Couronne est rejeté et celui de Weyerhaeuser est accueilli. L’ordonnance de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique est modifiée de manière que l’obligation de consultation de la Couronne ne s’étende pas à Weyerhaeuser. La Couronne a accepté de payer les dépens des intimés pour la demande d’autorisation de pourvoi et pour le pourvoi. Weyerhaeuser est dispensée de toute obligation de payer les dépens des Haïda devant les instances inférieures. Il n’est pas nécessaire de répondre à la question constitutionnelle dans le présent pourvoi.

78

79

80

*Appeal by the Crown dismissed. Appeal by Weyerhaeuser Co. allowed.*

*Solicitors for the appellant the Minister of Forests: Fuller Pearlman & McNeil, Victoria.*

*Solicitor for the appellant the Attorney General of British Columbia on behalf of Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitors for the appellant Weyerhaeuser Company Limited: Hunter Voith, Vancouver.*

*Solicitors for the respondents: EAGLE, Surrey.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Department of Justice, Vancouver.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Sainte-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Department of Justice, Halifax.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Deputy Attorney General for Saskatchewan, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Department of Justice, Edmonton.*

*Solicitors for the interveners the Squamish Indian Band and the Lax-kw'alaams Indian Band: Ratcliff & Company, North Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Haisla Nation: Donovan & Company, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the First Nations Summit: Braker & Company, West Vancouver.*

*Pourvoi de la Couronne rejeté. Pourvoi de Weyerhaeuser Co. accueilli.*

*Procureurs de l'appelant le ministre des Forêts : Fuller Pearlman & McNeil, Victoria.*

*Procureur de l'appelant le procureur général de la Colombie-Britannique au nom de Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureurs de l'appelante Weyerhaeuser Company Limited : Hunter Voith, Vancouver.*

*Procureurs des intimés : EAGLE, Surrey.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Ministère de la Justice, Vancouver.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Sainte-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Ministère de la Justice, Halifax.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Sous-procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Ministère de la Justice, Edmonton.*

*Procureurs des intervenantes la Bande indienne de Squamish et la Bande indienne des Lax-kw'alaams : Ratcliff & Company, North Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante la Nation haisla : Donovan & Company, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenant le Sommet des Premières nations : Braker & Company, West Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Dene Tha' First Nation: Cook Roberts, Victoria.*

*Solicitors for the intervener Tenimgyet, aka Art Matthews, Gitxsan Hereditary Chief: Cook Roberts, Victoria.*

*Solicitors for the interveners the Business Council of British Columbia, the Aggregate Producers Association of British Columbia, the British Columbia and Yukon Chamber of Mines, the British Columbia Chamber of Commerce, the Council of Forest Industries and the Mining Association of British Columbia: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Cattlemen's Association: McCarthy Tétrault, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Village of Port Clements: Rush Crane Guenther & Adams, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante la Première nation Dene Tha' : Cook Roberts, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenant Tenimgyet, aussi connu sous le nom d'Art Matthews, chef héréditaire Gitxsan : Cook Roberts, Victoria.*

*Procureurs des intervenants Business Council of British Columbia, Aggregate Producers Association of British Columbia, British Columbia and Yukon Chamber of Mines, British Columbia Chamber of Commerce, Council of Forest Industries et Mining Association of British Columbia : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante British Columbia Cattlemen's Association : McCarthy Tétrault, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenant le village de Port Clements : Rush Crane Guenther & Adams, Vancouver.*

**Norm Ringstad, in his capacity as the Project Assessment Director of the Tulsequah Chief Mine Project, Sheila Wynn, in her capacity as the Executive Director, Environmental Assessment Office, the Minister of Environment, Lands and Parks, and the Minister of Energy and Mines and Minister Responsible for Northern Development** *Appellants*

v.

**Taku River Tlingit First Nation and Melvin Jack, on behalf of himself and all other members of the Taku River Tlingit First Nation, Redfern Resources Ltd., and Redcorp Ventures Ltd. formerly known as Redfern Resources Ltd.** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada, Attorney General of Quebec, Attorney General of Alberta, Business Council of British Columbia, British Columbia and Yukon Chamber of Mines, British Columbia Chamber of Commerce, British Columbia Wildlife Federation, Council of Forest Industries, Mining Association of British Columbia, Aggregate Producers Association of British Columbia, Doig River First Nation, First Nations Summit, and Union of British Columbia Indian Chiefs** *Intervenors*

**INDEXED AS: TAKU RIVER TLINGIT FIRST NATION v. BRITISH COLUMBIA (PROJECT ASSESSMENT DIRECTOR)**

**Norm Ringstad, en sa qualité de directeur d'évaluation de projet pour le Projet de la mine Tulsequah Chief, Sheila Wynn, en sa qualité de directrice administrative, Bureau des évaluations environnementales, le ministre de l'Environnement, des Terres et des Parcs, et le ministre de l'Énergie et des Mines et ministre responsable du Développement du Nord** *Appellants*

c.

**Première nation Tlingit de Taku River et Melvin Jack, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la Première nation Tlingit de Taku River, Redfern Resources Ltd., et Redcorp Ventures Ltd. auparavant connue sous le nom de Redfern Resources Ltd.** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada, procureur général du Québec, procureur général de l'Alberta, Business Council of British Columbia, British Columbia and Yukon Chamber of Mines, British Columbia Chamber of Commerce, British Columbia Wildlife Federation, Council of Forest Industries, Mining Association of British Columbia, Aggregate Producers Association of British Columbia, Première nation de Doig River, Sommet des Premières nations et Union of British Columbia Indian Chiefs** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : PREMIÈRE NATION TLINGIT DE TAKU RIVER c. COLOMBIE-BRITANNIQUE (DIRECTEUR D'ÉVALUATION DE PROJET)**

**Neutral citation: 2004 SCC 74.**

File No.: 29146.

2004: March 24; 2004: November 18.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA**

*Crown — Honour of Crown — Duty to consult and accommodate Aboriginal peoples — Whether Crown has duty to consult and accommodate Aboriginal peoples prior to making decisions that might adversely affect their as yet unproven Aboriginal rights and title claims — If so, whether consultation and accommodation engaged in by Province prior to issuing project approval certificate was adequate to satisfy honour of Crown.*

Since 1994, a mining company has sought permission from the British Columbia government to re-open an old mine. The Taku River Tlingit First Nation (“TRTFN”), which participated in the environmental assessment process engaged in by the Province under the *Environmental Assessment Act*, objected to the company’s plan to build a road through a portion of the TRTFN’s traditional territory. The Province granted the project approval certificate in 1998. The TRTFN brought a petition to quash the decision on grounds based on administrative law and on its Aboriginal rights and title. The chambers judge concluded that the decision makers had not been sufficiently careful during the final months of the assessment process to ensure that they had effectively addressed the substance of the TRTFN’s concerns. She set aside the decision and directed a reconsideration. The majority of the Court of Appeal upheld the decision, finding that the Province had failed to meet its duty to consult with and accommodate the TRTFN.

*Held:* The appeal should be allowed.

The Crown’s duty to consult and accommodate Aboriginal peoples, even prior to proof of asserted Aboriginal rights and title, is grounded in the principle of the honour of the Crown, which derives from the Crown’s assertion of sovereignty in the face of prior Aboriginal occupation. The Crown’s honour cannot be interpreted

**Référence neutre : 2004 CSC 74.**

N° du greffe : 29146.

2004 : 24 mars; 2004 : 18 novembre.

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

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA  
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

*Couronne — Honneur de la Couronne — Obligation de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements à leurs préoccupations — La Couronne a-t-elle l’obligation de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements à leurs préoccupations avant de prendre une décision susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur des revendications de droits et titres ancestraux non encore prouvées? — Dans l’affirmative, les mesures de consultation et d’accommodement adoptées par la province avant de délivrer le certificat d’approbation de projet étaient-elles suffisantes pour préserver l’honneur de la Couronne?*

Depuis 1994, une entreprise d’exploitation minière demande au gouvernement de la Colombie-Britannique l’autorisation de rouvrir une vieille mine. La Première nation Tlingit de Taku River (« PNTTR »), qui a participé à l’évaluation environnementale effectuée par la province conformément à l’*Environmental Assessment Act*, s’est opposée au projet de l’entreprise de construire une route sur une partie de son territoire traditionnel. La province a octroyé le certificat d’approbation de projet en 1998. Invoquant des moyens fondés sur le droit administratif et sur son titre et ses droits ancestraux, la PNTTR a présenté une demande visant à faire annuler la décision. La juge en son cabinet a conclu que les décideurs n’avaient fait preuve de suffisamment de prudence durant les derniers mois de l’évaluation afin de s’assurer qu’ils avaient bien répondu à l’essentiel des préoccupations de la PNTTR. Elle a annulé la décision et a ordonné le réexamen de la demande. La majorité de la Cour d’appel a confirmé la décision, concluant que la province ne s’était pas acquittée de son obligation de consulter la PNTTR et de trouver des accommodements aux préoccupations de cette dernière.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli.

L’obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones et, s’il y a lieu, de trouver des accommodements à leurs préoccupations, même avant que l’existence des droits et titre ancestraux revendiqués n’ait été établie, repose sur le principe de l’honneur de la Couronne, qui découle de l’affirmation de la souveraineté de la

narrowly or technically, but must be given full effect in order to promote the process of reconciliation mandated by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The duty to consult varies with the circumstances. It arises when a Crown actor has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it. This in turn may lead to a duty to accommodate Aboriginal concerns. Responsiveness is a key requirement of both consultation and accommodation. The scope of the duty to consult is proportionate to a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right or title, and to the seriousness of the potentially adverse effect upon the right or title claimed.

The Crown's obligation to consult the TRTFN was engaged in this case. The Province was aware of the TRTFN's title and rights claims and knew that the decision to reopen the mine had the potential to adversely affect the substance of the TRTFN's claims. The TRTFN's claim is relatively strong, supported by a *prima facie* case, as attested to by its inclusion in the Province's treaty negotiation process. While the proposed road is to occupy only a small portion of the territory over which the TRTFN asserts title, the potential for negative derivative impacts on the TRTFN's claims is high. On the spectrum of consultation required by the honour of the Crown, the TRTFN was entitled to more than minimum consultation under the circumstances, and to a level of responsiveness to its concerns that can be characterized as accommodation. It is impossible, however, to provide a prospective checklist of the level of consultation required.

In this case, the process engaged in by the Province under the *Environmental Assessment Act* fulfilled the requirements of its duty to consult and accommodate. The TRTFN was part of the Project Committee, participating fully in the environmental review process. Its views were put before the decision makers, and the final project approval contained measures designed to address both its immediate and its long-term concerns. The Province was not under a duty to reach agreement with the TRTFN, and its failure to do so did not breach the obligations of good faith that it owed the TRTFN. Finally, it is expected that, throughout the permitting, approval and licensing process, as well as in the

Couronne face à l'occupation antérieure des terres par les peuples autochtones. Le principe de l'honneur de la Couronne ne peut recevoir une interprétation étroite ou formaliste. Au contraire, il convient de lui donner plein effet afin de promouvoir le processus de conciliation prescrit par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'obligation de consulter varie selon les circonstances. Elle naît lorsqu'un représentant de la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle d'un droit ou titre ancestral et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ce droit ou ce titre. Cette obligation peut, à son tour, donner lieu à l'obligation de trouver des accommodements aux préoccupations des Autochtones. La volonté de répondre aux préoccupations est un élément clé tant à l'étape de la consultation qu'à celle de l'accommodement. L'étendue de l'obligation de consultation dépend de l'évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l'existence du droit ou du titre revendiqué, et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou titre.

En l'espèce, la Couronne avait l'obligation de consulter la PNTTR. La province était au courant des revendications de titre et de droits de la PNTTR et elle savait que la décision de rouvrir la mine pouvait avoir un effet préjudiciable sur le fond de ses revendications. Les revendications de la PNTTR sont relativement solides et à première vue fondées, comme le démontre le fait qu'elles ont été acceptées en vue de la négociation d'un traité. La route proposée n'occupe qu'une petite partie du territoire sur lequel la PNTTR revendique un titre; toutefois, le risque de conséquences négatives sur les revendications est élevé. En ce qui concerne le niveau de consultation que requiert le principe de l'honneur de la Couronne, la PNTTR avait droit à davantage que le minimum prescrit dans les circonstances et elle avait le droit de s'attendre à une volonté de répondre à ses préoccupations qui puisse être qualifiée d'accommodement. Il est cependant impossible de déterminer à l'avance le niveau de consultation requis.

En l'espèce, la province s'est acquittée de son obligation de consultation et d'accommodement en engageant le processus prévu à l'*Environmental Assessment Act*. La PNTTR faisait partie du comité d'examen du projet et elle a participé à part entière à l'examen environnemental. Ses vues ont été exposées aux décideurs et le certificat d'approbation du projet final contenait des mesures visant à répondre à ses préoccupations, à court comme à long terme. La province n'avait pas l'obligation de se mettre d'accord avec la PNTTR et le fait qu'elle n'y soit pas parvenue ne constitue pas un manquement à son obligation d'agir de bonne foi avec la PNTTR. Enfin, on s'attend à ce que, à chacune des étapes (permis, licences et

development of a land use strategy, the Crown will continue to fulfill its honourable duty to consult and, if appropriate, accommodate the TRTFN.

### Cases Cited

**Applied:** *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, 2004 SCC 73; **referred to:** *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010.

### Statutes and Regulations Cited

*Constitution Act, 1982*, s. 35(1).

*Environmental Assessment Act*, R.S.B.C. 1996, c. 119 [rep. 2002, c. 43, s. 58], ss. 2, 7, 9, 10, 14 to 18, 19(1), 21, 22, 23, 29, 30(1).

*Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1996, c. 241.

*Mine Development Assessment Act*, S.B.C. 1990, c. 55.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2002), 211 D.L.R. (4th) 89, [2002] 4 W.W.R. 19, 163 B.C.A.C. 164, 267 W.A.C. 164, 98 B.C.L.R. (3d) 16, 42 C.E.L.R. (N.S.) 169, [2002] 2 C.N.L.R. 312, 91 C.R.R. (2d) 260, [2002] B.C.J. No. 155 (QL), 2002 BCCA 59, affirming a decision of the British Columbia Supreme Court (2000), 77 B.C.L.R. (3d) 310, 34 C.E.L.R. (N.S.) 209, [2000] B.C.J. No. 1301 (QL), 2000 BCSC 1001. Appeal allowed.

*Paul J. Pearlman, Q.C., and Kathryn L. Kickbush*, for the appellants.

*Arthur C. Pape, Jean Teillet and Richard B. Salter*, for the respondents Taku River Tlingit First Nation and Melvin Jack, on behalf of himself and all other members of the Taku River Tlingit First Nation.

*Randy J. Kaardal and Lisa Hynes*, for the respondents Redfern Resources Ltd. and Redcorp Ventures Ltd. formerly known as Redfern Resources Ltd.

*Mitchell Taylor and Brian McLaughlin*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Pierre-Christian Labeau*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

autres autorisations) ainsi que lors de l'élaboration d'une stratégie d'utilisation des terres, la Couronne continue de s'acquitter honorablement de son obligation de consulter la PNTTR et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements aux préoccupations de cette dernière.

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué:** *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73; **arrêts mentionnés:** *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

### Lois et règlements cités

*Environmental Assessment Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 119 [abr. 2002, ch. 43, art. 58], art. 2, 7, 9, 10, 14 à 18, 19(1), 21, 22, 23, 29, 30(1).

*Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 241.

*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35(1).

*Mine Development Assessment Act*, S.B.C. 1990, ch. 55.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2002), 211 D.L.R. (4th) 89, [2002] 4 W.W.R. 19, 163 B.C.A.C. 164, 267 W.A.C. 164, 98 B.C.L.R. (3d) 16, 42 C.E.L.R. (N.S.) 169, [2002] 2 C.N.L.R. 312, 91 C.R.R. (2d) 260, [2002] B.C.J. No. 155 (QL), 2002 BCCA 59, qui a confirmé une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (2000), 77 B.C.L.R. (3d) 310, 34 C.E.L.R. (N.S.) 209, [2000] B.C.J. No. 1301 (QL), 2000 BCSC 1001. Pourvoi accueilli.

*Paul J. Pearlman, c.r., et Kathryn L. Kickbush*, pour les appelants.

*Arthur C. Pape, Jean Teillet et Richard B. Salter*, pour les intimés la Première nation Tlingit de Taku River et Melvin Jack, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la Première nation Tlingit de Taku River.

*Randy J. Kaardal et Lisa Hynes*, pour les intimées Redfern Resources Ltd. et Redcorp Ventures Ltd., auparavant connue sous le nom de Redfern Resources Ltd.

*Mitchell Taylor et Brian McLaughlin*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Pierre-Christian Labeau*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Kurt J. W. Sandstrom and Stan Rutwind*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Charles F. Willms and Kevin G. O'Callaghan*, for the interveners Business Council of British Columbia, British Columbia and Yukon Chamber of Mines, British Columbia Chamber of Commerce, British Columbia Wildlife Federation, Council of Forest Industries, Mining Association of British Columbia and Aggregate Producers Association of British Columbia.

*Jeffrey R. W. Rath and Allisun Rana*, for the intervener Doig River First Nation.

*Hugh M. G. Braker, Q.C.*, and *Anja Brown*, for the intervener First Nations Summit.

*Robert J. M. Janes and Dominique Nouvet*, for the intervener Union of British Columbia Indian Chiefs.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

## I. Introduction

1 This case raises the issue of the limits of the Crown's duty to consult with and accommodate Aboriginal peoples when making decisions that may adversely affect as yet unproven Aboriginal rights and title claims. The Taku River Tlingit First Nation ("TRTFN") participated in a three-and-a-half-year environmental assessment process related to the efforts of Redfern Resources Ltd. ("Redfern") to reopen an old mine. Ultimately, the TRTFN found itself disappointed in the process and in the result.

2 I conclude that the Province was required to consult meaningfully with the TRTFN in the decision-making process surrounding Redfern's project approval application. The TRTFN's role in the environmental assessment was, however, sufficient to uphold the Province's honour and meet the require-

*Kurt J. W. Sandstrom et Stan Rutwind*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Charles F. Willms et Kevin G. O'Callaghan*, pour les intervenants Business Council of British Columbia, British Columbia and Yukon Chamber of Mines, British Columbia Chamber of Commerce, British Columbia Wildlife Federation, Council of Forest Industries, Mining Association of British Columbia et Aggregate Producers Association of British Columbia.

*Jeffrey R. W. Rath et Allisun Rana*, pour l'intervenante la Première nation de Doig River.

*Hugh M. G. Braker, c.r.*, et *Anja Brown*, pour l'intervenant le Sommet des Premières nations.

*Robert J. M. Janes et Dominique Nouvet*, pour l'intervenante Union of British Columbia Indian Chiefs.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

## I. Introduction

Le présent pourvoi soulève la question des limites de l'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements à leurs préoccupations avant de prendre des décisions susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur des revendications de droits et de titres ancestraux dont le bien-fondé n'a pas encore été établi. La Première nation Tlingit de Taku River (« PNTTR ») a participé à une évaluation environnementale de trois ans et demi menée par suite des démarches entreprises par Redfern Resources Ltd. (« Redfern ») pour rouvrir une vieille mine. Finalement, ni l'évaluation ni son résultat n'ont su satisfaire la PNTTR.

Je conclus que, dans le processus décisionnel relatif à la demande d'approbation de projet de Redfern, la province avait l'obligation de consulter véritablement la PNTTR. Cependant, cette dernière a joué dans l'évaluation environnementale un rôle suffisant pour qu'il soit possible de conclure que la



ments of its duty. Where consultation is meaningful, there is no ultimate duty to reach agreement. Rather, accommodation requires that Aboriginal concerns be balanced reasonably with the potential impact of the particular decision on those concerns and with competing societal concerns. Compromise is inherent to the reconciliation process. In this case, the Province accommodated TRTFN concerns by adapting the environmental assessment process and the requirements made of Redfern in order to gain project approval. I find, therefore, that the Province met the requirements of its duty toward the TRTFN.

## II. Facts and Decisions Below

The Tulsequah Chief Mine, operated in the 1950s by Cominco Ltd., lies in a remote and pristine area of northwestern British Columbia, at the confluence of the Taku and Tulsequah Rivers. Since 1994, Redfern has sought permission from the British Columbia government to reopen the mine, first under the *Mine Development Assessment Act*, S.B.C. 1990, c. 55, and then, following its enactment in 1995, under the *Environmental Assessment Act*, R.S.B.C. 1996, c. 119. During the environmental assessment process, access to the mine emerged as a point of contention. The members of the TRTFN, who participated in the assessment as Project Committee members, objected to Redfern's plan to build a 160-km road from the mine to the town of Atlin through a portion of their traditional territory. However, after a lengthy process, project approval was granted on March 19, 1998 by the Minister of Environment, Lands and Parks and the Minister of Energy and Mines ("Ministers").

The Redfern proposal was assessed in accordance with British Columbia's *Environmental Assessment Act*. The environmental assessment process is

province s'est comportée honorablement et qu'elle s'est acquittée de son obligation. Lorsqu'une véritable consultation a eu lieu, il n'est pas essentiel que les parties parviennent à une entente. L'obligation d'accommodement exige plutôt que les préoccupations des Autochtones soient raisonnablement mises en balance avec l'incidence potentielle de la décision sur ces préoccupations et avec les intérêts sociétaux opposés. L'idée de compromis fait partie intégrante du processus de conciliation. En l'espèce, la province a pris des mesures d'accommodement à l'égard des préoccupations de la PNTTR en adaptant la procédure d'évaluation environnementale et les conditions imposées à Redfern pour que son projet soit approuvé. Par conséquent, j'estime que la province s'est acquittée de son obligation envers la PNTTR.

## II. Faits et décisions des juridictions inférieures

La mine Tulsequah Chief, qui était exploitée dans les années 50 par Cominco Ltd., se trouve dans une région vierge et éloignée du nord-ouest de la Colombie-Britannique, au confluent des rivières Taku et Tulsequah. Depuis 1994, Redfern demande au gouvernement de la Colombie-Britannique l'autorisation de rouvrir la mine. Elle a présenté sa demande d'abord en vertu de la *Mine Development Assessment Act*, S.B.C. 1990, ch. 55, puis en vertu de l'*Environmental Assessment Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 119, après la promulgation de celle-ci en 1995. Au cours de l'évaluation environnementale, la question de l'accès à la mine s'est révélée être un point de discorde. La PNTTR, dont des représentants ont participé à l'évaluation en tant que membres du comité responsable du projet, s'est opposée au projet de Redfern de construire, sur une partie de son territoire traditionnel, une route de 160 kilomètres reliant la mine à la ville d'Atlin. Au terme d'un long processus, le ministre de l'Environnement, des Terres et des Parcs et le ministre de l'Énergie et des Mines (« ministres ») ont donné leur aval au projet le 19 mars 1998.

La proposition de Redfern a été évaluée conformément à la loi intitulée *Environmental Assessment Act* (« Loi ») de la Colombie-Britannique.

distinct from both the land use planning process and the treaty negotiation process, although these latter processes may necessarily have an impact on the assessment of individual proposals. The following provisions are relevant to this matter.

5 Section 2 sets out the purposes of the Act, which are:

- (a) to promote sustainability by protecting the environment and fostering a sound economy and social well-being,
- (b) to provide for the thorough, timely and integrated assessment of the environmental, economic, social, cultural, heritage and health effects of reviewable projects,
- (c) to prevent or mitigate adverse effects of reviewable projects,
- (d) to provide an open, accountable and neutrally administered process for the assessment
  - (i) of reviewable projects, and

(e) to provide for participation, in an assessment under this Act, by the public, proponents, first nations, municipalities and regional districts, the government and its agencies, the government of Canada and its agencies and British Columbia's neighbouring jurisdictions.

6 "The proponent of a reviewable project may apply for a project approval certificate" under s. 7 of the Act, providing a "preliminary overview of the reviewable project, including" potential effects and proposed mitigation measures. If the project is accepted for review, "the executive director must establish a project committee" for the project (s. 9(1)). The executive director must invite a number of groups to nominate members to the committee, including "any first nation whose traditional territory includes the site of the project or is in the

L'évaluation environnementale est un processus distinct de l'aménagement du territoire et de la négociation des traités, bien que ces deux processus puissent évidemment avoir des répercussions sur l'évaluation des différentes propositions. Les dispositions suivantes de la Loi sont pertinentes en l'espèce.

Les objets de la Loi sont définis ainsi à l'art. 2 :

[TRANSDUCTION]

- a) favoriser la durabilité en protégeant l'environnement et en encourageant une économie saine et le bien-être collectif;
- b) fournir en temps utile une évaluation complète et intégrée des conséquences que les projets assujettis à la procédure d'examen peuvent avoir sur l'environnement, l'économie, la société, la culture, le patrimoine et la santé;
- c) prévenir ou atténuer les effets négatifs des projets assujettis à la procédure d'examen;
- d) fournir un processus ouvert et neutre assorti de mécanismes d'imputabilité pour l'évaluation :
  - (i) des projets assujettis à la procédure d'examen;

e) permettre, lors des évaluations effectuées en vertu de la présente loi, la participation du public, des promoteurs, des Premières nations, des municipalités et districts régionaux, du gouvernement et de ses organismes, du gouvernement du Canada et de ses organismes et des ressorts voisins de la Colombie-Britannique.

En vertu de l'art. 7 de la Loi, [TRANSDUCTION] « [l]e promoteur d'un projet assujetti à la procédure d'examen peut présenter une demande de certificat d'approbation de projet » en fournissant, « à l'égard du projet, un aperçu préliminaire indiquant notamment » ses effets possibles et les mesures d'atténuation envisagées. Si le projet est accepté pour examen, [TRANSDUCTION] « le directeur administratif forme un comité chargé d'examiner le projet » (par. 9(1)). À cette fin, il invite à participer à la nomination des membres du comité

vicinity of the project” (s. 9(2)(d)). Under s. 9(6), the committee “may determine its own procedure, and provide for the conduct of its meetings”.

Redfern’s proposal was accepted for review under the former *Mine Development Assessment Act*, and a project committee was established in November 1994. Invited to participate were the TRTFN, the British Columbia, federal, Yukon, United States, and Alaskan governments, as well as the Atlin Advisory Planning Commission. When the *Environmental Assessment Act* was instituted, the Project Committee was formally constituted under s. 9. Working groups and technical sub-committees were formed, including a group to deal with Aboriginal concerns and a group to deal with issues around transportation options. The TRTFN participated in both of these groups. A number of studies were commissioned and provided to the Project Committee during the assessment process.

The project committee becomes the primary engine driving the assessment process. It must act in accordance with the purposes of a project committee, set out in s. 10 as:

- (a) to provide to the executive director, the minister and the responsible minister expertise, advice, analysis and recommendations, and
- (b) to analyze and advise the executive director, the minister and the responsible minister as to,
  - (i) the comments received in response to an invitation for comments under this Act,
  - (ii) the advice and recommendations of the public advisory committee, if any, established for that reviewable project,
  - (iii) the potential effects, and
  - (iv) the prevention or mitigation of adverse effects.

un certain nombre de groupes, notamment « toute Première nation dont le territoire traditionnel abrite le chantier ou se trouve à proximité de celui-ci » (al. 9(2)d)). Aux termes du par. 9(6), le comité d’examen du projet peut [TRADUCTION] « établir des règles régissant sa procédure et la conduite de ses réunions ».

La proposition de Redfern a été acceptée pour examen en vertu de l’ancienne loi intitulée *Mine Development Assessment Act*, et un comité d’examen du projet a été créé en novembre 1994. Ont été invités à faire partie de ce comité la PNTTR, les gouvernements de la Colombie-Britannique, du Canada, du Yukon, des États-Unis et de l’Alaska, ainsi que la commission consultative d’aménagement du territoire d’Atlin. Lorsque l’*Environmental Assessment Act* est entrée en vigueur, le comité d’examen du projet a été officiellement constitué conformément à l’art. 9. Divers groupes de travail et sous-comités techniques ont été formés, notamment un groupe chargé d’examiner les préoccupations des Autochtones et un autre d’étudier les options en matière de transport. La PNTTR a participé à ces deux groupes. Plusieurs études ont été commandées et remises au comité d’examen du projet au cours de l’évaluation.

Le comité d’examen du projet devient le principal moteur du processus d’évaluation. Il doit s’acquitter de son mandat, qui est défini ainsi à l’art. 10 :

[TRADUCTION]

- a) fournir au directeur administratif, au ministre et au ministre responsable expertise, conseils, analyses et recommandations;
- b) conseiller, après analyse, le directeur administratif, le ministre et le ministre responsable à propos :
  - (i) des commentaires reçus en réponse à l’invitation de donner des commentaires en vertu de la présente loi,
  - (ii) des conseils et recommandations du comité consultatif public établi pour l’examen de ce projet, le cas échéant,
  - (iii) des effets possibles du projet,
  - (iv) de la prévention ou de l’atténuation des effets négatifs.

9

The proponent of the project is required to engage in public consultation and distribution of information about the proposal (ss. 14-18). After the period for receipt of comments has expired, the executive director must either “refer the application to the [Ministers] . . . for a decision . . . or order that a project report be prepared . . . and that the project undergo further review” (s. 19(1)). If a project report is to be prepared, the executive director must prepare draft project report specifications indicating what information, analysis, plans or other records are relevant to an effective assessment, on the recommendation of the project committee (s. 21(a)). Sections 22 and 23 set out a non-exhaustive list of what matters may be included in a project report. These specifications are provided to the proponent (s. 21(b)).

10

In this case, Redfern was required to produce a project report, and draft project report specifications were provided to it. Additional time was granted to allow the executive director and Project Committee to prepare specifications.

11

When the proponent submits a project report, the project committee makes a recommendation to the executive director, whether to accept the report for review or to withhold acceptance if the report does not meet the specifications. Redfern submitted a multiple volume project report in November 1996. A time limit extension was granted to allow extra time to complete the review of the report. In January 1997, the Project Committee concluded that the report was deficient in certain areas, and Redfern was required to address the deficiencies.

12

Through the environmental assessment process, the TRTFN’s concerns with the road proposal became apparent. Its concerns crystallized around the potential effect on wildlife and traditional land use, as well as the lack of adequate baseline information by which to measure subsequent effects. It was the TRTFN’s position that the road ought not to be approved in the absence of a land use planning strategy and away from the treaty

Le promoteur du projet a l’obligation de mener des consultations publiques relativement à la proposition et de diffuser de l’information à cet égard (art. 14-18). À l’expiration de la période de réception des commentaires, le directeur administratif [TRADUCTION] « renvoie la demande [aux ministres] [. . .] pour décision [. . .] ou il ordonne la préparation d’un rapport de projet [. . .] et la poursuite de l’examen du projet » (par. 19(1)). Dans le cas où un rapport de projet s’impose, le directeur administratif établit les spécifications du rapport de projet en indiquant, selon les recommandations du comité d’examen du projet, les renseignements, analyses, plans ou autres éléments requis pour l’évaluation (al. 21a)). Les articles 22 et 23 dressent une liste non exhaustive des points qui peuvent être inclus dans ce rapport de projet. Les spécifications sont communiquées au promoteur (al. 21b)).

En l’espèce, Redfern devait produire un rapport de projet, et elle a reçu la liste des spécifications requises pour la préparation de ce rapport. Le délai a été prorogé afin que la directrice administrative et le comité responsable aient plus de temps pour établir les spécifications.

Lorsque le promoteur soumet un rapport de projet, le comité recommande au directeur administratif d’accepter le rapport pour examen ou de le refuser s’il ne respecte pas les spécifications. En novembre 1996, Redfern a remis un rapport de projet de plusieurs volumes. Le délai d’examen du rapport a été prorogé pour permettre au comité de terminer son travail. En janvier 1997, le comité d’examen du projet a conclu que le rapport comportait des lacunes et il a été enjoint à Redfern d’y remédier.

Les inquiétudes de la PNTTR au sujet de la route proposée sont ressorties clairement au cours de l’évaluation environnementale. La PNTTR s’inquiétait particulièrement des effets possibles sur la faune et l’utilisation traditionnelle des terres, ainsi que de l’absence de données de base permettant de mesurer les effets ultérieurs du projet. La PNTTR estimait que la construction de la route ne devait pas être approuvée sans une stratégie

negotiation table. The environmental assessment process was unable to address these broader concerns directly, but the project assessment director facilitated the TRTFN's access to other provincial agencies and decision makers. For example, the Province approved funding for wildlife monitoring programs as desired by the TRTFN (the Grizzly Bear Long-term Cumulative Effects Assessment and Ungulate Monitoring Program). The TRTFN also expressed interest in TRTFN jurisdiction to approve permits for the project, revenue sharing, and TRTFN control of the use of the access road by third parties. It was informed that these issues were outside the ambit of the certification process and could only be the subject of later negotiation with the government.

While Redfern undertook to address other deficiencies, the Environmental Assessment Office's project assessment director engaged a consultant acceptable to the TRTFN, Mr. Lindsay Staples, to perform traditional land use studies and address issues raised by the TRTFN. Redfern submitted its upgraded report in July 1997, but was requested to await receipt of the Staples Report. The Staples Report, prepared by August 1997, was provided for inclusion in the Project Report. The Project Report was distributed for review in September 1997, with public comments received for a 60-day period thereafter. However, the TRTFN, upon reviewing the Staples Report, voiced additional concerns. In response, the Environmental Assessment Office engaged Staples to prepare an addendum to his report, which was completed in December 1997 and also included in the Project Report from that time forward.

Under the Act, the executive director, upon accepting a project report, may refer the application for a project approval certificate to the Ministers for a decision (s. 29). "In making a referral . . . the executive director must take into account the application, the project report and any comments

d'utilisation du territoire et en dehors du cadre de la négociation des traités. Ces préoccupations plus larges n'ont pu être examinées directement dans l'évaluation environnementale, mais le directeur de l'évaluation du projet a mis la PNTTR en contact avec d'autres organismes et décideurs provinciaux. Par exemple, selon le désir de la PNTTR, la province a approuvé le financement de programmes de surveillance de la faune (évaluation des effets cumulatifs à long terme sur les grizzlis et programme de surveillance des ongulés). La PNTTR a aussi manifesté son intérêt à l'égard des aspects suivants : pouvoir d'approuver les permis pour le projet, partage des recettes et contrôle de l'utilisation de la route d'accès par des tiers. Elle a été informée que ces questions ne relevaient pas du processus de délivrance des certificats et ne pourraient être examinées que lors de négociations ultérieures avec le gouvernement.

Pendant que Redfern s'attachait à remédier à d'autres lacunes, le directeur de l'évaluation du projet, Bureau des évaluations environnementales, a engagé un consultant jugé acceptable par la PNTTR, M. Lindsay Staples, pour effectuer des études sur l'utilisation traditionnelle des terres et examiner les questions soulevées par la PNTTR. En juillet 1997, Redfern a remis son rapport corrigé, mais on lui a demandé d'attendre le rapport Staples. Celui-ci, préparé en août 1997, a été annexé au rapport de projet, lequel a été distribué pour examen en septembre 1997. Le public disposait de 60 jours pour faire part de ses observations. Cependant, après examen du rapport Staples, la PNTTR a exprimé d'autres inquiétudes et le Bureau des évaluations environnementales a demandé à M. Staples de préparer un addenda à son rapport. L'addenda a été terminé en décembre 1997 et figure en annexe du rapport de projet depuis cette date.

Suivant la Loi, après avoir accepté un rapport de projet, le directeur administratif peut renvoyer la demande de certificat d'approbation de projet aux ministres pour décision (art. 29). [TRADUCTION] « Dans un tel cas [. . .] le directeur administratif doit prendre en considération la demande, le

13

14

received about them” (s. 29(1)). “A referral . . . may be accompanied by recommendations of the project committee” (s. 29(4)). There is no requirement under the Act that a project committee prepare a written recommendations report.

15 In this case, the staff of the Environmental Assessment Office prepared a written Project Committee Recommendations Report, the major part of which was provided to committee members for review in early January 1998. The final 18 pages were provided as part of a complete draft on March 3, 1998. The majority of the committee members agreed to refer the application to the Ministers and to recommend approval for the project subject to certain recommendations and conditions. The TRTFN did not agree with the Recommendations Report, and instead prepared a minority report stating their concerns with the process and the proposal.

16 After a referral under s. 29 is made, “the ministers must consider the application and any recommendations of the project committee” (s. 30(1)(a)), in order to either “issue a project approval certificate”, “refuse to issue the . . . certificate”, or “refer the application to the Environmental Assessment Board for [a] public hearing” (s. 30(1)(b)). Written reasons are required (s. 30(1)(c)).

17 The executive director referred Redfern’s application to the Ministers on March 12, 1998. The referral included the Project Committee Recommendations Report, the Project Approval Certificate in the form that it was ultimately signed, and the TRTFN Report (A.R., vol. V, p. 858). In addition, the Recommendations Report explicitly identified TRTFN concerns and points of disagreement throughout, as well as suggested mitigation measures. The Ministers issued the Project Approval Certificate on March 19, 1998, approving the proposal subject to detailed terms and conditions.

rapport de projet et les commentaires reçus à leur sujet » (par. 29(1)). [TRADUCTION] « Le comité d’examen du projet peut joindre des recommandations à la demande déferée aux ministres » (par. 29(4)), mais il n’est pas tenu par la Loi de rédiger un rapport faisant état de ses recommandations.

En l’espèce, le personnel du Bureau des évaluations environnementales a préparé un tel rapport, dont la majeure partie a été remise aux membres du comité pour examen au début de janvier 1998. Les 18 dernières pages ont été remises avec le rapport provisoire complet le 3 mars 1998. La majorité des membres du comité ont convenu de renvoyer la demande aux ministres et de recommander l’approbation du projet, sous réserve de certaines recommandations et conditions. La PNTTR a exprimé son désaccord au sujet du rapport faisant état des recommandations et a préparé son propre rapport minoritaire énonçant ses préoccupations à l’égard du processus et de la proposition.

Lorsqu’une demande leur est déferée en vertu de l’art. 29, [TRADUCTION] « les ministres doivent examiner la demande et les recommandations du comité d’examen du projet » (al. 30(1)a)) et soit « délivrer un certificat d’approbation de projet », soit « refuser la délivrance du certificat . . . », ou encore « renvoyer la demande à la Commission d’évaluation environnementale pour la tenue [d’une] audience publique » (al. 30(1)b)). Leur décision doit être motivée (al. 30(1)c)).

Le 12 mars 1998, la directrice administrative a renvoyé la demande de Redfern aux ministres. La demande était accompagnée du rapport faisant état des recommandations du comité d’examen du projet, de la version du certificat d’approbation qui a finalement été signée, et du rapport de la PNTTR (d.a., vol. V, p. 858). De plus, dans le rapport faisant état des recommandations on mentionne explicitement à plusieurs endroits les préoccupations et les points de désaccord de la PNTTR, ainsi que les mesures d’atténuation proposées. Les ministres ont délivré le certificat d’approbation du projet le 19 mars 1998, avalisant ainsi la proposition sous réserve de conditions détaillées.

Issuance of project approval certification does not constitute a comprehensive “go-ahead” for all aspects of a project. An extensive “permitting” process precedes each aspect of construction, which may involve more detailed substantive and information requirements being placed on the developer. Part 6 of the Project Committee’s Recommendations Report summarized the requirements for licences, permits and approvals that would follow project approval in this case. In addition, the Recommendations Report made prospective recommendations about what ought to happen at the permit stage, as a condition of certification. The Report stated that Redfern would develop more detailed baseline information and analysis at the permit stage, with continued TRTFN participation, and that adjustments might be required to the road route in response. The majority also recommended creation of a resource management zone along the access corridor, to be in place until completion of a future land use plan; the use of regulations to control access to the road; and creation of a Joint Management Committee for the road with the TRTFN. It recommended that Redfern’s future Special Use Permit application for the road be referred to the proposed Joint Management Committee.

The TRTFN brought a petition in February 1999 under the *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1996, c. 241, to quash the Ministers’ decision to issue the Project Approval Certificate on administrative law grounds and on grounds based on its Aboriginal rights and title. Determination of its rights and title was severed from the judicial review proceedings and referred to the trial list, on the Province’s application. The chambers judge on the judicial review proceedings, Kirkpatrick J., concluded that the Ministers should have been mindful of the possibility that their decision might infringe Aboriginal rights, and that they had not been sufficiently careful during the final months of the assessment process to ensure that they had effectively addressed the substance of the TRTFN’s concerns ((2000), 77 B.C.L.R. (3d) 310,

Délivrer un certificat d’approbation de projet ne revient pas à donner « le feu vert » pour tous les aspects du projet. Chaque aspect de la construction fait au préalable l’objet d’un long processus d’« autorisation » et peut nécessiter la fourniture par le promoteur de renseignements plus détaillés et plus substantiels. À la partie 6 du rapport faisant état des recommandations, le comité d’examen du projet a résumé les exigences en matière de licences, de permis et d’autorisations qui s’appliqueraient après l’approbation du projet en l’espèce. De plus, ce rapport formulait des recommandations prospectives quant à ce qui devrait se produire à l’étape du certificat, comme condition de sa délivrance. Il prévoyait que Redfern devrait, toujours avec le concours de la PNTTR, préparer à cette étape des analyses et des données de base plus détaillées, lesquelles pourraient donner lieu à une correction du tracé de la route. La majorité des membres a aussi recommandé la création d’une zone de gestion des ressources le long du corridor d’accès et son maintien jusqu’à l’achèvement d’un futur plan d’aménagement du territoire, l’établissement de règlements régissant l’utilisation de la route et la création d’un comité conjoint de gestion de la route avec la PNTTR. Le rapport recommandait que la future demande de Redfern en vue d’obtenir un permis spécial d’utilisation de la route soit présentée au comité conjoint de gestion proposé.

Invokant des moyens fondés sur le droit administratif et sur son titre et ses droits ancestraux, la PNTTR a présenté, en février 1999, en vertu de la *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 241, une demande visant à faire annuler la décision des ministres de délivrer le certificat d’approbation du projet. À la demande de la province, la demande de détermination des droits et du titre a été dissociée de la procédure de contrôle judiciaire et a été inscrite pour instruction. La juge Kirkpatrick, en son cabinet, a entendu la demande de contrôle judiciaire et conclu que les ministres auraient dû être conscients de la possibilité que leur décision porte atteinte à des droits ancestraux et qu’ils auraient dû faire preuve de plus de prudence durant les derniers mois de l’évaluation afin de s’assurer qu’ils avaient bien répondu à l’essentiel des

2000 BCSC 1001). She also found in the TRTFN's favour on administrative law grounds. She set aside the decision to issue the Project Approval Certificate and directed a reconsideration, for which she later issued directions.

préoccupations de la PNTTR ((2000), 77 B.C.L.R. (3d) 310, 2000 BCSC 1001). La juge a également donné raison à la PNTTR en ce qui concerne les moyens fondés sur le droit administratif. Elle a annulé la décision accordant le certificat d'approbation du projet et elle a ordonné le réexamen de la demande de permis, réexamen à l'égard duquel elle a plus tard donné des directives.

20 The majority of the British Columbia Court of Appeal dismissed the Province's appeal, finding (*per* Rowles J.A.) that the Province had failed to meet its duty to consult with and accommodate the TRTFN ((2002), 98 B.C.L.R. (3d) 16, 2002 BCCA 59). Southin J.A., dissenting, would have found that the consultation undertaken was adequate on the facts. Both the majority and the dissent appear to conclude that the decision complied with administrative law principles. The Province has appealed to this Court, arguing that no duty to consult exists outside common law administrative principles, prior to proof of an Aboriginal claim. If such a duty does exist, the Province argues, it was met on the facts of this case.

La majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (sous la plume de la juge Rowles) a rejeté l'appel de la province, concluant que celle-ci ne s'était pas acquittée de son obligation de consulter la PNTTR et de trouver des accommodements aux préoccupations de celle-ci ((2002), 98 B.C.L.R. (3d) 16, 2002 BCCA 59). Dissidente, la juge Southin était d'avis que la consultation avait été adéquate au vu des faits. Tant les juges majoritaires que la juge dissidente semblent conclure que la décision était conforme aux principes du droit administratif. La province s'est pourvue devant la Cour, faisant valoir que, sauf application des principes du droit administratif prévus par la common law, il n'existe pas d'obligation de consultation, tant qu'une revendication de droits ancestraux n'a pas été établie. Elle ajoute que, si une telle obligation existe, les faits démontrent qu'elle a été respectée en l'espèce.

### III. Analysis

### III. Analyse

21 In *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, 2004 SCC 73, heard concurrently with this case, this Court has confirmed the existence of the Crown's duty to consult and, where indicated, to accommodate Aboriginal peoples prior to proof of rights or title claims. The Crown's obligation to consult the TRTFN was engaged in this case. The Province was aware of the TRTFN's claims through its involvement in the treaty negotiation process, and knew that the decision to reopen the Tulsequah Chief Mine had the potential to adversely affect the substance of the TRTFN's claims.

Dans l'affaire *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, entendue en même temps que le présent pourvoi, la Cour a confirmé l'existence de l'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements aux préoccupations de ceux-ci même avant que n'ait été tranchée une revendication de droits ou de titre. En l'espèce, la Couronne avait l'obligation de consulter la PNTTR. La province était au courant des revendications en raison de la participation de la PNTTR au processus de négociation de traités, et elle savait que la décision de rouvrir la mine Tulsequah Chief pouvait avoir un effet préjudiciable sur le fond des revendications de la PNTTR.



On the principles discussed in *Haida*, these facts mean that the honour of the Crown placed the Province under a duty to consult with the TRTFN in making the decision to reopen the Tulsequah Chief Mine. In this case, the process engaged in by the Province under the *Environmental Assessment Act* fulfilled the requirements of its duty. The TRTFN was part of the Project Committee, participating fully in the environmental review process. It was disappointed when, after three and a half years, the review was concluded at the direction of the Environmental Assessment Office. However, its views were put before the Ministers, and the final project approval contained measures designed to address both its immediate and long-term concerns. The Province was under a duty to consult. It did so, and proceeded to make accommodations. The Province was not under a duty to reach agreement with the TRTFN, and its failure to do so did not breach the obligations of good faith that it owed the TRTFN.

A. *Did the Province Have a Duty to Consult and if Indicated Accommodate the TRTFN?*

The Province argues that, before the determination of rights through litigation or conclusion of a treaty, it owes only a common law “duty of fair dealing” to Aboriginal peoples whose claims may be affected by government decisions. It argues that a duty to consult could arise after rights have been determined, through what it terms a “justificatory fiduciary duty”. Alternatively, it submits, a fiduciary duty may arise where the Crown has undertaken to act only in the best interests of an Aboriginal people. The Province submits that it owes the TRTFN no duty outside of these specific situations.

The Province’s submissions present an impoverished vision of the honour of the Crown and all

Selon les principes analysés dans *Haida*, il ressort de ces faits que l’honneur de la Couronne commandait que celle-ci consulte la PNTTR avant de décider de rouvrir la mine Tulsequah Chief. En l’espèce, la province s’est acquittée de son obligation en engageant le processus prévu à l’*Environmental Assessment Act*. La PNTTR faisait partie du comité d’examen du projet et elle a participé à part entière à l’examen environnemental. Elle a été déçue, trois ans et demi plus tard, de voir celui-ci prendre fin sur ordre du Bureau des évaluations environnementales. Ses vues ont toutefois été exposées aux ministres et le certificat d’approbation du projet final contenait des mesures visant à répondre à ses préoccupations, à court comme à long terme. La province avait l’obligation de consulter. Elle l’a fait et elle a pris des mesures d’accommodement à l’égard des préoccupations exprimées. Elle n’avait cependant pas l’obligation de se mettre d’accord avec la PNTTR et le fait qu’elle n’y soit pas parvenue ne constitue pas un manquement à son obligation d’agir de bonne foi avec la PNTTR.

A. *La province avait-elle l’obligation de consulter la PNTTR et, s’il y a lieu, de trouver des accommodements aux préoccupations de cette dernière?*

La province plaide que, tant que les droits n’ont pas été fixés dans une décision, une procédure judiciaire ou un traité, elle n’a que l’obligation, prévue par la common law, de « négocier honorablement » avec les peuples autochtones dont les revendications risquent d’être touchées par les décisions gouvernementales. Elle affirme que l’obligation de consulter pourrait prendre naissance une fois les droits établis, par l’effet de ce qu’elle appelle une [TRADUCTION] « obligation fiduciaire de justification ». Subsidiairement, elle soutient qu’une obligation fiduciaire peut naître lorsque la Couronne s’engage à agir uniquement dans le meilleur intérêt d’un peuple autochtone. Elle prétend qu’en dehors de ces situations précises elle n’a aucune obligation envers la PNTTR.

Les prétentions de la province donnent une vision étroite de l’honneur de la Couronne et de

that it implies. As discussed in the companion case of *Haida, supra*, the principle of the honour of the Crown grounds the Crown's duty to consult and if indicated accommodate Aboriginal peoples, even prior to proof of asserted Aboriginal rights and title. The duty of honour derives from the Crown's assertion of sovereignty in the face of prior Aboriginal occupation. It has been enshrined in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, which recognizes and affirms existing Aboriginal rights and titles. Section 35(1) has, as one of its purposes, negotiation of just settlement of Aboriginal claims. In all its dealings with Aboriginal peoples, the Crown must act honourably, in accordance with its historical and future relationship with the Aboriginal peoples in question. The Crown's honour cannot be interpreted narrowly or technically, but must be given full effect in order to promote the process of reconciliation mandated by s. 35(1).

tout ce que ce principe implique. Comme il a été expliqué dans l'arrêt connexe *Haida*, précité, l'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements à leurs préoccupations, même avant que l'existence des droits et titres ancestraux revendiqués n'ait été établie, repose sur le principe de l'honneur de la Couronne. L'obligation d'agir honorablement découle de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne face à l'occupation antérieure des terres par les peuples autochtones. Ce principe a été consacré au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui reconnaît et confirme les droits et titres ancestraux existants des peuples autochtones. Un des objectifs visés par le par. 35(1) est la négociation de règlements équitables des revendications autochtones. Dans toutes ses négociations avec les Autochtones, la Couronne doit agir honorablement, dans le respect de ses relations passées et futures avec le peuple autochtone concerné. Le principe de l'honneur de la Couronne ne peut recevoir une interprétation étroite ou formaliste. Au contraire, il convient de lui donner plein effet afin de promouvoir le processus de conciliation prescrit par le par. 35(1).

25

As discussed in *Haida*, what the honour of the Crown requires varies with the circumstances. It may require the Crown to consult with and accommodate Aboriginal peoples prior to taking decisions: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1119; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 168. The obligation to consult does not arise only upon proof of an Aboriginal claim, in order to justify infringement. That understanding of consultation would deny the significance of the historical roots of the honour of the Crown, and deprive it of its role in the reconciliation process. Although determining the required extent of consultation and accommodation before a final settlement is challenging, it is essential to the process mandated by s. 35(1). The duty to consult arises when a Crown actor has knowledge, real or constructive, of the potential existence of Aboriginal rights or title and contemplates conduct that might adversely affect them. This in turn may lead to a duty to change government plans or policy to accommodate Aboriginal concerns. Responsiveness is a key

Comme il a été expliqué dans *Haida*, les obligations requises pour que soit respecté le principe de l'honneur de la Couronne varient selon les circonstances. La Couronne peut être tenue de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements aux préoccupations de ceux-ci avant de prendre des décisions : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1119; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 168. L'obligation de consulter ne prend pas naissance seulement lorsque la revendication autochtone a été établie, pour justifier des violations. Une telle interprétation de l'obligation de consultation nierait l'importance des racines historiques de l'honneur de la Couronne et empêcherait ce principe de jouer son rôle dans la conciliation. Déterminer, avant le règlement définitif d'une revendication, l'ampleur des mesures de consultation et d'accommodement qui sont requises n'est pas une tâche facile, mais il s'agit d'un aspect essentiel du processus imposé par le par. 35(1). L'obligation de consulter naît lorsqu'un représentant de la Couronne a connaissance,

requirement of both consultation and accommodation.

The federal government announced a comprehensive land claims policy in 1981, under which Aboriginal land claims were to be negotiated. The TRTFN submitted its land claim to the Minister of Indian Affairs in 1983. The claim was accepted for negotiation in 1984, based on the TRTFN's traditional use and occupancy of the land. No negotiation ever took place under the federal policy; however, the TRTFN later began negotiation of its land claim under the treaty process established by the B.C. Treaty Commission in 1993. As of 1999, the TRTFN had signed a Protocol Agreement and a Framework Agreement, and was working towards an Agreement in Principle. The Province clearly had knowledge of the TRTFN's title and rights claims.

When Redfern applied for project approval, in its efforts to reopen the Tulsequah Chief Mine, it was apparent that the decision could adversely affect the TRTFN's asserted rights and title. The TRTFN claim Aboriginal title over a large portion of north-western British Columbia, including the territory covered by the access road considered during the approval process. It also claims Aboriginal hunting, fishing, gathering, and other traditional land use activity rights which stood to be affected by a road through an area in which these rights are exercised. The contemplated decision thus had the potential to impact adversely the rights and title asserted by the TRTFN.

concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle d'un titre ou de droits ancestraux et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ces droits ou ce titre. Cette obligation pourrait également obliger le gouvernement à modifier ses plans ou politiques afin de trouver des accommodements aux préoccupations des Autochtones. La volonté de répondre aux préoccupations est un élément clé tant à l'étape de la consultation qu'à celle de l'accommodement.

En 1981, le gouvernement fédéral a annoncé la mise en place d'une politique de règlement des revendications territoriales globales devant régir la négociation des revendications territoriales autochtones. En 1983, la PNTTR a présenté sa revendication territoriale au ministre des Affaires indiennes. Cette revendication a été acceptée pour négociation en 1984, sur le fondement de l'utilisation et de l'occupation traditionnelles des terres par la PNTTR. Il n'y a eu aucune négociation en vertu de la politique fédérale. Cependant, la PNTTR a par la suite entamé la négociation de sa revendication territoriale dans le cadre du processus de conclusion de traités établi par la Commission des traités de la Colombie-Britannique en 1993. En 1999, la PNTTR avait déjà signé un protocole d'entente et un accord-cadre et elle négociait un accord de principe. Il est clair que la province connaissait l'existence des revendications de titre et de droits de la PNTTR.

Lorsque Redfern a présenté sa demande d'approbation du projet visant la réouverture de la mine Tulsequah Chief, il était évident que la décision pouvait avoir un effet préjudiciable sur les droits et le titre revendiqués par la PNTTR. Celle-ci revendique le titre ancestral sur une grande partie du nord-ouest de la Colombie-Britannique, territoire qui comprend le secteur où passerait la route d'accès étudiée durant le processus d'approbation. La PNTTR revendique également des droits ancestraux de chasse, de pêche, de cueillette et d'utilisation des terres pour d'autres activités traditionnelles, qui risqueraient d'être touchés si une route traversait cette région. La mesure envisagée était donc susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur les droits et le titre revendiqués par la PNTTR.

26

27

28

The Province was aware of the claims, and contemplated a decision with the potential to affect the TRTFN's asserted rights and title negatively. It follows that the honour of the Crown required it to consult and if indicated accommodate the TRTFN in making the decision whether to grant project approval to Redfern, and on what terms.

B. *What Was the Scope and Extent of the Province's Duty to Consult and Accommodate the TRTFN?*

29

The scope of the duty to consult is "proportionate to a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right or title, and to the seriousness of the potentially adverse effect upon the right or title claimed" (*Haida, supra*, at para. 39). It will vary with the circumstances, but always requires meaningful, good faith consultation and willingness on the part of the Crown to make changes based on information that emerges during the process.

30

There is sufficient evidence to conclude that the TRTFN have *prima facie* Aboriginal rights and title over at least some of the area that they claim. Their land claim underwent an extensive validation process in order to be accepted into the federal land claims policy in 1984. The Department of Indian Affairs hired a researcher to report on the claim, and her report was reviewed at several stages before the Minister validated the claim based on the TRTFN's traditional use and occupancy of the land and resources in question. In order to participate in treaty negotiations under the B.C. Treaty Commission, the TRTFN were required to file a statement of intent setting out their asserted territory and the basis for their claim. An Aboriginal group need not be accepted into the treaty process for the Crown's duty to consult to apply to them. Nonetheless, the TRTFN's claim was accepted for negotiation on the basis of a preliminary decision as to its validity. In contrast to the *Haida* case, the courts below did

La province était au courant des revendications et envisageait de prendre une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur les droits et le titre revendiqués par la PNTTR. L'honneur de la Couronne commandait donc que celle-ci consulte la PNTTR et, au besoin, qu'elle prenne des mesures d'accommodement à l'égard des préoccupations de cette dernière avant de décider d'approuver le projet de Redfern et de fixer les conditions dont son approbation doit être assortie.

B. *Quelle est l'étendue de l'obligation de la province de consulter la PNTTR et de trouver des accommodements aux préoccupations de celle-ci?*

L'étendue de l'obligation de consultation « dépend de l'évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l'existence du droit ou du titre revendiqué, et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le titre » (*Haida*, précité, par. 39). L'obligation varie selon les circonstances, mais elle requiert dans tous les cas que la Couronne consulte véritablement et de bonne foi les Autochtones concernés et qu'elle soit disposée à modifier ses plans à la lumière des données recueillies au cours du processus.

La preuve permet de conclure que, à première vue, la PNTTR détient un titre et des droits ancestraux sur au moins une partie de la région revendiquée. Sa revendication territoriale a été soumise à une procédure exhaustive de validation avant d'être jugée recevable dans le processus fédéral de règlement des revendications territoriales en 1984. Le ministère des Affaires indiennes a engagé une chercheuse pour préparer un rapport sur les revendications de la PNTTR, rapport qui a été examiné à différentes étapes avant que le ministre déclare la revendication valide, sur le fondement de l'utilisation et de l'occupation traditionnelles par la PNTTR des terres et des ressources en question. Pour participer aux négociations de traités sous l'égide de la Commission des traités de la Colombie-Britannique, la PNTTR a dû produire une déclaration d'intention précisant les territoires revendiqués et le fondement de sa demande. Il n'est pas nécessaire qu'un groupe autochtone soit admis à participer au processus de

not engage in a detailed preliminary assessment of the various aspects of the TRTFN's claims, which are broad in scope. However, acceptance of its title claim for negotiation establishes a *prima facie* case in support of its Aboriginal rights and title.

The potentially adverse effect of the Ministers' decision on the TRTFN's claims appears to be relatively serious. The chambers judge found that all of the experts who prepared reports for the review recognized the TRTFN's reliance on its system of land use to support its domestic economy and its social and cultural life (para. 70). The proposed access road was only 160 km long, a geographically small intrusion on the 32,000-km<sup>2</sup> area claimed by the TRTFN. However, experts reported that the proposed road would pass through an area critical to the TRTFN's domestic economy: see, for example, Dewhirst Report (R.R., vol. I, at pp. 175, 187, 190 and 200) and Staples Addendum Report (A.R., vol. IV, at pp. 595-600, 604-5 and 629). The TRTFN was also concerned that the road could act as a magnet for future development. The proposed road could therefore have an impact on the TRTFN's continued ability to exercise its Aboriginal rights and alter the landscape to which it laid claim.

In summary, the TRTFN's claim is relatively strong, supported by a *prima facie* case, as attested to by its acceptance into the treaty negotiation process. The proposed road is to occupy only a small portion of the territory over which the TRTFN asserts title; however, the potential for negative derivative impacts on the TRTFN's claims is high. On the spectrum of consultation required by the honour of the Crown, the TRTFN was entitled to more than the minimum receipt of notice, disclosure of information, and ensuing discussion. While it is

négociation de traités pour que la Couronne ait l'obligation de le consulter. Néanmoins, la revendication de la PNTTR a été acceptée en vue de la négociation d'un traité, par suite d'une décision préliminaire sur sa validité. À l'inverse de l'affaire *Haïda*, les juridictions inférieures n'ont pas en l'espèce procédé à une évaluation préliminaire détaillée des divers aspects des revendications de la PNTTR, revendications qui ont une large portée. Toutefois, l'acceptation de leur revendication de titre en vue de la négociation d'un traité constitue une preuve *prima facie* du bien-fondé de leurs revendications d'un titre et de droits ancestraux.

L'effet négatif que la décision des ministres risque d'avoir sur les revendications de la PNTTR semble relativement grave. La juge en son cabinet a conclu que tous les experts ayant préparé un rapport pour l'examen de la proposition ont reconnu que la PNTTR dépendait de son régime d'utilisation du territoire pour soutenir son économie ainsi que la vie sociale et culturelle de sa communauté (par. 70). La route d'accès proposée ne compte que 160 kilomètres et ne représente donc qu'une faible proportion des 32 000 kilomètres carrés revendiqués par la PNTTR. Cependant, les experts ont signalé que cette route traverserait une zone critique pour l'économie de la PNTTR : voir, par exemple, le rapport Dewhirst (d.i., vol. I, p. 175, 187, 190 et 200) et l'addenda du rapport Staples (d.a., vol. IV, p. 595-600, 604-605 et 629). La PNTTR craint également que la route n'attire d'autres projets. La route proposée pourrait donc avoir une incidence sur sa capacité de continuer d'exercer ses droits ancestraux et pourrait modifier le territoire qui est revendiqué.

En résumé, les revendications de la PNTTR sont relativement solides et à première vue fondées, comme le démontre le fait qu'elles ont été acceptées en vue de la négociation d'un traité. La route proposée n'occupe qu'une petite partie du territoire sur lequel la PNTTR revendique un titre; toutefois, le risque de conséquences négatives sur les revendications est élevé. En ce qui concerne le niveau de consultation que requiert le principe de l'honneur de la Couronne, la PNTTR avait droit à davantage que le minimum prescrit, à savoir un avis, la

31

32

impossible to provide a prospective checklist of the level of consultation required, it is apparent that the TRTFN was entitled to something significantly deeper than minimum consultation under the circumstances, and to a level of responsiveness to its concerns that can be characterized as accommodation.

C. *Did the Crown Fulfill its Duty to Consult and Accommodate the TRTFN?*

33 The process of granting project approval to Redfern took three and a half years, and was conducted largely under the *Environmental Assessment Act*. As discussed above, the Act sets out a process of information gathering and consultation. The Act requires that Aboriginal peoples whose traditional territory includes the site of a reviewable project be invited to participate on a project committee.

34 The question is whether this duty was fulfilled in this case. A useful framework of events up to August 1st, 2000 is provided by Southin J.A. at para. 28 of her dissent in this case at the Court of Appeal. Members of the TRTFN were invited to participate in the Project Committee to coordinate review of the project proposal in November 1994 and were given the original two-volume submission for review and comment: Southin J.A., at para. 39. They participated fully as Project Committee members, with the exception of a period of time from February to August of 1995, when they opted out of the process, wishing instead to address the issue through treaty talks and development of a land use policy.

35 The Final Project Report Specifications (“Specifications”) detail a number of meetings between the TRTFN, review agency staff and company representatives in TRTFN communities prior to February 1996: Southin J.A., at para. 41. Redfern and TRTFN met directly several times between June 1993 and February 1995 to discuss Redfern’s exploration activities and TRTFN’s concerns and information requirements. Redfern also contracted an independent consultant to conduct

communication d’information et la tenue de discussions en conséquence. Bien qu’il soit impossible de déterminer à l’avance le niveau de consultation requis, il est clair que, dans les circonstances, la PNTTR avait le droit de s’attendre à des consultations plus poussées que le strict minimum et à une volonté de répondre à ses préoccupations qui puisse être qualifiée d’accommodement.

C. *La Couronne s’est-elle acquittée envers la PNTTR de son obligation de consultation et d’accommodement?*

Le processus d’approbation du projet de Redfern a duré trois ans et demi et a dans une large mesure été mené en vertu de l’*Environmental Assessment Act*. Comme il a été expliqué précédemment, la Loi prévoit un processus de collecte d’information et de consultation. Selon la Loi, les peuples autochtones dont le territoire traditionnel abrite le chantier d’un projet assujéti à la procédure d’examen doivent être invités à faire partie du comité d’examen du projet.

Il s’agit en l’espèce de décider si cette obligation a été respectée. Au par. 28 de ses motifs dissidents dans la présente affaire, la juge Southin de la Cour d’appel décrit utilement les événements jusqu’au 1<sup>er</sup> août 2000. En novembre 1994, la PNTTR a été invitée à faire partie du comité chargé de coordonner l’examen du projet et s’est vu remettre pour examen et commentaires la demande originale qui comportait deux volumes : la juge Southin, par. 39. Elle a participé à part entière en tant que membre du comité d’examen du projet, sauf de février à août 1995, où elle a choisi de se retirer, préférant se concentrer sur les pourparlers au sujet du traité et l’élaboration d’une politique d’utilisation du territoire.

Les spécifications du rapport de projet final (« spécifications ») précisent le nombre de réunions qui ont eu lieu, avant février 1996, entre la PNTTR, le personnel de l’agence d’examen et des représentants de l’entreprise dans les communautés de la PNTTR : la juge Southin, par. 41. De juin 1993 à février 1995, Redfern et la PNTTR se sont rencontrées plusieurs fois pour discuter des activités d’exploration de Redfern ainsi que des inquiétudes et des demandes d’information de la PNTTR. Redfern a

archaeological and ethnographic studies with input from the TRTFN to identify possible effects of the proposed project on the TRTFN's traditional way of life: Southin J.A., at para. 41. The Specifications document TRTFN's written and oral requirements for information from Redfern concerning effects on wildlife, fisheries, terrain sensitivity, and the impact of the proposed access road, of barging and of mine development activities: Southin J.A., at para. 41.

The TRTFN declined to participate in the Road Access Subcommittee until January 26, 1998. The Environmental Assessment Office appreciated the dilemma faced by the TRTFN, which wished to have its concerns addressed on a broader scale than that which is provided for under the Act. The TRTFN was informed that not all of its concerns could be dealt with at the certification stage or through the environmental assessment process, and assistance was provided to it in liaising with relevant decision makers and politicians.

With financial assistance the TRTFN participated in many Project Committee meetings. Its concerns with the level of information provided by Redfern about impacts on Aboriginal land use led the Environmental Assessment Office to commission a study on traditional land use by an expert approved by the TRTFN, under the auspices of an Aboriginal study steering group. When the first Staples Report failed to allay the TRTFN's concerns, the Environmental Assessment Office commissioned an addendum. The TRTFN notes that the Staples Addendum Report was not specifically referred to in the Recommendations Report eventually submitted to the Ministers. However, it did form part of Redfern's Project Report.

While acknowledging its participation in the consultation process, the TRTFN argues that the rapid conclusion to the assessment deprived it of meaningful consultation. After more than three years,

aussi chargé un consultant indépendant d'effectuer, avec le concours de la PNTTR, des études archéologiques et ethnographiques pour déterminer les effets possibles du projet sur le mode de vie traditionnel de celle-ci : la juge Southin, par. 41. Les spécifications montrent que la PNTTR a, tant par écrit que verbalement, demandé à Redfern des renseignements concernant les effets sur la faune, la pêche et la sensibilité du terrain, l'impact de la route d'accès proposée, le transport par chaland et les activités minières : la juge Southin, par. 41.

Jusqu'au 26 janvier 1998, la PNTTR a refusé de participer aux travaux du sous-comité chargé d'examiner la question de l'accès à la route. Le Bureau des évaluations environnementales a compris le dilemme de la PNTTR, qui préférait voir ses préoccupations examinées sur une plus grande échelle que ce qui est prévu par la Loi. Elle a été informée que tous ses sujets de préoccupation ne pouvaient pas être examinés à l'étape de la délivrance du certificat ou dans le cadre de l'évaluation environnementale, et on l'a aidée à prendre contact avec les décideurs et les politiciens compétents.

Aidée financièrement, la PNTTR a participé à de nombreuses réunions du comité d'examen du projet. Devant les préoccupations de la PNTTR à propos du niveau d'information fourni par Redfern au sujet des effets sur l'utilisation du territoire par les Autochtones, le Bureau des évaluations environnementales a chargé un expert, jugé acceptable par la PNTTR, d'effectuer une étude sur l'utilisation traditionnelle des terres, sous les auspices d'un groupe directeur autochtone. Comme le premier rapport Staples n'a pas su dissiper les inquiétudes de la PNTTR, le Bureau des évaluations environnementales a commandé la préparation d'un addenda à ce rapport. La PNTTR souligne que cet addenda n'était pas mentionné expressément dans le rapport faisant état des recommandations qui a été présenté ultérieurement aux ministres. Il faisait toutefois partie du rapport de projet de Redfern.

La PNTTR reconnaît avoir participé à la consultation, mais soutient que la clôture rapide de l'évaluation l'a privée du bénéfice d'une véritable consultation. Après plus de trois années ponctuées

36

37

38

numerous studies and meetings, and extensions of statutory time periods, the assessment process was brought to a close in early 1998. The Environmental Assessment Office stated on February 26 that consultation must end by March 4, citing its work load. The Project Committee was directed to review and sign off on the Recommendations Report on March 3, the same day that it received the last 18 pages of the report. Appendix C to the Recommendations Report notes that the TRTFN disagreed with the Recommendations Report because of certain “information deficiencies”: Southin J.A., at para. 46. Thus, the TRTFN prepared a minority report that was submitted with the majority report to the Ministers on March 12. Shortly thereafter, the project approval certification was issued.

de nombreuses études et réunions et de prorogations des délais prévus par la Loi, il a été mis fin à l'évaluation au début de 1998. Invoquant sa charge de travail, le Bureau des évaluations environnementales a déclaré, le 26 février, que la consultation devait se terminer le 4 mars. Il a ordonné au comité d'examen du projet d'examiner le rapport faisant état des recommandations et de remettre ses conclusions le 3 mars, soit le jour même où le comité a reçu les 18 dernières pages du rapport. Il est mentionné à l'annexe C du rapport faisant état des recommandations que la PNTTR a exprimé son désaccord au sujet du rapport en raison de certaines [TRADUCTION] « lacunes de l'information » : la juge Southin, par. 46. La PNTTR a donc préparé un rapport minoritaire, qui a été soumis aux ministres avec le rapport majoritaire le 12 mars. Le certificat d'approbation de projet a été délivré peu après.

39 It is clear that the process of project approval ended more hastily than it began. But was the consultation provided by the Province nonetheless adequate? On the findings of the courts below, I conclude that it was.

Il ne fait pas de doute qu'il y a eu, à la fin, accélération du processus d'approbation du projet. Mais la consultation menée par la province a-t-elle été suffisante malgré tout? Les constatations des juridictions inférieures m'amènent à conclure affirmativement.

40 The chambers judge was satisfied that any duty to consult was satisfied until December 1997, because the members of the TRTFN were full participants in the assessment process (para. 132). I would agree. The Province was not required to develop special consultation measures to address TRTFN's concerns, outside of the process provided for by the *Environmental Assessment Act*, which specifically set out a scheme that required consultation with affected Aboriginal peoples.

La juge en son cabinet a estimé que l'obligation de consulter a été respectée jusqu'en décembre 1997, parce que la PNTTR participait alors à part entière à l'évaluation (par. 132). Je souscris à son opinion. La province n'était pas tenue de mettre sur pied, pour l'examen des préoccupations de la PNTTR, une procédure spéciale de consultation différente de celle établie par l'*Environmental Assessment Act*, qui requiert expressément la consultation des Autochtones concernés.

41 The Act permitted the Committee to set its own procedure, which in this case involved the formation of working groups and subcommittees, the commissioning of studies, and the preparation of a written recommendations report. The TRTFN was at the heart of decisions to set up a steering group to deal with Aboriginal issues and a subcommittee on the road access proposal. The information and analysis required of Redfern were clearly shaped by TRTFN's concerns. By the time that the assessment was concluded, more than one extension of

La Loi autorisait le comité à établir lui-même sa procédure. Il a ainsi décidé de former des groupes de travail et des sous-comités, de commander des études et la préparation d'un rapport faisant état de ses recommandations. La PNTTR a été l'instigatrice des décisions de mettre sur pied un groupe directeur chargé d'étudier les questions autochtones et un sous-comité pour l'examen de la proposition concernant l'accès à la route. Les renseignements et l'analyse demandés à Redfern reflétaient clairement les préoccupations de la PNTTR. À la fin de



statutory time limits had been granted, and in the opinion of the project assessment director, “the positions of all of the Project Committee members, including the TRTFN had crystallized” (Affidavit of Norman Ringstad, at para. 82 (quoted at para. 57 of the Court of Appeal’s judgment)). The concerns of the TRTFN were well understood as reflected in the Recommendations Report and Project Report, and had been meaningfully discussed. The Province had thoroughly fulfilled its duty to consult.

As discussed in *Haida*, the process of consultation may lead to a duty to accommodate Aboriginal concerns by adapting decisions or policies in response. The purpose of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* is to facilitate the ultimate reconciliation of prior Aboriginal occupation with *de facto* Crown sovereignty. Pending settlement, the Crown is bound by its honour to balance societal and Aboriginal interests in making decisions that may affect Aboriginal claims. The Crown may be required to make decisions in the face of disagreement as to the adequacy of its response to Aboriginal concerns. Balance and compromise will then be necessary.

The TRTFN in this case disputes the adequacy of the accommodation ultimately provided by the terms of the Project Approval Certificate. It argues that the Certificate should not have been issued until its concerns were addressed to its satisfaction, particularly with regard to the establishment of baseline information.

With respect, I disagree. Within the terms of the process provided for project approval certification under the Act, TRTFN concerns were adequately accommodated. In addition to the discussion in the minority report, the majority report thoroughly identified the TRTFN’s concerns and recommended mitigation strategies, which were adopted into the

l’évaluation, plus d’une prorogation des délais prévus par la Loi avait été accordée et, selon le directeur de l’évaluation du projet, [TRADUCTION] « tous les membres du comité responsable du projet, y compris la PNTTR, avaient formé leur opinion » (par. 82 de l’affidavit de Norman Ringstad (cité au par. 57 de l’arrêt de la Cour d’appel)). Les préoccupations de la PNTTR ont été bien comprises, comme le montrent le rapport faisant état des recommandations et le rapport de projet, et elles ont été analysées en profondeur. La province s’est pleinement acquittée de son obligation de consultation.

Comme il a été expliqué dans l’affaire *Haida*, la consultation peut donner lieu à l’obligation de trouver des accommodements aux préoccupations des Autochtones en adaptant des décisions ou des politiques en conséquence. L’objectif du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est de favoriser la conciliation ultime de l’occupation antérieure du territoire par les Autochtones et la souveraineté de fait de la Couronne. Tant que la question n’est pas réglée, le principe de l’honneur de la Couronne commande que celle-ci mette en balance les intérêts de la société et ceux des peuples autochtones lorsqu’elle prend des décisions susceptibles d’entraîner des répercussions sur les revendications autochtones. Elle peut être appelée à prendre des décisions en cas de désaccord quant au caractère suffisant des mesures adoptées en réponse aux préoccupations exprimées par les Autochtones. Une attitude de pondération et de compromis s’impose alors.

En l’espèce, la PNTTR conteste le caractère suffisant des mesures d’accommodement prévues par les conditions dont est assorti le certificat d’approbation de projet. Elle soutient que celui-ci n’aurait pas dû être délivré tant qu’on n’avait pas répondu de façon satisfaisante à ses préoccupations, surtout en ce qui concerne l’établissement de données de base.

En toute déférence, je ne souscris pas à cette opinion. Dans le cadre du processus prévu par la Loi pour la délivrance du certificat d’approbation de projet, les préoccupations de la PNTTR ont fait l’objet de mesures d’accommodement suffisantes. En plus de l’analyse présentée dans le rapport minoritaire, le rapport majoritaire a exposé en détail les

42

43

44

terms and conditions of certification. These mitigation strategies included further directions to Redfern to develop baseline information, and recommendations regarding future management and closure of the road.

45 Project approval certification is simply one stage in the process by which a development moves forward. In *Haida*, the Province argued that although no consultation occurred at all at the disputed, “strategic” stage, opportunities existed for Haida input at a future “operational” level. That can be distinguished from the situation in this case, in which the TRTFN was consulted throughout the certification process and its concerns accommodated.

46 The Project Committee concluded that some outstanding TRTFN concerns could be more effectively considered at the permit stage or at the broader stage of treaty negotiations or land use strategy planning. The majority report and terms and conditions of the Certificate make it clear that the subsequent permitting process will require further information and analysis of Redfern, and that consultation and negotiation with the TRTFN may continue to yield accommodation in response. For example, more detailed baseline information will be required of Redfern at the permit stage, which may lead to adjustments in the road’s course. Further socio-economic studies will be undertaken. It was recommended that a joint management authority be established. It was also recommended that the TRTFN’s concerns be further addressed through negotiation with the Province and through the use of the Province’s regulatory powers. The Project Committee, and by extension the Ministers, therefore clearly addressed the issue of what accommodation of the TRTFN’s concerns was warranted at this stage of the project, and what other venues would also be appropriate for the TRTFN’s continued input. It is expected that, throughout the permitting, approval and licensing process, as well as in the development of a land use strategy, the Crown will continue to fulfill its

préoccupations de la PNTTR et a recommandé des mesures d’atténuation, lesquelles ont été intégrées dans les conditions du certificat. Ces mesures prévoyaient notamment qu’il soit ordonné à Redfern d’établir des données de base et comprenaient des recommandations au sujet de la gestion future de la route et sa fermeture.

La délivrance du certificat d’approbation de projet est simplement l’étape du processus qui permet la mise en œuvre du projet. Dans l’affaire *Haida*, la province a fait valoir que, même s’il n’y avait pas eu du tout de consultation à l’étape en litige, soit celle de la [TRADUCTION] « stratégie », les Haïda avaient la possibilité de se faire entendre ultérieurement, à l’étape des [TRADUCTION] « activités ». La situation est différente en l’espèce, car la PNTTR a été consultée tout au long du processus de délivrance du certificat, et ses préoccupations ont fait l’objet de mesures d’accommodement.

Le comité d’examen du projet a conclu que certaines préoccupations non encore examinées pourraient être étudiées de façon plus efficace à l’étape du permis, dans le contexte plus large de la négociation de traités ou lors de la planification d’une stratégie d’utilisation du territoire. Il ressort clairement du rapport majoritaire et des conditions du certificat que, pour la délivrance des permis subséquents, Redfern devra fournir d’autres renseignements et analyses, et que des consultations et négociations ultérieures avec la PNTTR pourront entraîner la prise de mesures d’accommodement. Par exemple, Redfern devra fournir des données de base plus détaillées à l’étape du permis, ce qui pourrait entraîner un rajustement du tracé de la route. D’autres études socio-économiques seront effectuées. Il a été recommandé de former un groupe conjoint d’aménagement et de répondre aux préoccupations de la PNTTR par la négociation avec la province et par le recours aux pouvoirs de réglementation de celle-ci. Il ne fait donc aucun doute que le comité d’examen du projet, et par voie de conséquence les ministres, ont examiné la question de savoir dans quelle mesure les préoccupations de la PNTTR devaient faire l’objet d’accommodements à ce stade du projet et dans quelles autres instances celle-ci pourrait continuer de participer au processus. On s’attend à ce que, à

honourable duty to consult and, if indicated, accommodate the TRTFN.

#### IV. Conclusion

In summary, I conclude that the consultation and accommodation engaged in by the Province prior to issuing the Project Approval Certificate for the Tulsequah Chief Mine were adequate to satisfy the honour of the Crown. The appeal is allowed. Leave to appeal was granted on terms that the appellants pay the party and party costs of the respondents TRTFN and Melvin Jack for the application for leave to appeal and for the appeal in any event of the cause. There will be no order as to costs with respect to the respondents Redfern Resources Ltd. and Redcorp Ventures Ltd.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellants: Fuller Pearlman & McNeil, Victoria.*

*Solicitors for the respondents Taku River Tlingit First Nation and Melvin Jack, on behalf of himself and all other members of the Taku River Tlingit First Nation: Pape & Salter, Vancouver.*

*Solicitors for the respondents Redfern Resources Ltd. and Redcorp Ventures Ltd. formerly known as Redfern Resources Ltd.: Blake Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Department of Justice, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Sainte-Foy.*

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

*Solicitors for the interveners Business Council of British Columbia, British Columbia and Yukon Chamber of Mines, British Columbia Chamber of*

chacune des étapes (permis, licences et autres autorisations) ainsi que lors de l'élaboration d'une stratégie d'utilisation du territoire, la Couronne continue de s'acquitter honorablement de son obligation de consulter la PNTTR et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements aux préoccupations de celle-ci.

#### IV. Conclusion

En résumé, je conclus que les mesures de consultation et d'accommodement adoptées par la province avant de délivrer le certificat d'approbation du projet de la mine Tulsequah Chief étaient suffisantes pour préserver l'honneur de la Couronne. Le pourvoi est accueilli. L'autorisation de pourvoi a été accordée à la condition que les appelants paient, sur la base partie-partie, les dépens des intimés PNTTR et Melvin Jack pour la demande d'autorisation de pourvoi et pour le pourvoi, quelle que soit l'issue de la cause. Aucune ordonnance relative aux dépens n'est rendue à l'égard des intimés Redfern Resources Ltd. et Redcorp Ventures Ltd.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs des appelants : Fuller Pearlman & McNeil, Victoria.*

*Procureurs des intimés la Première nation Tlingit de Taku River et Melvin Jack, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la Première nation Tlingit de Taku River : Pape & Salter, Vancouver.*

*Procureurs des intimés Redfern Resources Ltd. et Redcorp Ventures Ltd. auparavant connue sous le nom de Redfern Resources Ltd. : Blake Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Ministère de la Justice, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Sainte-Foy.*

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

*Procureurs des intervenants Business Council of British Columbia, British Columbia and Yukon Chamber of Mines, British Columbia Chamber of*

*Commerce, British Columbia Wildlife Federation, Council of Forest Industries, Mining Association of British Columbia and Aggregate Producers Association of British Columbia: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener Doig River First Nation: Rath & Company, Priddis, Alberta.*

*Solicitors for the intervener First Nations Summit: Braker & Company, Port Alberni, British Columbia.*

*Solicitors for the intervener Union of British Columbia Indian Chiefs: Cook Roberts, Victoria.*

*Commerce, British Columbia Wildlife Federation, Council of Forest Industries, Mining Association of British Columbia et Aggregate Producers Association of British Columbia : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante la Première nation de Doig River : Rath & Company, Priddis, Alberta.*

*Procureurs de l'intervenant le Sommet des Premières nations : Braker & Company, Port Alberni, Colombie-Britannique.*

*Procureurs de l'intervenante Union of British Columbia Indian Chiefs : Cook Roberts, Victoria.*

*If undelivered, return to:*

Publishing & Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0S5

*En cas de non-livraison, retourner à :*

Éditions et Services de dépôts  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0S5



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 4, 2004 Vol. 3**

and Tables

Cited as [2004] 3 S.C.R. { i-xliii  
575-776

**4<sup>e</sup> cahier, 2004 Vol. 3**

et Tables

Renvoi [2004] 3 R.C.S. { i-xliii  
575-776

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe  
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef  
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

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

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

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

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

	Technical Revisors / Réviseurs techniques	
SUZANNE AUDET	GINETTE MIGNEAULT	PETER O'DOHERTY
PAULINE MCTAVISH	ANNE-MARIE NOËL	

Legal Assistant / Adjointe juridique  
SUZANNE GIGUÈRE

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

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

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

## CONTENTS

Title Page .....	i
List of Judges .....	ii
Errata .....	iv
Motions .....	v
Table of Judgments .....	xvii
Table of Cases Cited .....	xxi
Statutes and Regulations Cited .....	xxxv
Authors Cited .....	xxxix
Index .....	765

### **Auton (Guardian *ad litem* of) v. British Columbia (Attorney General).....657**

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Mental disability — Province not providing for controversial intensive behavioural therapy for preschool-aged autistic children — Whether Province's refusal to fund treatment violates equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Medicare Protection Act, R.S.B.C. 1996, c. 286, s. 1 "benefits", "health care practitioner" — Medical and Health Care Services Regulation, B.C. Reg. 426/97, ss. 17-29.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Appropriate comparator group — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Province not providing for controversial intensive behavioural therapy for preschool-aged autistic children — Whether Province's refusal to fund treatment violates s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Medicare Protection Act, R.S.B.C. 1996, c. 286, s. 1 "benefits", "health care practitioner" — Medical and Health Care Services Regulation, B.C. Reg. 426/97, ss. 17-29.

### **Martineau v. M.N.R. ....737**

Constitutional law — Charter of Rights — Self-incrimination — Customs — Notice of ascertained forfeiture — Examination for discovery — Minister of National Revenue upholding decision of customs officer to serve notice of ascertained forfeiture on alleged offender — Offender contesting Minister's decision by way of action pursuant to s. 135 of Customs Act — Motion by Minister to examine offender for discovery allowed — Whether offender may rely on protection against self-incrimination guaranteed by s. 11(c) of Canadian Charter of Rights and Freedoms —

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Page titre .....	i
Liste des juges .....	iii
Errata .....	iv
Requêtes .....	v
Table des jugements .....	xix
Table de la jurisprudence .....	xxi
Lois et règlements cités .....	xxxvii
Doctrine citée .....	xxxix
Index .....	771

### **Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général).....657**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Déficience mentale — Refus de la province de financer une thérapie comportementale pour enfants autistes d'âge préscolaire, offerte de façon intensive et sujette à controverse — Ce refus porte-t-il atteinte aux droits à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Medicare Protection Act, R.S.B.C. 1996, ch. 286, art. 1 « benefits », « health care practitioner » — Medical and Health Care Services Regulation, B.C. Reg. 426/97, art. 17-29.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Groupe de comparaison approprié — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Refus de la province de financer une thérapie comportementale pour enfants autistes d'âge préscolaire, offerte de façon intensive et sujette à controverse — Ce refus porte-t-il atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Medicare Protection Act, R.S.B.C. 1996, ch. 286, art. 1 « benefits », « health care practitioner » — Medical and Health Care Services Regulation, B.C. Reg. 426/97, art. 17-29.

### **Martineau c. M.R.N. ....737**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Auto-incrimination — Douanes — Avis de confiscation compensatoire — Interrogatoire préalable — Ministre du Revenu national confirmant la décision d'un agent de douane de signifier à un présumé contrevenant un avis de confiscation compensatoire — Contrevenant contestant la décision du ministre par voie d'action conformément à l'art. 135 de la Loi sur les douanes — Requête du ministre en vue d'interroger

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

Whether offender "person charged with an offence" within meaning of that section — Whether ascertained forfeiture penal in nature — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(c) — Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), ss. 124(1), 135 — Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 236(2).

### **Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)**.....575

Municipal law — Zoning — Land development — Unjust enrichment — Developer suing municipality for unjust enrichment following "down-zoning" of lots — Whether municipality entitled to retain improvements made by developer on these lots without paying.

Unjust enrichment — Land development — Municipalities — Developer suing municipality for unjust enrichment following "down-zoning" of lots — Whether municipality entitled to retain improvements made by developer on these lots without paying — Whether conditions for unjust enrichment met.

### **R. v. Deschamplain**.....601

Criminal law — Preliminary inquiry — Jurisdiction — Certiorari — Preliminary inquiry judge discharging accused — Whether preliminary inquiry judge failed to consider "the whole of the evidence" as prescribed by Criminal Code — If so, whether such failure constitutes jurisdictional error — Scope of review on certiorari of decision of preliminary inquiry judge to discharge accused — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 548(1)(b).

### **R. v. Lohrer**.....732

Criminal law — Evidence — Misapprehension of evidence — Accused convicted of aggravated assault and uttering threats — Test applicable to setting aside of convictions on basis of trial judge's misapprehension of evidence not met — Convictions upheld.

### **R. v. Sazant**.....635

Criminal law — Preliminary inquiry — Jurisdiction — Certiorari — Preliminary inquiry judge discharging accused — Whether preliminary inquiry judge failed to consider "the whole of the evidence" as prescribed by Criminal Code — If so, whether such failure constitutes jurisdictional error — Scope of review on certiorari of decision of preliminary inquiry judge to discharge accused — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 548(1)(b).

### **Reference re Same-Sex Marriage**.....698

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Marriage — Solemnization of marriage — Federal

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

le contrevenant au préalable accordée — Le contrevenant peut-il invoquer la protection contre l'auto-incrimination garantie par l'art. 11c) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Le contrevenant est-il un inculpé au sens de cet article? — La confiscation compensatoire est-elle une mesure de nature pénale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11c) — Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 124(1), 135 — Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 236(2).

### **Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)**.....575

Droit municipal — Zonage — Aménagement foncier — Enrichissement sans cause — Poursuite du promoteur immobilier contre la municipalité pour enrichissement sans cause à la suite d'une modification du zonage des lots — La municipalité peut-elle conserver sans en payer le prix les améliorations que le promoteur a apportées à ces lots?

Enrichissement sans cause — Aménagement foncier — Municipalités — Poursuite du promoteur immobilier contre la municipalité pour enrichissement sans cause à la suite d'une modification du zonage des lots — La municipalité peut-elle conserver sans en payer le prix les améliorations que le promoteur a apportées à ces lots? — Les conditions de l'enrichissement sans cause sont-elles réunies?

### **R. c. Deschamplain**.....601

Droit criminel — Enquête préliminaire — Compétence — Certiorari — Juge de l'enquête préliminaire libérant l'accusé — La juge de l'enquête préliminaire a-t-elle omis d'examiner l'ensemble de la preuve comme l'exige le Code criminel? — Dans l'affirmative, cette omission constitue-t-elle une erreur de compétence? — Portée de la révision par voie de certiorari de la décision de la juge de l'enquête préliminaire de libérer l'accusé — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 548(1)(b).

### **R. c. Lohrer**.....732

Droit criminel — Preuve — Interprétation erronée de la preuve — Accusé déclaré coupable relativement à des accusations de voies de fait graves et de profération de menaces — Non-respect du critère applicable pour annuler les déclarations de culpabilité pour cause d'interprétation erronée de la preuve par le juge du procès — Déclarations de culpabilité confirmées.

### **R. c. Sazant**.....635

Droit criminel — Enquête préliminaire — Compétence — Certiorari — Juge de l'enquête préliminaire libérant l'accusé — Le juge de l'enquête préliminaire a-t-il omis d'examiner l'ensemble de la preuve comme l'exige le Code criminel? — Dans l'affirmative, cette omission

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

proposal for an Act respecting certain aspects of legal capacity for marriage for civil purposes — Proposed legislation providing that marriage for civil purposes lawful union of two persons to exclusion of all others — Legislation providing also that nothing in Act affecting freedom of officials of religious groups to refuse to perform marriages not in accordance with their religious beliefs — Whether proposed legislation *intra vires* Parliament — Constitution Act, 1867, ss. 91(26), 92(12).

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Freedom of religion — Proposed federal legislation extending right to civil marriage to same-sex couples — Whether proposed legislation consistent with guarantees of equality rights and freedom of religion — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(a), 15(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Proposed federal legislation extending right to civil marriage to same-sex couples — Whether guarantee of freedom of religion protects religious officials from being compelled by state to perform same-sex marriage contrary to their religious beliefs — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(a).

Courts — Supreme Court of Canada — Reference jurisdiction — Discretion not to answer reference questions — Whether Court should decline to answer reference questions — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 53.

### **UL Canada Inc. v. Quebec (Attorney General).....760**

Practice — Supreme Court of Canada — Motion to strike — Documents on appeal — Evidence — Motion to have portions of appellant's record struck out — Material not before lower courts filed with this Court in context of application for leave to appeal — Whether material part of record — Whether material evidence within meaning of Rule 38(1)(d) of Supreme Court Rules — Whether material may be filed as fresh evidence — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 62(3) — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 38(1)(d).

Practice — Supreme Court of Canada — Motion to strike — Factum — New argument — Appellant raising new constitutional argument in its factum — New argument relevant to constitutional questions stated by Court — Whether references to new argument in appellant's factum should be struck.

## SOMMAIRE (Suite)

constitue-t-elle une erreur de compétence? — Portée de la révision par voie de certiorari de la décision du juge de l'enquête préliminaire de libérer l'accusé — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 548(1)b).

### **Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe.....698**

Droit constitutionnel — Distribution des pouvoirs législatifs — Mariage — Célébration du mariage — Proposition de loi concernant certaines conditions de fond du mariage civil formulée par le gouvernement fédéral — Loi proposée prévoyant que le mariage est, sur le plan civil, l'union légitime de deux personnes, à l'exclusion de toute autre personne — Loi disposant aussi qu'elle est sans effet sur la liberté des autorités religieuses de refuser de procéder à des mariages non conformes à leurs croyances religieuses — La loi proposée relève-t-elle de la compétence du Parlement? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(26), 92(12).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Liberté de religion — Loi fédérale proposée accordant aux couples du même sexe le droit de se marier civilement — La loi proposée est-elle compatible avec les droits à l'égalité et la liberté de religion? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2a), 15(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Loi fédérale proposée accordant aux couples du même sexe le droit de se marier civilement — La liberté de religion protège-t-elle les autorités religieuses de la contrainte d'avoir à procéder à des mariages entre personnes du même sexe contrairement à leurs croyances religieuses? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2a).

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence en matière de renvoi — Pouvoir discrétionnaire de refuser de répondre à une question posée dans un renvoi — La Cour devrait-elle refuser de répondre aux questions posées dans le renvoi? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 53.

### **UL Canada Inc. c. Québec (Procureur général) .....760**

Pratique — Cour suprême du Canada — Requête en radiation — Documents d'appel — Preuve — Requête visant à faire radier certaines parties du dossier de l'appelante — Documents non soumis aux juridictions inférieures présentés à la Cour dans le cadre de la demande d'autorisation — Ces documents font-ils partie du dossier? — Ces documents sont-ils de la preuve au sens de l'art. 38(1)(d) des Règles de la Cour? — Ces documents peuvent-ils être produits comme preuve nouvelle? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 62(3) — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, art. 38(1)d).

*Suite à la page suivante*

## **SOMMAIRE (Fin)**

Pratique — Cour suprême du Canada — Requête en radiation — Mémoire — Nouvel argument — Nouvel argument d'ordre constitutionnel soulevé par l'appelante dans son mémoire — Nouvel argument pertinent à l'égard des questions constitutionnelles formulées par la Cour — Les références au nouvel argument dans le mémoire de l'appelante doivent-elles être supprimées?



## 2004 Volume 3

# Canada Supreme Court Reports Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

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

ANNE ROLAND

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe

LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale

BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef

CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil

JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY  
HARLEY D'AOÛT  
CHANTAL DEMERS  
VALERIE DESJARLAIS  
LEE ANN GORMAN  
KAREN LEVASSEUR

ARCHIBALD MCDONALD  
JOANNE NORMAN  
RÉMI SAMSON  
LOUISE SAVARD  
MARY JANE SINCLAIR  
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL  
LESLI TAKAHASHI  
CAMERON TAYLOR  
WITOLD TYMOWSKI  
TIMOTHY WILSON

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique

CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH  
RICHARD BERBERI

JACQUES GAGNÉ  
ROSALIE TO-THANH-HIEN

CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition

INGRID LOYOLA-NAZARETH

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET  
PAULINE MCTAVISH

GINETTE MIGNEAULT  
ANNE-MARIE NOËL

PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique

SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif

LILI-ANNE MCGRAW

**JUDGES**  
**OF THE**  
**SUPREME COURT OF CANADA**

The Right Honourable BEVERLEY McLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

The Honourable MICHEL BASTARACHE

The Honourable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

The Honourable LOUIS LEBEL

The Honourable MARIE DESCHAMPS

The Honourable MORRIS FISH

The Honourable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

The Honourable LOUISE CHARRON

On the 30th day of August 2004, the Honourable ROSALIE SILBERMAN ABELLA, a Judge of the Court of Appeal of Ontario, was appointed a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada.

On the 30th day of August 2004, the Honourable LOUISE CHARRON, a Judge of the Court of Appeal of Ontario, was appointed a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada.

**JUGES**  
**DE LA**  
**COUR SUPRÊME DU CANADA**

La très honorable BEVERLEY McLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

L'honorable MICHEL BASTARACHE

L'honorable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

L'honorable LOUIS LeBEL

L'honorable MARIE DESCHAMPS

L'honorable MORRIS FISH

L'honorable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

L'honorable LOUISE CHARRON

Le 30 août 2004, l'honorable ROSALIE SILBERMAN ABELLA, juge de la Cour d'appel de l'Ontario, a été nommée juge puînée à la Cour suprême du Canada.

Le 30 août 2004, l'honorable LOUISE CHARRON, juge de la Cour d'appel de l'Ontario, a été nommée juge puînée à la Cour suprême du Canada.

## ERRATA

[2001] 2 S.C.R., p. 819, para. 29, line 6 of the French version. Read “qu’il découle de ce principe” instead of “qu’il découle de ce principe”.

[1993] 3 S.C.R., p. 323, line *j-1* of the English version. Read “which are of such a nature” instead of “which are of such an nature”.

[2001] 2 R.C.S., p. 819, par. 29, ligne 6 de la version française. Lire « qu’il découle de ce principe » au lieu de « qu’il découle de ce principe ».

[1993] 3 R.C.S., p. 323, ligne *j-1* de la version anglaise. Lire « which are of such a nature » au lieu de « which are of such an nature ».

## MOTIONS — REQUÊTES

(July 16 to December 31, 2004 – 16 juillet au 31 décembre 2004)

- 2849-7378 *Québec Inc. c. Groupe Commerce, compagnie d'assurance* (Qué.), 30434, leave to appeal refused with costs, 4.11.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 9117-4912 *Québec Inc. c. Les Immeubles Dandurand Inc.* (Qué.), 30212, leave to appeal refused with costs, 26.8.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Agazarian v. The Queen* (F.C.), 30399, leave to appeal refused with costs, 16.12.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Air Canada v. Canadian Human Rights Commission* (F.C.), 30323, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 18.11.04, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Alexander v. State Farm Fire and Casualty Co.* (Ont.), 30231, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 7.10.04, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.
- Alix c. Procureur général du Québec* (Qué.), 30425, leave to appeal refused, 2.12.04, autorisation d'appel refusée.
- Assaf v. Koury* (Ont.), 30139, leave to appeal refused with costs, 18.11.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Assessor of Area #14 - Surrey/White Rock v. Southam Inc.* (B.C.), 30438, leave to appeal refused with costs, 18.11.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Association des professeurs de l'Université Concordia c. Bisailon* (Qué.), 30363, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 18.11.04, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Association des professionnels et professionnelles de la vidéo du Québec c. Productions du Petit Bonhomme Inc.* (C.F.), 30257, leave to appeal refused with costs, 26.8.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Attorney General of British Columbia v. Lafarge Canada Inc.* (B.C.), 30317, leave to appeal granted, 12.11.04, autorisation d'appel accordée.
- Attorney General of Canada v. H.J. Heinz Company of Canada Ltd.* (F.C.), 30417, leave to appeal granted with costs, 16.12.04, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Authorson, deceased, by his litigation administrator v. Attorney General of Canada* (Ont.), 30343, leave to appeal refused with costs, 14.10.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Autobus Jean Bélanger Inc. c. Syndicat du transport de la région du Grand-Portage* (Qué.), 30280, leave to appeal refused with costs, 15.7.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- AVI Financial Corporation (1985) Inc. v. Norvegaz Inc.* (Que.), 30242, leave to appeal refused with costs, 26.8.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- B.V.N. v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 30512, leave to appeal granted, 16.12.04, autorisation d'appel accordée.
- Banque Nationale du Canada c. Procureur général du Canada* (C.F.), 30311, leave to appeal refused with costs, 14.10.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Barney v. Minister of Indian Affairs and Northern Development* (B.C.), 30176, leave to appeal granted with costs, 7.10.04, autorisation d'appel accordée avec dépens.



- Baron c. Ville de Saint-Lin-Laurentides* (Qué.), 30524, leave to appeal refused with costs, 18.11.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Barsoum v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 30358, leave to appeal refused, 16.9.04, autorisation d'appel refusée.
- Beazley v. Spehar* (B.C.), 30484, notice of discontinuance filed, 5.10.04, avis de désistement produit.
- Belende c. Greenspoon* (Ont.), 30516, leave to appeal refused, 9.12.04, autorisation d'appel refusée.
- Béliveau c. Barreau de Montréal* (Qué.), 30420, leave to appeal refused, 14.10.04, autorisation d'appel refusée.
- Bellemare v. Attorney General of Canada* (F.C.), 30490, leave to appeal refused with costs, 18.11.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Belmonte c. Syndicat des débardeurs* (C.F.), 30365, leave to appeal refused with costs, 2.12.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Booth v. British Columbia Life and Casualty Company* (B.C.), 30325, leave to appeal refused with costs, 16.9.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bouchard-Asselin c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 30408, leave to appeal refused, 30.9.04, autorisation d'appel refusée.
- Boucher v. The Queen* (F.C.), 30370, leave to appeal refused with costs, 28.10.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Boulet c. Centre hospitalier Pierre Le Gardeur* (Qué.), 30304, leave to appeal refused, 7.10.04, autorisation d'appel refusée.
- Bourdon c. Stelco Inc.* (Qué.), 30299, leave to appeal granted with costs to the applicants in any event of the cause, 18.11.04, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur des demandeurs quelle que soit l'issue de l'appel.
- Buschau v. Rogers Communication Inc.* (B.C.), 30331, leave to appeal refused with costs, 14.10.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- C.D. v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 30254, leave to appeal granted, 7.10.04, autorisation d'appel accordée.
- C.D.K. v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 30314, leave to appeal granted, 7.10.04, autorisation d'appel accordée.
- Cadnet Productions Inc. v. The Queen* (F.C.), 30333, leave to appeal refused with costs, 2.9.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Canadian Kawasaki Motors Inc. v. Attorney General of Canada* (F.C.), 30362, leave to appeal refused with costs, 21.10.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Canadian Pacific Railway Co. v. City of Vancouver* (B.C.), 30374, leave to appeal granted, 16.12.04, autorisation d'appel accordée.
- Canadian Union of Public Employees, Local 2745 v. The Queen in Right of New Brunswick* (N.B.), 30342, leave to appeal refused with costs, 30.9.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Canadian Union of Public Employees, Local 3373 v. Queen's County Residential Services* (P.E.I.), 30245, leave to appeal refused, 2.9.04, autorisation d'appel refusée.
- Canadian Union of Public Employees, Locals 1712, 3009, 2225-05, 2225-06 and 2225-12 v. Ernst & Young Inc.* (Ont.), 30233, leave to appeal refused with costs, 15.7.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Carroll v. Hildinger* (Ont.), 30379, leave to appeal refused with costs, 25.11.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Carson v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 30378, leave to appeal refused, 30.9.04, autorisation d'appel refusée.
- Casurina Limited Partnership v. Rio Algom Ltd.* (Ont.), 30234, leave to appeal refused with costs, 30.9.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- CC Havanos Corporation Ltd. v. The Queen* (F.C.), 30327, leave to appeal refused with costs, 4.11.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- CIT Financial Ltd. v. The Queen* (F.C.), 30445, leave to appeal refused with costs, 2.12.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- City of Calgary v. Atco Gas and Pipelines Ltd.* (Alta.), 30247, leave to appeal granted with costs, 7.10.04, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- City of Toronto v. Banihashem-Bakhtiari* (Ont.), 30270, leave to appeal refused with costs, 16.9.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Clément c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 30264, leave to appeal refused, 7.10.04, autorisation d'appel refusée.
- Collège Rabbiniqne de Montreal Oir Hachaim D'Tash v. Minister of the Canadian Customs and Revenue Agency* (F.C.), 30388, leave to appeal refused with costs, 30.9.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Collins v. Attorney General of British Columbia* (B.C.), 30259, leave to appeal refused, 2.9.04, autorisation d'appel refusée.
- Cornejo v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 30158, leave to appeal refused, 7.10.04, autorisation d'appel refusée.
- Corporation of the Town of Hearst v. Ouellette* (Ont.), 30353, leave to appeal refused with costs, 18.11.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Council of the Wasauksing First Nation v. Wasausink Lands Inc.* (Ont.), 30324, leave to appeal refused, 18.11.04, autorisation d'appel refusée.
- Dagenais v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 30440, leave to appeal refused, 14.10.04, autorisation d'appel refusée.
- Davis a.k.a. Tramsek v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 30155, leave to appeal refused, 18.11.04, autorisation d'appel refusée.
- Deschênes c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 30305, leave to appeal refused, 15.7.04, autorisation d'appel refusée.
- Desjardins c. Centre d'achats St-Jérôme Inc.* (Qué.), 30396, leave to appeal refused with costs, 21.10.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Detchev v. Ontario Labour Relations Board* (Ont.), 30498, leave to appeal refused with costs, 18.11.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Drozdowski v. Workers' Compensation Board of Nova Scotia* (N.S.), 30454, leave to appeal refused, 28.10.04, autorisation d'appel refusée.
- Dunbar v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 30156, leave to appeal refused, 26.8.04, autorisation d'appel refusée.
- Dynatec Corporation v. The Queen* (Ont.), 30444, leave to appeal refused with costs, 16.12.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Edwards v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 30441, leave to appeal refused, 18.11.04, autorisation d'appel refusée.
- Eichmanis v. Prystay* (Ont.), 30372, leave to appeal refused with costs, 16.12.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Epscan Industries Ltd. v. Bartin Pipe & Piling Supply Ltd.* (Alta.), 30330, leave to appeal refused with costs, 30.9.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Équipements Industriels Robert Inc. c. 9061-2110 Québec Inc.* (Qué.), 30308, leave to appeal refused, 30.9.04, autorisation d'appel refusée.
- Ernst & Young v. Fraser Milner Casgrain* (Que.), 30237, leave to appeal refused with costs, 7.10.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- ESA Holdings Ltd. v. Caleron Properties Ltd.* (Alta.), 30157, leave to appeal refused with costs, 30.9.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Esam Iskandar v. United Gulf Developments Ltd.* (N.S.), 30303, leave to appeal refused with costs, 16.9.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Esteban v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.), 30334, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 12.11.04, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.
- Exarhos v. William I. Miller* (Que.), 30348, leave to appeal refused with costs, 30.9.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- F.L. c. Bissonnette* (Qué.), 30230, leave to appeal refused, 30.9.04, autorisation d'appel refusée.
- Fagan c. Compagnie d'assurance Standard Life* (Qué.), 30423, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 18.11.04, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Fazekas v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 30121, leave to appeal refused, 19.8.04, autorisation d'appel refusée.
- Fazekas v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 30122, leave to appeal refused, 19.8.04, autorisation d'appel refusée.
- Fehr v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 30192, leave to appeal refused, 23.9.04, autorisation d'appel refusée.
- Ferras v. United States of America* (Ont.) (Crim.), 30211, leave to appeal granted, 7.10.04, autorisation d'appel accordée.
- Fisher v. The Queen* (Sask.) (Crim.), 30228, leave to appeal refused, 26.8.04, autorisation d'appel refusée.
- Forac Consultants Inc. c. St. Laurent Paperboard Inc.* (Qué.), 30407, leave to appeal refused with costs, 18.11.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Garan, Lucow, Miller, P.C. v. M.J. Jones Inc.* (Ont.), 30336, leave to appeal granted with costs to the applicants in any event of the cause, 18.11.04, and notice of discontinuance filed, 7.12.04; autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur des demandeurs quelle que soit l'issue de l'appel, 18.11.04, et avis de désistement produit, 7.12.04.
- Gauthier c. Cégep de Lévis-Lauzon* (Qué.), 30320, leave to appeal refused, 30.9.04, autorisation d'appel refusée.
- Gélinas c. Normand* (Qué.), 30505, leave to appeal refused with costs, 16.12.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gillingham v. United States of America* (B.C.) (Crim.), 29065, leave to appeal refused, 18.11.04, autorisation d'appel refusée.
- Goulet v. Howard* (Ont.), 30345, leave to appeal refused with costs, 26.8.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gouslisty c. Sous-ministre du Revenu du Québec* (Qué.), 30335, leave to appeal refused, 30.9.04, autorisation d'appel refusée.
- Great Pacific Management Co. v. Collette* (B.C.), 30301, leave to appeal refused with costs, 14.10.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Greenpeace Canada v. Verchere* (B.C.), 30443, leave to appeal refused with costs, 18.11.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Grenier c. La Reine* (C.F.), 30194, leave to appeal refused with costs, 30.9.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Groupe HPS (9045-8779 Québec Inc.) c. Bureau des services financiers* (Qué.), 30281, leave to appeal refused with costs, 30.9.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Guiboche v. The Queen* (Man.) (Crim.), 30272, leave to appeal refused, 26.8.04, autorisation d'appel refusée.

- H.J. Pfaff Motors Inc. v. Corporate Cars* (Ont.), 30278, leave to appeal refused with costs, 30.9.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hennick v. Children's Aid Society of Cape Breton* (N.S.), 30371, leave to appeal refused, 2.9.04, autorisation d'appel refusée.
- Howdle v. The Queen* (Sask.) (Crim.), 30439, leave to appeal refused, 2.12.04, autorisation d'appel refusée.
- Immigration and Refugee Board v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.), 30564, leave to appeal refused, 26.11.04, autorisation d'appel refusée.
- Imperial Tobacco Canada Inc. v. The Queen in Right of British Columbia* (B.C.), 30411, leave to appeal granted with costs, 16.12.04, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Industrial Wood & Allied Workers of Canada, Local 700 v. GMAC Commercial Credit Corporation of Canada* (Ont.), 30391, leave to appeal granted with costs, 16.12.04, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Iness v. Canada Mortgage and Housing Corporation* (Ont.), 30292, leave to appeal refused, 16.9.04, autorisation d'appel refusée.
- Insurance Corporation of British Columbia v. Chouinard* (B.C.), 30426, leave to appeal refused with costs, 16.12.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- J.C.G. c. La Reine* (Qué.), 29562, notice of discontinuance filed, 14.12.04, avis de désistement produit.
- Janssen-Ortho Inc. v. Minister of Health* (F.C.), 30202, leave to appeal refused with costs, 26.8.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Jimmie v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 30248, leave to appeal refused, 19.8.04, autorisation d'appel refusée.
- Joyea v. The Queen* (Sask.) (Crim.), 30265, leave to appeal refused, 16.9.04, autorisation d'appel refusée.
- K.B. v. The Queen* (Man.) (Crim.), 30517, leave to appeal refused, 16.12.04, autorisation d'appel refusée.
- Koks v. HIVO Enterprises Ltd.* (Alta.), 29929, leave to appeal refused with costs, 15.7.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Kurichh v. Financial Services Commission of Ontario* (Ont.), 28863, leave to appeal refused with costs, 26.8.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Latty v. United States of America* (Ont.) (Crim.), 30295, leave to appeal granted, 7.10.04, autorisation d'appel accordée.
- Leiding v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 30329, leave to appeal refused, 26.8.04, autorisation d'appel refusée.
- Leskiw v. Attorney General of Canada* (F.C.), 30430, leave to appeal refused with costs, 18.11.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Li v. Li* (Ont.), 30403, leave to appeal refused, 25.11.04, autorisation d'appel refusée.
- Linley v. Insurance Corporation of British Columbia* (B.C.), 30219, leave to appeal refused with costs, 21.10.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Liquid Carbonic Inc. v. British Columbia's Children's Hospital* (B.C.), 29782, notice of discontinuance filed, 7.12.04, avis de désistement produit.
- Local Union No. 1005 United Steelworkers of America v. Stelco Inc.* (Ont.), 30447, leave to appeal refused with costs, 9.12.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Loewen v. The Queen* (F.C.), 30412, leave to appeal refused with costs, 9.12.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lohrer v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 30160, leave to appeal refused, 18.11.04, autorisation d'appel refusée.

- Luftspring v. Luftspring* (Ont.), 30402, notice of discontinuance filed, 2.9.04, avis de désistement produit.
- Lughas v. Manitoba Public Insurance Corporation* (Man.), 30274, leave to appeal refused, 19.8.04, autorisation d'appel refusée.
- Maçonnerie Demers Inc. c. Agence métropolitaine de transport* (Qué.), 30386, leave to appeal refused with costs, 30.9.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Maistri c. Trotter* (Qué.), 30361, leave to appeal refused with costs, 30.9.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Manningham v. United States of America* (Ont.) (Crim.), 30223, leave to appeal refused, 16.12.04, autorisation d'appel refusée.
- Marcoux c. Paul Monty, ès qualités de Commissaire à la déontologie policière* (Qué.), 30310, leave to appeal refused with costs, 30.9.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Martineau c. Deputy Minister of Revenu Québec* (Qué.), 30296, leave to appeal refused, 26.8.04, autorisation d'appel refusée.
- Maydak v. Canada (Minister of Justice)* (B.C.) (Crim.), 30312, leave to appeal refused, 14.10.04, autorisation d'appel refusée.
- McAuley v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 30369, leave to appeal refused, 14.10.04, autorisation d'appel refusée.
- McDowell v. United States of America* (Ont.) (Crim.), 30222, leave to appeal refused, 16.12.04, autorisation d'appel refusée.
- Medovarski v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.), 30332, leave to appeal granted with costs, 12.11.04, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Mikisew Cree First Nation v. Minister of Canadian Heritage* (F.C.), 30246, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 22.7.04, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Millership v. The Queen* (B.C.), 30197, leave to appeal refused with costs, 26.8.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Millette c. Rodi* (Qué.), 30263, leave to appeal refused with costs, 26.8.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Minister of Health and Long-Term Care v. Attis* (Ont.), 30168, leave to appeal refused with costs, 15.7.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ministry of Community and Social Services v. Falkiner* (Ont.), 29294, notice of discontinuance filed, 1.9.04, avis de désistement produit.
- Mitchell v. Estate of Harry Truswell Mason* (Ont.), 30502, leave to appeal refused with costs, 9.12.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Montague v. Bank of Nova Scotia* (Ont.), 30191, leave to appeal refused, 26.8.04, autorisation d'appel refusée.
- Montemurro v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 30341, leave to appeal refused, 30.9.04, autorisation d'appel refusée.
- Morris v. The Queen* (B.C.), 30328, leave to appeal granted with costs to the applicants in any event of the cause, 12.11.04, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur des demandeurs quelle que soit l'issue de l'appel.
- Morris v. The Queen* (F.C.), 30393, leave to appeal refused with costs, 21.10.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Morrison v. The Queen* (Man.) (Crim.), 30461, leave to appeal refused, 18.11.04, autorisation d'appel refusée.
- Murrin c. Procureur général du Québec* (Qué.), 30294, leave to appeal refused, 30.9.04, autorisation d'appel refusée.
- Nadir v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 30442, leave to appeal refused, 18.11.04, autorisation d'appel refusée.

- Naguib v. The Queen* (F.C.), 30252, leave to appeal refused with costs, 26.8.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nathan c. Syndicat de la Copropriété Villas du Castel* (Qué.), 30309, leave to appeal refused with costs, 30.9.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nelson v. The Queen* (F.C.), 30297, leave to appeal is quashed for want of jurisdiction, 2.9.04, autorisation d'appel cassée vue l'absence de juridiction.
- Nelson v. The Queen* (F.C.), 30315, leave to appeal is quashed for want of jurisdiction, 2.9.04, autorisation d'appel cassée vue l'absence de juridiction.
- Nguyen v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 30373, leave to appeal refused, 30.9.04, autorisation d'appel refusée.
- Nicholas v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 30337, leave to appeal refused, 30.9.04, autorisation d'appel refusée.
- Noftall v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 30416, leave to appeal refused, 28.10.04, autorisation d'appel refusée.
- Northern Alberta Institute of Technology Academic Staff Association v. Board of Governors of the Northern Alberta Institute of Technology* (Alta.), 30284, leave to appeal refused, 26.8.04, autorisation d'appel refusée.
- Northwest Communications Ltd. Db a Northwest Imaging & FX v. Minds Eye Entertainment Ltd.* (Sask.), 30344, leave to appeal refused with costs, 9.12.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nourhaghghi v. Canadian Human Rights Commission* (F.C.), 30350, leave to appeal refused with costs, 21.10.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ouellette c. Mueller Canada Inc.* (Qué.), 30435, leave to appeal refused with costs, 18.11.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Palpal-Latoc v. Berstad* (Alta.), 30313, leave to appeal refused with costs, 16.9.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Park v. Zealandia B.P.O. Elks Inc.* (Sask.), 30273, leave to appeal refused with costs, 23.9.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pauli v. Ace INA Insurance Co.* (Alta.), 30276, leave to appeal refused with costs, 26.8.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pêcheries Nicol Desbois Inc. c. Lloyd's of London* (Qué.), 30279, leave to appeal refused with costs, 7.10.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pelissier c. Calian Ltd. 3951243* (Qué.), 30339, leave to appeal refused with costs, 30.9.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Penncorp Life Insurance Co. v. Veilleux* (Que.), 30293, leave to appeal refused with costs, 30.9.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Petro-Canada v. The Queen* (F.C.), 30433, leave to appeal refused with costs, 18.11.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pickering v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 30414, leave to appeal refused, 30.9.04, autorisation d'appel refusée.
- Pinkerton v. Attorney General of Canada* (F.C.), 30431, leave to appeal refused with costs, 30.9.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Placements Mane Ltée c. Ville de Beaupré* (Qué.), 30288, leave to appeal refused, 26.8.04, autorisation d'appel refusée.
- Plotnikoff v. Government of Saskatchewan* (Sask.), 30429, leave to appeal refused with costs, 18.11.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Point v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 30367, leave to appeal refused, 23.9.04, autorisation d'appel refusée.

- Procureur général du Québec c. Conférence des juges du Québec* (Qué.), 30477, leave to appeal granted, 7.10.04, autorisation d'appel accordée.
- Proulx c. La Reine* (C.F.), 30346, leave to appeal refused with costs, 9.12.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pugliese v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 30200, leave to appeal refused, 23.9.04, autorisation d'appel refusée.
- Qureshi v. The Queen* (Que.) (Crim.), 29938, leave to appeal refused, 26.8.04, autorisation d'appel refusée.
- R. v. B.W.P.* (Man.) (Crim.), 30514, leave to appeal granted, 16.12.04, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Boucher* (Qué.) (Crim.), 30256, leave to appeal granted, 7.10.04, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Deschênes* (Qué.) (Crim.), 30409, leave to appeal refused, 4.11.04, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Larche* (Qué.) (Crim.), 30384, leave to appeal granted, 16.12.04, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Rodgers* (Ont.) (Crim.), 30319, leave to appeal granted, 12.11.04, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Turcotte* (B.C.) (Crim.), 30349, leave to appeal granted, 7.10.04, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Woods* (Man.) (Crim.), 30395, leave to appeal granted, 7.10.04, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Zwicker* (N.S.), 30178, leave to appeal refused, 30.9.04, autorisation d'appel refusée.
- R.V.M. c. M.B.G.A.* (Qué.), 30499, leave to appeal refused with costs, 2.12.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- R.W.C. v. The Queen* (N.S.) (Crim.), 30302, leave to appeal granted, 7.10.04, autorisation d'appel accordée.
- Racine c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 30458, leave to appeal refused, 18.11.04, autorisation d'appel refusée.
- Rak v. Royal Bank of Canada* (Sask.), 30356, leave to appeal refused with costs, 16.9.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Régie de l'assurance maladie du Québec c. Robaey* (Qué.), 30355, leave to appeal refused with costs, 30.9.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Remington v. Peter* (Alta.), 30207, leave to appeal refused with costs, 19.8.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rochon v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 30368, leave to appeal refused, 14.10.04, autorisation d'appel refusée.
- Royal Bank of Canada v. State Farm Fire and Casualty Company of Canada* (Ont.), 30275, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 7.10.04, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- S.P. v. Director of Child Welfare for the Province of Prince Edward Island* (P.E.I.), 30385, leave to appeal refused, 30.9.04, autorisation d'appel refusée.
- Saad v. United States of America* (Ont.) (Crim.), 30340, leave to appeal refused, 30.9.04, autorisation d'appel refusée.
- Scott a.k.a. Schaefer v. United States of America* (Ont.) (Crim.), 30106, leave to appeal refused, 28.10.04, autorisation d'appel refusée.
- Seiler v. Brouwer Claims Canada & Company Ltd.* (B.C.), 30183, leave to appeal refused with costs, 26.8.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Seyed-Fatemi v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 30432, leave to appeal refused, 9.12.04, autorisation d'appel refusée.
- Sharpe v. Kirk* (Man.), 30406, leave to appeal refused with costs, 30.9.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Shaw Communications Inc. v. Lum* (N.B.), 30421, leave to appeal refused with costs, 4.11.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sherwood c. St-Jacques* (Qué.), 30451, leave to appeal refused, 16.12.04, autorisation d'appel refusée.

- Singh Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys* (Qué.), 30322, leave to appeal granted, 7.10.04, autorisation d'appel accordée.
- Singh Sodhi v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 30154, leave to appeal refused, 26.8.04, autorisation d'appel refusée.
- Singh Sogi v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.), 30469, leave to appeal refused with costs, 18.11.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Smolensky v. British Columbia Securities Commission* (B.C.), 30306, leave to appeal refused with costs, 28.10.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sous-ministre du Revenu du Québec c. Constructions Beauce Atlas Inc.* (Qué.), 30347, leave to appeal refused, 30.9.04, autorisation d'appel refusée.
- Sous-ministre du Revenu du Québec c. Moufarrège* (Qué.), 30382, leave to appeal granted, 18.11.04, autorisation d'appel accordée.
- Spicer v. Bowater Mersey Paper Company Ltd.* (N.S.), 30338, leave to appeal refused with costs, 16.9.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Star Choice Television Network Inc. v. Commissioner of Customs and Revenue* (F.C.), 30389, leave to appeal refused with costs, 21.10.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Steffen v. Breyer* (Man.), 30468, leave to appeal refused with costs, 16.12.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sternthal v. Boreal Insurance Inc.* (Que.), 30387, leave to appeal refused with costs, 18.11.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Susin v. Baker* (Ont.), 30298, leave to appeal refused with costs, 26.8.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Susin v. Swartz* (Ont.), 30366, leave to appeal refused with costs, 14.10.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tang c. Tsui* (Qué.), 30213, leave to appeal refused with costs, 26.8.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Taylor v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 30506, leave to appeal refused, 2.12.04, autorisation d'appel refusée.
- The Rose Corporation v. American Home Assurance Co.* (Ont.), 30267, leave to appeal refused with costs, 2.9.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- The Trinh c. Hydro-Québec* (Qué.), 30419, leave to appeal refused with costs, 28.10.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Thibault c. La Reine* (Ont.) (Crim.), 30195, leave to appeal refused, 30.9.04, autorisation d'appel refusée.
- Toyota Canada Inc. c. Harmegnies* (Qué.), 30269, leave to appeal refused with costs, 30.9.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tr'ondëk Hwëch'in v. The Queen* (Y.T.), 30227, leave to appeal refused, 30.9.04, autorisation d'appel refusée.
- Tremblay c. Groupe Québécois Inc.* (Qué.), 29948, leave to appeal refused with costs, 7.10.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tremblay c. La Reine* (C.F.), 30424, leave to appeal refused with costs, 16.12.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Trojan Technologies Inc. v. Suntec Environmental Inc.* (F.C.), 30235, leave to appeal refused with costs, 14.10.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tsai v. Pochwalowski* (Ont.), 30307, leave to appeal refused with costs, 26.8.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tsai v. Pochwalowski* (Ont.), 30318, leave to appeal refused with costs, 26.8.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.



- Turenne v. Minister of Justice* (Man.) (Crim.), 30478, leave to appeal refused, 16.12.04, autorisation d'appel refusée.
- Turner v. The Queen* (F.C.), 30479, leave to appeal refused with costs, 25.11.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Turret Realities Inc. v. Bartosek* (Ont.), 30321, leave to appeal refused, 30.9.04, autorisation d'appel refusée.
- Université Concordia c. Bisaillon* (Qué.), 30363, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 18.11.04, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- V. (Q.V.) v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 30271, leave to appeal refused, 26.8.04, autorisation d'appel refusée.
- Veuve Clicquot Ponsardin c. Les boutiques Cliquot ltée* (C.F.), 30398, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 18.11.04, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Ville de Fermont c. Pelletier* (Qué.), 30375, leave to appeal refused with costs, 7.10.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ville de Lévis c. 2629-4470 Québec Inc.* (Qué.) (Crim.), 30381, leave to appeal granted, 18.11.04, autorisation d'appel accordée.
- Ville de Lévis c. Tétreault* (Qué.) (Crim.), 30380, leave to appeal granted, 18.11.04, autorisation d'appel accordée.
- Vincent c. Moulage d'aluminium Howmet Ltée* (Qué.), 30400, leave to appeal refused with costs, 30.9.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Visneskie v. Visneskie* (Ont.), 30555, leave to appeal refused with costs, 16.12.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Walker v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (Ont.), 30410, leave to appeal refused with costs, 28.10.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Wenzel v. Dreco Energy Services Ltd.* (Alta.), 30316, leave to appeal refused with costs, 14.10.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Wiles v. The Queen* (N.S.) (Crim.), 30199, leave to appeal granted, 7.10.04, autorisation d'appel accordée.
- Wilford v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 30258, leave to appeal refused, 26.8.04, autorisation d'appel refusée.
- Willis v. The Queen* (Man.) (Crim.), 29827, leave to appeal refused, 7.10.04, autorisation d'appel refusée.
- Wojtowicz v. Wojtowicz* (Man.), 30285, leave to appeal refused with costs, 18.11.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Xtra Canada, a Division of Extra Inc. v. KPMG* (Ont.), 30390, leave to appeal refused with costs, 30.9.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Yamani v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.), 30184, leave to appeal refused with costs, 26.8.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Young v. Saanich Police Department* (B.C.), 30377, leave to appeal refused with costs, 18.11.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Zenner v. Prince Edward Island College of Optometrists* (P.E.I.), 30422, leave to appeal granted, 16.12.04, autorisation d'appel accordée.
- Zsoldos v. Ontario Association of Architects* (Ont.), 30286, leave to appeal refused with costs, 26.8.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Zundel v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.), 30360, leave to appeal refused with costs, 30.9.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Zundel v. The Queen* (Ont.), 30427, leave to appeal refused with costs, 21.10.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.



## TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause  
(as expressed under the “Indexed as” entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
<b>A</b>			
Amoco Canada Oil and Gas, Anderson v.....	3	DaimlerChrysler Services Canada Inc. v. Lefebvre (Trustee of) .....	326
Anderson v. Amoco Canada Oil and Gas.....	3	Deschamplain, R. v. ....	601
Attorney General see also “Canada” or the name of province		<b>E</b>	
Auton (Guardian <i>ad litem</i> of) v. British Columbia (Attorney General) .....	657	Entreprises Sibeca Inc. v. Frelighsburg (Municipality) .....	304
<b>B</b>			
Blake, R. v.....	503	Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division « Éconogros » v. Collin .....	257
British Columbia (Attorney General), Auton (Guardian <i>ad litem</i> of) v. ....	657	Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division « Éconogros » v. Reid.....	257
British Columbia (Minister of Forests), Haida Nation v. ....	511	<b>F</b>	
British Columbia (Project Assessment Director), Taku River Tlingit First Nation v. ....	550	Frelighsburg (Municipality), Entreprises Sibeca Inc. v. ....	304
<b>C</b>			
Cabiakman v. Industrial Alliance Life Insurance Co. ....	195	<b>G</b>	
Canada (Minister of Citizenship and Immigration), Mugesera v. ....	323	Gilles E. Néron Communication Marketing Inc., Canadian Broadcasting Corporation v. ....	95
Canada (Minister of Human Resources Develop- ment), Hodge v. ....	357	Gilles E. Néron Communication Marketing Inc. v. Chambre des notaires du Québec .....	95
Canada, Nova Scotia Power Inc. v. ....	53	Glykis v. Hydro-Québec .....	285
Canadian Broadcasting Corporation v. Gilles E. Néron Communication Marketing Inc. v.....	95	GMAC Leaseco Limited v. Raymond Chabot Inc. ....	326
Chambre des notaires du Québec, Gilles E. Néron Communication Marketing Inc. v.....	95	<b>H</b>	
Chan, R. v. ....	245	Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests) .....	511
Collin, Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., divi- sion « Éconogros » v. ....	257	Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development) .....	357
Commission see also “Canada” or the name of province		Hydro-Québec, Glykis v. ....	285
Côté v. Rancourt.....	248	<b>I</b>	
<b>D</b>			
DaimlerChrysler Services Canada Inc. v. Lebel ....	326	Industrial Alliance Life Insurance Co., Cabiakman v. ....	195
<b>L</b>			
		Lebel, DaimlerChrysler Services Canada Inc. v. ...	326



## TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertoire » dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
<b>A</b>		<b>E</b>	
Amoco Canada Oil and Gas, Anderson c.....	3	Entreprises Sibeca Inc. c. Frelighsburg (Municipalité).....	304
Anderson c. Amoco Canada Oil and Gas.....	3	Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division « Éconogros » c. Collin.....	257
Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général).....	657	Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division « Éconogros » c. Reid.....	257
<b>B</b>		<b>F</b>	
Banque Nationale du Canada c. Samson Bélair Deloitte & Touche Inc. ....	348	Frelighsburg (Municipalité), Entreprises Sibeca Inc. c. ....	304
Blake, R. c.....	503	<b>G</b>	
<b>C</b>		Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec .....	95
Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie .....	195	Gilles E. Néron Communication Marketing inc., Société Radio-Canada c. ....	95
Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), Mugesera c. ....	323	Glykis c. Hydro-Québec .....	285
Canada (Ministre du Développement des ressources humaines), Hodge c. ....	357	GMAC Location Limitée c. Raymond Chabot Inc. ....	326
Canada, Nova Scotia Power Inc. c. ....	53	<b>H</b>	
Chambre des notaires du Québec, Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. ....	95	Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines).....	357
Chan, R. c.....	245	Hydro-Québec, Glykis c. ....	285
Collin, Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division « Éconogros » c. ....	257	<b>I</b>	
Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet), Première nation Tlingit de Taku River c. ....	550	Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie, Cabiakman c.....	195
Colombie-Britannique (Ministre des Forêts), Nation haïda c.....	511	<b>L</b>	
Colombie-Britannique (Procureur général), Auton (Tutrice à l'instance de) c.....	657	La Reine voir aussi « R. »	
Commission voir aussi « Canada » ou nom de la province		Lebel, Services DaimlerChrysler Canada Inc. c. ...	326
Côté c. Rancourt.....	248	Lefebvre (Syndic de), Services DaimlerChrysler Canada Inc. c. ....	326
<b>D</b>		Lohrer, R. c. ....	732
Deschamplain, R. c. ....	601		

	PAGE		PAGE
<b>M</b>			
M.R.N., Martineau c. ....	737	R. c. Saunders .....	505
Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise.....	461	R. c. Sazant .....	635
Mann, R. c.....	59	R. c. Smith .....	507
Martineau c. M.R.N. ....	737	R. c. Tessling.....	432
Ministre voir aussi « Canada » ou nom de la province		R. c. Zurowski.....	509
Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers) .....	152	Rancourt, Côté c.....	248
Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) .....	323	Raponi, R. c.....	35
<b>N</b>			
N.A.P.E., Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. ....	381	Raymond Chabot Inc., GMAC Location Limitée c. ....	326
Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) .....	511	Reid, Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division « Éconogros » c. ....	257
Newfoundland Assn. Public Employees, Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. ....	381	Reine voir aussi « R. »	
Nova Scotia Power Inc. c. Canada .....	53	Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe .....	698
<b>O</b>			
Office voir aussi « Canada » ou nom de la province Ontario (Surintendant des services financiers), Monsanto Canada Inc. c. ....	152	<b>S</b>	
Ouellet (Syndic de) .....	348	Samson Bélair Deloitte & Touche Inc., Banque Nationale du Canada c. ....	348
<b>P</b>			
Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (City) .....	575	Saunders, R. c. ....	505
Perrier, R. c. ....	228	Sazant, R. c. ....	635
Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet) .....	550	Services DaimlerChrysler Canada Inc. c. Lebel ...	326
Procureur général voir aussi « Canada » ou nom de la province		Services DaimlerChrysler Canada Inc. c. Lefebvre (Syndic de) .....	326
<b>Q</b>			
Québec (Procureur général), UL Canada Inc. c. ...	760	Smith, R. c. ....	507
<b>R</b>			
R. c. Blake.....	503	Société Radio-Canada c. Gilles E. Néron Communication Marketing inc. ....	95
R. c. Chan.....	245	Syndicat voir aussi sous nom abrégé	
R. c. Deschamplain .....	601	<b>T</b>	
R. c. Lohrer .....	732	Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.....	381
R. c. Mann.....	59	Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. Newfoundland Assn. Public Employees .....	381
R. c. Perrier .....	228	Tessling, R. c.....	432
R. c. Raponi.....	35	Tremblay (Syndic de).....	326
<b>S</b>			
<b>U</b>			
<b>V</b>			
<b>W</b>			
<b>Z</b>			
		UL Canada Inc. c. Québec (Procureur général).....	760
		Victoria (City), Pacific National Investments Ltd. c. ....	575
		Wise, Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. ....	461
		Zurowski, R. c.....	509

## TABLE OF CASES CITED

### TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
373409 Alberta Ltd. (Receiver of) v. Bank of Montreal.....	[2002] 4 S.C.R. 312, 2002 SCC 81 .....	486
373409 Alberta Ltd. (Séquestre de) c. Banque de Montréal .....	[2002] 4 R.C.S. 312, 2002 CSC 81 .....	486
820099 Ontario Inc. v. Harold E. Ballard Ltd. ....	(1991), 3 B.L.R. (2d) 123 .....	481
<b>A</b>		
Acme Village School District No. 2296 (Board of Trustees of) v. Steele-Smith .....	[1933] S.C.R. 47 .....	282
Adams v. Williams .....	407 U.S. 143 (1972) .....	75
AFPC c. Canada.....	[1987] 1 R.C.S. 424 .....	413
Air Canada c. Colombie-Britannique .....	[1989] 1 R.C.S. 1161 .....	594
Air Canada v. British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 1161 .....	594
Air-Care Ltd. v. United Steel Workers of America.....	[1976] 1 S.C.R. 2 .....	209
Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radio-diffusion et des télécommunications canadiennes).....	[1989] 2 R.C.S. 225 .....	57
Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission) .....	[1989] 2 S.C.R. 225 .....	57
Andrews v. Law Society of British Columbia .....	[1989] 1 S.C.R. 143 .....	360, 669
Armoires D.L.M. inc. c. Constructions Plani-sphère inc. ....	J.E. 96-639, AZ-96021212 .....	273
Arsenault v. Collier .....	(2001), 208 Nfld. & P.E.I.R. 117 .....	375
Association des pompiers de Sherbrooke et Ville de Sherbrooke .....	[1989] T.A. 211 .....	220
Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario.....	[1937] A.C. 326 .....	715
Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada.....	[1912] A.C. 571 .....	715
Attorney-General of Saskatchewan v. Attorney-General of Canada.....	[1949] 2 D.L.R. 145.....	714
Aubry v. Éditions Vice-Versa inc. ....	[1998] 1 S.C.R. 591 .....	121
Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Co. v. Cuninghame .....	[1906] 2 Ch. 34 .....	477
<b>B</b>		
Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) .....	[1999] 2 R.C.S. 817 .....	162, 527
Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) .....	[1999] 2 S.C.R. 817 .....	162, 527
Bande indienne Wewaykum c. Canada.....	[2002] 4 R.C.S. 245, 2002 CSC 79 .....	523
Bank of Montreal v. Dynex Petroleum Ltd. ....	[2002] 1 S.C.R. 146, 2002 SCC 7 .....	27
Banque de Montréal c. Dynex Petroleum Ltd. ....	[2002] 1 R.C.S. 146, 2002 CSC 7 .....	27
Banque nationale du Canada c. Reid .....	[2001] R.J.Q. 1349.....	274
Baron v. Canada .....	[1993] 1 S.C.R. 416 .....	451
Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan .....	[2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20 .....	160, 541



NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble.....	[2003] 1 R.C.S. 476, 2003 CSC 28 .....	159
Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.....	[2003] 1 S.C.R. 476, 2003 SCC 28 .....	159
Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs .....	[1996] 3 S.C.R. 566 .....	679
Bédard v. Hydro-Québec .....	[1982] C.A. 518 .....	299
Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex .....	[2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42 .....	164, 289
Borys v. Canadian Pacific Railway Co. ....	[1953] 2 D.L.R. 65.....	18
Boucher v. Commission hydro-électrique de Québec .....	[1968] R.L. 347.....	288
Boutillier v. Nova Scotia (Attorney General) .....	[2004] N.S.J. No. 357 (QL) .....	725
Brasserie Labatt ltée c. Lanoue.....	[1999] J.Q. n° 1108 (QL).....	487
British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU .....	[1999] 3 S.C.R. 3 .....	680
Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie).....	[1994] 1 R.C.S. 420 .....	315
Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and High- ways) .....	[1994] 1 S.C.R. 420 .....	315
Burrow v. Scammell .....	(1881), 19 Ch. D. 175 .....	594
<b>C</b>		
C.U.M. et Fraternité des policiers de la C.U.M.....	D.T.E. 86T-312 .....	219
Cadieux v. Montreal Gas Co.....	(1898), 28 S.C.R. 382 .....	301
Caisse populaire Desjardins de Plessisville c. Parent.....	J.E. 2000-789, AZ-00021374 .....	274
Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources) .....	[1989] 2 S.C.R. 49 .....	407
Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc. Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.....	[2001] 2 S.C.R. 100, 2001 SCC 36 .....	159
Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.....	[1997] 1 R.C.S. 748 .....	163, 541
Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.....	[1997] 1 S.C.R. 748 .....	163, 541
Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources) .....	[2001] 2 R.C.S. 100, 2001 CSC 36 .....	159
Canada v. Amway of Canada Ltd. ....	[1989] 2 R.C.S. 49 .....	407
Canada v. Amway of Canada Ltd. ....	[1987] 2 F.C. 131 .....	750
Canada v. Schmidt .....	[1989] 1 S.C.R. 21 .....	751
Canada v. Schmidt .....	[1987] 1 S.C.R. 500 .....	758
Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley.....	[1974] S.C.R. 592 .....	479
Canadian Broadcasting Corp. v. The Queen.....	[1983] 1 S.C.R. 339 .....	57
Canadian Broadcasting Corporation v. Lessard .....	[1991] 3 S.C.R. 421 .....	114
Canadian Broadcasting Corporation v. New Brunswick (Attorney General).....	[1991] 3 S.C.R. 459 .....	126, 145
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Pro- cureur général) .....	[2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4 .....	683
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General) .....	[2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4 .....	683
Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. British Columbia .....	[1989] 1 S.C.R. 1133 .....	595
Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent.....	[1985] 2 R.C.S. 643 .....	527
Cardinal v. Director of Kent Institution.....	[1985] 2 S.C.R. 643 .....	527
Centre d'adaptation jeunesse inc. c. Syndicat canadien de la fonction publique.....	(1986), 5 Q.A.C. 241 .....	213
Cie minière Québec Cartier c. Québec (arbitre des griefs) .....	[1995] 2 R.C.S. 1095 .....	219

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Cie minière Québec Cartier v. Quebec (Grievances arbitrator).....	[1995] 2 S.C.R. 1095 .....	219
City of Ottawa v. Boyd Builders Ltd. ....	[1965] S.C.R. 408 .....	310
Civano Construction Inc. c. Crédit M.-G. Inc. ....	[1962] C.S. 45 .....	343
Cloutier v. Langlois.....	[1990] 1 S.C.R. 158 .....	72, 89
Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commis- sion) c. BCGSEU .....	[1999] 3 R.C.S. 3 .....	680
Columbia Builders Supplies Co. v. Bartlett.....	[1967] B.R. 111 .....	221
Com. 3 novembre 1988.....	Bull. civ. IV, n° 283, p. 193 (Prette c. Banque internationale pour l'Afrique occidentale (BIAO)).....	275
Com. 6 décembre 1988.....	Bull. civ. IV, n° 334, p. 225 (Crédit du Nord c. Bourlet).....	276
Com. 24 avril 1990 .....	D.1991.177 (Simon c. Banque française de l'agriculture et du crédit mutuel (BFACM), note Morvan).....	276
Com. 30 mai 1989.....	Bull. civ. IV, n° 166, p. 110 (Crédit lyonnais c. Bonche).....	276
Com. April 24, 1990 .....	D.1991.177 (Simon v. Banque française de l'agriculture et du crédit mutuel (BFACM), Annot. Morvan) .....	275
Com. December 6, 1988 .....	Bull. civ. IV, No. 334, p. 225 (Crédit du Nord v. Bourlet).....	275
Com. May 30, 1989 .....	Bull. civ. IV, No. 166, p. 110 (Crédit lyonnais v. Bonche).....	275
Com. November 3, 1988.....	Bull. civ. IV, No. 283, p. 193 (Prette v. Banque internationale pour l'Afrique occidentale (BIAO)).....	275
Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord cana- dien).....	[1999] 2 R.C.S. 203 .....	373, 675
Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs) .....	[1999] 2 S.C.R. 203 .....	373, 675
<b>D</b>		
Dagenais c. Société Radio-Canada.....	[1994] 3 R.C.S. 835 .....	405, 720
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp. ....	[1994] 3 S.C.R. 835 .....	405, 720
Dallaire c. Hydro-Québec.....	C.S. Québec, n° 200-05-003377-939, 7 janvier 1994 .....	289
Dallaire v. Hydro-Québec.....	Sup. Ct. Québec, No. 200-05-003377-939, January 7, 1994.....	289
Dedman c. La Reine .....	[1985] 2 R.C.S. 2 .....	72
Dedman v. The Queen .....	[1985] 2 S.C.R. 2 .....	72
Delage c. Hydro-Québec .....	C.S. Montréal, n° 500-05-013881-73, 11 décem- bre 1973 .....	288
Delage v. Hydro-Québec .....	Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-013881-73, December 11, 1973.....	288
Delgamuukw c. Colombie-Britannique.....	[1997] 3 R.C.S. 1010 .....	521, 564
Delgamuukw v. British Columbia .....	[1997] 3 S.C.R. 1010 .....	521, 564
Deux-Montagnes (Ville de) et Fraternité des policiers de Deux- Montagnes/Sainte-Marthe-sur-le-Lac .....	[2002] R.J.D.T. 1683 .....	220

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Doré c. Verdun (Ville).....	[1997] 2 R.C.S. 862.....	267
Doré v. Verdun (City).....	[1997] 2 S.C.R. 862.....	267
Dovey v. Cory.....	[1901] A.C. 477.....	489
Doyle c. La Reine.....	[1977] 1 R.C.S. 597.....	625
Doyle v. The Queen.....	[1977] 1 S.C.R. 597.....	625
Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia.....	[2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19.....	162
Dubois c. La Reine.....	[1986] 1 R.C.S. 366.....	610, 625, 643, 649
Dubois v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 366.....	610, 625, 643, 649
Dunbar v. Yukon.....	[2004] Y.J. No. 61 (QL), 2004 YKSC 54.....	725
<b>E</b>		
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général).....	[1989] 2 R.C.S. 1326.....	126, 145
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General).....	[1989] 2 S.C.R. 1326.....	126, 145
Edwards v. Attorney-General for Canada.....	[1930] A.C. 124.....	710
EGALE Canada Inc. v. Canada (Attorney General).....	(2003), 225 D.L.R. (4th) 472, 2003 BCCA 251.....	717
Egan v. Canada.....	[1995] 2 S.C.R. 513.....	414
Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général).....	[1997] 3 R.C.S. 624.....	416, 669
Eldridge v. British Columbia (Attorney General).....	[1997] 3 S.C.R. 624.....	416, 669
Emco ltée c. Plamondon.....	B.E. 99BE-174, AZ-99036091.....	273
Entreprises Roofmart (Québec) ltée c. Filiatreault (Succession de).....	B.E. 99BE-906, AZ-99026441.....	273
États-Unis d'Amérique c. Shephard.....	[1977] 2 R.C.S. 1067.....	612, 643
<b>F</b>		
Ferrel v. Ontario (Attorney General).....	(1998), 42 O.R. (3d) 97.....	399
Figueroa c. Canada (Procureur général).....	[2003] 1 R.C.S. 912, 2003 CSC 37.....	412
Figueroa v. Canada (Attorney General).....	[2003] 1 S.C.R. 912, 2003 SCC 37.....	412
Finney v. Barreau du Québec.....	[2004] 2 S.C.R. 17, 2004 SCC 36.....	316
Firestone Canada Inc. v. Ontario (Pension Commission).....	(1990), 1 O.R. (3d) 122.....	172
Flintoft v. Royal Bank of Canada.....	[1964] S.C.R. 631.....	345
Forsythe c. La Reine.....	[1980] 2 R.C.S. 268.....	610, 625, 649
Forsythe v. The Queen.....	[1980] 2 S.C.R. 268.....	610, 625, 649
Fortin v. Chrétien.....	[2001] 2 S.C.R. 500, 2001 SCC 45.....	253
Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal et Communauté urbaine de Montréal.....	[1984] T.A. 668.....	219
<b>G</b>		
Garland v. Consumers' Gas Co.....	[2004] 1 S.C.R. 629, 2004 SCC 25.....	586
GenCorp Canada Inc. v. Ontario (Superintendent, Pensions).....	(1998), 158 D.L.R. (4th) 497.....	162
General Motors Products of Canada Ltd. v. Kravitz.....	[1979] 1 S.C.R. 790.....	268
Giffen (Re).....	[1998] 1 S.C.R. 91.....	351
Godbout v. Hydro-Québec.....	[2001] R.D.I. 106.....	289
Gosselin c. Québec (Procureur général).....	[2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84.....	366

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Gosselin v. Quebec (Attorney General).....	[2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84 .....	366
Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	[2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28 .....	365, 675
Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	[2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28 .....	365, 675
Groupe Permacon inc. c. Fata.....	J.E. 97-1052, AZ-97031181 .....	274
Guerin c. La Reine.....	[1984] 2 R.C.S. 335 .....	538
Guerin v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 335 .....	538
Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. M.R.N.....	[1977] 1 R.C.S. 271 .....	282
Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. M.N.R.....	[1977] 1 S.C.R. 271 .....	282

## H

Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests).....	[2004] 3 S.C.R. 511, 2004 SCC 73 .....	562
Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests).....	[1997] 4 C.N.L.R. 45 .....	529
Halpern c. Canada (Procureur général) .....	(2003), 65 O.R. (3d) 201 .....	717
Halpern v. Canada (Attorney General).....	(2003), 65 O.R. (3d) 161 .....	717
Heiltsuk Tribal Council v. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management).....	(2003), 19 B.C.L.R. (4th) 107 .....	532
Hellens v. Densmore.....	[1957] S.C.R. 768 .....	709
Helvering v. Mitchell.....	303 U.S. 391 (1938) .....	752
Hendricks c. Québec (Procureur général).....	[2002] R.J.Q. 2506.....	717
Hill c. Église de scientologie de Toronto.....	[1995] 2 R.C.S. 1130 .....	112
Hill v. Church of Scientology of Toronto .....	[1995] 2 S.C.R. 1130 .....	112
Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines).....	[2004] 3 R.C.S. 357, 2004 CSC 65 .....	670
Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development) .....	[2004] 3 S.C.R. 357, 2004 SCC 65 .....	670
Hôpital Notre-Dame de l'Espérance v. Laurent .....	[1978] 1 S.C.R. 605 .....	488
Housen v. Nikolaisen .....	[2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33 .....	83, 137
Hunter v. Southam Inc. ....	[1984] 2 S.C.R. 145 .....	441
Hyde v. Hyde .....	(1866), L.R. 1 P. & D. 130.....	709

## I

In re Brazilian Rubber Plantations and Estates, Ltd.....	[1911] 1 Ch. 425 .....	489
In re City Equitable Fire Insurance Co. ....	[1925] 1 Ch. 407 .....	489
In Re Marriage Laws .....	(1912), 46 S.C.R. 132 .....	709
Internote Canada Inc. c. Commission des normes du travail .....	[1989] R.J.Q. 2097.....	222
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général).....	[1989] 1 R.C.S. 927 .....	421
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General) .....	[1989] 1 S.C.R. 927 .....	421

## K

K.L.B. c. Colombie-Britannique .....	[2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51 .....	477
K.L.B. v. British Columbia.....	[2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51 .....	477
Kowalski v. Trust Général du Canada.....	[1976] C.A. 93 .....	343
Kyllo v. United States .....	533 U.S. 27 (2001).....	453

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>L</b>		
Labrie v. Tremblay .....	[2000] R.R.A. 5 .....	252
Landry c. Hydro-Québec .....	C.S. Québec, n° 200-05-003524-928, 28 octo- bre 1992 .....	288
Landry v. Hydro-Québec .....	Sup. Ct. Québec, No. 200-05-003524-928, October 28, 1992 .....	288
Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville) .....	[1989] 1 R.C.S. 705 .....	312
Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City) .....	[1989] 1 S.C.R. 705 .....	312
Laurier Auto Inc. c. Paquet .....	[1987] R.J.Q. 804 .....	212
Lavers v. British Columbia (Minister of Finance) .....	(1989), 41 B.C.L.R. (2d) 307 .....	752
Lavoie v. Canada .....	[2002] 1 S.C.R. 769, 2002 SCC 23 .....	371
Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	[1999] 1 R.C.S. 497 .....	366, 401, 718
Law Society of New Brunswick v. Ryan .....	[2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20 .....	160, 541
Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	[1999] 1 S.C.R. 497 .....	366, 401, 718
Lefebvre (Syndic de) .....	[2004] 3 R.C.S. 326, 2004 CSC 63 .....	350
Lefebvre (Trustee of) .....	[2004] 3 S.C.R. 326, 2004 SCC 63 .....	350
Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Colombie-Britannique ...	[1989] 1 R.C.S. 1133 .....	594
Lister v. McAnulty .....	[1944] S.C.R. 317 .....	488
Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice) .....	[2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69 .....	369
Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice) .....	[2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69 .....	369
Lovelace v. Ontario .....	[2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37 .....	366
<b>M</b>		
M. v. H. ....	[1999] 2 S.C.R. 3 .....	367, 414
Macdonald c. La Reine .....	[1977] 2 R.C.S. 665 .....	613
MacDonald Estate v. Martin .....	[1990] 3 S.C.R. 1235 .....	254
Macdonald v. The Queen .....	[1977] 2 S.C.R. 665 .....	613
Machtinger v. HOJ Industries Ltd. ....	[1992] 1 S.C.R. 986 .....	221
MacKay v. Manitoba .....	[1989] 2 S.C.R. 357 .....	720
Maple Leaf Foods Inc. v. Schneider Corp. ....	(1998), 42 O.R. (3d) 177 .....	492
Markevich v. Canada .....	[2003] 1 S.C.R. 94, 2003 SCC 9 .....	757
Massouris (Syndic de) .....	[2002] R.J.Q. 901 .....	333
McKinney c. Université de Guelph .....	[1990] 3 R.C.S. 229 .....	406
McKinney v. University of Guelph .....	[1990] 3 S.C.R. 229 .....	406
Mercure v. A. Marquette & Fils Inc. ....	[1977] 1 S.C.R. 547 .....	344
Mervis (Syndic de) .....	[2002] R.J.Q. 2268 .....	333
Métropole Litho inc. c. Groupe Propulsion inc. ....	J.E. 94-1990 .....	274
Mills c. La Reine .....	[1986] 1 R.C.S. 863 .....	46
Mills v. The Queen .....	[1986] 1 S.C.R. 863 .....	46
Minnesota v. Dickerson .....	508 U.S. 366 (1993) .....	80
Miron v. Trudel .....	[1995] 2 S.C.R. 418 .....	365
Mitchell c. M.R.N. ....	[2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33 .....	528
Mitchell v. M.N.R. ....	[2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33 .....	528
Montreal Gas Co. v. Cadieux .....	[1899] A.C. 589 .....	296, 301

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>N</b>		
N.W. v. Canada (Attorney General).....	[2004] S.J. No. 669 (QL), 2004 SKQB 434	725
Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) .....	[2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73 .....	562
National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations) ..	[1990] 2 R.C.S. 1324 .....	161
National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal) .....	[1990] 2 S.C.R. 1324 .....	161
Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh .....	[2002] 4 R.C.S. 325, 2002 CSC 83 .....	366, 675, 725
Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin .....	[2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54 .....	367, 409, 679
Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh.....	[2002] 4 S.C.R. 325, 2002 SCC 83 .....	365, 675, 725
Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin.....	[2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54 .....	367, 409, 679
Nowegijick c. La Reine .....	[1983] 1 R.C.S. 29 .....	757
Nowegijick v. The Queen .....	[1983] 1 S.C.R. 29 .....	757
<b>O</b>		
Operation Dismantle Inc. c. La Reine .....	[1985] 1 R.C.S. 441 .....	415
Operation Dismantle Inc. v. The Queen .....	[1985] 1 S.C.R. 441 .....	415
Ouellet (Syndic de).....	[2004] 3 R.C.S. 348, 2004 CSC 64 .....	329
Ouellet (Trustee of).....	[2004] 3 S.C.R. 348, 2004 SCC 64 .....	329
<b>P</b>		
Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville).....	[2000] 2 R.C.S. 919, 2000 CSC 64 .....	580
Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City).....	[2000] 2 S.C.R. 919, 2000 SCC 64 .....	580
Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission) .....	[2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55 .....	540
Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission).....	[2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC 55 .....	540
Peel (Municipalité régionale) c. Canada.....	[1992] 3 R.C.S. 762 .....	586
Peel (Regional Municipality) v. Canada.....	[1992] 3 S.C.R. 762 .....	586
Peter v. Beblow .....	[1993] 1 S.C.R. 980 .....	587
Pettikus v. Becker.....	[1980] 2 S.C.R. 834 .....	586
Pharand et Gatineau (Ville de).....	D.T.E. 2003T-943 .....	220
Poliquin v. Banque de Montréal .....	[1998] R.L. 560.....	343
Prévost-Masson c. Trust Général du Canada.....	[2001] 3 R.C.S. 882, 2001 CSC 87 .....	120
Prévost-Masson v. General Trust of Canada.....	[2001] 3 S.C.R. 882, 2001 SCC 87 .....	120
Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada.....	[1931] A.C. 310 .....	711
Prud'homme v. Prud'homme.....	[2002] 4 S.C.R. 663, 2002 SCC 85 .....	126, 146, 312
PSAC v. Canada.....	[1987] 1 S.C.R. 424 .....	413
Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur gé- néral) .....	[1999] 3 R.C.S. 845 .....	324, 761

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général) .....	[2000] 1 R.C.S. 44, 2000 CSC 2 .....	761
Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General) .....	[1999] 3 S.C.R. 845 .....	324, 761
Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General) .....	[2000] 1 S.C.R. 44, 2000 SCC 2 .....	761
Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) .....	[1998] 1 R.C.S. 982 .....	160
Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) ...	[1998] 1 S.C.R. 982 .....	160
<b>Q</b>		
Quebec (Attorney General) v. Girouard .....	[1988] 2 S.C.R. 254 .....	653
Québec (Procureur général) c. Girouard.....	[1988] 2 R.C.S. 254 .....	653
<b>R</b>		
R. v. 974649 Ontario Inc.....	[2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81 .....	46
R. v. Adams .....	[1996] 3 S.C.R. 101 .....	536
R. v. Arcuri.....	[2001] 2 S.C.R. 828, 2001 SCC 54 .....	611, 643
R. v. Arp.....	[1998] 3 S.C.R. 339 .....	234
R. v. Asante-Mensah .....	[2003] 2 S.C.R. 3, 2003 SCC 38 .....	75
R. v. B. (C.R.) .....	[1990] 1 S.C.R. 717 .....	234, 633
R. v. B. (F.F.).....	[1993] 1 S.C.R. 697 .....	234
R. v. Badger .....	[1996] 1 S.C.R. 771 .....	522
R. v. Belnavis .....	[1997] 3 S.C.R. 341 .....	86
R. v. Bernard.....	[2003] Q.J. No. 5394 (QL) .....	87
R. v. Big M Drug Mart Ltd. ....	[1985] 1 S.C.R. 295 .....	404, 717
R. v. Blais.....	[2003] 2 S.C.R. 236, 2003 SCC 44 .....	713
R. v. Boersma.....	[1994] 2 S.C.R. 488 .....	451
R. v. Braich .....	[2002] 1 S.C.R. 903, 2002 SCC 27 .....	620
R. v. Brown .....	[1996] E.W.J. No. 2403 (QL) .....	238
R. v. Buhay.....	[2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30..77, 90, 454	
R. v. C. (R.).....	[1993] 2 S.C.R. 226 .....	735
R. v. Campbell .....	[1999] 1 S.C.R. 565 .....	171
R. v. Campbell .....	(1999), 155 O.A.C. 143 .....	645
R. v. Campbell .....	(2003), 175 C.C.C. (3d) 452, 2003 MBCA 76	
	.....	87
R. v. Caslake .....	[1998] 1 S.C.R. 51 .....	89, 442
R. v. Collins .....	[1987] 1 S.C.R. 265 .....	77, 443
R. v. Côté .....	[1996] 3 S.C.R. 139 .....	536
R. v. Daley.....	(2001), 156 C.C.C. (3d) 225, 2001 ABCA 155	
	.....	46
R. v. Davis.....	(2004), 346 A.R. 141, 2004 ABCA 33 .....	87
R. v. Deschamplain.....	[2004] 3 S.C.R. 601, 2004 SCC 76 .....	638
R. v. Dinh.....	(2003), 16 Alta. L.R. (4th) 26, 2003 ABCA 201	
	.....	455

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Duguay .....	[1989] 1 S.C.R. 93 .....	86
R. v. Dymont .....	[1988] 2 S.C.R. 417 .....	440
R. v. Edwards .....	[1996] 1 S.C.R. 128 .....	443
R. v. Edwards Books and Art Ltd. ....	[1986] 2 S.C.R. 713 .....	420
R. c. Eldorado Nucléaire Ltée.....	[1983] 2 R.C.S. 551 .....	57
R. v. Eldorado Nuclear Ltd. ....	[1983] 2 S.C.R. 551 .....	57
R. v. Evans .....	[1996] 1 S.C.R. 8 .....	92, 438
R. v. Ewanchuk .....	[1999] 1 S.C.R. 330 .....	644, 652
R. v. Feeney .....	[1997] 2 S.C.R. 13 .....	74, 444
R. v. Find .....	[2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32 .....	405
R. v. Gladstone .....	[1996] 2 S.C.R. 723 .....	525, 564
R. v. Godoy .....	[1999] 1 S.C.R. 311 .....	73
R. v. Golden .....	[2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83 .....	78, 443
R. v. Grant .....	[1993] 3 S.C.R. 223 .....	92, 444
R. v. Greffe .....	[1990] 1 S.C.R. 755 .....	86
R. v. Handy .....	[2002] 2 S.C.R. 908, 2002 SCC 56 .....	234, 503
R. v. Heywood .....	[1994] 3 S.C.R. 761 .....	406
R. v. Hutchings .....	(1996), 111 C.C.C. (3d) 215 .....	449
R. v. Hydro-Québec .....	[1997] 3 S.C.R. 213 .....	708
R. v. Hynes .....	[2001] 3 S.C.R. 623, 2001 SCC 82 .....	46
R. v. Jacques .....	[1996] 3 S.C.R. 312 .....	75
R. v. Jarvis .....	[2002] 3 S.C.R. 757, 2002 SCC 73 .....	268
R. v. Joyce .....	(1996), 95 O.A.C. 321 .....	451
R. v. Kokesch .....	[1990] 3 S.C.R. 3 .....	92, 444
R. v. Law .....	[2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10.. 83, 90, 444	
R. v. Lee .....	[1989] 2 S.C.R. 1384 .....	411
R. v. Lee .....	[1996] E.W.C.A. Crim. 59 .....	238
R. v. Luchuk .....	(1987), 18 B.C.L.R. (2d) 301 .....	752
R. v. M. (M.R.) .....	[1998] 3 S.C.R. 393 .....	444
R. v. Malmo-Levine .....	[2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74 .....	85, 683
R. v. Marshall .....	[1999] 3 S.C.R. 456 .....	522
R. v. Marshall .....	[1999] 3 S.C.R. 533 .....	535
R. v. McKinlay Transport Ltd. ....	[1990] 1 S.C.R. 627 .....	444
R. v. Mellenthin .....	[1992] 3 S.C.R. 615 .....	80, 444
R. v. Monney .....	[1999] 1 S.C.R. 652 .....	451
R. v. Morin .....	[1992] 3 S.C.R. 286 .....	610, 627, 653
R. v. Morrissey .....	(1995), 97 C.C.C. (3d) 193 .....	733
R. v. Murray .....	(1999), 136 C.C.C. (3d) 197 .....	74, 88
R. v. Neil .....	[2002] 3 S.C.R. 631, 2002 SCC 70 .....	252
R. v. Nikal .....	[1996] 1 S.C.R. 1013 .....	524, 564
R. v. Oakes .....	[1986] 1 S.C.R. 103 .....	388
R. v. Perrier .....	[2004] 3 S.C.R. 228, 2004 SCC 56 .....	246
R. v. Plant .....	[1993] 3 S.C.R. 281 .....	92, 442
R. v. Russell .....	[2001] 2 S.C.R. 804, 2001 SCC 53 .....	611, 625, 642, 651
R. v. S.A.B. ....	[2003] 2 S.C.R. 678, 2003 SCC 60 .....	444
R. v. Salituro .....	[1991] 3 S.C.R. 654 .....	70



NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Sazant .....	[2004] 3 S.C.R. 635, 2004 SCC 77 ....	605, 619, 620
R. v. Shearing .....	[2002] 3 S.C.R. 33, 2002 SCC 58 .....	234
R. v. Sheppard .....	[2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26 ....	613, 620, 628
R. v. Shubley .....	[1990] 1 S.C.R. 3 .....	747
R. v. Silveira .....	[1995] 2 S.C.R. 297 .....	444
R. v. Simmons .....	[1988] 2 S.C.R. 495 .....	746
R. v. Simpson .....	(1993), 12 O.R. (3d) 182 .....	73, 87
R. v. Sioui .....	[1990] 1 S.C.R. 1025 .....	536
R. v. Sparrow .....	[1990] 1 S.C.R. 1075 .....	524, 564
R. v. Stillman .....	[1997] 1 S.C.R. 607 .....	83, 89, 443
R. v. Storey .....	[1990] 1 S.C.R. 241 .....	74
R. v. Thompson .....	[1990] 2 S.C.R. 1111 .....	441
R. v. Turpin .....	[1989] 1 S.C.R. 1296 .....	671
R. v. Van der Peet .....	[1996] 2 S.C.R. 507 .....	521
R. v. Waterfield .....	[1963] 3 All E.R. 659 .....	67, 88
R. v. Wigglesworth .....	[1987] 2 S.C.R. 541 .....	743
R. v. Wiley .....	[1993] 3 S.C.R. 263 .....	444
R. v. Wise .....	[1992] 1 S.C.R. 527 .....	442
R. v. Wong .....	[1990] 3 S.C.R. 36 .....	446
R. v. Yes Holdings Ltd. ....	(1987), 48 D.L.R. (4th) 642 .....	752
Rathwell v. Rathwell .....	[1978] 2 S.C.R. 436 .....	586
Re James Bay Lodge and Construction & General Workers' Union, Local 602 .....	(1993), 33 L.A.C. (4th) 23 .....	220
Re Kimberly-Clark of Canada Ltd. and Canadian Paperworkers' Union, Local 307 .....	(1981), 30 L.A.C (2d) 316 .....	221
Re Olympia & York Enterprises Ltd. and Hiram Walker Resources Ltd. ....	(1986), 59 O.R. (2d) 254 .....	482
Re Sanderson and Russell .....	(1979), 24 O.R. (2d) 429 .....	375
Re United Automobile Workers, Local 127 and Eaton Springs Canada Ltd. ....	(1969), 21 L.A.C. 50 .....	220
Re United Steelworkers, Local 3129 & Moffats Ltd. ....	(1956), 6 L.A.C. 327 .....	220
Reference re Authority of Parliament in relation to the Upper House ..	[1980] 1 S.C.R. 54 .....	724
Reference re Canada Assistance Plan (B.C.) .....	[1991] 2 S.C.R. 525 .....	398, 707
Reference re Goods and Services Tax .....	[1992] 2 S.C.R. 445 .....	596, 724
Reference re Milgaard (Can.) .....	[1992] 1 S.C.R. 866 .....	726
Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan .....	[1948] S.C.R. 248 .....	726
Reference re Newfoundland Continental Shelf .....	[1984] 1 S.C.R. 86 .....	726
Reference re Objection by Quebec to a Resolution to Amend the Constitution .....	[1982] 2 S.C.R. 793 .....	707
Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.) .....	[1987] 1 S.C.R. 313 .....	218, 401
Reference re Regina v. Coffin .....	[1956] S.C.R. 191 .....	726
Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island .....	[1997] 3 S.C.R. 3 .....	409, 724
Reference re Secession of Quebec .....	[1998] 2 S.C.R. 217 .....	707
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.) .....	[1990] 1 S.C.R. 1123 .....	406

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Reference re Truscott.....	[1967] S.C.R. 309 .....	726
Regent Taxi & Transport Co. v. Congrégation des Petits Frères de Marie .....	[1929] S.C.R. 650 .....	488
Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute..	[1980] 1 R.C.S. 54 .....	726
Renvoi : Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution .....	[1982] 2 R.C.S. 793 .....	707
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.).....	[1990] 1 R.C.S. 1123 .....	406
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.).....	[1987] 1 R.C.S. 313 .....	218, 401
Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard .....	[1997] 3 R.C.S. 3 .....	409, 724
Renvoi relatif à la sécession du Québec .....	[1998] 2 R.C.S. 217 .....	707
Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services.....	[1992] 2 R.C.S. 445 .....	596, 724
Renvoi relatif à Milgaard (Can.).....	[1992] 1 R.C.S. 866 .....	726
Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve .....	[1984] 1 R.C.S. 86 .....	726
Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.) .....	[1991] 2 R.C.S. 525 .....	398, 707
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général).....	[1994] 1 R.C.S. 311 .....	520
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général).....	[1995] 3 R.C.S. 199 .....	424
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General).....	[1994] 1 S.C.R. 311 .....	520
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General).....	[1995] 3 S.C.R. 199 .....	424
Roncarelli v. Duplessis .....	[1959] S.C.R. 121 .....	314
Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick .....	[1996] 1 R.C.S. 825 .....	160, 720
Ross v. New Brunswick School District No. 15.....	[1996] 1 S.C.R. 825 .....	160, 720
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 573 .....	125, 145
<b>S</b>		
Schachter v. Canada.....	[1992] 2 S.C.R. 679 .....	411
Schmidt v. Air Products Canada Ltd. ....	[1994] 2 S.C.R. 611 .....	172
Schreiber c. Canada (Procureur général).....	[1998] 1 R.C.S. 841 .....	455
Schreiber v. Canada (Attorney General).....	[1998] 1 S.C.R. 841 .....	455
Semayne's Case .....	[1558-1774] All E.R. Rep. 62 (1604).....	444
Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration .....	[1985] 1 R.C.S. 177 .....	410
Singh v. Minister of Employment and Immigration.....	[1985] 1 S.C.R. 177 .....	410
Skalbania (Trustee of) v. Wedgewood Village Estates Ltd .....	(1989), 37 B.C.L.R. (2d) 88 .....	499
Skogman c. La Reine .....	[1984] 2 R.C.S. 93 .....	613, 625, 642, 649
Skogman v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 93 .....	613, 624, 642, 649
Snyder v. Montreal Gazette Ltd.....	[1988] 1 S.C.R. 494 .....	144
Société Radio-Canada c. La Reine .....	[1983] 1 R.C.S. 339 .....	57
Société Radio-Canada c. Lessard .....	[1991] 3 R.C.S. 421 .....	114
Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général) .....	[1991] 3 R.C.S. 459 .....	126, 145
Société Radio-Canada c. Radio Sept-Îles Inc.....	[1994] R.J.Q. 1811.....	110, 145
Solunac v. Hydro-Québec.....	R.E.J.B. 2001-23403.....	302
Soper v. Canada .....	[1998] 1 F.C. 124 .....	491
St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen.....	(1888), 14 App. Cas. 46.....	540
Standard Trustco Ltd. (Trustee of) v. Standard Trust Co.....	(1995), 26 O.R. (3d) 1 .....	498
Succession MacDonald c. Martin.....	[1990] 3 R.C.S. 1235 .....	254

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Sûreté du Québec et Association des policiers provinciaux du Québec	[1991] T.A. 666.....	218
Sweitzer c. La Reine.....	[1982] 1 R.C.S. 949.....	236
Sweitzer v. The Queen.....	[1982] 1 S.C.R. 949.....	236
Swift Canadian Co. v. Wienstein.....	J.E. 82-231.....	269
Syndicat du personnel de soutien du Cégep François-Xavier Garneau c. Cégep François-Xavier Garneau.....	[2003] J.Q. n° 3580 (QL).....	213
<b>T</b>		
Tanouye v. Tanouye.....	(1993), 117 Sask. R. 196.....	375
Teagle v. Teagle.....	[1952] 3 D.L.R. 843.....	709
Teck Corp. v. Millar.....	(1972), 33 D.L.R. (3d) 288.....	481
Terry v. Ohio.....	392 U.S. 1 (1968).....	75, 87
Thomas v. Surveyer, Nenniger & Chênevert Inc.....	(1989), 34 Q.A.C. 61.....	212
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce).....	[1990] 1 R.C.S. 425.....	444
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission).....	[1990] 1 S.C.R. 425.....	444
Time Data Recorder International Ltd. c. Canada (Ministre du Revenu national).....	[1997] A.C.F. n° 475 (QL).....	752
Time Data Recorder International Ltd. v. Canada (Minister of National Revenue).....	[1997] F.C.J. No. 475 (QL).....	752
Toronto Corporation v. Bell Telephone Co. of Canada.....	[1905] A.C. 52.....	711
TransCanada Pipelines Ltd. v. Beardmore (Township).....	(2000), 186 D.L.R. (4th) 403.....	527
Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers ...	[2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31.....	719
Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général).....	[2003] 1 R.C.S. 835, 2003 CSC 34.....	371
Trociuk v. British Columbia (Attorney General).....	[2003] 1 S.C.R. 835, 2003 SCC 34.....	371
<b>U</b>		
U.S. v. Casado.....	303 F.3d 440 (2002).....	80
United States of America v. Shephard.....	[1977] 2 S.C.R. 1067.....	612, 643
United States v. Cortez.....	449 U.S. 411 (1981).....	75
United States v. Hensley.....	469 U.S. 221 (1985).....	76
United States v. Mendenhall.....	446 U.S. 544 (1980).....	76
Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers ...	[2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31.....	720
<b>V</b>		
Venne v. Québec (Commission de protection du territoire agricole) ....	[1989] 1 S.C.R. 880.....	354
Viel c. Entreprises immobilières du terroir ltée.....	[2002] R.J.Q. 1262.....	118
Vogel v. Canada (Attorney General).....	[2004] M.J. No. 418 (QL).....	725
Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92.....	[2004] 1 S.C.R. 609, 2004 SCC 23.....	160
Vriend v. Alberta.....	[1998] 1 S.C.R. 493.....	369, 426

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
<b>W</b>		
Wallace v. United Grain Growers Ltd. ....	[1997] 3 S.C.R. 701 .....	218
Watkins v. Olafson .....	[1989] 2 S.C.R. 750 .....	70
Weatherall c. Canada (Procureur général) .....	[1993] 2 R.C.S. 872 .....	444
Weatherall v. Canada (Attorney General) .....	[1993] 2 S.C.R. 872 .....	444
Welbridge Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg .....	[1971] S.C.R. 957 .....	313
Wewaykum Indian Band v. Canada .....	[2002] 4 S.C.R. 245, 2002 SCC 79 .....	523
Whiten v. Pilot Insurance Co. ....	[2002] 1 S.C.R. 595, 2002 SCC 18 .....	114



## STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
<b>A</b>			
<i>Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code</i> , S.Q. 1992, c. 57		s. 10(b) .....	59
art. 131 .....	257	s. 11(c) .....	737
		s. 15 .....	381
		s. 15(1) .....	348, 698
		s. 24 .....	59
<b>B</b>			
<i>Bankruptcy and Insolvency Act</i> , R.S.C. 1985, c. B-3		<i>Charter of Human Rights and Freedoms</i> , R.S.Q., c. C-12	
s. 67 .....	326	s. 3 .....	95
s. 71 .....	326	s. 4 .....	95
s. 81 .....	326, 348	<i>Civil Code of Québec</i> , S.Q. 1991, c. 64	
s. 100(1) .....	461	art. 1457 .....	95, 304
<i>Bylaw No. 411 establishing the conditions governing the supply of electricity</i> , (1987) 119 G.O. II, 1233		art. 1745 .....	348
s. 3 "customer" .....	285	art. 1749 .....	326, 348
s. 3 "delivery point" .....	285	art. 1752 .....	326
s. 99 .....	285	art. 1756 .....	326
		art. 1847 .....	326
		art. 1852 .....	326
		art. 1890 .....	326
		art. 2361 .....	257
		art. 2362 .....	257
		art. 2363 .....	257
		art. 2364 .....	257
		art. 2941 .....	348
<b>C</b>			
<i>Canada Business Corporations Act</i> , R.S.C. 1985, c. C-44		<i>Constitution Act, 1867</i>	
s. 44(1) .....	461	s. 91(26) .....	698
s. 102(1) .....	461	s. 92(12) .....	698
s. 121 .....	461	<i>Constitution Act, 1982</i>	
s. 122(1) .....	461	s. 35 .....	511, 550
s. 123(4)(b) .....	461	<i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46	
<i>Canada Pension Plan</i> , R.S.C. 1985, c. C-8		s. 548 .....	601, 635
s. 2(1) "spouse" .....	357	<i>Customs Act</i> , R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.)	
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>		s. 124(1) .....	737
s. 1 .....	381	s. 135 .....	737
s. 2(a) .....	698	<b>F</b>	
s. 2(b) .....	95	<i>Federal Court Rules, 1998</i> , SOR/98-106	
s. 8 .....	59, 432	r. 236(2) .....	737
s. 9 .....	59		
s. 10(a) .....	59		

	PAGE		PAGE
<b>I</b>		<b>P</b>	
<i>Interpretation Act</i> , R.S.C. 1985, c. I-21		<i>Pension Benefits Act</i> , R.S.O. 1990, c. P.8	
s. 17 .....	53	s. 70(6) .....	152
<b>L</b>		<i>Power Corporation Act</i> , S.N.S. 1973, c. 47	
<i>Land Title Act</i> , R.S.B.C. 1979, c. 219		s. 4 .....	53
s. 215 .....	575	s. 6 .....	53
<i>Local Government Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 323		<i>Proposal for an Act respecting certain aspects</i>	
s. 914 .....	575	<i>of legal capacity for marriage for civil</i>	
		<i>purposes</i> , Order in Council P.C. 2003-1055	
		s. 1 .....	698
		s. 2 .....	698
<b>M</b>		<i>Public Sector Restraint Act</i> , S.N. 1991, c. 3	
<i>Medical and Health Care Services Regulation</i> ,		s. 9 .....	381
B.C. Reg. 426/97			
s. 17 .....	657	<b>R</b>	
s. 22 .....	657	<i>Rules of the Supreme Court of Canada</i> ,	
s. 25.1 .....	657	SOR/2002-156	
<i>Medicare Protection Act</i> , R.S.B.C. 1996,		r. 39(1) .....	323
c. 286			
s. 1 .....	657	<b>S</b>	
		<i>Supreme Court Act</i> , R.S.C. 1985, c. S-26	
		s. 53 .....	698

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
<b>C</b>			
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>		<i>Local Government Act, R.S.B.C. 1996, ch. 323</i>	
art. 1 .....	381	art. 914 .....	575
art. 2a) .....	698	<i>Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, ch. C-44</i>	
art. 2b) .....	95	art. 44(1) .....	461
art. 8 .....	59, 432	art. 102(1) .....	461
art. 9 .....	59	art. 121 .....	461
art. 10a) .....	59	art. 122(1) .....	461
art. 10b) .....	59	art. 123(4)b) .....	461
art. 11c) .....	737	<i>Loi constitutionnelle de 1867</i>	
art. 15 .....	381	art. 91(26) .....	698
art. 15(1) .....	348, 698	art. 92(12) .....	698
art. 24(2) .....	59	<i>Loi constitutionnelle de 1982</i>	
<i>Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12</i>		art. 35 .....	511, 550
art. 3 .....	95	<i>Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21</i>	
art. 4 .....	95	art. 17 .....	53
<i>Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64</i>		<i>Loi sur l'application de la réforme du Code civil, L.Q. 1992, ch. 57</i>	
art. 1457 .....	95, 304	art. 131 .....	257
art. 1745 .....	348	<i>Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26</i>	
art. 1749 .....	326, 348	art. 53 .....	698
art. 1752 .....	326	<i>Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3</i>	
art. 1756 .....	326	art. 67 .....	326
art. 1847 .....	326	art. 71 .....	326
art. 1852 .....	326	art. 81 .....	326, 348
art. 1890 .....	326	art. 100(1) .....	461
art. 2361 .....	257	<i>Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2<sup>e</sup> suppl.)</i>	
art. 2362 .....	257	art. 124(1) .....	737
art. 2363 .....	257	art. 135 .....	737
art. 2364 .....	257	<i>Loi sur les régimes de retraite, L.R.O. 1990, ch. P.8</i>	
art. 2941 .....	348	art. 70(6) .....	152
<i>Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46</i>			
art. 548 .....	601, 635		
<b>L</b>			
<i>Land Title Act, R.S.B.C. 1979, ch. 219</i>			
art. 215 .....	575		



	PAGE		PAGE
<b>M</b>		<b>R</b>	
<i>Medical and Health Care Services Regulation</i> , B.C. Reg. 426/97		<i>Régime de pensions du Canada</i> , L.R.C. 1985, ch. C-8	
art. 17 .....	657	art. 2(1) « conjoint » .....	357
art. 22 .....	657	<i>Règlement n° 411 établissant les conditions de fourniture de l'électricité</i> , (1987) 119 G.O. II, 1918	
art. 25.1 .....	657	art. 3 « client » .....	285
<i>Medicare Protection Act</i> , R.S.B.C. 1996, ch. 286		art. 3 « point de livraison » .....	285
art. 1 .....	657	art. 99 .....	285
<b>P</b>		<i>Règles de la Cour fédérale (1998)</i> , DORS/98-106	
<i>Proposition de loi concernant certaines conditions de fond du mariage civil</i> , décret C.P. 2003-1055		règle 236(2).....	737
art. 1 .....	698	<i>Règles de la Cour suprême du Canada</i> , DORS/2002-156	
art. 2 .....	698	art. 39(1).....	323
<i>Power Corporation Act</i> , S.N.S. 1973, ch. 47			
art. 4 .....	53		
art. 6 .....	53		
<i>Public Sector Restraint Act</i> , S.N. 1991, ch. 3			
art. 9 .....	381		

## AUTHORS CITED

---

## DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Abella, Rosalie Silberman. "Employment Equity" (1987), 16 <i>Man. L.J.</i> 185.....	402
Allen, William T., Jack B. Jacobs and Leo E. Strine, Jr. "Function Over Form: A Reassessment of Standards of Review in Delaware Corporation Law" (2001), 26 <i>Del. J. Corp. L.</i> 859.....	493
American Law Institute. <i>Restatement of the Law of Restitution: Quasi Contracts and Constructive Trusts, as Adopted and Promulgated by the American Law Institute, at Washington, D.C., May 8, 1936.</i> St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1937. ....	587
Athanassiadis, Mimikos. "Sources of Disciplinary Power: an Analysis of the Employment Contract" (1998), 5 <i>R.E.J.</i> 267.....	211
Auger, Jacques, and Albert Bohémier. "The Status of the Trustee in Bankruptcy" (2003), 37 <i>R.J.T.</i> 57.....	343
Auger, Jacques, et Albert Bohémier. « Le statut du syndic » (2003), 37 <i>R.J.T.</i> 59.....	343
Bandrac, Monique. « Sûretés », <i>Rev. trim. dr. civ.</i> 1989.358.....	276
Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. <i>La responsabilité civile</i> , 6 <sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.....	129
Beck, Stanley M. "Minority Shareholders' Rights in the 1980s". In <i>Corporate Law in the 80s</i> , Special Lectures of the Law Society of Upper Canada. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1982, 311. ....	484
Bélangier, André. « De la fonction de la caution en tant que terme implicite du cautionnement » (1998), 58 <i>R. du B.</i> 137.....	274
Bergel, Jean-Louis. « Spécificité des codes et autonomie de leur interprétation ». Dans <i>Le nouveau Code civil : interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992</i> . Montréal : Thémis, 1993, 3. ....	268
Bich, Marie-France. "Contracts of Employment", in <i>Reform of the Civil Code: Obligations</i> , vol. 2-B. Texts written for the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. Montreal: Barreau du Québec, 1993, 1.....	211
Bich, Marie-France. « Le contrat de travail », dans <i>La réforme du Code civil : obligations, contrats nommés</i> . Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy : Presses de l'Université Laval, 1993, 741. ....	211
Bich, Marie-France. « Le pouvoir disciplinaire de l'employeur — fondements civils » (1988), 22 <i>R.J.T.</i> 85....	211
Bonhomme, Robert, Clément Gascon and Laurent Lesage. <i>The Employment Contract under the Civil Code of Québec</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994.....	212
Bonhomme, Robert, Clément Gascon et Laurent Lesage. <i>Le contrat de travail en vertu du Code civil du Québec</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1994.....	212

	PAGE
Brock, Jason. "The Propriety of Profitmaking: Fiduciary Duty and Unjust Enrichment" (2000), 58 <i>U.T. Fac. L. Rev.</i> 185.....	479
Brougham, Lord Henry. <i>Historical Sketches of Statesmen Who Flourished in the Time of George III</i> , vol. I. London: Richard Griffin and Co., 1855.....	440
Canada. Rapport du Groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice. <i>L'ordinateur et la vie privée</i> . Ottawa : Information Canada, 1972.....	445
Canada. Report of a Task Force established jointly by Department of Communications/Department of Justice. <i>Privacy and Computers</i> . Ottawa: Information Canada, 1972. ....	445
Cantin Cumyn, Madeleine. <i>Traité de droit civil : L'administration du bien d'autrui</i> , sous la direction de Paul-A. Crépeau. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2000.....	344
Ciotola, Pierre. <i>Droit des sûretés</i> , 3 <sup>e</sup> éd. Montréal : Thémis, 1999. ....	274
Claxton, John B. <i>Security on Property and the Rights of Secured Creditors under the Civil Code of Québec</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994. ....	275
<i>Concise Oxford Dictionary of Current English</i> , 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, "accommodate", "accommodation".....	535
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 3 <sup>e</sup> éd. Montréal : Thémis, 1999.....	216, 267
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.....	216, 267
Coughlan, Steve. "Search Based on Articulable Cause: Proceed with Caution or Full Stop?" (2002), 2 C.R. (6th) 49.....	79
Crête, Raymonde, et Stéphane Rousseau. <i>Droit des sociétés par actions : principes fondamentaux</i> . Montréal : Thémis, 2002.....	475
D'Aoust, Claude, Louis Leclerc et Gilles Trudeau. <i>Les mesures disciplinaires : étude jurisprudentielle et doctrinale</i> , monographie n <sup>o</sup> 13. Montréal : École de relations industrielles, Université de Montréal, 1982.....	211
Deaton, Richard Lee. <i>The Political Economy of Pensions: Power, Politics and Social Change in Canada, Britain and the United States</i> . Vancouver: University of British Columbia Press, 1989. ....	164
Dewetering, June. <i>Occupational Pension Plans: Selected Policy Issues</i> . Background paper (BP-250E) prepared for the Library of Parliament, Research Branch, February 1991. ....	165
Dewetering, June. <i>Régimes de retraite professionnels : quelques aspects</i> . Étude générale (BP-250F) préparée pour la Bibliothèque du Parlement, Service de recherche, février 1991. ....	165
Dickerson, Robert W. V., John L. Howard and Leon Getz. <i>Proposals for a New Business Corporations Law for Canada</i> , vols. I and II. Ottawa: Information Canada, 1971.....	489
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983. ....	164
Driedger, Elmer A. "Statutes: Retroactive Retrospective Reflections" (1978), 56 <i>Can. Bar Rev.</i> 264.....	281
Fodden, Simon R. <i>Family Law</i> . Toronto: Irwin Law, 1999. ....	375
Gagnon, Robert P. <i>Le droit du travail du Québec : pratiques et théories</i> , 5 <sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003. ....	211
Gillese, Eileen E. "Pension Plans and The Law of Trusts" (1996), 75 <i>Can. Bar Rev.</i> 221.....	164
Gray, Wayne D. "Peoples v. Wise and Dylex: Identifying Stakeholder Interests upon or near Corporate Insolvency — Stasis or Pragmatism?" (2003), 39 <i>Can. Bus. L.J.</i> 242. ....	484

Houlden, L. W., and G. B. Morawetz. <i>Bankruptcy and Insolvency Law of Canada</i> , vol. 2, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1989 (loose-leaf updated 2003, release 9). .....	500
Hunter, John J. L. "Advancing Aboriginal Title Claims after <i>Delgamuukw</i> : The Role of the Injunction". Continuing Legal Education Conference on Litigating Aboriginal Title, June 2000.....	521
Iacobucci, Edward M. "Directors' Duties in Insolvency: Clarifying What Is at Stake" (2003), 39 <i>Can. Bus. L.J.</i> 398. ....	481
Iacobucci, Edward M., and Kevin E. Davis. "Reconciling Derivative Claims and the Oppression Remedy" (2000), 12 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 87. ....	484
Imbs, Paul, dir. <i>Trésor de la langue française, dictionnaire de la langue du XIX<sup>e</sup> et du XX<sup>e</sup> siècle (1789-1960)</i> , t. 1. Paris : Centre national de la recherche scientifique, 1971, « accommodement », « accommoder ». ....	535
Isaac, Thomas, and Anthony Knox. "The Crown's Duty to Consult Aboriginal People" (2003), 41 <i>Alta. L. Rev.</i> 49. ....	533
Jutras, Daniel. « Le ministre et le Code — essai sur les <i>Commentaires</i> ». Dans <i>Mélanges Paul-André Crépeau</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1997, 451. ....	277
Lafond, Pierre-Claude. <i>Précis de droit des biens</i> . Montréal : Thémis, 1999.....	338
Lamontagne, Denys-Claude, avec la collaboration de Pierre Duchaine. <i>La publicité des droits</i> , 3 <sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2001.....	338
Lawrence, Sonia, and Patrick Macklem. "From Consultation to Reconciliation: Aboriginal Rights and the Crown's Duty to Consult" (2000), 79 <i>Can. Bar Rev.</i> 252. ....	531
Macdonald, Roderick A. « Faut-il s'assurer qu'on appelle un chat un chat? Observations sur la méthodologie législative à travers l'énumération limitative des sûretés, "la présomption d'hypothèque" et le principe de "l'essence de l'opération" », dans <i>Mélanges Germain Brière</i> . Montréal : Wilson & Lafleur, 1993, 527.....	337
Martel, Paul. « Le "voile corporatif" — l'attitude des tribunaux face à l'article 317 du Code civil du Québec » (1998), 58 <i>R. du B.</i> 95. ....	487
McGuinness, Kevin Patrick. <i>The Law and Practice of Canadian Business Corporations</i> . Toronto: Butterworths, 1999. ....	477
<i>Mercer Pension Manual</i> , loose-leaf ed., by William M. Mercer Limited. Agincourt, Ont.: Carswell, 1988 (updated 2003, release 6). ....	164
Morgan, Edmund M. "Judicial Notice" (1944), 57 <i>Harv. L. Rev.</i> 269. ....	406
Morin, Fernand, et Jean-Yves Brière. <i>Le droit de l'emploi au Québec</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2003.....	208
Mouly, Christian. <i>Les causes d'extinction du cautionnement</i> . Paris : Librairies Techniques, 1979.....	275
Newfoundland. House of Assembly. <i>Preliminary Report (Hansard)</i> , 41st General Assembly, 3rd Sess., vol. XLI, No. 11, March 19, 1991.....	389
New Zealand. Ministry of Justice. <i>A Guide for Consultation with Māori</i> . Wellington: The Ministry, 1997.....	534
Ontario. Legislative Assembly of Ontario. <i>Hansard — Official Report of Debates</i> . First Session, 33rd Parliament, Nos. 85, 108. Toronto: January 13, 1986 and February 4, 1986.....	166
Ontario. Legislative Assembly of Ontario. <i>Hansard — Official Report of Debates</i> . Second Session, 33rd Parliament, Nos. 12, 19, 27, 55, 86, 98. Toronto: May 12, 1986 to February 4, 1987. ....	166

Ontario. Legislative Assembly of Ontario. <i>Hansard — Official Report of Debates</i> . Third Session, 33rd Parliament, No. 34. Toronto: June 25, 1987.....	166
Ontario. Royal Commission on the Status of Pensions in Ontario. <i>Report of the Royal Commission on the Status of Pensions in Ontario</i> , vol. I, <i>Design for Retirement</i> . Toronto: Government of Ontario, 1980. ....	164
Orwell, George. 1984. Traduit de l'anglais par Amélie Audibert. Paris : Gallimard, 1950.....	456
Orwell, George. <i>Nineteen Eighty-Four</i> . Toronto: Penguin Books, 1949. ....	456
<i>Oxford English Dictionary</i> , 2nd ed., vol. XII. Oxford: Clarendon Press, 1989, "proceeding". ....	756
Payette, Louis. <i>Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2001.....	337
<i>Petit Robert 1 : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française</i> . Paris : Le Robert, 1990, « poursuite ».....	756
Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. <i>Théorie des obligations</i> , 4 <sup>e</sup> éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal : Thémis, 2001.....	139
Poudrier-LeBel, Louise. « L'extinction du cautionnement ». Dans Collection de droit, vol. 5, <i>Obligations et contrats</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003, 321.....	280
Poudrier-LeBel, Louise. « Les dispositions du nouveau Code civil du Québec, relatives au cautionnement ». Dans <i>La réforme du Code civil</i> , t. 2, <i>Obligations, contrats nommés</i> . Sainte-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1993, 1031. ....	274
Poudrier-LeBel, Louise. "Provisions respecting suretyship in the new Civil Code of Quebec". In <i>Reform of the Civil Code</i> , vol. 3B, <i>Marine insurance, Carriage by water, Affreightment, Deposit, Loan, Suretyship, Gaming and Wagering, Transaction, Arbitration Agreements, Insurance and Annuities</i> . Translated by Susan Altschul. Texts written for the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. Montréal: Barreau du Québec, 1993. ....	274
Proulx, Michel, and David Layton. <i>Ethics and Canadian Criminal Law</i> . Toronto: Irwin Law, 2001.....	254
Quebec. Civil Code Revision Office. <i>Report on the Québec Civil Code</i> , vol. II, <i>Commentaries</i> , t. 1. Québec: Éditeur officiel du Québec, 1978. ....	337
Québec. Ministère de la Justice. <i>Commentaires du ministre de la Justice — Le Code civil du Québec : Un mouvement de société</i> , t. II. Québec : Publications du Québec, 1993.....	279, 337
Québec. Ministère de la Justice. <i>Loi sur l'application de la réforme du Code civil et Commentaires du ministre de la Justice</i> . Montréal : DACFO, 1994. ....	279
Québec. Ministère de la Justice. <i>Projet de loi 125 : Code civil du Québec. Commentaires détaillés sur les dispositions du projet</i> , Livre V : Des obligations. Titre deuxième : Des contrats nommés, vol. II (Art. 2117 à 2628). Québec : Le Ministère, 1991. ....	270
Québec. Office de révision du Code civil. <i>Rapport sur le Code civil du Québec</i> , vol. II, <i>Commentaires</i> , t. 1. Québec : Éditeur officiel du Québec, 1978. ....	337
Simler, Philippe. « Le juge et la caution. Excès de rigueur ou excès d'indulgence? », J.C.P. éd. N. 1986.I.169.....	275
Smith, Lionel. "The Mystery of 'Juristic Reason'" (2000), 12 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 211. ....	589
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. <i>The Law of Evidence in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999. ....	84
Stribopoulos, James. "A Failed Experiment? Investigative Detention: Ten Years Later" (2003), 41 <i>Alta. L. Rev.</i> 335. ....	69

Sullivan, Ruth. <i>Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes</i> , 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002. ....	171
Terre-Neuve. House of Assembly. Preliminary Report ( <i>Hansard</i> ), 41st General Assembly, 3rd Sess., vol. XLI, No. 11, March 19, 1991. ....	389
Thomson, David. "Directors, Creditors and Insolvency: A Fiduciary Duty or a Duty Not to Oppress?" (2000), 58 <i>U.T. Fac. L. Rev.</i> 31. ....	484
Westin, Alan F. <i>Privacy and Freedom</i> . New York: Atheneum, 1970. ....	444
Young, Alan. "All Along the Watchtower: Arbitrary Detention and the Police Function" (1991), 29 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 329. ....	69

**Pacific National Investments Ltd.** *Appellant*

v.

**Corporation of the City of  
Victoria** *Respondent*

**INDEXED AS: PACIFIC NATIONAL INVESTMENTS LTD.  
v. VICTORIA (CITY)**

**Neutral citation: 2004 SCC 75.**

File No.: 29759.

2004: June 15; 2004: November 19.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA**

*Municipal law — Zoning — Land development —  
Unjust enrichment — Developer suing municipality for  
unjust enrichment following “down-zoning” of lots —  
Whether municipality entitled to retain improvements  
made by developer on these lots without paying.*

*Unjust enrichment — Land development — Muni-  
cipalities — Developer suing municipality for unjust  
enrichment following “down-zoning” of lots — Whether  
municipality entitled to retain improvements made by  
developer on these lots without paying — Whether con-  
ditions for unjust enrichment met.*

In the 1980s, the provincial government and the respondent City agreed on the desirability of redeveloping, for residential and commercial uses, approximately 200 acres of provincial Crown land on the City's inner harbour. With respect to Phase II of the project, once the rights and obligations of the provincial Crown agency that owned the land had been assigned to the appellant real estate developer, the City and the developer entered into an agreement which provided, amongst other things, that the developer would build roads, parkland, walkways and a new seawall. These works and improvements were completed at a cost of about \$1.08 million. It was a condition precedent to the developer's obligations that the City would re-zone the 22 acres from the existing industrial designation to permit residential and

**Pacific National Investments Ltd.** *Appelante*

c.

**Corporation de la ville de  
Victoria** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : PACIFIC NATIONAL INVESTMENTS  
LTD. c. VICTORIA (VILLE)**

**Référence neutre : 2004 CSC 75.**

N° du greffe : 29759.

2004 : 15 juin; 2004 : 19 novembre.

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

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

*Droit municipal — Zonage — Aménagement fon-  
cier — Enrichissement sans cause — Poursuite du  
promoteur immobilier contre la municipalité pour enri-  
chissement sans cause à la suite d'une modification du  
zonage des lots — La municipalité peut-elle conserver  
sans en payer le prix les améliorations que le promoteur  
a apportées à ces lots?*

*Enrichissement sans cause — Aménagement fon-  
cier — Municipalités — Poursuite du promoteur im-  
mobilier contre la municipalité pour enrichissement sans  
cause à la suite d'une modification du zonage des lots  
— La municipalité peut-elle conserver sans en payer  
le prix les améliorations que le promoteur a apportées  
à ces lots? — Les conditions de l'enrichissement sans  
cause sont-elles réunies?*

Dans les années 80, le gouvernement provincial et la Ville intimée ont convenu de l'opportunité du réaménagement, à des fins résidentielles et commerciales, d'environ 200 acres d'un bien-fonds de la Couronne provinciale situé dans le port intérieur de la municipalité. Relativement à la phase II du projet, après que la société d'État provinciale propriétaire des terrains eut cédé ses droits et ses obligations au promoteur immobilier appellant, la Ville et le promoteur ont conclu un accord prévoyant notamment que ce dernier construirait des routes et une nouvelle digue et amènerait des espaces verts et des sentiers. Ces travaux et améliorations ont été menés à terme et leur coût est estimé à 1,08 million de dollars. La prise en charge des obligations de la société d'État par le promoteur était subordonnée à ce que la Ville modifie

commercial uses appropriate to carrying out the agreed upon project. However, when the developer applied for building permits to develop its two water lots, the City Council down-zoned these lots to permit only one-storey commercial buildings, thereby eliminating the two stories of residential condominiums. The developer sued the City for breach of contract and, in the alternative, for unjust enrichment. Ultimately, this Court rejected the contractual claim on the basis that, under the provincial law governing municipalities at the relevant time, the City lacked the statutory authority to make and be bound by an implied term to keep the zoning in place for a reasonable time to allow for completion of the project, and that its breach therefore could not give rise to an action for damages. The matter was remitted to the trial court to deal with the alternative claim. The trial judge, on that basis, for unjust enrichment, awarded \$1.08 million to the developer. The Court of Appeal set aside the trial judge's decision.

*Held:* The appeal should be allowed and the trial judgment restored. The City had no right in equity to retain the benefit of the extra works and improvements carried out by the developer without paying for them.

The doctrine of unjust enrichment provides an equitable cause of action that retains a large measure of remedial flexibility to deal with different circumstances according to principles rooted in fairness and good conscience. In this case, the City obtained \$1.08 million worth of roads, parkland and walkways and a new seawall, wholly at the developer's expense. These works and improvements were in excess of what the City could lawfully demand under the *Municipal Act*. The developer, having lost its earlier claim against the City for breach of contract, no longer attacks the validity of the down-zoning. It no longer seeks damages for breach of contract that included loss of profits on a project it was unable to build. The Court is now dealing simply with the cost of extra works and improvements. The focus is not on the developer's loss but on the City's enrichment. The power to down-zone in the public interest does not immunize the City against claims for unjust enrichment.

The test for unjust enrichment has three elements: (1) an enrichment of the defendant; (2) a corresponding deprivation of the plaintiff; and (3) an absence of

au préalable le zonage industriel des 22 acres pour permettre l'aménagement résidentiel et commercial projeté. Cependant, lorsque l'appelante a demandé les permis de construction nécessaires à l'aménagement de ses deux plans d'eau, le conseil municipal a modifié le zonage de ceux-ci afin que seuls des immeubles commerciaux d'un étage puissent y être construits, éliminant ainsi les deux étages supérieurs destinés aux condominiums résidentiels. Le promoteur a poursuivi la Ville en responsabilité contractuelle et, subsidiairement, pour enrichissement sans cause. Finalement, notre Cour a rejeté l'action contractuelle au motif que, sous le régime du droit provincial régissant les municipalités à l'époque considérée, la Ville n'avait pas le pouvoir de s'engager tacitement à maintenir le zonage pendant une période raisonnable afin que le projet puisse être mené à terme, et que l'inexécution ne pouvait donc fonder une action en dommages-intérêts. L'affaire a été renvoyée en première instance pour qu'il soit statué sur l'argument subsidiaire. Le juge de première instance a accueilli l'action fondée sur l'enrichissement sans cause et ordonné à la Ville de payer 1,08 million de dollars au promoteur. La Cour d'appel a infirmé cette décision.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli et le jugement de première instance est rétabli. La Ville ne pouvait, suivant l'équité, bénéficier des travaux et des améliorations supplémentaires réalisés par le promoteur sans en payer le prix.

L'enrichissement sans cause est une cause d'action en equity qui offre une grande souplesse dans les réparations susceptibles d'être accordées dans différentes circonstances selon des principes fondés sur l'équité et la bonne conscience. En l'espèce, la Ville a obtenu, entièrement aux frais du promoteur, des routes, des espaces verts, des sentiers et une nouvelle digue d'une valeur de 1,08 million de dollars. Ces travaux et améliorations allaient au-delà de ce que la Ville pouvait légalement exiger en application de la *Municipal Act*. Le promoteur, qui a été débouté dans sa poursuite pour rupture de contrat, ne conteste plus la validité de la modification du zonage. Il ne demande plus de dommages-intérêts pour inexécution de contrat, notamment pour le manque à gagner afférent au projet qu'il n'a pu mener à terme. Seul le coût des travaux et des améliorations supplémentaires est en cause. L'accent est mis non pas sur la perte du promoteur, mais bien sur l'enrichissement de la Ville. Le pouvoir de modifier le zonage dans l'intérêt public ne met pas la Ville à l'abri d'une action fondée sur l'enrichissement sans cause.

Pour qu'il y ait enrichissement sans cause, trois conditions doivent être réunies : (1) l'enrichissement du défendeur; (2) l'appauvrissement corrélatif



juristic reasons for the enrichment. There are two stages to the juristic reason inquiry. At the first stage, a claimant must show that there is no juristic reason within the established categories that would deny it recovery. At this time, the established categories are the existence of a contract, disposition of law, donative intent and "other valid common law, equitable or statutory obligatio[n]". At the second stage, the focus shifts to the defendant, who must rebut the *prima facie* case by showing that there is some other valid reason to deny recovery. Here, the developer has a valid claim for unjust enrichment: the City obtained, on the basis of its *ultra vires* demand, additional roads, parkland and walkways and a new seawall, wholly at the developer's expense; the developer suffered a corresponding deprivation of \$1.08 million; and there was no juristic reason for the enrichment.

The trial judge found the extra works and undertakings given in exchange for the *ultra vires* zoning commitment to be clearly separate and identifiable. The cost was \$1.08 million. There is no difficulty on the facts in distinguishing between the City's lawful entitlement and the *ultra vires* extras. It is not necessary for the developer in this action to try and set aside the entirety of its contractual arrangements with the City. It need only isolate the provisions related to the *ultra vires* demand, and show why the City ought not to be allowed to rely on them as a defence to a claim in unjust enrichment. Moreover, the trial judge found that the *ultra vires* arrangements rested on a common mistake. Both the City and the developer assumed the City had the legal authority to make zoning commitments the City did not possess. The finding of common mistake is important to the developer's claim to recover the cost of the extra works and improvements. If there had been just the *ultra vires* transaction without the added element of common mistake, it would have been a different case and the outcome would not necessarily be the same.

Equity looks to substance rather than to form. A characteristic of the doctrine of unjust enrichment is the flexibility of remedies. Here the substance of the problem to be remedied is clearly identified. The City is sitting on \$1.08 million worth of improvements which have been found to be the fruits of an *ultra vires* demand. The remedy sought is simply to reverse the wrongful transfer of wealth by ordering reimbursement of that amount to the developer.

du demandeur; (3) l'absence de tout motif juridique justifiant l'enrichissement. L'examen relatif au motif juridique comporte deux étapes. Dans un premier temps, le demandeur doit démontrer qu'aucun motif juridique appartenant à une catégorie établie ne justifie le refus de l'indemniser. Pour l'heure, les catégories établies sont le contrat, la disposition légale, l'intention libérale et « les autres obligations valides imposées par la common law, l'équité ou la loi ». Dans un deuxième temps, il appartient au défendeur de réfuter la preuve *prima facie* en avançant un autre motif valable de refuser l'indemnisation. En l'espèce, le promoteur allègue à juste titre l'enrichissement sans cause. En raison de ses exigences *ultra vires*, la Ville a obtenu aux frais du promoteur des routes, des espaces verts et des sentiers supplémentaires, ainsi qu'une nouvelle digue, le promoteur s'est appauvri corrélativement de 1,08 million de dollars et aucun motif juridique ne justifiait l'enrichissement.

Le juge de première instance a conclu que les travaux et les améliorations supplémentaires en contrepartie desquels avait été pris l'engagement *ultra vires* relatif au zonage étaient clairement distincts et identifiables. Leur coût s'élevait à 1,08 million de dollars. Il n'est pas difficile de distinguer entre ce à quoi la Ville avait légitimement droit et ce qui était *ultra vires*. Le promoteur n'a pas à écarter toutes les conventions conclues avec la Ville. Il lui suffit d'isoler les dispositions liées à la demande *ultra vires* et de montrer pourquoi la Ville ne devrait pas être admise à les invoquer pour réfuter l'enrichissement sans cause. De plus, le juge de première instance a conclu que les accords *ultra vires* reposaient sur une erreur commune aux deux parties. Tout comme le promoteur, la Ville a supposé qu'elle était légalement habilitée à prendre un engagement en matière de zonage, ce qui n'était pas le cas. L'erreur commune est importante pour ce qui est du recouvrement du coût des travaux et des améliorations supplémentaires par le promoteur. La situation aurait été différente si nous avions été uniquement en présence d'une opération *ultra vires*, sans que ne s'y ajoute l'erreur commune, et l'issue n'aurait pas nécessairement été la même.

L'équité s'intéresse au fond et non à la forme. L'une des caractéristiques de la doctrine de l'enrichissement sans cause est la souplesse dans les réparations susceptibles d'être accordées. En l'espèce, les données du problème qui appelle réparation sont clairement établies. La Ville bénéficie d'améliorations d'une valeur de 1,08 million de dollars, et il a été statué qu'elles résultaient d'exigences *ultra vires*. La réparation demandée consiste simplement à annuler le transfert de richesse injustifié en ordonnant le paiement du prix des améliorations au promoteur.

Section 914 of the *Local Government Act* and s. 215(3) of the *Land Title Act* do not authorize the City's retention without payment of the extra works and improvements. The claim here is not based on "the adoption of an official community plan or [zoning] bylaw". While the earlier appeal alleged that the down-zoning of the water lots breached an implied term of the contract, that claim was rejected, and the developer's losses flowing from the down-zoning are no longer in issue. The developer's cause of action for unjust enrichment was complete when it put in place the extra works and improvements on the basis of a mutual mistake that its contract with the City in respect thereto was enforceable.

Neither the City nor the developer expected the extra works and improvements to be donated. The developer did not offer a "sweetener" for something it got. It offered consideration for an implied undertaking it turned out the City was able to repudiate. The reasonable expectation was that the works and improvements would be paid for out of the profits from those parts of the Phase II project the developer was prevented by the City from building. The City now owns the works, and it is consistent with the parties' reasonable expectations that the appellant be reimbursed for their cost.

The grant of an equitable remedy in this case would not frustrate the legislature's purpose in making such zoning commitments unenforceable. In fact, the City did down-zone the lots in question and was held able to do so without having to pay damages for breach of contract. Whether or not it should pay the actual cost of benefits it actually demanded and received is a different question.

The City has not shown that it would be good public policy to allow municipalities to make development commitments, then not only to attack those commitments as illegal and beyond their own powers, but to scoop the resulting financial windfall at the expense of those who contracted with them in good faith.

#### Cases Cited

**Applied:** *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762; *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 S.C.R. 629, 2004 SCC 25; *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436; *Pettikus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980; **referred to:** *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, [2000] 2 S.C.R. 919, 2000 SCC 64; *Burrow v. Scammell* (1881), 19 Ch. D. 175; *Air Canada v. British Columbia*,

L'article 914 de la *Local Government Act* et le par. 215(3) de la *Land Title Act* n'autorisent pas la Ville à conserver les travaux et les améliorations supplémentaires sans les payer. L'allégation considérée en l'espèce ne s'appuie pas sur « l'adoption d'un plan d'urbanisme ou d'un règlement [de zonage] ». Même si, dans le premier pourvoi, le promoteur a allégué que la modification du zonage des plans d'eau avait contrevenu à une clause implicite du contrat, cette prétention a été rejetée, et les pertes que lui a infligées cette modification ne sont désormais plus en cause. Les éléments constitutifs de l'enrichissement sans cause ont été réunis une fois que le promoteur a réalisé les travaux et les améliorations supplémentaires, les parties croyant à tort que le contrat conclu avec la Ville à cet égard était exécutoire.

En ce qui concerne les travaux et les améliorations supplémentaires, ni la Ville ni le promoteur ne s'attendaient à ce qu'il s'agisse d'un don. Le promoteur n'a pas offert de « rallonge » pour obtenir une chose qu'il avait déjà. Il l'a fait en contrepartie d'un engagement tacite que la Ville a pu en fin de compte répudier. Les parties s'attendaient raisonnablement à ce que le coût des travaux et des améliorations soit prélevé sur les profits tirés des volets du projet de la phase II que le promoteur n'a pu mener à terme à cause de la municipalité. La Ville est maintenant propriétaire des infrastructures, et il est compatible avec les attentes raisonnables des parties qu'elle en paie le coût au promoteur.

En l'espèce, une réparation fondée sur l'équité ne serait pas contraire à l'intention du législateur de rendre inexécutoire un engagement relatif au zonage. En effet, la Ville a modifié le zonage des lots en question et il a été décidé qu'elle pouvait le faire sans verser de dommages-intérêts pour rupture de contrat. C'est une autre question que de savoir si elle devrait supporter le coût des avantages qu'elle a demandés et qui lui ont été conférés.

La Ville n'a pas démontré qu'il serait dans l'intérêt public de permettre à une municipalité de prendre un engagement relatif à l'aménagement, puis non seulement de le contester au motif qu'il est illégal et outrepassé ses pouvoirs, mais de profiter d'un avantage financier aux dépens d'un cocontractant de bonne foi.

#### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762; *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 R.C.S. 629, 2004 CSC 25; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436; *Pettikus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980; **arrêts mentionnés :** *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, [2000] 2 R.C.S. 919, 2000 CSC 64; *Burrow c. Scammell* (1881), 19 Ch. D. 175; *Air*

[1989] 1 S.C.R. 1161; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1133; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445.

#### Statutes and Regulations Cited

*Land Title Act*, R.S.B.C. 1979, c. 219, s. 215.  
*Local Government Act*, R.S.B.C. 1996, c. 323, s. 914.  
*Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290, s. 989 [ad. 1985, c. 79, s. 8].

#### Authors Cited

American Law Institute. *Restatement of the Law of Restitution: Quasi Contracts and Constructive Trusts, as Adopted and Promulgated by the American Law Institute, at Washington, D.C., May 8, 1936*. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1937.  
 Smith, Lionel. "The Mystery of 'Juristic Reason'" (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 211.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2003), 223 D.L.R. (4th) 617, 11 B.C.L.R. (4th) 234, 23 C.L.R. (3d) 181, 36 M.P.L.R. (3d) 222, 180 B.C.A.C. 104, 297 W.A.C. 104, [2003] B.C.J. No. 537 (QL), 2003 BCCA 162, reversing decisions of the British Columbia Supreme Court, [2002] B.C.J. No. 1379 (QL), 2002 BCSC 41, and (2002), 217 D.L.R. (4th) 248, 20 C.L.R. (3d) 251, 32 M.P.L.R. (3d) 235, [2002] B.C.J. No. 1847 (QL), 2002 BCSC 1185. Appeal allowed.

*L. John Alexander*, for the appellant.

*Guy E. McDannold*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — This case arrives in our Court for the second time. On the first occasion, the appellant real estate developer Pacific National Investments Ltd. ("PNI") sought to make the respondent municipality liable for breach of contract because it down-zoned in mid-project part of the appellant's 22-acre development on the Victoria waterfront. As a result of the down-zoning, a substantial amount of approved retail, residential and commercial space on the waterfront could not be built. The appellant sued the City on the basis that when PNI accepted an obligation to install \$1.08 million in extra works

*Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1133; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445.

#### Lois et règlements cités

*Land Title Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 219, art. 215.  
*Local Government Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 323, art. 914.  
*Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 290, art. 989 [aj. 1985, ch. 79, art. 8].

#### Doctrine citée

American Law Institute. *Restatement of the Law of Restitution: Quasi Contracts and Constructive Trusts, as Adopted and Promulgated by the American Law Institute, at Washington, D.C., May 8, 1936*. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1937.  
 Smith, Lionel. « The Mystery of "Juristic Reason" » (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 211.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2003), 223 D.L.R. (4th) 617, 11 B.C.L.R. (4th) 234, 23 C.L.R. (3d) 181, 36 M.P.L.R. (3d) 222, 180 B.C.A.C. 104, 297 W.A.C. 104, [2003] B.C.J. No. 537 (QL), 2003 BCCA 162, qui a infirmé des jugements de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [2002] B.C.J. No. 1379 (QL), 2002 BCSC 41, et (2002), 217 D.L.R. (4th) 248, 20 C.L.R. (3d) 251, 32 M.P.L.R. (3d) 235, [2002] B.C.J. No. 1847 (QL), 2002 BCSC 1185. Pourvoi accueilli.

*L. John Alexander*, pour l'appelante.

*Guy E. McDannold*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — C'est la deuxième fois que nous sommes saisis de cette affaire. La première fois, le promoteur immobilier appelant, Pacific National Investments Ltd. (« PNI »), recherchait la municipalité intimée en responsabilité contractuelle au motif que celle-ci avait rompu le contrat qui les liait en modifiant, à mi-parcours des travaux, le zonage d'une partie de son bien-fonds d'une superficie de 22 acres situé dans le secteur riverain de Victoria. Par suite de cette modification, un grand nombre d'immeubles résidentiels et de locaux commerciaux, y compris des commerces de détail,

and improvements, it had done so in exchange for an implied undertaking by the City to keep the zoning in place for a reasonable time to allow for completion of its project. By its down-zoning, the City had broken an implied term of the contract that went to the root of the arrangement between the parties. This Court, in a majority judgment, rejected the contractual claim on the basis that the municipality lacked the statutory authority to provide such an implied undertaking, which was *ultra vires*, and that its breach therefore could not give rise to an action for damages (see *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, [2000] 2 S.C.R. 919, 2000 SCC 64). The matter was remitted to the trial court to deal with the appellant's alternative claim of unjust enrichment. This lesser claim required proof of a different set of facts and offered a much reduced level of compensation because it viewed the dispute from the perspective of the City's *gain* rather than (as in the contract claim) the appellant's *loss*. The claim for unjust enrichment was upheld by the second trial judge, Wilson J., but was reversed by the British Columbia Court of Appeal. I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the trial judgment. In my view, with respect, the municipality in these circumstances has no right in equity to retain the benefit of the extra works and improvements without paying for them.

### I. Facts

<sup>2</sup> In the 1980s, the provincial government and the City of Victoria agreed on the desirability of redeveloping, for residential and commercial uses, approximately 200 acres of provincial Crown land located on Victoria's inner harbour. The area was known as the Songhees lands (named after the First Nation displaced for the railway and industry). The first trial judge, Mackenzie J., found that "[t]he City had an intense interest in planning the redevelopment of such a large, strategically located site in the

dont l'aménagement dans le secteur riverain avait été autorisé, n'avaient pu être construits. Dans l'action qu'elle a intentée contre la Ville, l'appelante a soutenu qu'elle avait contracté l'obligation de réaliser des travaux et des améliorations supplémentaires d'une valeur de 1,08 million de dollars en contrepartie de l'engagement tacite de la Ville à maintenir le zonage pendant une période raisonnable afin que le projet puisse être mené à terme. Selon l'appelante, en modifiant le zonage, la Ville a contrevenu à une clause implicite du contrat qui était à la base même de l'accord intervenu entre elles. Les juges majoritaires de notre Cour ont rejeté l'action contractuelle au motif que la municipalité n'avait pas le pouvoir légal de prendre un tel engagement tacite, jugé *ultra vires*, et que l'inexécution ne pouvait donc fonder une action en dommages-intérêts (voir *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, [2000] 2 R.C.S. 919, 2000 CSC 64). L'affaire a été renvoyée en première instance pour qu'il soit statué sur l'argument subsidiaire fondé sur l'enrichissement sans cause. La preuve requise était différente, et l'appelante ne pouvait espérer toucher qu'une indemnité de beaucoup inférieure, le facteur déterminant étant le *gain* de la Ville, et non la *perte* de l'appelante (comme pour l'action contractuelle). Le juge du second procès, le juge Wilson, a accueilli l'action fondée sur l'enrichissement sans cause, mais sa décision a été infirmée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler le jugement de la Cour d'appel et de rétablir la décision du juge de première instance. En toute déférence, j'estime que, en l'espèce, la municipalité ne peut, suivant l'équité, bénéficier des travaux et des améliorations supplémentaires sans en payer le prix.

### I. Faits

Dans les années 80, le gouvernement provincial et la ville de Victoria ont convenu de l'opportunité du réaménagement, à des fins résidentielles et commerciales, d'environ 200 acres d'un bien-fonds de la Couronne provinciale situé dans le port intérieur de Victoria. Il s'agissait des terres Songhees, qui devaient leur nom à la Première nation déplacée pour la construction du chemin de fer et le développement industriel. Le juge du premier procès, le juge Mackenzie, a conclu que [TRADUCTION] « [l]a

harbour area close to downtown” ([1996] B.C.J. No. 2523 (QL), at para. 3). Amongst other things, the City wanted to obtain additional parkland (closer to 30 percent of the project instead of the 5 percent ordinarily required), road improvements, walkways and a new seawall, which were not necessitated by the PNI project itself, but which would serve to make the whole area more efficient and attractive.

The province was sympathetic to the City’s concerns, as was the appellant, who first became involved in the planning exercise in 1984 as a party interested in eventually undertaking Phase II of the project (22 acres) as a private development. It was the appellant’s architect who contributed what became the conceptual plan for the waterfront development in 1985, long before any agreements had been signed between the City and the provincial Crown agency that owned the lands, British Columbia Enterprise Corporation (“BCEC”). The respondent argued that the appellant was a stranger to the negotiations between the City and BCEC, and that on a true interpretation of events, the Province had volunteered the extra amenities to the City and PNI had simply stepped into the shoes of BCEC. This theory was rejected by Mackenzie J., who concluded that the appellant was not a volunteer but a profit-oriented developer who had been a full participant in planning the project, including the efforts to accommodate the City’s demand for extra amenities (at para. 23):

... I am satisfied that at all material times both the City and BCEC expected that BCEC would sell phase 2 to PNI, and that PNI would assume BCEC’s rights and obligations with respect to phase 2 on the purchase.

The development of the Songhees lands proceeded in the following steps:

1. The City and BCEC entered into the Songhees Master Agreement dated August 28, 1987. BCEC itself proceeded with Phase I of the project.

Ville avait grand intérêt à planifier le réaménagement d’un site aussi vaste, stratégiquement situé dans le secteur portuaire, près du centre-ville » ([1996] B.C.J. No. 2523 (QL), par. 3). La Ville désirait notamment obtenir une plus grande superficie d’espaces verts (près de 30 pour 100 au lieu des 5 pour 100 habituellement exigés), l’aménagement de routes et de sentiers et la construction d’une nouvelle digue. Ces éléments n’étaient pas nécessaires en soi au projet de PNI, mais ils devaient rendre le secteur plus fonctionnel et attrayant.

La province a accueilli favorablement les demandes de la Ville, tout comme l’appelante, qui a pris part pour la première fois à l’exercice de planification en 1984 en tant que partie intéressée à entreprendre un jour l’aménagement privé de la phase II du projet (22 acres). C’est l’architecte de l’appelante qui a établi ce qui devint en 1985 le plan conceptuel de l’aménagement du secteur riverain, soit bien avant que n’intervienne un accord entre la Ville et la société d’État provinciale propriétaire des terrains, British Columbia Enterprise Corporation (« BCEC »). L’intimée fait valoir que l’appelante n’a pas été partie aux négociations entre la Ville et BCEC et que, suivant une juste interprétation des faits, la province a offert les infrastructures supplémentaires à la Ville, et PNI a simplement succédé à BCEC. Le juge Mackenzie a rejeté cette thèse. Selon lui, l’appelante n’était pas une partie désintéressée, mais un promoteur immobilier désireux de réaliser un profit et ayant participé pleinement à la planification de l’aménagement, y compris aux efforts visant à intégrer les infrastructures supplémentaires demandées par la Ville (par. 23) :

[TRADUCTION] ... je suis convaincu que, pendant toute la période considérée, la Ville et BCEC s’attendaient toutes deux à ce que BCEC vende la phase II à PNI et que, dès l’acquisition, PNI acquière les droits de BCEC et assume ses obligations relativement à la phase II.

Voici quelles ont été les mesures prises en vue de l’aménagement des terres Songhees :

1. La Ville et BCEC ont conclu le « Songhees Master Agreement » (« accord-cadre ») en date du 28 août 1987. BCEC a entrepris pour sa part l’aménagement de la phase I du projet.

2. A restrictive covenant was registered against title to the lands to prohibit building until appropriate servicing agreements had been entered into between the appellant and the City and subdivision plans had received City approval.
3. The appellant purchased the Phase II lands from BCEC conditional on zoning, park dedication, a service agreement between the appellant and the City, and formal subdivision approval.
4. The City enacted zoning bylaws to permit the appellant's plans for the whole of Phase II to be carried out, including the two water lots where three-storey structures were to be built resting on piles driven into the harbour bed, or possibly free floating, with retail and commercial use on the first floor, and residential condominiums on the upper two floors.
5. Once BCEC's rights and obligations had been assigned to the appellant, the appellant and the City entered into the Songhees Phase II Subdivision Servicing Agreement, dated January 29, 1988 which dealt with, amongst other things, the extra works and improvements which the parties have agreed cost about \$1.08 million of the \$2.5 million total service costs. It was a condition precedent to the appellant's obligations that the City would re-zone the 22 acres from the existing (industrial) designation to permit residential and commercial uses appropriate to carrying out the agreed upon project.
6. The City registered a statutory right-of-way for a public walkway around the perimeter of the structures to be built on the water lots.
2. Un engagement de ne pas faire a été enregistré contre le titre de propriété pour empêcher toute construction sur le bien-fonds jusqu'à la conclusion entre l'appelante et la Ville de contrats de viabilisation appropriés et l'approbation par la Ville des plans de lotissement.
3. L'appelante a acheté à BCEC le bien-fonds de la phase II, l'acquisition étant subordonnée à l'adoption et au maintien du zonage, à l'aménagement d'espaces verts, à la conclusion d'un contrat de viabilisation entre l'appelante et la Ville, ainsi qu'à l'approbation officielle du lotissement.
4. La Ville a adopté un règlement de zonage permettant la réalisation des travaux projetés par l'appelante pour l'ensemble de la phase II, y compris les deux plans d'eau sur lesquels devaient être construites des structures de trois étages reposant sur des pieux enfoncés dans le lit du port, ou peut-être sur une plate-forme flottante, le premier étage étant réservé aux commerces de détail et aux locaux commerciaux, et les deuxième et troisième étages, aux condominiums résidentiels.
5. Dès la cession à l'appelante des droits et des obligations de BCEC, l'appelante et la Ville ont conclu, le 29 janvier 1988, le « Songhees Phase II Subdivision Servicing Agreement » (« contrat de viabilisation des lots de la phase II ») prévoyant notamment les travaux et les améliorations supplémentaires dont les parties estiment le coût à 1,08 million de dollars sur les 2,5 millions de dollars prévus au total pour la viabilisation. La prise en charge des obligations de BCEC par l'appelante était subordonnée à ce que la Ville modifie au préalable le zonage (industriel) des 22 acres pour permettre l'aménagement résidentiel et commercial projeté.
6. La Ville a enregistré un droit de passage légal contre un sentier public longeant le périmètre des ouvrages devant être construits sur les plans d'eau.

5 After reviewing the evidence, Wilson J. concluded that the provision of the extra works and

Après examen de la preuve, le juge du second procès, le juge Wilson, a conclu que, pour les *trois*

improvements, in the view of *all* three parties, was inextricably bound up with retention of the zoning to permit construction of the PNI project as planned:

... the provision that the plaintiff was to supply and install certain works, commensurate with the development contemplated, was inextricably bound up with the provision that the development anticipated construction of improvements pursuant to the defining by-laws. And in this case, that meant two, three-storey improvements on the water.

((2002), 217 D.L.R. (4th) 248, at para. 5)

By 1993, the condominium residences on dry land had been built, or were under development or at least in contemplation and the appellant had already earned a very substantial profit on its investment with still other lands left to sell. The new residents and others from the municipality were also pleased. They had started to enjoy their new parks, cleaned up vistas and walkways around the new seawall, which had all been put in at the appellant's expense. As Mackenzie J. observed (at para. 16):

The City had allowed the developer to come in and provide substantial tangible benefits to the City in terms of parks and other services at the developer's cost in the expectation that the development of the water lots as then contemplated by the City, BCEC and PNI would be allowed to proceed.

However, when the appellant applied for building permits to develop the two water lots, including a marina, restaurants, shops, other commercial uses, and two stories of residential condominiums on the harbour, the local community objected, and the matter became an issue in the pending municipal election. Following the election, the new City Council, with one dissent, voted to down-zone the two water lots to permit only one-storey commercial buildings, thereby eliminating the two stories of residential condominiums above. The appellant complained that the down-zoning rendered development of its water lots uneconomical.

parties, la réalisation des travaux et des améliorations supplémentaires était inextricablement liée au maintien du zonage permettant la construction projetée par PNI :

[TRADUCTION] ... la clause selon laquelle la demande devait fournir et mettre en place certaines infrastructures, en rapport avec l'aménagement projeté, était inextricablement liée à celle prévoyant la construction d'améliorations suivant le règlement pertinent, soit, en l'occurrence, deux immeubles de trois étages sur les plans d'eau.

((2002), 217 D.L.R. (4th) 248, par. 5)

En 1993, les condominiums sur terre ferme avaient été construits, étaient en voie de l'être ou étaient à tout le moins projetés. L'appelante avait déjà réalisé un profit assez considérable et elle disposait encore de terrains à vendre. Les nouveaux résidents et les autres habitants de la municipalité y trouvaient également leur compte. Ils avaient commencé à profiter de leurs nouveaux parcs, des vues dégagées et des sentiers bordant la nouvelle digue, et ce, grâce aux dépenses engagées par l'appelante à cet égard. Comme l'a fait remarquer le juge Mackenzie (par. 16) :

[TRADUCTION] La Ville avait laissé le promoteur immobilier aller de l'avant, et ce dernier lui avait conféré des avantages tangibles importants — parcs et autres aménagements — à ses frais, s'attendant à ce que l'aménagement des plans d'eau alors projeté par la Ville, BCEC et lui-même puisse se concrétiser.

Cependant, lorsque l'appelante a demandé les permis de construction nécessaires à l'aménagement des deux plans d'eau — construction d'une marina, de restaurants, de boutiques, d'autres locaux commerciaux et de deux étages de condominiums résidentiels dans le port —, la collectivité locale s'est opposée à leur délivrance et le dossier est devenu un enjeu de la campagne électorale municipale alors en cours. Le nouveau conseil municipal élu a voté (sauf une voix dissidente) la modification du zonage des deux plans d'eau afin que seuls des immeubles commerciaux d'un étage puissent y être construits, éliminant ainsi les deux étages supérieurs destinés aux condominiums résidentiels. L'appelante a fait valoir que, dans ces circonstances, l'aménagement des plans d'eau n'était plus rentable.

6

7

8

In its Statement of Claim filed on October 8, 1993, the appellant alleged causes of action at common law (breach of contract) and equity (unjust enrichment). With respect to its contractual claim, the appellant alleged that the Songhees Master Agreement was subject to an implied term that the zoning permitting the contemplated development to proceed would be left in place for a reasonable period of time. The City's solicitor had expressed the view that the project would proceed "in several stages over a period of 10 to 12 years". The common law cause of action was allowed by Mackenzie J. He therefore found it unnecessary to address the claim for unjust enrichment. His judgment in the appellant's favour was reversed by the British Columbia Court of Appeal. The reversal was affirmed as correct by a majority judgment of this Court on December 14, 2000. Under the provincial law governing municipalities at the relevant time, the City did not have the capacity to make and be bound by an implied term to keep the zoning in place for a number of years or to pay damages if it modified it. Our Court then remitted the case "to trial on any unjust enrichment argument that may exist" (para. 75).

## II. Relevant Statutory Provisions

9

*Local Government Act*, R.S.B.C. 1996, c. 323

**914** (1) Compensation is not payable to any person for any reduction in the value of that person's interest in land, or for any loss or damages that result from the adoption of an official community plan or a bylaw under this Division or the issue of a permit under Division 9 of this Part.

(2) Subsection (1) does not apply where the bylaw under this Division restricts the use of land to a public use.

*Land Title Act*, R.S.B.C. 1979, c. 219

215. . . .

(3) Where an instrument contains a covenant registrable under this section, the covenantee is binding on

Dans la déclaration qu'elle a déposée le 8 octobre 1993, l'appelante a invoqué des causes d'action en common law (rupture de contrat) et en equity (enrichissement sans cause). En ce qui concerne l'action contractuelle, elle a plaidé que l'accord-cadre comportait une clause implicite selon laquelle le zonage autorisant l'aménagement projeté serait maintenu pendant une période raisonnable. L'avocat de la Ville avait opiné que la réalisation du projet [TRADUCTION] « se ferait en plusieurs étapes sur une période de 10 à 12 ans ». Le juge Mackenzie a fait droit à la cause d'action en common law et conclu de ce fait qu'il n'était pas nécessaire de statuer sur l'allégation d'enrichissement sans cause. Cette décision a été infirmée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, puis par les juges majoritaires de notre Cour le 14 décembre 2000. Sous le régime du droit provincial régissant les municipalités à l'époque considérée, la Ville ne pouvait s'engager tacitement à maintenir le zonage pendant un certain nombre d'années et à payer des dommages-intérêts si elle le modifiait. Notre Cour a ensuite renvoyé l'affaire « en première instance pour [qu'elle soit] examinée relativement à tout argument éventuel d'enrichissement sans cause » (par. 75).

## II. Dispositions législatives pertinentes

*Local Government Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 323

[TRADUCTION]

**914** (1) Nul n'a droit à une indemnité pour la diminution de la valeur d'un bien-fonds ou pour tout préjudice ou perte résultant de l'adoption d'un plan d'urbanisme ou d'un règlement en vertu de la présente section ou de la délivrance d'un permis en application de la section 9 de la présente partie.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas lorsque le règlement pris en vertu de la présente section prévoit qu'un bien-fonds ne peut être utilisé qu'à des fins publiques.

*Land Title Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 219

[TRADUCTION]

215. . . .

(3) Lorsqu'un acte renferme un engagement susceptible d'enregistrement en application du présent article,



the covenantee and his successors in title, notwithstanding that the instrument or other disposition has not been signed by the covenantee.

### III. Judicial History

#### A. *Supreme Court of British Columbia* ((2002), 217 D.L.R. (4th) 248)

Wilson J. adopted the findings of fact from the earlier trial. Then, having regard to the outcome of the appeal to this Court, he found that the parties had proceeded on a mistaken assumption that the zoning would not change in a manner that would substantially and adversely affect the development before the plaintiff developer had a reasonable opportunity to implement the whole of Phase II, and a parallel mistake of law, i.e., that the City had the capacity to make such a contractual commitment. The extra works and improvements carried out by the appellant were in excess of works which the respondent could lawfully have demanded. He accepted the evidence that the excess work the appellant did as a result of the mistake was worth \$1.08 million.

Wilson J. found that the City had been enriched by the extra works and improvements which, but for the mistake, it would not have received. The appellant had suffered a corresponding deprivation. He then found there was no juristic reason for the City to retain the benefit without accounting to the appellant. He therefore gave judgment for the appellant for \$1.08 million with interest at registrar's rates from time to time commencing October 1, 1993 to the date of his judgment, being May 7, 2002.

#### B. *Court of Appeal of British Columbia (Southin, Braidwood and Hall J.J.A.)* ((2003), 223 D.L.R. (4th) 617)

Southin J.A. for the court found the claim concerning unjust enrichment to be misconceived. She agreed that the criteria for a finding of unjust enrichment were the enrichment of the person claimed against, a corresponding deprivation of the claimant and the absence of any juristic reason for retaining the enrichment. Applying these criteria to the

celui-ci lie le bénéficiaire de l'engagement et ses successeurs même s'il n'a pas signé l'acte ni aucun autre acte d'aliénation.

### III. Historique des procédures judiciaires

#### A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* ((2002), 217 D.L.R. (4th) 248)

Le juge Wilson a fait siennes les conclusions de fait tirées lors du premier procès. Puis, compte tenu de l'issue du pourvoi interjeté devant notre Cour, il a estimé que les parties avaient agi en supposant à tort que le zonage ne serait pas modifié de façon à compromettre sensiblement le projet avant que l'appelante n'ait eu la possibilité raisonnable de mener à terme l'aménagement de la phase II en entier et, sur le plan du droit, que la Ville était légalement habilitée à prendre un engagement contractuel en ce sens. L'intimée n'aurait pu légalement exiger les travaux et les améliorations supplémentaires effectués par l'appelante. Le juge a ajouté foi à la preuve selon laquelle la valeur des travaux et des améliorations réalisés sur le fondement de l'hypothèse erronée s'élevait à 1,08 million de dollars.

Le juge Wilson a conclu que la Ville s'était enrichie à proportion des travaux et des améliorations supplémentaires que, n'eût été l'erreur commise, elle n'aurait jamais obtenus, l'appelante s'étant appauvrie corrélativement. Il a ensuite estimé qu'aucun motif juridique ne justifiait la Ville de conserver l'avantage sans indemniser l'appelante. Il a donc accueilli la demande et ordonné le versement à l'appelante de 1,08 million de dollars, plus l'intérêt calculé aux taux établis périodiquement par le registraire, du 1<sup>er</sup> octobre 1993 à la date du jugement, soit le 7 mai 2002.

#### B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Southin, Braidwood et Hall)* ((2003), 223 D.L.R. (4th) 617)

S'exprimant au nom de la Cour d'appel, la juge Southin a conclu que l'allégation d'enrichissement sans cause n'était pas fondée. Elle a convenu que les critères applicables à l'enrichissement sans cause étaient l'enrichissement du défendeur, l'appauvrissement corrélatif du demandeur et l'absence de tout motif juridique de conserver l'avantage. Après les

10

11

12

facts, Southin J.A. concluded that there was no deprivation. The extra works were “part and parcel of the consideration [the appellant] gave for the benefit which it received under the agreements. There is no true correspondence between the asserted enrichment and the asserted deprivation, that is to say, the downzoning of the two water lots” (para. 25). Not only was there no deprivation, but even if there was, “the juristic reason for what the appellant did in 1993 is that the Legislature had conferred upon it the power to do the act of downzoning. The by-law is of the same force and effect as if it had been enacted by the Legislature itself and provides a complete answer to any and all claims arising out of it” (para. 26). Accordingly, the appeal was allowed and the action was dismissed.

#### IV. Analysis

13

The doctrine of unjust enrichment provides an equitable cause of action that retains a large measure of remedial flexibility to deal with different circumstances according to principles rooted in fairness and good conscience. This is not to say that it is a form of “‘palm tree’ justice” (*Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762, at p. 802) that varies with the temperament of the sitting judges. On the contrary, as the Court recently reaffirmed in *Garland v. Consumers’ Gas Co.*, [2004] 1 S.C.R. 629, 2004 SCC 25, a court is to follow an established approach to unjust enrichment predicated on clearly defined principles. However, their application should not be mechanical. Iacobucci J. observed that “this is an equitable remedy that will necessarily involve discretion and questions of fairness” (para. 44).

14

As accepted by the courts in British Columbia, the test for unjust enrichment has three elements: (1) an enrichment of the defendant; (2) a corresponding deprivation of the plaintiff; and (3) an absence of juristic reason for the enrichment (*Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436, at p. 455; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, at p. 848;

avoir appliqués aux fait de l’espèce, la juge Southin a conclu à l’absence d’appauvrissement : les travaux supplémentaires [TRADUCTION] « faisaient partie intégrante de la contrepartie versée par l’appelante pour obtenir l’avantage que lui conféraient les accords. Il n’y avait pas de véritable corrélation entre l’enrichissement et l’appauvrissement allégués, soit, dans ce dernier cas, la modification du zonage des deux plans d’eau » (par. 25). Non seulement il n’y avait pas eu d’appauvrissement, mais même s’il y en avait eu un, [TRADUCTION] « le motif juridique pour lequel l’appelante avait agi comme elle l’avait fait en 1993 résidait dans le pouvoir de modifier le zonage que lui avait conféré le législateur. Le règlement était tout aussi exécutoire que s’il avait été pris par le législateur lui-même et il permettait de régler entièrement tout litige découlant de son application » (par. 26). En conséquence, l’appel a été accueilli, et l’action rejetée.

#### IV. Analyse

L’enrichissement sans cause est une cause d’action en equity qui offre une grande souplesse dans les réparations susceptibles d’être accordées dans différentes circonstances selon des principes fondés sur l’équité et la bonne conscience. Il ne s’agit pas pour autant d’une forme de « justice au cas par cas » (*Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762, p. 802) dépendante de l’humeur des juges appelés à se prononcer. Au contraire, comme notre Cour l’a rappelé récemment dans *Garland c. Consumers’ Gas Co.*, [2004] 1 R.C.S. 629, 2004 CSC 25, en matière d’enrichissement sans cause, le tribunal doit suivre une méthode établie s’appuyant sur des principes clairs. Cependant, l’application de ces principes ne doit pas être machinale. Le juge Iacobucci a signalé qu’« il s’agit d’un recours en equity qui fait nécessairement intervenir un pouvoir discrétionnaire et des questions d’équité » (par. 44).

Les tribunaux de la Colombie-Britannique ont statué que pour qu’il y ait enrichissement sans cause, trois conditions doivent être réunies : (1) enrichissement du défendeur; (2) appauvrissement corrélatif du demandeur; (3) absence de tout motif juridique justifiant l’enrichissement (*Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436, p. 455; *Pettkus c. Becker*,

*Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980, at p. 987; *Peel, supra*, at p. 784; *Garland, supra*, at para. 30).

#### A. Was There Enrichment of the City?

The existence of an enrichment to the defendant is governed by “a straightforward economic approach” (*Peter, supra*, at p. 990). An enrichment may “connot[e] a tangible benefit” (*Peel, supra*, at p. 790), or it can be relief from a “negative”, such as saving the defendant from an expense he or she would otherwise have been *required* to make.

In this case, the City obtained \$1.08 million worth of roads, parkland and walkways and a new seawall, wholly at the appellant’s expense. These works and improvements were in excess of what the City could lawfully demand under s. 989 of the *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290. Mr. Clive Timms, the principal witness on behalf of the City, acknowledged that it was “beyond the authority of the approving officer to require [the extra works] under what we have characterized as a simple subdivision”.

The City now argues that these extra works and improvements are not really a benefit because they were built on what was then provincial Crown land, and their upkeep by the City costs about \$40,000 per year. The City’s portrayal of itself as a victim of the appellant’s generosity is not credible. The trial judge at the original trial, Mackenzie J., found as a fact that the City had pushed hard to obtain the extra amenities whose cost of upkeep it now grumbles about. Mackenzie J. noted, at para. 20, that “[t]he City wanted planned development with services, parks and other amenities at no cost to the City taxpayers.” The City insisted on a restrictive covenant that prevented any construction until the subdivision plans had been approved and servicing agreements entered into, and it was the City that required the appellant as successor in title to assume BCEC’s commitments for services, works and improvements beyond those it could lawfully have demanded (para. 23, *per* Mackenzie J.). On this point the *Restatement of the Law of Restitution: Quasi Contracts and Constructive Trusts* (1937), at p. 12,

[1980] 2 R.C.S. 834, p. 848; *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980, p. 987; *Peel*, précité, p. 784; *Garland*, précité, par. 30).

#### A. Y a-t-il eu enrichissement de la Ville?

Une « analyse économique simple » s’applique pour déterminer s’il y a eu enrichissement du défendeur (*Peter*, précité, p. 990). L’enrichissement peut « connoter[r] un avantage tangible » (*Peel*, précité, p. 790) ou être « négatif », par exemple en épargnant au défendeur une dépense à laquelle il aurait été *tenu*.

En l’espèce, la Ville a obtenu, entièrement aux frais de l’appelante, des routes, des espaces verts, des sentiers et une nouvelle digue d’une valeur de 1,08 million de dollars. Ces travaux et améliorations allaient au-delà de ce que la Ville pouvait légalement exiger en application de l’art. 989 de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 290. Principal témoin de la Ville, M. Clive Timms a reconnu que [TRADUCTION] « le responsable de l’autorisation ne pouvait exiger [les travaux supplémentaires] dans le cadre de ce que nous avons considéré comme un simple lotissement ».

La Ville prétend aujourd’hui que ces travaux et améliorations supplémentaires ne constituent pas véritablement un avantage puisqu’ils ont été réalisés sur des terres qui appartenaient alors à la Couronne provinciale et que l’entretien de ces infrastructures lui coûte chaque année environ 40 000 \$. La Ville ne peut sérieusement prétendre être victime de la générosité de l’appelante. Le juge du premier procès, le juge Mackenzie, a tiré la conclusion de fait que la Ville avait beaucoup insisté pour obtenir les infrastructures supplémentaires dont elle déplore aujourd’hui le coût d’entretien. Au par. 20 de ses motifs, il a relevé que [TRADUCTION] « [l]a Ville voulait un aménagement planifié avec services, parcs et autres infrastructures dont bénéficieraient gratuitement les contribuables. » La Ville avait exigé un engagement de ne pas faire empêchant toute construction jusqu’à l’approbation des plans de lotissement et la conclusion de contrats de viabilisation. C’est elle qui a insisté pour que l’appelante, en succédant à BCEC, prenne à sa charge les obligations de celle-ci relatives à la viabilisation ainsi qu’aux

15

16

17

makes the useful comment that “[a] person confers a benefit upon another if he . . . performs services beneficial to or at the request of the other” (emphasis added).

travaux et aux améliorations qui étaient en sus de ce qu'elle pouvait légalement exiger (le juge Mackenzie, par. 23). À cet égard, un commentaire pertinent figure à la p. 12 de l'ouvrage intitulé *Restatement of the Law of Restitution : Quasi Contracts and Constructive Trusts* (1937) : [TRADUCTION] « [u]ne personne confère un avantage à une autre lorsqu'elle [. . .] fournit des services qui sont utiles à l'autre personne ou dont celle-ci a fait la demande » (je souligne).

18 The City argues that while the extra works and improvements “may benefit either PNI as a developer or the neighbourhood and the community, it does not benefit the Corporation of the City of Victoria” (emphasis in original). However, it was the City that contracted with the appellant for ownership of “the Works”, wherever built, under clause 11(c) of the Songhees Phase II Subdivision Servicing Agreement, dated January 29, 1988, which provides:

La Ville prétend que les travaux et les améliorations supplémentaires [TRADUCTION] « peuvent bénéficier à PNI à titre de promoteur immobilier ou à la collectivité, mais qu'ils ne bénéficient pas à la Corporation de la ville de Victoria » (souligné dans l'original). Or, c'est la Ville qui, dans l'accord conclu avec l'appelante, s'est attribué la propriété des « infrastructures » où qu'elles soient construites. L'alinéa 11c) du contrat de viabilisation des lots de la phase II en date du 29 janvier 1988 prévoit en effet :

Save and except those works installed for public utility companies, the Works shall be and remain the absolute property of the City when accepted in writing by the City Engineer. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] À l'exception de celles qui sont destinées aux services publics, les infrastructures sont et demeurent l'entière propriété de la Ville dès leur acceptation écrite par l'ingénieur de la Ville. [Je souligne.]

19 The City's present argument that the extra works and improvements it demanded are not an enrichment but something of a burden should be rejected.

Il y a lieu de rejeter l'argument que formulé aujourd'hui la Ville, savoir que les travaux et les améliorations supplémentaires qu'elle a exigés ne constituent pas un enrichissement, mais une sorte de fardeau.

B. *Did the Appellant Suffer a Corresponding Deprivation?*

B. *Y a-t-il eu appauvrissement corrélatif de l'appelante?*

20 Using the straightforward economic approach, the appellant suffered a corresponding deprivation of \$1.08 million. The appellant was required to spend funds to provide the amenities and had to give up the extra parkland out of the lands they had purchased. No other person or entity contributed to the enrichment. In these circumstances, as Cory J. put it in *Peter, supra*, at p. 1012, “I would have thought that if there is enrichment, that it would almost invariably follow that there is a corresponding deprivation suffered by the person who provided the enrichment.”

L'analyse économique simple révèle que l'appelante s'est appauvrie corrélativement de 1,08 million de dollars. L'appelante a dû contribuer financièrement à la mise en place des infrastructures et fournir les espaces verts supplémentaires à même les terres qu'elle avait acquises. Aucune autre personne physique ou morale n'a contribué à l'enrichissement. Dans ces circonstances, comme l'a dit le juge Cory dans l'arrêt *Peter*, précité, p. 1012, « j'aurais cru qu'un enrichissement donnerait presque invariablement lieu à un appauvrissement correspondant de la personne qui a contribué à l'enrichissement. »

The City claims that the appellant had already turned a handsome profit on the project even without development of the two water lots. So it did, but that is beside the point. The question here is not whether the developer made a success of its project generally, but whether it suffered a detriment corresponding to the City's enrichment. The appellant is not required to subsidize city amenities from the profits earned elsewhere on the project in the absence of some legal requirement. The significance of the Servicing Agreement in this respect is an issue to be considered at the third stage.

C. *Is There a Juristic Reason to Deny Recovery to the Appellant?*

This branch of the test for unjust enrichment is pivotal, for as McLachlin J. observed in *Peter, supra*, at p. 990:

It is at this stage that the court must consider whether the enrichment and detriment, morally neutral in themselves, are "unjust".

The use of the expression "juristic reason" in this connection emphasizes that "unjust" is to be addressed as a matter of law and legal reasoning rather than a free-floating conscience that may risk being overly subjective; see L. Smith, "The Mystery of 'Juristic Reason'" (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 211, at p. 219. This third step has to some extent been redefined and reformulated in *Garland, supra*, at paras. 44-46. There are now two stages to the juristic reason inquiry. At the first stage, a claimant (here the appellant) must show that there is no juristic reason within the established categories that would deny it recovery. The established categories are the existence of a contract, disposition of law, donative intent, and "other valid common law, equitable or statutory obligatio[n]" (*Garland*, at para. 44). The categories may be added to over time (para. 46). On proving that none of these limited categorical reasons exist to deny recovery, the plaintiff (here the appellant) will have made out a *prima facie* case of unjust enrichment. It will have demonstrated "a positive reason for reversing the defendant's enrichment" (Smith, *supra*, at p. 244).

La Ville fait valoir que l'appelante a réalisé un profit considérable sans même avoir aménagé les deux plans d'eau. Soit, mais ça n'a rien à voir. Il ne s'agit pas de savoir si, en général, le promoteur immobilier a vu son projet couronné de succès, mais bien s'il a subi un désavantage corrélatif à l'enrichissement de la Ville. Sauf obligation légale de le faire, l'appelante n'a pas à subventionner les infrastructures de la ville par prélèvement sur ses profits provenant d'autres parties du projet. La portée du contrat de viabilisation à cet égard doit être examinée à la troisième étape.

C. *Existe-t-il un motif juridique justifiant le refus d'indemniser l'appelante?*

Ce volet du critère de l'enrichissement sans cause est le plus important. Comme l'a fait observer la juge McLachlin dans l'arrêt *Peter*, précité, p. 990 :

C'est à cette étape que le tribunal doit vérifier si l'enrichissement et le désavantage, moralement neutres en soi, sont « injustes ».

Vu l'exigence d'un « motif juridique », « injustes » ou « sans cause » renvoie au droit et au raisonnement juridique, et non à une conscience morale à géométrie variable susceptible d'être trop subjective; voir L. Smith, « The Mystery of "Juristic Reason" » (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 211, p. 219. Cette troisième étape a été, dans une certaine mesure, redéfinie et reformulée dans l'arrêt *Garland*, précité, par. 44 à 46. Elle se scinde désormais en deux. Dans un premier temps, le demandeur (en l'occurrence l'appelante) doit démontrer qu'aucun motif juridique appartenant à une catégorie établie ne justifie le refus de l'indemniser. Les catégories établies sont le contrat, la disposition légale, l'intention libérale et « les autres obligations valides imposées par la common law, l'equity ou la loi » (*Garland*, par. 44). D'autres catégories peuvent s'ajouter au fil du temps (par. 46). S'il prouve qu'aucun motif appartenant à ces catégories bien circonscrites ne justifie le défendeur de refuser de l'indemniser, le demandeur (en l'occurrence l'appelante) aura alors établi l'enrichissement sans cause *prima facie*. Il aura prouvé l'existence [TRADUCTION] « d'un motif concret d'annuler l'enrichissement du défendeur » (Smith, *loc. cit.*, p. 244).

21

22

23

24 Although this formulation requires the plaintiff to prove a negative, the task is made manageable by the limited number of categories, and it is only fair to put on the claimant the onus of proving the essential elements of its cause of action.

25 At the second stage, the onus shifts to the defendant (here the respondent City), who must rebut the *prima facie* case by showing that there is some other valid reason to deny recovery. In the absence of a convincing rebuttal, the transfer of wealth will be reversed. According to *Garland*, it is at this stage that the court should have regard to the reasonable expectation of the parties and public policy considerations. However, as Iacobucci J. added, at para. 46:

The point here is that this area is an evolving one and that further cases will add additional refinements and developments.

26 With respect to the absence of a valid juristic reason in this case, the second trial judge was emphatic (at para. 17):

There is no juristic reason for the City to retain the benefits without accounting to the plaintiff. I think it would be against conscience to have that result obtain.

27 I turn then to whether the appellant has demonstrated that the established categories do not apply.

(1) Stage One: The Established Categories

(a) *Contract*

28 In the usual course, the existence of a contract, such as was made by the parties to this appeal, would be a complete answer to the claim for unjust enrichment. The City relies on four contracts, namely (i) the purchase agreement between the appellant and BCEC; (ii) the subdivision servicing agreement; (iii) the assumption agreement; and (iv) the Songhees Master Agreement. There is no doubt that the parties were entitled to enter into agreements respecting the development of the 22-acre site, and that the project would not have been allowed to proceed without the appellant contributing to the City appropriate works and improvements. The

Bien que cette formulation oblige le demandeur à prouver l'inexistence de quelque chose, sa tâche est rendue possible par le nombre limité des catégories, et ce n'est que justice qu'il lui incombe d'établir les éléments essentiels de sa cause d'action.

Dans un deuxième temps, il appartient au défendeur (en l'occurrence la Ville intimée) de réfuter la preuve *prima facie* en avançant un autre motif valable de refuser l'indemnisation. S'il ne le fait pas de manière convaincante, il y a lieu d'annuler le transfert de richesse. Suivant l'arrêt *Garland*, c'est à cette étape que le tribunal doit tenir compte des attentes raisonnables des parties et des considérations d'intérêt public. Le juge Iacobucci a toutefois ajouté au para. 46 :

Il faut comprendre ici que ce domaine est en évolution et que d'autres précisions et innovations résulteront d'affaires ultérieures.

Le juge du second procès a été on ne peut plus clair en ce qui concerne l'absence de motif juridique valable en l'espèce (par. 17) :

[TRADUCTION] Aucun motif juridique ne justifie la Ville de conserver les avantages sans indemniser la demanderesse. Je crois que la conscience morale le lui défend.

Je me penche à présent sur la question de savoir si l'appelante a démontré que les catégories établies ne s'appliquent pas.

(1) Première étape : les catégories établies

a) *Contrat*

Habituellement, l'existence d'un contrat comme celui qu'ont signé les parties au présent pourvoi suffit à elle seule à sceller l'issue d'une action fondée sur l'enrichissement sans cause. La Ville invoque l'existence de quatre contrats : (i) la convention d'achat entre l'appelante et BCEC; (ii) le contrat de viabilisation des lots; (iii) la convention de prise en charge; (iv) l'accord-cadre. Nul doute qu'il était loisible aux parties de contracter pour l'aménagement du bien-fonds de 22 acres et que le projet n'aurait pu voir le jour si l'appelante n'avait pas fourni à la Ville les travaux et les améliorations appropriés. Or, la ville a exigé davantage que ce que prévoyait

problem is that the City insisted on receiving more than s. 989 of the *Municipal Act* permitted it to ask for, and in exchange, as found in the first trial, it offered an implied undertaking regarding zoning that it was not authorized to give. The development agreements therefore included a perfectly valid core, which has been carried out by all parties, but we are now required to address the *extra* works and improvements demanded by the City and given by the appellant in exchange for guaranteed zoning. The City successfully argued in the first appeal to this Court that the sale of zoning was *ultra vires* its powers, and therefore incapable of giving rise to a cause of action for breach of contract. The logical conundrum for the City at this stage is that it is the very elements of the contract the City demonstrated were *ultra vires* (extra services for guaranteed zoning) that it now argues are the juristic reason for its just retention of \$1.08 million in improvements “at no cost to the City taxpayers” (Mackenzie J., at para. 20). In my opinion, it is not open to the City to rely on the contractual arrangements, which in their relevant parts flowed from the City’s *ultra vires* demand, to defeat the appellant’s claim on the particular facts of this case.

The trial judge found the “extra” works and undertakings given in exchange for the *ultra vires* zoning commitment to be clearly separate and identifiable. The cost was \$1.08 million. There is therefore no difficulty on the facts in distinguishing between the City’s lawful entitlement and the *ultra vires* extras.

The agreements have been carried into execution by the appellant, who no longer seeks to enforce the *ultra vires* provisions. The question is whether equity will take into account the *ultra vires* nature of the City’s demand, which is the root of the legal difficulties that followed, in determining whether the contract of which it forms a central part is fatal to the appellant’s claim in unjust enrichment.

The general rule, of course, is that it is not the function of the court to rewrite a contract for the

l’art. 989 de la *Municipal Act* et, en échange, comme l’a conclu le juge du premier procès, elle a pris un engagement implicite qu’elle n’avait pas le pouvoir de prendre relativement au zonage. Les conventions relatives à l’aménagement conféraient aux parties des obligations parfaitement valides dont elles se sont acquittées, mais nous devons maintenant nous pencher sur les travaux et les améliorations *supplémentaires* exigés par la Ville et fournis par l’appelante en contrepartie de l’assurance que le zonage serait maintenu. Dans le cadre du premier pourvoi, notre Cour a fait droit à l’argument de la Ville selon lequel cette assurance était *ultra vires* de ses pouvoirs et, partant, ne pouvait faire naître une cause d’action fondée sur l’inexécution de contrat. Pourtant, la Ville invoque aujourd’hui les éléments mêmes du contrat dont elle a établi le caractère *ultra vires* (infrastructures supplémentaires contre maintien du zonage) comme motif juridique justifiant la conservation d’améliorations d’une valeur de 1,08 millions de dollars [TRADUCTION] « sans qu’il en coûte un sou aux contribuables » (le juge Mackenzie, par. 20). Vu les faits de l’espèce, la Ville ne peut à mon sens opposer à l’allégation de l’appelante les conventions dont les éléments pertinents découlaient de ses exigences *ultra vires*.

Le juge de première instance a conclu que les travaux et les améliorations « supplémentaires » en contrepartie desquels avait été pris l’engagement *ultra vires* relatif au zonage étaient clairement distincts et identifiables. Leur coût s’élevait à 1,08 million de dollars. Il n’est donc pas difficile de distinguer entre ce à quoi la Ville avait légitimement droit et ce qui était *ultra vires*.

L’appelante a exécuté les conventions et ne cherche plus à faire appliquer les dispositions *ultra vires*. La question est de savoir si, en equity, il faut tenir compte de la nature *ultra vires* de la demande de la Ville, qui est à l’origine des démêlés juridiques subséquents, pour déterminer si le contrat dont cette demande constitue un élément central fait échec à l’action de l’appelante fondée sur l’enrichissement sans cause.

En règle générale, il n’appartient évidemment pas au tribunal de réécrire le contrat à la place des

29

30

31

parties. Nor is it their role to relieve one of the parties against the consequences of an improvident contract. None of that arises in this case. The question here, more precisely, is whether the City can be permitted in the first appeal to argue that it is absolved by the doctrine of *ultra vires* from any contractual responsibility to carry out the zoning obligations (that the trial court found it had undertaken to the appellant on the basis of a common mistake) and then in this appeal, in the same litigation (albeit in relation to a different cause of action), permitted to succeed on the basis that the same contract constitutes a juristic reason to obtain the extra works and improvements without paying for them. In my view, the City's success in the 2000 appeal knocked out of contention the juristic reason (the contractual provisions) on which it primarily relies in this appeal. I say that for two reasons. First, as a matter of equity, it is not necessary for the appellant in this action to try and set aside the entirety of its contractual arrangements with the City. It need only isolate the provisions relating to the *ultra vires* demand, and show why the City ought not to be allowed to rely on them as a defence to a claim in unjust enrichment. Secondly, the trial judge found that the *ultra vires* arrangements rested on a common mistake. Both the City and the appellant assumed the City had the legal authority to make zoning commitments the City did not possess. The finding of common mistake is important to the appellant's claim to recover the cost of the extra works and improvements. If there had been just the *ultra vires* transaction without the added element of common mistake, it would have been a different case and the outcome would not necessarily be the same.

(i) The Fruit of the *Ultra Vires* Demand

In many cases, no doubt, municipalities make demands that are not strictly authorized and developers do what they are asked to do because in the end they get the zoning they want. There is no suggestion that in the ordinary case such arrangements should be unwound on the basis of the doctrine of unjust enrichment. This case is different.

parties ni de soustraire l'une d'elles aux conséquences d'un engagement pris à la légère. Tel n'est pas l'objet du présent pourvoi. La question qui se pose plus précisément en l'espèce est de savoir si la Ville pouvait prétendre, dans le cadre du premier pourvoi, que la doctrine de l'*ultra vires* la soustrayait à toute obligation contractuelle relative au zonage (qu'elle avait contractée, selon le juge de première instance, sur le fondement d'une erreur commune), puis avoir gain de cause dans le présent pourvoi, toujours dans la même affaire (mais relativement à une autre cause d'action), en affirmant que le contrat en question constitue un motif juridique la justifiant de conserver les travaux et les améliorations supplémentaires sans en payer le prix. À mon avis, la victoire de la Ville en 2000 a fait tomber le motif juridique (les dispositions contractuelles) sur lequel elle s'appuie principalement aujourd'hui, et ce, pour deux raisons. Premièrement, en equity, l'appelante n'a pas à écarter toutes les conventions conclues avec la Ville. Il lui suffit d'isoler les dispositions liées à la demande *ultra vires* et de montrer pourquoi la Ville ne devrait pas être admise à les invoquer pour réfuter l'enrichissement sans cause. Deuxièmement, le juge de première instance a conclu que les accords *ultra vires* reposaient sur une erreur commune aux deux parties. Tout comme l'appelante, la Ville a supposé qu'elle était légalement habilitée à prendre un engagement en matière de zonage, ce qui n'était pas le cas. L'erreur commune est importante pour ce qui est du recouvrement du coût des travaux et des améliorations supplémentaires par l'appelante. La situation aurait été différente si nous avions été uniquement en présence d'une opération *ultra vires*, sans que ne s'y ajoute l'erreur commune, et l'issue n'aurait pas nécessairement été la même.

(i) La conséquence de la demande *ultra vires*

Dans bien des cas, il ne fait aucun doute que les municipalités formulent des demandes qu'elles ne sont pas, à strictement parler, autorisées à faire et que les promoteurs s'y plient parce qu'ils obtiennent en fin de compte le zonage voulu. Nul ne prétend que ces accords devraient normalement être écartés sur le fondement de l'enrichissement sans cause. La



As Mackenzie J. observed after the first trial (at para. 17):

In short, everyone involved miscalculated. What are the legal consequences of this imbroglio?

To which Wilson J., presiding at the second trial, added, somewhat darkly (at para. 4):

The plaintiff failed to adhere to the admonition, “put not your faith in princes”, and must now accept the consequences.

Recognizing, as the trial judge did, that the source of the problem in this case is the City’s *ultra vires* demand for works and improvements to which it was not entitled, one approach is to sever from the contractual arrangements the exchange of promises that flowed from that initial *ultra vires* demand.

It is true that these commercial agreements are, as one would expect, complex, and do not readily lend themselves to “blue-pencil” deletions. We are dealing, however, with an equitable cause of action, and equity looks to substance rather than to form. As stated earlier, a characteristic of the doctrine of unjust enrichment is the flexibility of remedies. Here the substance of the problem to be remedied is clearly identified. The respondent is sitting on \$1.08 million worth of improvements which have been found to be the fruits of an *ultra vires* demand. The remedy sought is simply to reverse the wrongful transfer of wealth by ordering reimbursement of that amount to the appellant.

The City seeks to enjoy an unjustified windfall at the appellant’s expense. The equitable doctrine would be a feeble thing if it did not possess the remedial flexibility to reverse an enrichment that has been established to the satisfaction of an experienced trial judge to be manifestly unjust. I would not give effect to a defence based on the form as opposed to the substance of the contractual documents.

présente espèce est particulière. Comme l’a souligné le juge Mackenzie à l’issue du premier procès (par. 17) :

[TRADUCTION] Bref, toutes les parties se sont trompées. Quelles sont les conséquences juridiques de cet imbroglio?

Ce à quoi le juge Wilson, qui a présidé le second procès, a ajouté un peu sombrement (par. 4) :

[TRADUCTION] La demanderesse a fait fi de l’exhortation « ne mettez point votre foi dans les princes », et elle doit maintenant en subir les conséquences.

Si, à l’instar du juge de première instance, l’on reconnaît que le problème découle en l’espèce de la demande de travaux et d’améliorations auxquels la Ville n’avait pas droit, une solution possible serait de retrancher des conventions intervenues l’échange de promesses ayant fait suite à la demande *ultra vires* initiale.

Il est vrai — et nul ne s’en étonnera — que ces conventions commerciales sont complexes et ne se prêtent guère au remaniement par voie de suppression. Nous sommes cependant appelés à statuer sur une cause d’action en equity, et l’equity s’intéresse au fond et non à la forme. Rappelons que l’une des caractéristiques de la doctrine de l’enrichissement sans cause est la souplesse dans les réparations susceptibles d’être accordées. En l’espèce, les données du problème qui appelle réparation sont clairement établies. L’intimée bénéficie d’améliorations d’une valeur de 1,08 million de dollars, et il a été statué qu’elles résultaient d’exigences *ultra vires*. La réparation demandée consiste simplement à annuler le transfert de richesse injustifié en ordonnant à l’appelante de payer le prix des améliorations.

La Ville cherche à bénéficier d’un avantage injustifié aux dépens de l’appelante. La doctrine de l’enrichissement sans cause aurait bien peu d’utilité si elle n’était pas assez souple, en matière de réparations, pour permettre l’annulation d’un enrichissement qui, selon un juge de première instance expérimenté, est manifestement injuste. Je ne ferais pas droit à un moyen de défense fondé sur la forme plutôt que sur la teneur des documents contractuels.

33

34

35

(ii) Common Mistake

36

Wilson J. found as a fact that the City and the appellant had entered into their contractual arrangements on the basis of a common mistake as to the City's legal authority. He said (at para. 34):

I have already found that each of these parties believed in a set of circumstances which have now been found [in the earlier appeal] not to be true.

37

The "mistake" was the belief that the City had the authority to contract for the extra works and improvements in exchange for what was found to be an implied contractual obligation to maintain the zoning in place for a reasonable time, estimated at 10 to 12 years, to allow completion of the appellant's project. The mistake was not wholly unreasonable. The judges of this Court were divided 4 to 3 on that issue in the first PNI appeal.

38

The City now denies that it was under any such misapprehension, suggesting that it knew all along that it could not carry out what was found to be its side of the bargain, but that position was rejected on the facts by the trial judge as noted above.

39

The result, accordingly, is that the City and the appellant purported to contract with respect to the extra works and improvements under a common mistake of law as to the enforceability of their agreement. "It cannot be disputed", wrote Bacon V.C. in 1881, that "Courts of Equity have at all times relieved against honest mistakes in contracts . . . where not to correct the mistake would be to give an unconscionable advantage to either party": (*Burrow v. Scammell* (1881), 19 Ch. D. 175, at p. 182). Such a mistake undermines the juristic reason relied upon by the City, as La Forest J. pointed out in *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161, at p. 1200:

From his analysis, Dickson J. [in *Hydro Electric Commission of Nepean v. Ontario Hydro*, [1982] 1 S.C.R. 347] concluded that the judicial development of the law of restitution or unjust (or as Dickson J. noted, "unjustified") enrichment renders otiose the distinction between mistakes of fact and mistakes of law. He would

(ii) L'erreur commune

Le juge Wilson a tiré la conclusion de fait que les conventions étaient intervenues entre la Ville et l'appelante en raison d'une erreur commune quant au pouvoir légal de la Ville. Voici ce qu'il a dit (par. 34) :

[TRADUCTION] J'ai déjà conclu que chacune des parties s'était appuyée sur des faits dont l'inexactitude a été établie [dans le pourvoi antérieur].

L'« erreur » résidait dans la croyance que la Ville avait le pouvoir d'exiger par contrat des travaux et des améliorations supplémentaires en contrepartie de ce qui a été assimilé à une obligation contractuelle implicite de maintenir le zonage pendant une période raisonnable, soit de 10 à 12 ans, pour permettre le parachèvement du projet de l'appelante. L'erreur n'était pas entièrement déraisonnable, car lors du premier pourvoi, notre Cour a rendu un jugement partagé (4 juges contre 3) à ce sujet.

La Ville nie aujourd'hui s'être méprise, faisant valoir qu'elle savait dès le début qu'elle ne pouvait respecter sa part du marché. Or, au vu des faits de l'espèce, le juge de première instance a rejeté cette thèse, comme je l'ai indiqué précédemment.

Il appert donc que la Ville et l'appelante ont toutes deux conclu une convention relative aux travaux et aux améliorations supplémentaires sur le fondement d'une erreur de droit quant à son caractère exécutoire. Comme l'a écrit le vice-chancelier Bacon en 1881, [TRADUCTION] « il est indéniable que les cours d'équité ont toujours accordé réparation contre l'erreur commise de bonne foi en matière contractuelle [. . .] lorsque l'omission de la corriger aurait conféré un avantage indu à l'une ou l'autre partie » (*Burrow c. Scammell* (1881), 19 Ch. D. 175, p. 182). Pareille erreur compromet l'existence du motif juridique sur lequel s'appuie la Ville. Le juge La Forest a d'ailleurs fait remarquer dans l'arrêt *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161, p. 1200 :

Cette analyse a amené le juge Dickson [dans *Hydro Electric Commission of Nepean c. Ontario Hydro*, [1982] 1 R.C.S. 347] à conclure que, étant donné la façon dont le droit en matière de restitution ou d'enrichissement [sans cause] (ou, comme le soulignait le juge Dickson, « injustifié ») a évolué devant les tribunaux, la distinction

abolish the distinction, and would allow recovery in any case of enrichment at the plaintiff's expense provided the enrichment was caused by the mistake and the payment was not made to compromise an honest claim, subject of course to any available defences or equitable reasons for denying recovery, such as change of position or estoppel. [Emphasis added.]

See also *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1133, at p. 1157.

Southin J.A. in the Court of Appeal (at para. 24) accepted the existence of the Songhees Phase II Subdivision Servicing Agreement as a valid juristic reason to deny recovery because

there is nothing in any of this [evidence] from which one could conclude that the original transaction would have come to fruition had the [appellant] asserted it would do only what could lawfully be required of a landowner under s. 989 of the Act.

This is true, but the fact is that the City and the appellant *did* make a deal on a basis which this Court found to be *ultra vires*. The City might not have done the deal on any other basis and certainly it is clear the appellant would not have undertaken the extra works and improvements without the zoning assurances it thought it had contracted for. However, the deal was done on the basis of a common mistake of law, the extra works and improvements are in place, and the relevant question now is who is to pay for them.

Southin J.A. also accepted the City's argument that what the appellant "asserts to be the deprivation, that is to say, the extra works, was part and parcel of the consideration it gave for the benefit which it received under the agreements" (para. 25). On this view, "the benefit" was the acquisition of the 22 acres of land and approval of the subdivision plan. Such a view, with respect, is at odds with the findings of fact by the trial judge as to the "consideration" the City and the appellant had agreed upon, namely the maintenance of the zoning in place for a reasonable time to permit the completion of the

entre les erreurs de fait et les erreurs de droit ne servait plus à rien. Le juge Dickson était d'avis de l'abolir et de permettre le recouvrement dans tous les cas d'enrichissement aux dépens du demandeur, quand l'erreur avait occasionné l'enrichissement et quand le paiement n'avait pas été effectué en vue de compromettre une réclamation légitime, sous réserve évidemment des moyens de défense ou des raisons d'équité qui permettraient de refuser le recouvrement, dont par exemple un changement de situation ou une fin de non-recevoir. [Je souligne.]

Voir aussi *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1133, p. 1157.

La juge Southin de la Cour d'appel a reconnu (au par. 24) que l'existence du contrat de viabilisation des lots de la phase II constituait un motif juridique valable de refuser le recouvrement, car

[TRADUCTION] aucun élément de cette [preuve] ne permet de conclure que l'opération initiale se serait concrétisée si [l'appelante] avait affirmé qu'elle ne ferait que ce qui pouvait être légalement exigé d'un propriétaire foncier suivant l'art. 989 de la Loi.

Soit, mais il demeure que l'accord *conclu* par la Ville et l'appelante avait un fondement que notre Cour a jugé *ultra vires*. La Ville n'aurait peut-être pas conclu d'accord sur un autre fondement, et l'appelante n'aurait assurément pas entrepris les travaux et les améliorations supplémentaires sans la garantie contractuelle qu'elle pensait avoir obtenue relativement au zonage. Or, l'accord est intervenu par suite d'une erreur de droit commune, les travaux et les améliorations supplémentaires ont été réalisés et il s'agit désormais de savoir qui doit en assumer le coût.

La juge Southin a également fait sienne la thèse de la Ville selon laquelle [TRADUCTION] « l'appauvrissement allégué par l'appelante, c'est-à-dire les travaux supplémentaires, faisait partie intégrante de la contrepartie versée par elle pour obtenir l'avantage que lui conféraient les accords » (par. 25). Dans cette optique, « l'avantage » s'entendait de l'acquisition du bien-fonds de 22 acres et de l'approbation du plan de lotissement. En toute déférence, j'estime que cette interprétation va à l'encontre des conclusions de fait tirées par le juge de première instance quant à la « contrepartie » dont la Ville et

40

41

42

project. As noted earlier, the “extra” works and improvements were found to be distinct from what was lawfully required.

43 For these reasons, I conclude that the appellant has negated the contractual provisions as a juristic reason permitting the City to retain the extra works and improvements without paying for them.

(b) *Disposition of Law*

44 It is evident that the appellant’s claim must fail if the City’s retention without payment of the \$1.08 million enrichment is authorized by statute (*Peter, supra*, p. 1018; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445, at p. 476).

45 The City relies on s. 914 of the *Local Government Act* which provides that no compensation is payable to anyone for any “reduction in the value of that person’s interest in land, or for any loss or damages that result from the adoption of an official community plan or a bylaw under this Division or the issue of a permit under Division 9 of this Part”. The City argues that the loss claimed by the appellant flows from the down-zoning, and is therefore unrecoverable by reason of the statute.

46 In my view, the claim here is not based on “the adoption of an official community plan or [zoning] bylaw”. While the earlier appeal alleged that the down-zoning of the water lots breached an implied term of the contract, that claim was rejected, and the appellant’s losses flowing from the down-zoning are no longer in issue. The appellant’s cause of action for unjust enrichment was complete when it put in place the extra works and improvements in the mistaken belief that its contract with the City in respect thereto was enforceable. The mistake formed the basis of the City’s successful appeal after the first trial.

l’appelante avaient convenu, soit le maintien du zonage pendant une période raisonnable afin que le projet puisse être mené à terme. Comme je l’ai indiqué précédemment, les travaux et les améliorations « supplémentaires » ont été jugés distincts de ceux qu’exigeait la loi.

Pour ces motifs, je conclus que l’appelante a réfuté l’argument que les dispositions contractuelles constituent un motif juridique justifiant la Ville de conserver les travaux et les améliorations supplémentaires sans en payer le prix.

b) *Disposition légale*

La demande de l’appelante doit de toute évidence être rejetée si la loi autorise la Ville à conserver, sans payer quoi que ce soit, l’enrichissement de 1,08 million de dollars (*Peter*, précité, p. 1018; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445, p. 476).

La Ville invoque l’art. 914 de la *Local Government Act*, qui prévoit que nul n’a droit à une indemnité pour la [TRADUCTION] « diminution de la valeur d’un bien-fonds ou pour tout préjudice ou perte résultant de l’adoption d’un plan d’urbanisme ou d’un règlement en vertu de la présente section ou de la délivrance d’un permis en application de la section 9 de la présente partie ». La Ville prétend que la perte alléguée par l’appelante découle de la modification du zonage et, partant, qu’elle est irrécouvrable du fait de la loi.

À mon sens, l’allégation considérée en l’espèce ne s’appuie pas sur [TRADUCTION] « l’adoption d’un plan d’urbanisme ou d’un règlement [de zonage] ». Même si, dans le premier pourvoi, l’appelante a allégué que la modification du zonage des plans d’eau avait contrevenu à une clause implicite du contrat, cette prétention a été rejetée, et les pertes subies par l’appelante par suite de cette modification ne sont désormais plus en cause. Les éléments constitutifs de l’enrichissement sans cause ont été réunis une fois que l’appelante a réalisé les travaux et les améliorations supplémentaires, croyant à tort que le contrat conclu avec la Ville à cet égard était exécutoire. L’erreur a permis à la Ville d’avoir gain de cause en appel du premier procès.

The City also relies on s. 215(3) of the *Land Title Act* under which the restrictive covenant bound the appellant to do the works “notwithstanding that the instrument . . . has not been signed by the covenantee”. The City’s argument amounts to the proposition that registration allows the City to do indirectly what would be *ultra vires* if done directly, and thereby to subvert the legislative intent to limit a municipality’s authority, even as the municipality itself escapes its side of the bargain by pleading the doctrine of *ultra vires*. I would not give effect to the City’s s. 215 argument. The second trial judge, Wilson J., found, at para. 5, that the appellant’s obligations were “inextricably bound up” with the other provisions of the agreements including the City’s *ultra vires* promise to maintain in place the requisite zoning. The appellant does not deny its obligation under the restrictive covenant or the underlying agreements. Its position is that in the circumstances, the agreements, flawed as they are, cannot be relied upon by the City as a juristic reason to keep the works and improvements without paying for them. I agree with that position.

(c) *Donative Intent*

The City contends that it is common for developers to offer “sweeteners” in excess of what a municipality can demand for zoning and subdivision approvals. This is true. Each side gets what it wants and moves on. However, their deal is not based on a common mistake. And here the appellant did not get what the City undertook to give it. Mackenzie J., at the initial trial, whose findings were adopted by Wilson J. at the second trial, flatly rejected any suggestion that the appellant possessed a donative intent (at para. 29):

The characterization of park dedications and service cost expenditures as voluntary belies the reality. PNI was pursuing a business venture. It negotiated terms of purchase with BCEC and a services agreement with the City with a precise expectation of the lots it would acquire, the zoning for each lot and the extent of development thereby permitted. It made commitments pursuant

La Ville s’appuie en outre sur le par. 215(3) de la *Land Title Act*, selon lequel l’engagement de ne pas faire obligeait l’appelante à effectuer les travaux [TRADUCTION] « même [si le bénéficiaire de l’engagement n’avait] pas signé l’acte ». Cela revient à dire que l’enregistrement de l’engagement permettait à la Ville de faire indirectement ce qui, directement, aurait été *ultra vires*, et de dénaturer ainsi l’intention du législateur de limiter le pouvoir d’une municipalité, même lorsque celle-ci ne respecte pas sa part du marché en invoquant la doctrine de l’*ultra vires*. Je ne retiendrais pas l’argument de la Ville fondé sur l’art. 215. Le juge du deuxième procès, le juge Wilson, a statué au par. 5 de ses motifs que l’obligation de l’appelante était [TRADUCTION] « inextricablement liée » aux autres dispositions des accords, y compris la promesse *ultra vires* de la Ville de maintenir le zonage. L’appelante ne nie pas son obligation découlant de l’engagement de ne pas faire ou des accords sous-jacents. Elle maintient que, dans les circonstances, les accords étant entachés d’une erreur, ils ne peuvent être invoqués par la Ville comme motif juridique de conserver les travaux et les améliorations sans en payer le prix. Je suis de cet avis.

c) *Intention libérale*

La Ville fait valoir qu’il est courant qu’un promoteur immobilier offre une « rallonge » à ce que la municipalité peut exiger en échange d’une autorisation relative au zonage et au lotissement. Cela est vrai. Chacun obtient ce qu’il veut et va de l’avant. Mais leur accord ne repose pas sur une erreur commune. Et, en l’espèce, l’appelante n’a pas obtenu ce que la Ville s’était engagée à lui donner. Au premier procès, le juge Mackenzie, dont les conclusions ont été reprises par le juge Wilson lors du second procès, a catégoriquement rejeté l’idée que l’appelante ait eu une intention libérale (par. 29) :

[TRADUCTION] Qualifier de désintéressées les dépenses engagées pour l’aménagement d’espaces verts et la viabilisation fait totalement fi de la réalité. PNI exploitait une entreprise. Elle a négocié des conditions d’acquisition avec BCEC et un contrat de viabilisation avec la Ville en ayant des attentes précises quant aux lots qu’elle acquerrait, au zonage de chaque lot et à l’ampleur

to written agreements with mutual obligations that it considered enforceable. Its motives were commercial and not philanthropic.

49 The appellant did not offer a “sweetener” for something it got. It offered consideration for an implied undertaking it turned out the City was able to repudiate.

(d) *Other Valid Common Law, Equitable or Statutory Obligation*

50 Southin J.A. stated, at para. 26:

In any event, the juristic reason for what the appellant did in 1993 is that the Legislature had conferred upon it the power to do the act of downzoning. The by-law is of the same force and effect as if it had been enacted by the Legislature itself and provides a complete answer to any and all claims arising out of it.

51 With respect, this argument presupposes that the claim for unjust enrichment “arose” out of the down-zoning. However, the claim for unjust enrichment does not depend on the down-zoning. It depends on the fact that the City has obtained \$1.08 million worth of extra works and improvements at the appellant’s expense to which, after securing a court order declaring that it had no power to do what it purported to undertake to do, the City has no legitimate entitlement.

52 The City also argues that requiring it to pay for the extra works and improvements would constitute an “indirect fetter” on the exercise of its legislative power, but this is not so. The appellant has never attacked the validity of the down-zoning. The appellant no longer seeks damages for breach of contract that included loss of profits on a project it was unable to build. We are now dealing simply with the cost of extra works and improvements. The focus is not on the appellant’s loss but on the City’s enrichment. The power to down-zone in the public interest does not immunize the City against claims for unjust enrichment.

de l’aménagement qui y serait autorisé. Elle a pris des engagements par écrit dans des accords synallagmatiques qu’elle jugeait exécutoires. Ses visées étaient commerciales, et non philanthropiques.

L’appelante n’a pas offert de « rallonge » pour obtenir une chose qu’elle avait déjà. Elle l’a fait en contrepartie d’un engagement tacite que la Ville a pu en fin de compte répudier.

d) *Autres obligations valides imposées par la common law, l’équité ou la loi*

La juge Southin a tenu les propos suivants (par. 26) :

[TRADUCTION] Quoi qu’il en soit, le motif juridique pour lequel l’appelante a agi comme elle l’a fait en 1993 réside dans le pouvoir de modifier le zonage que lui avait conféré le législateur. Le règlement est tout aussi exécutoire que s’il avait été pris par le législateur lui-même et il permet de régler entièrement tout litige découlant de son application.

En toute déférence, cet argument présuppose que l’allégation d’enrichissement sans cause « découle » de la modification de zonage. Or, tel n’est pas son fondement. Elle tire sa source de l’obtention par la Ville, aux frais de l’appelante, de travaux et d’améliorations supplémentaires d’une valeur de 1,08 million de dollars auxquels elle n’a pas légitimement droit vu le jugement déclarant qu’elle n’était aucunement habilitée à faire ce qu’elle s’était engagée à faire.

La Ville prétend en outre que la contraindre à payer les travaux et les améliorations supplémentaires « entraverait indirectement » l’exercice de son pouvoir législatif. Ce n’est pas le cas. L’appelante n’a jamais contesté la validité de la modification du zonage. Elle ne demande plus de dommages-intérêts pour rupture de contrat, notamment pour le manque à gagner afférent au projet qu’elle n’a pu mener à terme. Désormais, seul le coût des travaux et des améliorations supplémentaires est en cause. L’accent est mis non pas sur la perte de l’appelante, mais bien sur l’enrichissement de la Ville. Le pouvoir de modifier le zonage dans l’intérêt public ne met pas la Ville à l’abri d’une action fondée sur l’enrichissement sans cause.

(2) Stage Two: Reasonable Expectation of the Parties and Public Policy Considerations

Under stage two of the “juristic reason” inquiry, the onus falls on the City to show that to allow the claim of unjust enrichment in this case would frustrate the reasonable expectation of the parties. It has not discharged this onus. On the contrary, Wilson J. found that neither the City nor the appellant expected the extra works and improvements to be donated. The reasonable expectation was that the works and improvements would be paid for out of the profits from those parts of the Phase II project the appellant was prevented by the City from building. The City did not expect to get the extra works and improvements for nothing, but the agreed form of consideration (guaranteed zoning) turned out to be beyond its powers. The City now owns the works, and it is consistent with the parties’ *reasonable* expectations that the appellant be reimbursed for their cost.

The City contends that the grant of an equitable remedy in this case would be bad public policy.

First, the grant of the equitable remedy would not frustrate the legislative purpose in making such zoning commitments unenforceable. In fact, the City *did* down-zone the lots in question and *was* held able to do so without having to pay damages for breach of contract. Whether or not it should pay the cost of benefits it actually demanded and received is a different question.

Second, it is not suggested that the City or the appellant made these agreements for an improper purpose. On the contrary, Mackenzie J. at the first trial considered the “interlocking agreements [to be] an innovative means of achieving the parties’ differing objectives by hinging binding obligations on each piece going into place” (para. 26). He pointed out that the exchange of contractual promises ultimately found to be *ultra vires* was designed, as stated by the City’s solicitor, “to facilitate an unusual rezoning of a large area of undeveloped and

(2) Deuxième étape : attentes raisonnables des parties et considérations d’intérêt public

À la deuxième étape de l’analyse relative à l’existence d’un « motif juridique », il incombe à la Ville de démontrer que faire droit à l’action fondée sur l’enrichissement sans cause irait à l’encontre des attentes raisonnables des parties. Elle ne l’a pas fait. Le juge Wilson a conclu au contraire que, en ce qui concerne les travaux et les améliorations supplémentaires, ni la Ville ni l’appelante ne s’attendaient à ce qu’il s’agisse d’un don. Toutes deux s’attendaient raisonnablement à ce que leur coût soit prélevé sur les profits tirés de la partie du projet de l’appelante qui n’a pu voir le jour à cause de la modification du zonage. La Ville ne s’attendait pas à ce que les travaux et les améliorations supplémentaires ne lui coûtent rien, mais il s’est avéré que la contrepartie convenue (l’assurance que le zonage serait maintenu) outrepassait ses pouvoirs. La Ville est maintenant propriétaire des infrastructures, et il est compatible avec les attentes *raisonnables* des parties qu’elle en paie le coût à l’appelante.

La Ville prétend que, en l’espèce, l’octroi d’une réparation fondée sur l’équité irait à l’encontre de l’intérêt public.

Premièrement, une telle réparation ne serait pas contraire à l’intention du législateur de rendre inexécutoire un engagement relatif au zonage. En effet, la Ville *a* modifié le zonage des lots en question et il *a été* décidé qu’elle pouvait le faire sans verser de dommages-intérêts pour rupture de contrat. C’est une autre question que de savoir si elle devrait supporter le coût des avantages qu’elle a demandés et qui lui ont été conférés.

Deuxièmement, personne ne prétend que la Ville ou l’appelante a conclu les conventions dans un dessein illégitime. Au contraire, lors du premier procès, le juge Mackenzie a estimé que les [TRADUCTION] « conventions interdépendantes offraient aux parties un moyen innovateur de réaliser leurs objectifs divergents en rattachant des obligations à chaque composante » (par. 26). Il a signalé que les engagements contractuels jugés en fin de compte *ultra vires* visaient, pour reprendre les termes employés par l’avocat de la Ville, [TRADUCTION] « à faciliter

53

54

55

56

unsubdivided land” (para. 26). No one disputes that the redevelopment, as planned, was thought to be in the overall best interest of the municipality.

57 Third, I am not persuaded that it would be good public policy to have municipalities making development commitments, then not only have them turn around and attack those commitments as illegal and beyond their own powers, but allow them to scoop a financial windfall at the expense of those who contracted with them in good faith. This is precisely the sort of unfairness that the doctrine of unjust enrichment is intended to address.

58 The City has not pointed to any other public policy that ought to preclude recovery on the facts of this case. The City insisted on the works and improvements it now owns on the Songhees lands. It should pay for the cost of their construction. Municipalities are subject to the law of unjust enrichment in the same way as other individuals and entities.

#### V. Disposition

59 I would therefore allow the appeal, set aside the decision of the British Columbia Court of Appeal, and restore the trial judgment requiring the respondent City to pay the appellant \$1.08 million. Interest will accrue on that amount at registrar’s rates from time to time commencing the 1st day of October 1993 to the date of this judgment. The appellant is entitled to its costs of the trial before Wilson J. and of the appeal from that judgment to the British Columbia Court of Appeal, and the costs of the present appeal in this Court.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Cox, Taylor, Victoria.*

*Solicitors for the respondent: Staples McDannold Stewart, Victoria.*

la modification inhabituelle du zonage d’un vaste secteur non aménagé et non loti » (par. 26). Nul ne conteste que le réaménagement projeté était censé servir au mieux l’intérêt général de la municipalité.

Troisièmement, je ne suis pas persuadé qu’il serait dans l’intérêt public qu’une municipalité prenne un engagement relatif à l’aménagement, puis non seulement s’y dérobe et le conteste au motif qu’il est illégal et outrepassé ses pouvoirs, mais profite d’un avantage financier aux dépens d’un cocontractant de bonne foi. C’est précisément à ce type d’injustice que vise à remédier la doctrine de l’enrichissement sans cause.

La Ville n’a pas invoqué d’autres considérations d’intérêt public faisant obstacle au recouvrement en l’espèce. Elle a insisté pour obtenir les travaux et les améliorations dont elle est désormais propriétaire sur les terres Songhees. Elle doit en payer le coût. L’enrichissement sans cause s’applique à une municipalité comme à toute personne physique ou morale.

#### V. Dispositif

Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler la décision de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique et de rétablir le jugement de première instance ordonnant à la ville intimée de verser 1,08 million de dollars à l’appelante. Cette somme portera intérêt aux taux établis périodiquement par le registraire à compter du 1<sup>er</sup> octobre 1993 jusqu’à la date du présent jugement. L’appelante a droit aux dépens en première instance (devant le juge Wilson) et en appel de ce jugement devant la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, ainsi qu’aux dépens du présent pourvoi devant notre Cour.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l’appelante : Cox, Taylor, Victoria.*

*Procureurs de l’intimée : Staples McDannold Stewart, Victoria.*



**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Douglas Deschamplain** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. DESCHAMPLAIN**

**Neutral citation: 2004 SCC 76.**

File No.: 29722.

2004: June 16; 2004: November 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Preliminary inquiry — Jurisdiction — Certiorari — Preliminary inquiry judge discharging accused — Whether preliminary inquiry judge failed to consider “the whole of the evidence” as prescribed by Criminal Code — If so, whether such failure constitutes jurisdictional error — Scope of review on certiorari of decision of preliminary inquiry judge to discharge accused — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 548(1)(b).*

The accused, a police officer, went to his son's school while on duty in response to allegations that his son had shown a knife to other students and made threats. He met a teacher, who gave him the knife so he could conduct a police investigation. Another officer was subsequently assigned to investigate and discovered that the accused had not made notes in his police notebook nor completed a police report about the incident nor secured the knife as an exhibit. The accused did not comply with a request to turn the knife over to the police. He was charged with possession of “a prohibited weapon, to wit a brass knuckle knife” and with obstruction of justice. At the preliminary inquiry, the teacher testified that the handle of the knife was silver in colour with brass-knuckle type four rings. He said that he had not touched the knife and indicated that by using the descriptor “brass-knuckle type” he was not suggesting that the handle was made of metal. Brass knuckles are described under the relevant regulations as

EDITOR'S NOTE: There is an order prohibiting the broadcast or the publication in a newspaper of the evidence taken at the preliminary inquiry pursuant to s. 539(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Douglas Deschamplain** *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : R. c. DESCHAMPLAIN**

**Référence neutre : 2004 CSC 76.**

N° du greffe : 29722.

2004 : 16 juin; 2004 : 19 novembre.

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

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

*Droit criminel — Enquête préliminaire — Compétence — Certiorari — Juge de l'enquête préliminaire libérant l'accusé — La juge de l'enquête préliminaire a-t-elle omis d'examiner l'ensemble de la preuve comme l'exige le Code criminel? — Dans l'affirmative, cette omission constitue-t-elle une erreur de compétence? — Portée de la révision par voie de certiorari de la décision de la juge de l'enquête préliminaire de libérer l'accusé — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 548(1)b).*

L'accusé, un policier qui était alors de service, s'est rendu à l'école de son fils à la suite d'allégations que son fils avait exhibé un couteau aux autres élèves et proféré des menaces. Il a rencontré un enseignant qui lui a remis le couteau pour qu'il puisse mener l'enquête nécessaire. L'enquête a, par la suite, été confiée à un autre policier, qui s'est rendu compte que l'accusé n'avait rien consigné dans son carnet ni rédigé de rapport de police au sujet de l'incident et qu'il n'avait pas non plus déposé le couteau dans un lieu sûr en tant que pièce à conviction. L'accusé ne s'est pas conformé à une demande de remettre le couteau à la police. Il a été accusé de possession d'« une arme prohibée, à savoir un couteau de type coup-de-poing américain » et d'entrave à la justice. À l'enquête préliminaire, l'enseignant a affirmé que le manche du couteau était de couleur argent et comportait quatre anneaux de type coup-de-poing américain. Il a précisé qu'il n'avait jamais touché au couteau et a ajouté qu'en utilisant

NOTE DE L'ARRÊTISTE : Une ordonnance fondée sur le par. 539(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, interdit de publier dans un journal ou de révéler dans une émission la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire.

consisting of a band of metal with one or more finger holes designed to fit over the fingers of the hand. The preliminary inquiry judge held that the Crown had failed to adduce any evidence that the handle of the knife was made of metal. She discharged the accused on the prohibited weapon charge because an essential element of the offence had not been made out and she held that a discharge on the count of obstruction of justice resulted as a matter of course. The Crown successfully applied for *certiorari* and the reviewing judge set aside the discharge order. The Court of Appeal restored the order. It was prepared to assume that the preliminary inquiry judge had erred in failing to consider the whole of the evidence but held that such an error amounts to an error in assessing the sufficiency of the evidence, an error that was within the jurisdiction of the preliminary inquiry judge and was thus not reviewable on *certiorari*.

*Held* (Binnie, LeBel and Fish JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The discharge order should be set aside and the matter remitted to the preliminary inquiry judge.

*Per* McLachlin C.J. and Major, Bastarache and Deschamps JJ.: A preliminary inquiry judge commits a jurisdictional error if he or she fails to consider “the whole of the evidence”, as prescribed by s. 548(1)(b) of the *Criminal Code*, before discharging an accused. The judge must obey mandatory statutory jurisdictional prescriptions, or risks intervention by a reviewing court on *certiorari*. Here, the preliminary inquiry judge failed to fulfill her obligations under s. 548(1)(b). On the count of possession of a prohibited weapon, her finding that there was no evidence that the handle of the knife was made of metal is unsupported by the record. Silence in the reasons alone may not necessarily be sufficient to justify intervention, however, on the main issue of the case, she mentioned only the teacher’s testimony and his description of the knife and did not refer to the considerable body of circumstantial evidence. Her finding that the count of obstruction of justice “fail[ed] as a matter of course” also amounted to a non-assessment of the circumstantial evidence since, in the performance of his duties, the accused was expected to secure any evidence and to document and report the complaint so that another investigator could be assigned. By failing to consider the whole of the evidence before discharging the accused, the preliminary inquiry judge committed a jurisdictional error on both counts. Although a preliminary inquiry judge is not required to give extensive

l’expression « de type coup-de-poing américain » (« *brass-knuckle type* ») il ne voulait pas suggérer que le manche était en métal. Selon la description qu’en donne le règlement pertinent, le coup-de-poing américain consiste en une armature métallique trouée dans laquelle on enfle les doigts. La juge de l’enquête préliminaire a conclu que le ministère public n’avait pas prouvé que le manche du couteau était en métal. Elle a libéré l’accusé relativement à l’accusation de possession d’une arme prohibée pour le motif que l’existence d’un élément constitutif de l’infraction n’avait pas été établie, et a conclu qu’elle devait alors libérer l’accusé relativement à l’accusation d’entrave à la justice. Le ministère public a demandé et obtenu un *certiorari*, et la juge ayant examiné la demande a annulé l’ordonnance de libération. La Cour d’appel a rétabli l’ordonnance. Elle était prête à supposer que la juge de l’enquête préliminaire avait omis d’examiner l’ensemble de la preuve, mais elle a conclu que cette omission constituait une erreur quant au caractère suffisant de la preuve qui, puisqu’elle se situait à l’intérieur de la compétence de la juge de l’enquête préliminaire, n’était pas susceptible de révision par voie de *certiorari*.

*Arrêt* (les juges Binnie, LeBel et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. L’ordonnance de libération est annulée et l’affaire est renvoyée devant la juge de l’enquête préliminaire.

La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache et Deschamps : Le juge d’une enquête préliminaire commet une erreur de compétence s’il omet de se conformer à l’obligation — prévue à l’al. 548(1)(b) du *Code criminel* — d’examiner l’ensemble de la preuve avant de libérer un accusé. Le juge doit obéir aux dispositions impératives en matière de compétence ou s’exposer à l’intervention d’une cour qui procédera à une révision par voie de *certiorari*. En l’espèce, la juge de l’enquête préliminaire n’a pas rempli les obligations qui lui incombaient en vertu de l’al. 548(1)(b). En ce qui concerne l’accusation de possession d’une arme prohibée, le dossier n’étaye pas sa conclusion à l’absence de preuve que le manche du couteau était en métal. À elle seule, l’absence de mention dans les motifs ne suffit pas nécessairement pour justifier une intervention. Cependant, en ce qui concerne la principale question en litige dans la présente affaire, elle n’a mentionné que le témoignage de l’enseignant et sa description du couteau, sans faire état de l’abondante preuve circonstancielle. Sa conclusion que l’accusation d’entrave à la justice « tomb[ait] automatiquement » correspondait également à une omission d’apprécier la preuve circonstancielle, étant donné qu’on s’attendait à ce que, dans l’exercice de ses fonctions, l’accusé recueille des éléments de preuve et documente et consigne la plainte pour qu’un autre enquêteur puisse être désigné. La juge de l’enquête préliminaire a commis une

reasons, there must be some indication that the mandatory requirement of s. 548(1)(b) has been complied with, and the failure to give such an indication results in a loss of jurisdiction. A decision as to the sufficiency of evidence is beyond review by *certiorari* only when it was made by a preliminary inquiry judge who was acting within his or her jurisdiction, pursuant to the mandatory provisions of s. 548.

*Per Binnie J. (dissenting):* The preliminary inquiry judge did not commit a jurisdictional error. There is no reason to believe in this case that she failed to consider “the whole of the evidence”. Although the judge did not mention the circumstantial evidence in her reasons, what is required is that her reasons indicate she understood the nature of the case so that the parties recognize that the case they argued was the one decided. The teacher’s evidence was the focus of the arguments of both the Crown and the defence, and the main issue was whether the knife was made of metal. Inferences from the subsequent conduct of the accused were secondary. A preliminary hearing judge ought not to be reversed simply because the reasons do not advert to all of the secondary or collateral circumstances that the Crown now say had a bearing on the main issue. The Crown did not demonstrate that the preliminary inquiry judge likely overlooked the circumstantial evidence.

*Per LeBel J. (dissenting):* The preliminary inquiry judge did not commit a jurisdictional error. In the circumstances of this case, the Crown did not establish that she failed to consider the whole of the evidence.

*Per Fish J. (dissenting):* The preliminary inquiry justice’s omission to mention explicitly in her reasons certain elements of circumstantial evidence or to include a generalized assertion that she had considered all of the evidence does not indicate that she in fact failed to consider all of the evidence before discharging the accused. First, it cannot be assumed from the justice’s silence that she did not consider the circumstantial evidence. It is more plausible to infer that she simply found that the evidence she did not mention had no significant probative value, since it could not support a rational conclusion that the handle of the knife was made of metal — the critical issue in the case. Even if she was mistaken, her error would relate to the sufficiency of the evidence and would

erreur de compétence à l’égard des deux chefs d’accusation en libérant l’accusé sans avoir examiné l’ensemble de la preuve. Même s’il n’est pas tenu d’exposer en détail les motifs de sa décision, le juge d’une enquête préliminaire doit, dans une certaine mesure, indiquer que l’obligation impérative de l’al. 548(1)(b) a été respectée, et l’omission de le faire entraîne une perte de compétence. Une décision sur le caractère suffisant de la preuve n’échappe à la révision par voie de *certiorari* que si le juge de l’enquête préliminaire agissait dans les limites de sa compétence lorsqu’il l’a prise, conformément aux dispositions impératives de l’art. 548.

*Le juge Binnie (dissent) :* La juge de l’enquête préliminaire n’a commis aucune erreur de compétence. Il n’y a, en l’espèce, aucune raison de croire qu’elle n’a pas examiné l’ensemble de la preuve. Bien que la juge n’ait pas mentionné la preuve circonstancielle dans ses motifs, il faut que ses motifs expliquent sa compréhension de l’affaire, de manière à ce que les parties reconnaissent que l’affaire qu’ils ont plaidée est celle qui a été tranchée. La preuve de l’enseignant était l’objet de l’argumentation à la fois du ministère public et de la défense, et la principale question était de savoir si le couteau était en métal. Les inférences découlant de la conduite subséquente de l’accusé revêtaient une importance secondaire. Il ne convient pas d’infirmar la décision du juge d’une enquête préliminaire simplement parce que ses motifs ne font aucunement état de toutes les circonstances secondaires ou accessoires qui, d’après ce qu’affirme maintenant le ministère public, avaient une incidence sur la question principale. Le ministère public n’a pas démontré que la juge de l’enquête préliminaire a vraisemblablement omis de tenir compte de la preuve circonstancielle.

*Le juge LeBel (dissent) :* La juge de l’enquête préliminaire n’a commis aucune erreur de compétence. Dans les circonstances de la présente affaire, le ministère public n’a pas établi qu’elle a omis d’examiner l’ensemble de la preuve.

*Le juge Fish (dissent) :* L’omission de la juge de l’enquête préliminaire de mentionner explicitement, dans ses motifs, certains éléments de preuve circonstancielle ou d’inclure une affirmation générale qu’elle a examiné tous les autres éléments de preuve n’indique pas qu’elle a décidé de libérer l’accusé sans avoir préalablement examiné l’ensemble de la preuve. Premièrement, on ne saurait déduire de son silence qu’elle n’a pas examiné la preuve circonstancielle. Il est plus plausible d’inférer qu’elle a simplement estimé que les éléments de preuve qu’elle n’a pas mentionnés n’avaient aucune valeur probante, étant donné qu’ils ne permettaient pas de conclure rationnellement que le manche du couteau était en métal — la question cruciale en l’espèce. Même si la juge avait commis

not constitute a jurisdictional error giving rise to *certiorari*. Second, there is some indication in her reasons that she did assess the circumstantial evidence. While the preliminary inquiry justice focussed her attention on the teacher's evidence, she also adverted to the Crown's submissions regarding reasonable inferences that could be drawn from the record. Third, since the Crown, in its submissions relating to the composition of the weapon, referred the justice exclusively to the teacher's testimony — its strongest and most significant evidence — it is not surprising that the justice did the same in her reasons. Fourth, the inquiry was neither disjointed nor hurried and the disposition was not reached precipitously or without reflection. In their submissions, both counsel drew the justice's attention to the circumstantial evidence, including the accused's "subsequent conduct". A reviewing court should not assume that the evidence vanished overnight from the justice's realm of contemplation. This is especially so where the justice amply demonstrated that she understood and considered all of the relevant issues. She was also perfectly aware of the limited nature of her task and of the test she was to apply in discharging it. There is no basis to assume that the preliminary inquiry justice did not apply the principles she had so carefully set out.

### Cases Cited

By Major J.

**Referred to:** *R. v. Sazant*, [2004] 3 S.C.R. 635, 2004 SCC 77; *Forsythe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 268; *Dubois v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 366; *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286; *R. v. Arcuri*, [2001] 2 S.C.R. 828, 2001 SCC 54; *R. v. Russell*, [2001] 2 S.C.R. 804, 2001 SCC 53; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93; *Macdonald v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 665; *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26.

By Binnie J. (dissenting)

*R. v. Sazant*, [2004] 3 S.C.R. 635, 2004 SCC 77; *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26; *R. v. Braich*, [2002] 1 S.C.R. 903, 2002 SCC 27.

By LeBel J. (dissenting)

*R. v. Sazant*, [2004] 3 S.C.R. 635, 2004 SCC 77.

By Fish J. (dissenting)

*Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93; *Forsythe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 268; *R. v. Russell*, [2001] 2

une erreur, cette erreur aurait trait au caractère suffisant de la preuve et ne serait pas une erreur de compétence donnant ouverture au *certiorari*. Deuxièmement, il ressort jusqu'à un certain point de ses motifs qu'elle a apprécié la preuve circonstancielle. Bien qu'elle se soit concentrée sur le témoignage de l'enseignant, la juge de l'enquête préliminaire s'est aussi référée aux arguments du ministère public concernant ce qui pouvait être raisonnablement inféré du dossier. Troisièmement, étant donné que le ministère public lui avait mentionné exclusivement le témoignage de l'enseignant — son élément de preuve le plus solide et important — dans son argumentation relative à la composition de l'arme, il n'est pas étonnant que la juge ait fait la même chose dans ses motifs. Quatrièmement, l'enquête préliminaire n'a été ni mal coordonnée ni bâclée, et la décision n'a pas été rendue à la hâte ou sans réfléchir. Dans leurs plaidoiries, les deux avocats ont attiré l'attention de la juge sur la preuve circonstancielle, dont la « conduite subséquente » de l'accusé. Une cour de révision ne doit pas présumer que la juge a, du jour au lendemain, perdu de vue cette preuve. Cela est d'autant plus vrai dans le cas où la juge a démontré amplement qu'elle avait compris et examiné toutes les questions pertinentes. Elle connaissait aussi parfaitement la nature limitée de son rôle et le critère qu'elle devait appliquer en le remplissant. Rien ne me permet de présumer que la juge de l'enquête préliminaire n'a pas appliqué les principes qu'elle avait si soigneusement exposés.

### Jurisprudence

Citée par le juge Major

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Sazant*, [2004] 3 R.C.S. 635, 2004 CSC 77; *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268; *Dubois c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 366; *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286; *R. c. Arcuri*, [2001] 2 R.C.S. 828, 2001 CSC 54; *R. c. Russell*, [2001] 2 R.C.S. 804, 2001 CSC 53; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93; *Macdonald c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 665; *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26.

Citée par le juge Binnie (dissident)

*R. c. Sazant*, [2004] 3 R.C.S. 635, 2004 CSC 77; *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26; *R. c. Braich*, [2002] 1 R.C.S. 903, 2002 CSC 27.

Citée par le juge LeBel (dissident)

*R. c. Sazant*, [2004] 3 R.C.S. 635, 2004 CSC 77.

Citée par le juge Fish (dissident)

*Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93; *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268; *R. c. Russell*, [2001] 2

S.C.R. 804, 2001 SCC 53; *Dubois v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 366; *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597; *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286; *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26; *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 84(1), 91(2), 139(2), 548(1) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.)], s. 101(1), 675, 676, 691, 693.

*Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15, s. 42.

*Regulations Prescribing Certain Firearms and other Weapons, Components and Parts of Weapons, Accessories, Cartridge Magazines, Ammunition and Projectiles as Prohibited or Restricted*, SOR/98-462, s. 4, Part 3, s. 15.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2003), 173 C.C.C. (3d) 130, 168 O.A.C. 389, [2003] O.J. No. 570 (QL), reversing a decision of the Superior Court of Justice setting aside a preliminary inquiry judge's order discharging an accused. Appeal allowed, Binnie, LeBel and Fish JJ. dissenting.

*Jennifer Woollcombe*, for the appellant.

*Michael W. Lacy*, for the respondent.

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

MAJOR J. —

#### I. Introduction

This appeal, like its companion case, *R. v. Szant*, [2004] 3 S.C.R. 635, 2004 SCC 77, concerns the scope of review on *certiorari* of the decision of a preliminary inquiry judge to discharge an accused. The issue raised in this appeal is whether the failure of a preliminary inquiry judge to consider “the whole of the evidence” as prescribed by s. 548(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, before discharging an accused, constitutes a jurisdictional error. The Ontario Court of Appeal held that such an error falls within the jurisdiction of the preliminary inquiry judge and is therefore immune from review. With respect, I do not agree. A preliminary inquiry judge who fails to meet the statutory obligations

R.C.S. 804, 2001 CSC 53; *Dubois c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 366; *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597; *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286; *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26; *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 84(1), 91(2), 139(2), 548(1) [abr. & rempl. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.)], art. 101(1)], 675, 676, 691, 693.

*Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, ch. P.15, art. 42.

*Règlement désignant des armes à feu, armes, éléments ou pièces d'armes, accessoires, chargeurs, munitions et projectiles comme étant prohibés ou à autorisation restreinte*, DORS/98-462, art. 4, partie 3, art. 15.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2003), 173 C.C.C. (3d) 130, 168 O.A.C. 389, [2003] O.J. No. 570 (QL), qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure de justice annulant l'ordonnance de la juge d'une enquête préliminaire libérant l'accusé. Pourvoi accueilli, les juges Binnie, LeBel et Fish sont dissidents.

*Jennifer Woollcombe*, pour l'appelante.

*Michael W. Lacy*, pour l'intimé.

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

LE JUGE MAJOR —

#### I. Introduction

Le présent pourvoi et le pourvoi connexe, *R. c. Szant*, [2004] 3 R.C.S. 635, 2004 CSC 77, concernent la portée de la révision par voie de *certiorari* de la décision du juge d'une enquête préliminaire de libérer un accusé. En l'espèce, il s'agit de décider si l'omission du juge d'une enquête préliminaire de se conformer à l'obligation — prévue à l'al. 548(1)(b) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 — d'examiner l'ensemble de la preuve avant de libérer un accusé constitue une erreur de compétence. La Cour d'appel de l'Ontario a statué qu'une telle erreur se situe à l'intérieur de la compétence du juge de l'enquête préliminaire et que, par conséquent, elle échappe à toute révision. En toute déférence, je ne suis pas

imposed by Parliament acts in excess of his or her jurisdiction and risks the intervention of a reviewing court. For the reasons that follow, I would allow the appeal.

## II. Facts

2 On May 24, 2000, the respondent, a member of the Ontario Provincial Police, attended an elementary school with another police officer, Constable Renault. Both officers were in uniform and on duty. The respondent's wife had arrived earlier to search for a knife that she believed was in their son's possession. Her actions were prompted by the alarming notes she found at home written by him. She called the respondent from the school. There were allegations that their son had shown a knife to other students and made threats. The knife was found in a box in another student's desk and given to Guy Campeau, a teacher, who decided that the police should be contacted.

3 The respondent met with his wife, their son and Mr. Campeau, in the principal's office. Constable Renault remained in the outer office with the secretary. The respondent told Mr. Campeau that the knife had been recently bought at a flea market for whittling wood and that he had warned his son not to take it to school. Mr. Campeau suggested that the respondent's son be sent home and that the principal, David Parks, who was away that day, would decide the length of the suspension.

4 Given the seriousness of the situation, Mr. Campeau asked the respondent about the procedure for laying criminal charges. The respondent told him that it was the responsibility of the police. He also asked the respondent whether he was there as a father or police officer, and the respondent replied that he was there as a concerned father and as a police officer. Mr. Campeau decided that as a police officer, the respondent should have the knife in order to conduct the investigation, and gave it to him. The respondent, accompanied by Constable Renault, then drove his wife and son home.

d'accord. Lorsqu'il ne respecte pas les obligations que lui impose le législateur, le juge de l'enquête préliminaire outrepassa sa compétence et s'expose à l'intervention d'une cour de révision. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

## II. Les faits

Le 24 mai 2000, l'intimé, membre de la Police provinciale de l'Ontario, s'est rendu dans une école primaire en compagnie d'un autre policier, l'agente Renault. Les deux policiers étaient de service et portaient leur uniforme. L'épouse de l'intimé, alors à la recherche d'un couteau qu'elle croyait être en la possession de leur fils, s'y trouvait déjà. Elle s'était rendue à l'école après avoir découvert à la maison une note inquiétante de ce dernier. Elle avait alors appelé l'intimé de l'école. On reprochait à leur fils d'avoir exhibé un couteau aux autres élèves et d'avoir proféré des menaces. Découvert dans une boîte placée dans le pupitre d'un autre élève, le couteau a été remis à un enseignant, M. Guy Campeau. Celui-ci a décidé de communiquer avec la police.

L'intimé a rencontré son épouse, son fils et M. Campeau dans le bureau du directeur. L'agente Renault est restée dans l'antichambre avec la secrétaire. L'intimé a expliqué à M. Campeau que le couteau, acheté récemment dans un marché aux puces, devait servir à tailler le bois, et qu'il avait interdit à son fils de l'emporter à l'école. Monsieur Campeau a proposé que le garçon soit renvoyé à la maison et que le directeur, M. David Parks, absent ce jour-là, décide de la durée de sa suspension.

En raison de la gravité de la situation, M. Campeau a interrogé l'intimé sur la procédure à suivre pour porter des accusations criminelles. L'intimé lui a répondu que c'était l'affaire de la police. Monsieur Campeau lui a aussi demandé s'il était là en tant que père ou en qualité de policier. L'intimé lui a alors répondu qu'il se trouvait sur les lieux à la fois comme père intéressé et comme policier. Monsieur Campeau a jugé que le couteau devrait être confié à l'intimé pour mener l'enquête nécessaire, et il le lui a remis. En compagnie de l'agente Renault, l'intimé a ensuite ramené son épouse et son fils à la maison.

On May 25, 2000, Mr. Parks, the principal, dissatisfied with how the matter had been handled the previous day, contacted the police and requested that another officer investigate the incident. Detective Sergeant Lalonde was assigned to the case and when he spoke to the respondent that night, he asked him what sort of knife was involved. The respondent replied that it was a small jackknife. Mr. Campeau had looked at the knife in the box after removing the lid but never touched it. He testified at the preliminary inquiry that the handle and the grip area of the knife were silver in colour with “brass-knuckle type four rings that you would put your fingers through to hold on to the handle”. Mr. Campeau did not say in direct examination that the handle was made of metal and in cross-examination clarified that by using the descriptor “brass-knuckle type”, he was not suggesting that the handle was made of brass.

Detective Sergeant Lalonde discovered that the respondent had not made any notes in his police notebook, completed a police report about the incident or secured the knife as an exhibit. The respondent never complied with a subsequent request to turn the knife over to the police.

On June 22, 2000, the respondent was charged with two *Criminal Code* offences: possession of a prohibited weapon contrary to s. 91(2) and obstruction of justice contrary to s. 139(2).

### III. Judicial History

#### A. *Ontario Court of Justice*

A preliminary inquiry was commenced before Serré J. of the Ontario Court of Justice on April 17, 2001. Three witnesses testified for the Crown: Guy Campeau, Detective Sergeant Lalonde, and Constable Renauld. The matter was adjourned to May 30, 2001, when counsel made their submissions on committal. Serré J. rendered her decision the following day, and discharged the respondent on both counts. As a prohibited weapon, “brass

Le 25 mai 2000, mécontent de la façon dont le problème avait été réglé la veille, le directeur, M. Parks, a communiqué avec la police et a demandé qu’un autre policier soit chargé de l’enquête. Le dossier a été confié au sergent-détective Lalonde qui, en discutant avec l’intimé ce soir-là, lui a demandé quel genre de couteau était en cause. L’intimé lui a répondu qu’il s’agissait d’un petit couteau de poche. Sans jamais y toucher, M. Campeau avait examiné le couteau dans la boîte dont il avait retiré le couvercle. À l’enquête préliminaire, il a témoigné que le manche du couteau était de couleur argent et [TRADUCTION] « comportait quatre anneaux de type coup-de-poing américain dans lesquels vous enfiler les doigts pour tenir le manche ». Lors de l’interrogatoire principal, M. Campeau n’a pas précisé que le manche était en métal. Au cours du contre-interrogatoire, il a ajouté qu’en utilisant l’expression « de type coup-de-poing américain » (« *brass-knuckle type* ») il ne voulait pas suggérer que le manche était en laiton.

Le sergent-détective Lalonde s’est rendu compte que le policier intimé n’avait rien consigné dans son carnet, qu’il n’avait pas rédigé de rapport de police concernant l’incident et qu’il n’avait pas non plus déposé le couteau dans un lieu sûr en tant que pièce à conviction. L’intimé ne s’est jamais conformé à une demande subséquente de remettre le couteau à la police.

Le 22 juin 2000, l’intimé a été accusé de deux infractions au *Code criminel* : celles de possession d’une arme prohibée et d’entrave à la justice prévues respectivement aux par. 91(2) et 139(2).

### III. Historique des procédures judiciaires

#### A. *Cour de justice de l’Ontario*

L’ouverture de l’enquête préliminaire a eu lieu, le 17 avril 2001, devant la juge Serré de la Cour de justice de l’Ontario. Trois personnes ont témoigné pour le ministère public : M. Guy Campeau, le sergent-détective Lalonde et l’agente Renauld. L’affaire a été ajournée au 30 mai 2001, date à laquelle les avocats ont présenté leur argumentation au sujet du renvoi à procès. Le lendemain, la juge Serré a rendu sa décision et libéré l’intimé à l’égard

5

6

7

8

knuckles” are described in the *Regulations Prescribing Certain Firearms and other Weapons, Components and Parts of Weapons, Accessories, Cartridge Magazines, Ammunition and Projectiles as Prohibited or Restricted*, SOR/98-462, Part 3, s. 15, as “consisting of a band of metal with one or more finger holes designed to fit over the fingers of the hand”. In the view of Serré J., on the strength of Mr. Campeau’s testimony alone, the Crown had failed to adduce any evidence that the handle of the knife was made of metal, and therefore an essential element of the prohibited weapon charge was not met. She concluded that a discharge under the second count, obstruction of justice, resulted as a matter of course. Serré J. made no reference to the circumstantial evidence including the evidence presented by the other witnesses.

#### B. *Superior Court of Justice*

9 The Crown brought an application in the Ontario Superior Court seeking an order in lieu of *certiorari* quashing the discharge order. The reviewing judge, Gauthier J., concluded that Serré J. had exceeded her jurisdiction by failing to commit on the first count despite direct evidence and by failing to consider the sufficiency of the circumstantial evidence with respect to both counts. She set aside the discharge order and remitted the matter back to Serré J. to commit the respondent on the first count and to consider the whole of the evidence with respect to the second.

#### C. *Ontario Court of Appeal* (2003), 173 C.C.C. (3d) 130

10 The Ontario Court of Appeal reversed the reviewing judge’s decision and restored the discharge order. Laskin J.A. (Morden and Feldman J.J.A. concurring) noted that the Crown had rightly conceded that there was no direct evidence adduced at the preliminary inquiry that any part of the knife handle attaching to the four finger rings

des deux chefs d’accusation. Selon la description qu’en donne l’art. 15 de la partie 3 du *Règlement désignant des armes à feu, armes, éléments ou pièces d’armes, accessoires, chargeurs, munitions et projectiles comme étant prohibés ou à autorisation restreinte*, DORS/98-462, l’arme prohibée qu’est le « coup-de-poing américain » « consist[e] en une armature métallique trouée dans laquelle on enfile les doigts ». Sur la foi du seul témoignage de M. Campeau, la juge Serré a estimé que, puisqu’il n’avait pas prouvé que le manche du couteau était en métal, le ministère public n’avait pas établi l’existence d’un élément essentiel de l’accusation de possession d’une arme prohibée. Elle a conclu qu’elle devait alors libérer l’accusé relativement au deuxième chef d’accusation, celui d’entrave à la justice. À ce moment, la juge Serré n’a pas mentionné la preuve circonstancielle, notamment les autres témoignages.

#### B. *Cour supérieure de justice*

Le ministère public a présenté à la Cour supérieure de l’Ontario une demande d’ordonnance tenant lieu de *certiorari* pour obtenir l’annulation de la libération de l’accusé. Après avoir examiné la demande de révision, la juge Gauthier a conclu que la juge Serré avait outrepassé sa compétence en n’ordonnant pas le renvoi à procès relativement au premier chef d’accusation malgré l’existence d’une preuve directe, et en omettant de tenir compte du caractère suffisant de la preuve circonstancielle à l’égard des deux chefs d’accusation. Elle a annulé l’ordonnance de libération et retourné le dossier à la juge Serré pour qu’elle renvoie l’intimé à son procès relativement au premier chef d’accusation et qu’elle examine l’ensemble de la preuve quant au second chef.

#### C. *Cour d’appel de l’Ontario* (2003), 173 C.C.C. (3d) 130

La Cour d’appel de l’Ontario a infirmé la décision de la juge saisie de la demande de révision et a rétabli l’ordonnance de libération. Le juge Laskin (avec l’appui des juges Morden et Feldman) a fait remarquer que le ministère public avait concédé à juste titre que l’on n’avait présenté, à l’enquête préliminaire, aucune preuve directe qu’une partie



was made of metal. In fact, the evidence proffered on this element was entirely circumstantial. Laskin J.A. was prepared to assume that on the whole of the evidence, a reasonable and properly instructed jury could conclude that the knife was a prohibited weapon. However, he held that a failure to consider all of the evidence constitutes an error in assessing the sufficiency of the evidence, and since such an error falls within the jurisdiction of the preliminary inquiry judge, it is not reviewable.

du manche du couteau fixé aux quatre anneaux était en métal. En fait, la preuve présentée à cet égard restait entièrement circonstancielle. Le juge Laskin était prêt à supposer qu'un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées pourrait conclure de l'ensemble de la preuve que le couteau était une arme prohibée. Il a cependant conclu que l'omission d'examiner tous les éléments de preuve pour déterminer si la preuve est suffisante constitue une erreur. Cependant, puisqu'elle se situe à l'intérieur de la compétence du juge de l'enquête préliminaire, cette erreur n'est pas susceptible de révision.

**IV. Relevant Statutory Provisions**

**IV. Dispositions législatives pertinentes**

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46

11

**548.** (1) When all the evidence has been taken by the justice, he shall

**548.** (1) Lorsque le juge de paix a recueilli tous les témoignages, il doit :

(a) if in his opinion there is sufficient evidence to put the accused on trial for the offence charged or any other indictable offence in respect of the same transaction, order the accused to stand trial; or

a) renvoyer l'accusé pour qu'il subisse son procès, si à son avis la preuve à l'égard de l'infraction dont il est accusé ou de tout autre acte criminel qui découle de la même affaire est suffisante;

(b) discharge the accused, if in his opinion on the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial for the offence charged or any other indictable offence in respect of the same transaction.

b) libérer l'accusé, si à son avis la preuve à l'égard de l'infraction dont il est accusé ou de tout autre acte criminel qui découle de la même affaire n'est pas suffisante pour qu'il subisse un procès.

*Regulations Prescribing Certain Firearms and other Weapons, Components and Parts of Weapons, Accessories, Cartridge Magazines, Ammunition and Projectiles as Prohibited or Restricted*, SOR/98-462

*Règlement désignant des armes à feu, armes, éléments ou pièces d'armes, accessoires, chargeurs, munitions et projectiles comme étant prohibés ou à autorisation restreinte*, DORS/98-462

**4.** The weapons listed in Part 3 of the schedule are prohibited weapons for the purposes of paragraph (b) of the definition "prohibited weapon" in subsection 84(1) of the *Criminal Code*.

**4.** Les armes énumérées à la partie 3 de l'annexe sont désignées des armes prohibées pour l'application de l'alinéa b) de la définition de « arme prohibée » au paragraphe 84(1) du *Code criminel*.

. . .

. . .

PART 3

PARTIE 3

. . .

. . .

**15.** The device known as "Brass Knuckles" and any similar device consisting of a band of metal with one or more finger holes designed to fit over the fingers of the hand.

**15.** L'instrument communément appelé « coup-de-poing américain » et autre instrument semblable consistant en une armature métallique trouée dans laquelle on enfle les doigts.

V. AnalysisA. Jurisdiction

12 There is no dispute that the jurisdiction of a preliminary inquiry judge is statutory and not inherent. In *Forsythe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 268, Laskin C.J. acknowledged that there are few situations in which a preliminary inquiry judge can lose jurisdiction, but noted, at pp. 271-72, that “jurisdiction will be lost by a magistrate who fails to observe a mandatory provision of the *Criminal Code*”. He went on to say that the judge presiding at a preliminary inquiry “has the obligation to obey the jurisdictional prescriptions of s. 475 [now s. 548] of the *Criminal Code*”.

13 In *Dubois v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 366, Estey J. affirmed, at p. 377:

Jurisdictional error is committed where “mandatory provisions” of the *Criminal Code* are not followed, and in the context of s. 475 [now s. 548], this means at least that there must be some basis in the evidence proffered for the justice’s decision to commit.

14 In the decision under review, Laskin J.A. held that it is not a jurisdictional requirement of s. 548(1)(b) that the preliminary inquiry judge consider “the whole of the evidence”. He stated, at para. 37, that he reached this conclusion because

to accept that a failure to consider “the whole of the evidence” is a jurisdictional error risks turning virtually every error of law into a jurisdictional error. This would be contrary to numerous authorities, including *Dubois*, which have held that many errors of law are not jurisdictional. Indeed, the mere failure to consider relevant evidence has been held by the Supreme Court of Canada not even to amount to an error of law: see *R. v. Morin* (1992). . . .

15 With respect, Laskin J.A. appears to have taken the reasoning of this Court in *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286, out of context. *Morin* was not a preliminary inquiry, but a trial. At p. 297, Sopinka J., for the Court, held that there was no basis for concluding that the trial judge had failed to consider the totality

V. AnalyseA. Compétence

Personne ne conteste ni l’origine législative ni l’absence de caractère inhérent de la compétence du juge chargé de présider une enquête préliminaire. Dans l’arrêt *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268, le juge en chef Laskin a reconnu qu’il existe peu de cas où le juge qui préside une enquête préliminaire peut perdre sa compétence. Il a toutefois signalé, à la p. 271, qu’« un magistrat perdra compétence s’il omet de se conformer à une disposition impérative du *Code criminel* ». Il a ajouté, à la p. 272, que le juge qui préside une enquête préliminaire « doit obéir aux dispositions relatives à la compétence de l’art. 475 [devenu l’art. 548] du *Code criminel* ».

Dans l’arrêt *Dubois c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 366, p. 377, le juge Estey a affirmé ce qui suit :

Il y a erreur de compétence lorsque des « dispositions impératives » du *Code criminel* ne sont pas suivies et, dans le contexte de l’art. 475 [devenu l’art. 548], cela signifie au moins que la décision du juge de renvoyer à procès doit dans une certaine mesure être fondée sur la preuve présentée.

Dans la décision qui nous occupe, le juge Laskin a décidé que l’al. 548(1)(b) n’exige pas, sur le plan de la compétence, que le juge de l’enquête préliminaire examine l’ensemble de la preuve. Au paragraphe 37, il a affirmé conclure ainsi parce que

[TRADUCTION] accepter que l’omission d’examiner l’ensemble de la preuve constitue une erreur de compétence risque pour ainsi dire de faire de chaque erreur de droit une erreur de compétence. Cela irait à l’encontre de la jurisprudence abondante, dont l’arrêt *Dubois*, selon laquelle bien des erreurs de droit ne sont pas des erreurs de compétence. En fait, la Cour suprême du Canada a jugé que la simple omission d’examiner un élément de preuve pertinent ne peut même pas être une erreur de droit : voir *R. c. Morin* (1992). . .

En toute déférence, le juge Laskin paraît avoir utilisé hors de son contexte le raisonnement de notre Cour dans l’affaire *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286. Celle-ci concernait, en effet, non pas une enquête préliminaire, mais un procès. À la page 297, le juge Sopinka a décidé, au nom de la Cour, que rien ne

of the evidence in reaching the verdict. While it is open to the trial judge to assess the quality, credibility and reliability of evidence, a preliminary inquiry judge is prohibited from making such findings: see *R. v. Arcuri*, [2001] 2 S.C.R. 828, 2001 SCC 54, at para. 30. As the preliminary inquiry judge correctly stated in this appeal: “Assessing the quality and reliability of the evidence, or weighing the evidence for competing inferences in determining whether there is sufficient evidence for committal is not permitted at this stage of the proceedings.”

In *Forsythe*, *supra*, at p. 272, Laskin C.J. emphasized that the “[m]ere disallowance of a question or questions on cross-examination or other rulings on proffered evidence [in a preliminary inquiry] would not, in [his] view, amount to a jurisdictional error.”

The respondent questions why the failure of a preliminary hearing judge to consider evidence tendered by the Crown amounts to jurisdictional error, but the erroneous exclusion of evidence at the preliminary hearing does not. The answer is not elusive. The preliminary inquiry judge has jurisdiction to conduct the inquiry according to the rules of evidence. Any error with respect to the application of those rules that does not rise to the level of a denial of natural justice (which also goes to jurisdiction: see *Dubois*, *supra*, at p. 377; *Forsythe*, *supra*, at p. 272) constitutes an error of law, not a jurisdictional error. Errors of law are not reviewable by way of *certiorari*.

Section 548(1)(b) requires the preliminary inquiry judge to consider “the whole of the evidence” that “has been taken” during the preliminary inquiry. The primary purpose of a preliminary inquiry is to “ascertain whether there is sufficient evidence to warrant committing the accused to trial”: *R. v. Russell*, [2001] 2 S.C.R. 804, 2001 SCC 53, at para. 20. It follows that Parliament never intended to allow decisions on the discharge of an accused to be made without full regard to all of the evidence.

permettait de conclure que le juge du procès n’avait pas considéré l’ensemble de la preuve pour arriver à son verdict. Alors qu’il est loisible au juge du procès d’évaluer la qualité, la crédibilité et la fiabilité de la preuve, le juge qui préside une enquête préliminaire ne peut tirer des conclusions à ce sujet : voir *R. c. Arcuri*, [2001] 2 R.C.S. 828, 2001 CSC 54, par. 30. Comme l’a affirmé, à juste titre, la juge de l’enquête préliminaire en l’espèce, [TRADUCTION] « [p]our déterminer s’il existe une preuve suffisante pour ordonner le renvoi à procès, il n’est pas permis, à ce stade, d’évaluer la qualité et la fiabilité des éléments de preuve ou de soupeser ceux qui donnent lieu à des inférences opposées. »

Dans l’arrêt *Forsythe*, précité, p. 272, le juge en chef Laskin a souligné que « [l]e simple rejet d’une ou de plusieurs questions en contre-interrogatoire ou d’autres décisions sur la preuve avancée [à l’enquête préliminaire] ne constituent pas, à [s]on avis, une erreur portant atteinte à la compétence. »

L’intimé se demande pourquoi l’omission du juge qui préside une enquête préliminaire d’examiner la preuve présentée par le ministère public constitue une erreur de compétence, alors qu’il n’en va pas ainsi de l’exclusion erronée d’un élément de preuve à l’enquête préliminaire. La réponse est simple. Le juge de l’enquête préliminaire a compétence pour mener l’enquête conformément aux règles de preuve. L’erreur dans l’application de ces règles qui ne constitue pas un déni de justice naturelle (lequel touche aussi la compétence : voir les arrêts *Dubois*, précité, p. 377, et *Forsythe*, précité, p. 272) reste une erreur de droit et ne devient pas une erreur de compétence. Les erreurs de droit ne sont pas susceptibles de révision par voie de *certiorari*.

L’alinéa 548(1)(b) oblige le juge de l’enquête préliminaire à examiner l’ensemble de la preuve « recueilli[e] » au cours de cette enquête. L’enquête préliminaire a pour objet principal de « déterminer s’il existe suffisamment d’éléments de preuve pour justifier le renvoi de l’accusé à son procès » : *R. c. Russell*, [2001] 2 R.C.S. 804, 2001 CSC 53, par. 20. Le législateur n’a donc jamais voulu permettre que les décisions de libérer ou pas un accusé se prennent sans tenir compte pleinement de l’ensemble de

16

17

18

In my view, it is a jurisdictional error for a preliminary inquiry judge to fail to consider the “whole of the evidence” as required under s. 548(1)(b), and the Ontario Court of Appeal erred in concluding otherwise.

19 As *Forsythe* and *Dubois* make plain, the failure of a preliminary inquiry judge to comply with a mandatory statutory provision goes to jurisdiction and allows a reviewing court to intervene.

#### B. *The Reasons of the Preliminary Inquiry Judge*

20 As it is a jurisdictional error for a preliminary inquiry judge to discharge an accused under s. 548(1)(b) without considering “the whole of the evidence”, for the purposes of this appeal, the question that remains is whether or not Serré J. fulfilled this obligation.

21 While an exhaustive examination of all the evidence is not expected, her finding that the Crown failed to adduce any evidence that the handle of the knife was made of metal is unsupported by the record which reveals a considerable body of circumstantial evidence going to both counts. The absence of any reference to this circumstantial evidence in the reasons leads me to conclude that she failed to consider the whole of the evidence as required by s. 548(1)(b). As a result, she committed a jurisdictional error and her decision is subject to review on *certiorari*.

22 Serré J. began her reasons, which were delivered orally, by correctly stating the proper legal tests and outlining the role of the preliminary inquiry judge. She noted that

the test for sufficiency is whether there is any admissible evidence, whether direct or circumstantial, upon which a reasonable jury properly instructed could convict the accused. [See *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, at p. 1080; *Arcuri*, *supra*, at para. 21.]

23 The jurisprudence of this Court leaves no doubt that a preliminary inquiry judge commits a

la preuve. À mon avis, commet une erreur de compétence le juge de l'enquête préliminaire qui n'examine pas l'ensemble de la preuve comme l'exige l'al. 548(1)(b), et la Cour d'appel de l'Ontario a eu tort de conclure le contraire.

Il ressort clairement des arrêts *Forsythe* et *Dubois* que l'omission du juge de l'enquête préliminaire de se conformer à une disposition législative impérative touche à la compétence et justifie l'intervention d'une cour de révision.

#### B. *Les motifs de la juge de l'enquête préliminaire*

Étant donné que le juge qui préside une enquête préliminaire commet une erreur de compétence lorsqu'il se fonde sur l'al. 548(1)(b) pour libérer un accusé sans avoir examiné l'ensemble de la preuve, il reste à examiner, pour les besoins du présent pourvoi, si la juge Serré a rempli cette obligation d'examiner toute la preuve.

Même si l'on ne s'attend pas à ce que l'ensemble de la preuve fasse l'objet d'un examen exhaustif, le dossier n'étaye pas sa conclusion que le ministère public n'a produit aucune preuve que le manche du couteau était en métal. En effet, ce dossier révèle l'existence d'une abondante preuve circonstancielle quant aux deux chefs d'accusation. L'absence de mention de cette preuve circonstancielle dans les motifs m'amène à conclure qu'elle n'a pas examiné l'ensemble de la preuve comme l'exige l'al. 548(1)(b). Par conséquent, elle a commis une erreur de compétence et sa décision est susceptible de révision par voie de *certiorari*.

Dans des motifs prononcés de vive voix, la juge Serré a d'abord bien énoncé les critères juridiques applicables et souligné le rôle du juge qui préside une enquête préliminaire. Elle a fait observer que

[TRADUCTION] le critère du caractère suffisant consiste à déterminer s'il existe des éléments de preuve directe ou circonstancielle admissibles au vu desquels un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées pourrait conclure à la culpabilité de l'accusé. [Voir les arrêts *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, p. 1080, et *Arcuri*, précité, par. 21.]

Selon la jurisprudence de notre Cour, il est indubitable que le juge de l'enquête préliminaire commet

jurisdictional error by committing an accused for trial under s. 548(1)(a) when an essential element of the offence is not made out: see *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93, at p. 104; *Dubois, supra*, at p. 376; *Russell, supra*, at para. 21. Conversely, it is not a jurisdictional error for the preliminary inquiry judge, after considering the whole of the evidence and where there is an absence of direct evidence on each essential element of the offence, to erroneously conclude that the totality of the evidence (direct and circumstantial) is insufficient to meet the test for committal and to consequently discharge the accused under s. 548(1)(b): see *Arcuri, supra*, at paras. 21-23; *Russell, supra*, at para. 26. In that situation, it would be improper for a reviewing court to intervene merely because the preliminary inquiry judge's conclusion on sufficiency differs from that which the reviewing court would have reached: see *Russell, supra*, at para. 19. It is a jurisdictional error, however, for a preliminary inquiry judge to act arbitrarily: *Dubois, supra*, at p. 377.

Silence in the reasons alone may not necessarily be sufficient to justify the intervention of a reviewing court. As this Court has previously held, there must be some rational basis in the record to justify such intervention: see *Macdonald v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 665, at p. 673 (involving reasons from a court martial); and *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26, at paras. 29-30 (involving reasons from a trial verdict).

After canvassing the case law, stating the legal rules to be followed and reciting the charges against the respondent, Serré J. said:

A critical examination of Mr. Campeau's evidence is warranted to determine whether it registers on the scales as any evidence at all to meet the [*Sheppard*] test.

She then referred to excerpts from the direct and cross-examination of Mr. Campeau that confirmed his description of the knife ("silver with brass-knuckle type four rings that you would put your fingers through to hold on to the handle"), the fact that

une erreur de compétence lorsqu'il se fonde sur l'al. 548(1)a pour renvoyer un accusé à son procès en l'absence de preuve relative à un élément constitutif de l'infraction : voir les arrêts *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93, p. 104; *Dubois*, précité, p. 376; et *Russell*, précité, par. 21. Par contre, il ne commet pas une erreur de compétence si, après examen de l'ensemble de la preuve et en l'absence de preuve directe concernant chacun des éléments constitutifs de l'infraction, il conclut à tort que l'ensemble de la preuve (directe et circonstancielle) ne suffit pas pour satisfaire au critère applicable en matière de renvoi à procès et, en conséquence, libère l'accusé conformément à l'al. 548(1)b) : voir les arrêts *Arcuri*, précité, par. 21-23, et *Russell*, précité, par. 26. Dans ce cas, il ne conviendrait pas qu'une cour de révision intervienne simplement parce que la conclusion du juge de l'enquête préliminaire diffère de celle qu'elle aurait tirée : voir l'arrêt *Russell*, précité, par. 19. Cependant, le juge de l'enquête préliminaire qui agit de façon arbitraire commet une erreur de compétence : *Dubois*, précité, p. 377.

À elle seule, l'absence de mention dans les motifs ne suffit pas nécessairement pour justifier l'intervention d'une cour de révision. Comme notre Cour l'a déjà statué, il doit être logiquement possible de conclure à une erreur, compte tenu du dossier, pour qu'une telle intervention se justifie : voir les arrêts *Macdonald c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 665, p. 673 (où il était question des motifs d'une cour martiale), et *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26, par. 29-30 (où il était question des motifs d'un verdict prononcé à l'issue d'un procès).

Après avoir examiné la jurisprudence, énoncé les règles de droit applicables et énuméré les accusations portées contre l'intimé, la juge Serré a dit :

[TRADUCTION] Un examen critique du témoignage de M. Campeau est justifié lorsqu'il s'agit de déterminer s'il constitue un élément de preuve suffisant pour satisfaire au critère de [l'arrêt *Sheppard*].

Elle a ensuite cité certains extraits de l'interrogatoire principal et du contre-interrogatoire de M. Campeau qui confirmaient sa description du couteau ([TRADUCTION] « de couleur argent et comporta[nt] quatre anneaux de type coup-de-poing américain

24

25

he never touched the knife or saw the blade, and that by referring to the handle as a “brass-knuckle type”, he was not suggesting that it was made of brass.

26 Serré J. went on to explain what she found to be her task before stating her conclusion:

Can a Justice draw a reasonable inference from Mr. Campeau’s knowledge of brass knuckles that the device was made of metal? Mr. Campeau simply identified the shape of the device; the grip of the knife bore four rings; it was silver in colour and could be used in a manner consistent with brass knuckles.

To apply, as suggested by the Crown, every-day meaning to the language on the exchange reproduced above, [i.e., excerpts from Mr. Campeau’s direct and cross-examination] does not lead to the inference that the device was made of metal. The question on a preliminary inquiry always relates to the ability of the evidence to support a verdict of guilt in the eyes of the dispassionate jury, properly instructed on the law. The absence of evidence on an essential element will result in a discharge.

There is a distinction to be made between a situation where there is no evidence on an essential element of the charge and one where the evidence proffered suffers from frailties.

This is a clear situation where there was no evidence that the device was made of metal nor was there any evidence upon which a reasonably instructed jury could infer that the device was a prohibited weapon as defined in the regulations. [First emphasis in the certified transcription; second and third emphasis added.]

Clearly, Serré J. referred only to the testimony of Mr. Campeau and only to his description of the knife.

27 Laskin J.A. summarized, at paras. 23-24, some of the circumstantial evidence that appears to have not been considered by the preliminary inquiry judge: (1) the respondent did not make any notes of the incident in his police notebook; (2) the respondent did not make a police report about taking the knife; (3) the respondent did not turn over the knife though asked to do so by the investigating officer; (4) the respondent described the knife as a “jack-knife”;

dans lesquels vous enflez les doigts pour tenir le manche »), qu’il n’y avait jamais touché et n’avait pas vu sa lame et que, en décrivant le manche comme étant de « type coup-de-poing américain », il n’insinuait pas qu’il était en laiton.

La juge Serré a ensuite expliqué sa perception de son rôle avant d’exposer sa conclusion :

[TRADUCTION] Un juge peut-il raisonnablement inférer de la connaissance qu’avait M. Campeau des coups-de-poing américains que l’instrument était en métal? Monsieur Campeau a simplement décrit la forme de l’instrument; le manche du couteau comportait quatre anneaux; il était de couleur argent et pouvait être utilisé comme un coup-de-poing américain.

Il n’est pas possible d’inférer que l’instrument était en métal en donnant, comme l’a proposé le ministère public, leur sens ordinaire aux propos reproduits plus haut [c’est-à-dire aux extraits de l’interrogatoire principal et du contre-interrogatoire de M. Campeau]. À l’enquête préliminaire, la question qui se pose est toujours de savoir si, aux yeux d’un jury impartial ayant reçu des directives appropriées sur le droit applicable, la preuve peut étayer un verdict de culpabilité. L’absence de preuve concernant un élément essentiel entraînera une libération.

Il faut établir une distinction entre le cas où il n’existe aucune preuve concernant un élément essentiel de l’accusation, et celui où la preuve présentée comporte certaines lacunes.

En l’espèce, nous sommes nettement en présence d’un cas où il n’y avait aucune preuve que l’instrument était en métal ni aucune preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives raisonnables de conclure que l’instrument était une arme prohibée au sens du Règlement. [Premier soulignement dans la transcription certifiée conforme; deuxième et troisième soulignements ajoutés.]

De toute évidence, la juge Serré n’évoquait que le témoignage de M. Campeau et sa description du couteau.

Aux paragraphes 23 et 24, le juge Laskin a résumé certains éléments de preuve circonstancielle que la juge de l’enquête préliminaire ne semble pas avoir examinés : (1) l’intimé n’a rien consigné dans son carnet de police au sujet de l’incident; (2) l’intimé n’a pas rédigé de rapport de police confirmant qu’il avait pris le couteau; (3) l’intimé n’a pas acquiescé à la demande de l’enquêteur de remettre le couteau; (4) l’intimé a affirmé que le couteau

(5) the respondent's wife arrived at the school upset and became even more upset "as the situation progressed"; (6) Mr. Campeau thought that the knife was "no ordinary knife" and that its presence in the school was as serious as if a gun had been found; (7) Mr. Campeau insisted that the police be called and later acknowledged that it was "not in every situation that the police would necessarily become involved"; (8) Mr. Campeau gave the knife to the respondent because he was a police officer, not because he was a concerned parent; (9) the respondent's description of the knife was inconsistent with that given by Mr. Campeau.

As a result of her findings on the first count, Serré J. held that "[t]he second count of obstruct justice fails as a matter of course." In the Court of Appeal, Laskin J.A., at para. 27, found merit in the argument that

[i]f the knife was not a prohibited weapon the appellant was not required to refer to the incident in his notebook, make out a police report, or even return the knife. Therefore, the preliminary inquiry judge had no need to consider this circumstantial evidence once she had concluded the evidence was insufficient to show that the knife could be a prohibited weapon.

The second count alleges that the respondent

on or about the 24th day of May 2000 at the Town of Monetville in the said region did wilfully attempt to defeat the course of justice in a judicial proceeding by, while acting in his capacity as a peace officer, failing to report a criminal offence and removing evidence of that offence, contrary to Section 139(2) of the Criminal Code of Canada.

Mr. Campeau insisted that the police attend the school because of the presence of the knife and the allegations of threats made by the respondent's son. The respondent was bound by Ontario

en question était un [TRADUCTION] « petit couteau de poche »; (5) l'épouse de l'intimé était énervée à son arrivée à l'école et elle l'est devenue encore plus [TRADUCTION] « au fur et à mesure que la situation évoluait »; (6) M. Campeau pensait que le couteau en question n'était pas un [TRADUCTION] « couteau ordinaire » et que sa présence à l'école était aussi grave que s'il s'était agi d'une arme à feu; (7) M. Campeau a insisté pour qu'on communique avec la police et a reconnu, par la suite, qu'« on ne faisait pas nécessairement appel à la police dans tous les cas »; (8) M. Campeau a remis le couteau à l'intimé parce qu'il était un policier et non parce qu'il était un parent intéressé; (9) la description du couteau donnée par l'intimé ne concordait pas avec celle de M. Campeau.

En raison de ses conclusions relatives au premier chef d'accusation, la juge Serré a décidé que [TRADUCTION] « [l]e deuxième chef d'accusation, celui d'entrave à la justice, tombe automatiquement. » Au paragraphe 27 de ses motifs, le juge Laskin de la Cour d'appel a reconnu le bien-fondé de l'argument selon lequel

[TRADUCTION] [s]i le couteau n'était pas une arme prohibée, l'appelant n'était pas tenu de consigner l'incident dans son carnet, de rédiger un rapport ni même de remettre ce couteau. Par conséquent, après avoir conclu que la preuve n'était pas suffisante pour démontrer que le couteau pouvait constituer une arme prohibée, la juge de l'enquête préliminaire n'était pas tenue d'examiner cet élément de preuve circonstancielle.

Dans le second chef d'accusation, il est allégué que l'intimé

[TRADUCTION] a, le 24 mai 2000 ou vers cette date, dans la ville de Monetville située dans ladite région, volontairement tenté de contrecarrer le cours de la justice dans une procédure judiciaire, en omettant de signaler une infraction criminelle et en supprimant un élément de preuve de la perpétration de cette infraction, en contravention du paragraphe 139(2) du Code criminel du Canada, alors qu'il agissait en qualité d'agent de la paix.

Monsieur Campeau a insisté pour que la police se rende à l'école parce que le couteau s'y trouvait et que le fils de l'intimé aurait proféré des menaces. À titre de membre de la Police provinciale de

28

29

30

Provincial Police duty requirements to complete General Occurrence Reports or other law enforcement forms and to maintain "a daily journal which thoroughly and chronologically details experienced, investigated or reported events and occurrences during each duty period". In addition, s. 42 of the Ontario *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15, also imposes an obligation on police officers to perform those assigned duties. It is noteworthy that Constable Renauld documented her attendance at the school even though she was under the impression that the respondent was attending to a personal family matter and not a complaint requiring a police investigation. Considering that the suspect of the complaint was his son, the respondent, understandably, would not have been expected to conduct the ensuing investigation, but he was expected, in the performance of his duties, to secure any evidence, document and report the complaint so that another investigator could be assigned.

31 I agree with the reviewing judge, Gauthier J., that the preliminary inquiry judge's finding that the second count "failed as a matter of course" amounted "to a non-assessment of the circumstantial evidence which was before the court".

32 The respondent contends that since the testimony of the three Crown witnesses was heard over the course of one day and the preliminary inquiry judge had the benefit of submissions from counsel, not to mention a transcript of the evidence, the fact that she chose to focus on a specific portion of the evidence in her reasons does not suggest that she did so to the exclusion of the other evidence. This argument, though, cuts both ways. The evidence was heard on April 17, 2001, written submissions were made later, and oral submissions were presented on May 30. The decision was rendered on May 31. Given the time frame and the preponderance of circumstantial evidence, it is equally reasonable to expect that if Serré J. had considered the strength of the inferences that could be drawn from the circumstantial evidence, she would have made some reference to her assessment in the reasons.

l'Ontario, l'intimé devait remplir un rapport général d'événement ou d'autres formulaires d'application de la loi, et tenir [TRADUCTION] « un journal quotidien décrivant en détail et par ordre chronologique les événements sur lesquels ils ont enquêté ou qui leur ont été signalés pendant chaque période de service ». En outre, l'art. 42 de la *Loi sur les services policiers* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. P.15, oblige aussi les policiers à exercer les fonctions qui leur sont assignées. Il convient de signaler que l'agente Renauld a consigné sa présence à l'école même si elle croyait que l'intimé s'occupait alors d'une affaire familiale personnelle et non d'une plainte nécessitant une enquête policière. Du fait que le suspect visé par la plainte était le fils de l'intimé, on se serait naturellement attendu à ce que, dans l'exercice de ses fonctions, ce dernier recueille des éléments de preuve et documente et consigne la plainte pour qu'un autre enquêteur puisse être désigné, et non pas à ce qu'il mène lui-même l'enquête subséquente.

À l'instar de la juge Gauthier qui a examiné la demande de révision, j'estime que la conclusion de la juge de l'enquête préliminaire voulant que le deuxième chef d'accusation [TRADUCTION] « tombe automatiquement » correspondait « à une omission d'apprécier la preuve circonstancielle soumise à la cour ».

L'intimé prétend que, puisque les trois témoins à charge ont été entendus le même jour et que la juge de l'enquête préliminaire bénéficiait de l'argumentation des avocats en plus d'une transcription des témoignages, son choix de se concentrer sur une certaine partie de la preuve dans ses motifs ne laisse pas entendre qu'elle l'a fait au détriment des autres éléments de preuve. Toutefois, il s'agit là d'un argument à double tranchant. Les témoignages ont été entendus le 17 avril 2001, l'argumentation écrite a été déposée plus tard et les plaidoiries ont eu lieu le 30 mai. La décision a été rendue le 31 mai. Compte tenu du délai écoulé et de la prépondérance de la preuve circonstancielle, il est tout aussi raisonnable de supposer que, si la juge Serré avait apprécié la force des inférences auxquelles la preuve circonstancielle pouvait donner lieu, elle en aurait traité dans ses motifs.



Section 548(1)(b) is a mandatory provision. In addition to Mr. Campeau's description of the knife there was, as already noted, a mountain of additional circumstantial evidence. It is evident from the record that the preliminary inquiry judge was aware of this material and had, at times, some of it in her possession. However, there is nothing in the record or in the reasons of the preliminary inquiry judge that indicates that she considered the whole of the evidence. There is no requirement for fulsome reasons why evidence at a preliminary inquiry has been rejected, but there must be some indication that the mandatory requirement of the *Criminal Code* has been complied with. The failure to do so results in a loss of jurisdiction.

It is now plain from Canadian jurisprudence that a trial judge is not required to give extensive reasons for a decision, but is bound to indicate what he or she understands the nature of the case to be so that the parties are aware that the case they argued was the one decided: see *Sheppard, supra*. Similarly, a preliminary inquiry judge is not required to render extensive reasons but must demonstrate that he or she met the statutory and mandatory duty to consider the whole of the evidence. It hardly needs saying that had the proceedings been a trial and not a preliminary inquiry, an acquittal of the respondent for the reasons given by Serré J. not to commit would likely be sustained. However, the mandatory duty imposed on the judge at a preliminary inquiry to consider the whole of the evidence requires some clear indication that this obligation was met. In my view, the reasons at issue here do not satisfy this requirement.

I find that the preliminary inquiry judge committed a jurisdictional error on both counts by failing to consider the whole of the evidence before discharging the respondent.

Fish J. concludes at para. 82 that if the preliminary inquiry judge erred at all, "her error concerned the sufficiency of the evidence and was not

L'alinéa 548(1)b) est une disposition impérative. À la description du couteau donnée par M. Campeau s'ajoutait, comme nous l'avons vu, une énorme quantité d'éléments de preuve circonstancielle additionnels. Il ressort clairement du dossier que la juge de l'enquête préliminaire connaissait l'existence de ces éléments de preuve et qu'à l'occasion elle en a eu une partie en sa possession. Cependant, rien dans le dossier ou dans les motifs de la juge de l'enquête préliminaire n'indique qu'elle a examiné l'ensemble de la preuve. Il n'est pas nécessaire d'expliquer de manière complète pourquoi la preuve produite à une enquête préliminaire a été rejetée, mais il faut, dans une certaine mesure, indiquer que l'obligation impérative du *Code criminel* a été respectée. L'omission de le faire entraîne une perte de compétence.

La jurisprudence canadienne établit maintenant clairement que le juge du procès est tenu non pas d'exposer en détail les motifs de sa décision, mais plutôt d'expliquer sa compréhension de l'affaire, de manière à ce que les parties sachent que l'affaire qu'ils ont plaidée est celle qui a été tranchée : voir l'arrêt *Sheppard*, précité. De même, le juge qui préside une enquête préliminaire n'est pas obligé d'expliquer en détail ses motifs. Il doit toutefois démontrer qu'il a respecté son obligation légale et impérative d'examiner l'ensemble de la preuve. Il va sans dire que, s'il s'était agi d'un procès au lieu d'une enquête préliminaire, l'acquittement de l'accusé pour les raisons que la juge Serré a données à l'appui de sa décision de ne pas le renvoyer à son procès serait probablement maintenu. Cependant, parce qu'il est tenu d'examiner l'ensemble de la preuve, le juge de l'enquête préliminaire doit indiquer clairement qu'il a satisfait à cette obligation. À mon avis, les motifs en cause dans la présente affaire ne respectent pas cette exigence.

J'estime que la juge de l'enquête préliminaire a commis une erreur de compétence à l'égard des deux chefs d'accusation en libérant l'intimé sans avoir examiné l'ensemble de la preuve.

Le juge Fish conclut, au par. 82, que toute erreur qu'a pu commettre la juge de l'enquête préliminaire « concernait le caractère suffisant de la preuve et

33

34

35

36

subject to review on *certiorari*". He postulates at para. 62:

And it is well established that an error as to the sufficiency of the evidence cannot properly be characterized as "jurisdictional", except where it results in a committal to trial in the absence of some evidence capable of supporting a conviction. . . .

He then quotes McLachlin C.J. at paras. 28-29 of *Russell, supra*. In that passage, McLachlin C.J. clarified that the principles that govern jurisdictional errors are the same, regardless of whether such an error is raised by the Crown or by the accused. However, the reasons went on to state that practically speaking, the Crown and the accused would face disparate effects of errors as to the essential elements of a crime. She wrote (at para. 29):

While it is true that the effect of this principle is that errors as to the essential elements of the crime will, as a general rule, be reviewable when challenged by the accused but not when challenged by the Crown, this disparity reflects the balance of harms . . . . [Emphasis in original.]

37

As discussed at para. 23 above, when it is the accused who raises a jurisdictional error, he or she will succeed if it can be shown that there was no evidence as to some essential element of the crime. In referring to disparate effects faced by the Crown and the accused, I read McLachlin C.J. to be referring to the fact that, on the other hand, the Crown cannot demonstrate a jurisdictional error merely by showing that there was some evidence on each essential element of the crime. This is because it would be improper for the reviewing court to intervene merely because it would have reached a different conclusion from the preliminary inquiry judge as to the sufficiency of the evidence. However, a decision as to the sufficiency of evidence is beyond review by *certiorari* only when it was made by a preliminary inquiry judge who was acting within his or her jurisdiction, pursuant to the mandatory provisions of s. 548.

38

Fish J. would dismiss the appeal on the basis that the preliminary inquiry judge made a determination

n'était pas susceptible de révision par voie de *certiorari* ». Il part du principe suivant, au par. 62 :

Et il est bien établi qu'une erreur quant au caractère suffisant de la preuve ne saurait à juste titre être qualifiée d'erreur « de compétence », à moins qu'elle n'entraîne un renvoi à procès en l'absence de preuve susceptible d'étayer une déclaration de culpabilité. . . .

Il cite ensuite les propos de la juge en chef McLachlin aux par. 28-29 de l'arrêt *Russell*, précité. Dans ce passage, la juge en chef McLachlin explique que les principes qui s'appliquent aux erreurs de compétence sont les mêmes, peu importe que l'erreur soit évoquée par le ministère public ou par l'accusé. Cependant, elle ajoute qu'en pratique les erreurs portant sur les éléments constitutifs d'un crime n'auraient pas les mêmes effets sur le ministère public et l'accusé. Voici ce qu'elle écrit, au par. 29 :

Il est vrai qu'il découle de ce principe qu'en règle générale l'erreur portant sur des éléments constitutifs du crime n'est susceptible de révision que sur contestation par l'accusé, et non par le ministère public, mais cette disparité se justifie par le rapport des préjudices éventuels de part et d'autre . . . [Souligné dans l'original.]

Comme nous l'avons vu plus haut, au par. 23, lorsqu'il soulève une erreur de compétence, l'accusé aura gain de cause s'il peut démontrer l'absence de preuve relative à un élément constitutif du crime. J'estime que, lorsqu'elle évoque la disparité des effets sur le ministère public et l'accusé, la juge en chef McLachlin fait allusion au fait qu'en revanche le ministère public ne peut pas établir l'existence d'une erreur de compétence en démontrant simplement qu'il existe des éléments de preuve relatifs à chaque élément constitutif du crime. Il en va ainsi parce qu'il ne conviendrait pas que la cour de révision intervienne simplement parce qu'elle aurait tiré, quant au caractère suffisant de la preuve, une conclusion différente de celle du juge de l'enquête préliminaire. Toutefois, une décision sur le caractère suffisant de la preuve n'échappe à la révision par voie de *certiorari* que si le juge de l'enquête préliminaire agissait dans les limites de sa compétence lorsqu'il l'a prise, conformément aux dispositions impératives de l'art. 548.

Le juge Fish rejeterait le pourvoi pour le motif que la juge de l'enquête préliminaire a pris, au sujet

as to the sufficiency of the evidence that was within her jurisdiction. However, under s. 548(1)(b), a preliminary inquiry judge must consider “the whole of the evidence” in order to determine whether “no sufficient case is made out to put the accused on trial”. In this case, the preliminary inquiry judge did not consider “the whole of the evidence” as mandated by s. 548(1)(b), and such an error is jurisdictional.

## VI. Disposition

I would therefore allow the appeal, set aside the discharge order and remit the matter to the preliminary inquiry judge to consider the whole of the evidence.

The following are the reasons delivered by

BINNIE J. (dissenting) — I agree with Major J., as a matter of law, that the failure of a preliminary inquiry judge to consider “the whole of the evidence” as prescribed by s. 548(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, before discharging an accused, would, if established, constitute a jurisdictional error. Of course, it is the duty of *any* court or tribunal to consider “the whole of the evidence”. Nevertheless Parliament has chosen to turn this general duty into a specific statutory condition precedent to the exercise of the power of discharge. As such, it is mandatory, and failure to comply would result in loss of jurisdiction.

My disagreement with Major J. is on the facts. As a practical matter, appellate courts should not be too quick to conclude that a preliminary inquiry judge has *not* considered “the whole of the evidence”. In the companion case of *R. v. Sazant*, [2004] 3 S.C.R. 635, 2004 SCC 77, the fatal flaws in the preliminary inquiry judge’s decision appear from what is said in his reasons. This case is different. The Crown relies entirely on what *is not* said. It is true that the preliminary inquiry judge made no specific mention of the circumstantial evidence. Nevertheless, as Major J. acknowledges at para. 34, what is required is that the reasons “indicate what he or she understands the nature of the case to be so that the parties are aware

du caractère suffisant de la preuve, une décision relevant de sa compétence. Cependant, l’al. 548(1)(b) oblige le juge de l’enquête préliminaire à examiner l’ensemble de la preuve pour décider si « la preuve [. . .] n’est pas suffisante pour [que l’accusé] subisse un procès ». En l’espèce, la juge de l’enquête préliminaire n’a pas examiné l’ensemble de la preuve comme le requiert l’al. 548(1)(b), et cette omission constitue une erreur de compétence.

## VI. Dispositif

Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler l’ordonnance de libération et de renvoyer l’affaire devant la juge de l’enquête préliminaire pour qu’elle examine l’ensemble de la preuve.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident) — Je souscris, sur le plan du droit, à l’avis du juge Major voulant que, dans le cas où son existence est établie, l’omission du juge d’une enquête préliminaire de se conformer à l’obligation — prévue à l’al. 548(1)(b) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 — d’examiner l’ensemble de la preuve avant de libérer un accusé constitue une erreur de compétence. Il va sans dire que *tout* tribunal judiciaire ou administratif est tenu d’examiner l’ensemble de la preuve produite. Le législateur a néanmoins choisi de faire de cette obligation générale une condition légale spécifique préalable à l’exercice du pouvoir de libération. Cette obligation est donc impérative et l’omission d’y satisfaire entraîne une perte de compétence.

Mon désaccord avec le juge Major porte sur les faits. En pratique, les tribunaux d’appel ne doivent pas trop s’empresse de conclure que le juge d’une enquête préliminaire *n’a pas* examiné l’ensemble de la preuve. Dans le pourvoi connexe, *R. c. Sazant*, [2004] 3 R.C.S. 635, 2004 CSC 77, les lacunes fatales de la décision du juge de l’enquête préliminaire ressortent de ce qu’il dit dans ses motifs de jugement. La situation est différente en l’espèce. Le ministère public se fonde entièrement sur ce qui *n’est pas* dit. Il est vrai que la juge de l’enquête préliminaire n’a fait aucune mention expresse de la preuve circonstancielle. Cependant, comme le juge Major le reconnaît au par. 34, il faut que les motifs « explique[nt]

39

40

41

that the case they argued was the one decided". Here both the Crown and the defence demonstrated in their respective submissions to the hearing judge that they regarded Mr. Campeau's evidence as the focus of the contending arguments. Inferences from the subsequent conduct of the accused were secondary. In *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26, we confirmed the duty on trial judges to give reasons adequate for the function they perform, including appellate review, but we also held in *R. v. Braich*, [2002] 1 S.C.R. 903, 2002 SCC 27 (released at the same time), at para. 25, that in the case of a conviction:

Enough was said in the trial judge's reasons to show that he came to grips with the issues thus defined by the defence. His decision ought not to be reversed simply because he did not advert to all of the secondary or collateral circumstances that the respondents say had a bearing on the main issue.

42

The "main issue" here was whether the alleged prohibited weapon was made of metal, as charged in the information. The Crown cannot, in fairness, demand a higher and more meticulous standard of reasons in dealing with this issue where the accused has been discharged (or acquitted) than where the accused has been committed (or convicted). It has not been demonstrated by the Crown that the preliminary inquiry judge likely overlooked the circumstantial evidence now relied upon. We have no reason to believe she did not consider "the whole of the evidence". I would therefore dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

43

LEBEL J. (dissenting) — Although I concur with Major J. in the companion case *R. v. Sazant*, [2004] 3 S.C.R. 635, 2004 SCC 77, I agree with Fish J. in the present appeal that the preliminary inquiry judge did not commit any jurisdictional error. In my opinion, in the circumstances of this case, the appellant did not establish that Serré J. had actually failed to

sa compréhension de l'affaire, de manière à ce que les parties sachent que l'affaire qu'ils ont plaidée est celle qui a été tranchée ». Dans le cas qui nous occupe, le ministère public et la défense ont tous deux, dans leurs arguments respectifs, démontré à la juge de l'enquête préliminaire qu'ils considéraient que la preuve de M. Campeau était l'objet du débat. Les inférences découlant de la conduite subséquente de l'accusé revêtaient une importance secondaire. Dans l'arrêt *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26, nous avons confirmé que le juge du procès doit motiver de manière suffisante la fonction qu'il exerce, y compris l'examen en appel, mais, dans l'arrêt *R. c. Braich*, [2002] 1 R.C.S. 903, 2002 CSC 27 (déposé à la même date), par. 25, nous avons aussi conclu que, dans le cas d'une déclaration de culpabilité,

[L]e juge en a dit assez dans ses motifs pour démontrer qu'il avait bien saisi les questions ainsi définies par la défense. Il ne convenait pas d'infirmar sa décision simplement parce qu'il n'avait pas fait allusion à toutes les circonstances secondaires ou accessoires qui, selon les intimés, avaient une incidence sur la question principale.

En l'espèce, la « question principale » était de savoir si la présumée arme prohibée était en métal, comme le précisait la dénonciation. Le ministère public ne saurait, en toute équité, exiger que les motifs donnés en répondant à cette question soient assujettis à une norme plus rigoureuse et exigeante dans le cas où l'accusé a été libéré (ou acquitté) que dans celui où il a été renvoyé à son procès (ou déclaré coupable). Le ministère public n'a pas démontré que la juge de l'enquête préliminaire a vraisemblablement omis de tenir compte de la preuve circonstancielle qui est maintenant évoquée. Nous n'avons aucune raison de croire qu'elle n'a pas examiné l'ensemble de la preuve. Je rejeterais donc le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LEBEL (dissent) — Bien que je souscrive à l'avis du juge Major dans le pourvoi connexe, *R. c. Sazant*, [2004] 3 R.C.S. 635, 2004 CSC 77, je conviens avec le juge Fish, en l'espèce, que la juge de l'enquête préliminaire n'a commis aucune erreur de compétence. J'estime que, dans les circonstances de la présente affaire, l'appelante n'a pas établi que

consider the “whole of the evidence”. Such a failure would have been a jurisdictional error, whether it resulted in an improper discharge or an unwarranted committal. For these reasons, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

FISH J. (dissenting) —

### I. Overview

Douglas Deschamplain, the respondent, was discharged at the conclusion of his preliminary inquiry on both counts of an information laid against him under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The first count was for possession of “a prohibited weapon, to wit a brass knuckle knife”; the second, for obstructing justice by “failing to report a criminal offence and removing evidence of that offence”.

It is common ground that Mr. Deschamplain could not properly be committed to trial on the first count in the absence of some evidence upon which a jury could reasonably conclude that the handle of the “brass knuckle knife” (or band to which the “knuckle holes” were attached) was made of metal. As Laskin J.A. explained in the court below:

Not every knife is a prohibited weapon. Section 84(1) of the *Code* defines a “prohibited weapon” as “(b) any weapon, other than a firearm, that is prescribed to be a prohibited weapon”. Those weapons prescribed to be prohibited are listed in Regulation SOR/98-462. In this case the relevant provision of the Regulation is part 3, section 15, which prescribes as prohibited “[t]he device known as ‘Brass Knuckles’ and any similar device consisting of a *band of metal* with one or more finger holes designed to fit over the fingers of the hand”. [Emphasis in original.]

((2003), 173 C.C.C. (3d) 130, at para. 16)

la juge Serré a, en fait, omis d’examiner l’ensemble de la preuve. Une telle omission aurait constitué une erreur de compétence peu importe qu’il en ait résulté une libération irrégulière ou un renvoi à procès injustifié. Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH (dissident) —

### I. Aperçu

L’intimé, Douglas Deschamplain, a été libéré au terme de son enquête préliminaire relative aux deux chefs d’accusation contenus dans une dénonciation déposée contre lui en vertu du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Dans le premier chef d’accusation, on lui reprochait d’avoir eu en sa possession [TRADUCTION] « une arme prohibée, à savoir un couteau de type coup-de-poing américain »; dans le second, on lui reprochait d’avoir entravé le cours de la justice [TRADUCTION] « en omettant de signaler une infraction criminelle et en supprimant un élément de preuve de la perpétration de cette infraction ».

Il est acquis que M. Deschamplain ne pouvait pas, à bon droit, être renvoyé à procès relativement au premier chef d’accusation en l’absence d’éléments de preuve qui permettraient à un jury de conclure raisonnablement que le manche du « couteau de type coup-de-poing américain » (ou l’armature « trouée dans laquelle on enfle les doigts ») était en métal. Comme l’a expliqué le juge Laskin de la Cour d’appel :

[TRADUCTION] Les couteaux ne sont pas tous des armes prohibées. Le paragraphe 84(1) du *Code* définit ce qu’est une « arme prohibée » comme étant « b) toute arme — qui n’est pas une arme à feu — désignée comme telle par règlement ». Ces armes désignées comme étant prohibées sont énumérées dans le règlement DORS/98-462. En l’espèce, la disposition applicable du Règlement est l’article 15 de la partie 3, qui désigne comme étant prohibés « [l]’instrument communément appelé “coup-de-poing américain” et autre instrument semblable consistant en une *armature métallique* trouée dans laquelle on enfle les doigts ». [En italique dans l’original.]

((2003), 173 C.C.C. (3d) 130, par. 16)

44

45

46 It is common ground as well that Mr. Deschamplain could not be committed on the second count unless he was also committed on the first: if the evidence was insufficient to establish possession of a prohibited weapon, Mr. Deschamplain could hardly be sent to trial for failing to report that offence or for removing evidence of its commission.

47 In this case, the respondent, Mr. Deschamplain, had admitted possession of the knife. His committal to trial on both counts therefore depended on whether the evidence, in the opinion of the justice, was sufficient to support a reasonable inference that the handle of the knife was “made of metal”, in the sense mentioned above. After studying the transcript, considering the submissions of counsel, and reserving the matter overnight for deliberation and decision, Serré J. answered that question in the negative and discharged Mr. Deschamplain.

48 Section 548(1) of the *Criminal Code* provides:

**548.** (1) When all the evidence has been taken by the justice, he shall

(a) if in his opinion there is sufficient evidence to put the accused on trial for the offence charged or any other indictable offence in respect of the same transaction, order the accused to stand trial; or

(b) discharge the accused, if in his opinion on the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial for the offence charged or any other indictable offence in respect of the same transaction.

49 The governing principles are well established. The decision of the justice to commit or to discharge is not appealable. It is, however, reviewable on *certiorari*, but only for excess of jurisdiction. An error as to the sufficiency of the evidence is not reviewable on *certiorari* except where it results in a committal to trial in the absence of any evidence capable of supporting a conviction. Nor is the failure of a justice to explicitly advert to relevant and admissible evidence, whether wrongly excluded or properly admitted. In some instances, errors of

Il est de même acquis que M. Deschamplain ne pouvait pas être renvoyé à procès relativement au second chef d'accusation que s'il l'était également à l'égard du premier chef : si la preuve était insuffisante pour établir la possession d'une arme prohibée, M. Deschamplain ne pouvait guère être renvoyé à procès pour avoir omis de signaler cette infraction et avoir supprimé un élément de preuve de sa perpétration.

En l'espèce, l'intimé, M. Deschamplain, a admis avoir été en possession du couteau. Son renvoi à procès relativement aux deux chefs d'accusation dépendait donc de la question de savoir si, de l'avis de la juge, la preuve était suffisante pour qu'elle puisse inférer raisonnablement que le manche du couteau était « en métal », au sens mentionné plus haut. Après avoir étudié la transcription, examiné les arguments des avocats et mis l'affaire en délibéré jusqu'au lendemain, la juge Serré a répondu à cette question par la négative et a libéré M. Deschamplain.

Le paragraphe 548(1) du *Code criminel* se lit ainsi :

**548.** (1) Lorsque le juge de paix a recueilli tous les témoignages, il doit :

a) renvoyer l'accusé pour qu'il subisse son procès, si à son avis la preuve à l'égard de l'infraction dont il est accusé ou de tout autre acte criminel qui découle de la même affaire est suffisante;

b) libérer l'accusé, si à son avis la preuve à l'égard de l'infraction dont il est accusé ou de tout autre acte criminel qui découle de la même affaire n'est pas suffisante pour qu'il subisse un procès.

Les principes applicables sont bien établis. La décision de la juge de renvoyer à procès ou de libérer est sans appel. Elle est, cependant, susceptible de révision par voie de *certiorari*, mais uniquement s'il y a excès de compétence. Une erreur quant au caractère suffisant de la preuve n'est pas susceptible de révision par voie de *certiorari*, sauf si elle entraîne un renvoi à procès en l'absence de preuve susceptible d'étayer une déclaration de culpabilité. L'omission d'un juge de se référer explicitement à un élément de preuve pertinent et admissible, peu

this sort may be appealed as errors of law: see, for example, ss. 675, 676, 691 and 693 of the *Criminal Code*. At the preliminary inquiry, however, they are neither appealable nor reviewable on *certiorari*.

Looking beyond the form to the substance of the matter, the Crown's attack on Serré J.'s decision amounts, in my respectful view, to an appeal that does not lie, dressed up as a prerogative remedy that cannot fly. The Superior Court of Justice nonetheless found that Serré J. had exceeded her jurisdiction and therefore granted *certiorari*. In the opinion of the reviewing judge, there was direct evidence that the knife in question here was a prohibited weapon. The Crown acknowledged in the Court of Appeal that the reviewing judge, on this point, was wrong.

The decision of the Superior Court was in turn set aside by the Court of Appeal for Ontario. Speaking for a unanimous court, Laskin J.A. held that Serré J. did not exceed her jurisdiction in discharging the respondent. Major J. would allow the Crown's present appeal against that judgment.

I agree with Major J. (at para. 22) that Serré J. "correctly stat[ed] the proper legal tests and outlin[ed] the role of the preliminary inquiry judge". With respect, however, I do not share his conclusion (at para. 35) that Serré J. exceeded her jurisdiction "by failing to consider the whole of the evidence before discharging the respondent".

This conclusion rests, ultimately, on the omission of Serré J. to mention explicitly in her reasons certain elements of circumstantial evidence. On this issue, able and experienced Crown counsel stated on the hearing of the appeal that she could not even make this argument if Serré J. "[had] said anywhere

importe qu'il ait été écarté à tort ou admis à bon droit, ne donne pas ouverture non plus à une révision par voie de *certiorari*. Dans certains cas, des erreurs de cette nature peuvent donner lieu à un appel à titre d'erreurs de droit : voir, par exemple, les art. 675, 676, 691 et 693 du *Code criminel*. Toutefois, à l'enquête préliminaire, elles ne peuvent ni donner ouverture à un appel ni faire l'objet d'une révision par voie de *certiorari*.

Allant au-delà de la forme pour m'attacher au fond de l'affaire, j'estime, en toute déférence, que la contestation par le ministère public de la décision de la juge Serré constitue un appel, qui ne peut pas être interjeté, sous forme de bref de prérogative voué à l'échec. La Cour supérieure de justice a néanmoins conclu que la juge Serré avait outrepassé sa compétence et a donc accordé un *certiorari*. La juge ayant examiné la demande de révision a estimé qu'il existait une preuve directe que le couteau en question était une arme prohibée. Le ministère public a reconnu devant la Cour d'appel que la juge ayant examiné la demande de révision avait eu tort sur ce point.

La décision de la Cour supérieure a été, à son tour, infirmée par la Cour d'appel de l'Ontario. S'exprimant au nom de la cour à l'unanimité, le juge Laskin a conclu que la juge Serré n'avait pas outrepassé sa compétence en libérant l'intimé. Le juge Major est d'avis d'accueillir le présent pourvoi du ministère public contre ce jugement.

Je conviens avec le juge Major (par. 22) que la juge Serré a « bien énoncé les critères juridiques applicables et souligné le rôle du juge qui préside une enquête préliminaire ». Cependant, en toute déférence, je ne partage pas sa conclusion (par. 35) que la juge Serré a outrepassé sa compétence « en libérant l'intimé sans avoir examiné l'ensemble de la preuve ».

Cette conclusion repose, en définitive, sur l'omission de la juge Serré de mentionner explicitement, dans ses motifs, certains éléments de preuve circonstancielle. À ce propos, l'avocate douée et expérimentée du ministère public a affirmé, au cours de l'audition du pourvoi, qu'elle ne pourrait même pas

50

51

52

53

in her reasons: I've considered all of the other evidence”.

54 The failure of Serré J. to include this sort of generalized assertion in her reasons, delivered orally, does not persuade me that she failed to consider all of the evidence before deciding to discharge the respondent; on the contrary, the Crown's reliance on this purportedly fatal “omission” simply exposes the frail foundation of the Crown's appeal.

55 I shall later explain in some detail why I am not persuaded that Serré J. failed to consider all of the evidence. It appears to me, rather, that she did not explicitly set out the circumstantial evidence mentioned by Major J. because she did not consider it probative on the only decisive issue before her: whether the knife that the respondent had in his possession at the relevant time was a “prohibited weapon” within the meaning of the *Criminal Code* (s. 84(1)). That depended on the composition of its handle. Serré J. evidently agreed with defence counsel that the circumstantial evidence set out in my colleague's reasons could not support a rational conclusion that the handle of the knife was made of metal, as required by the relevant regulation (SOR/98-462, Part 3, s. 15).

56 But even if Serré J. was mistaken in this regard, her error related to the sufficiency of the evidence. And, as I have already mentioned, it is well established that an error as to the sufficiency of the evidence is not reviewable on *certiorari*.

57 For these reasons and the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

## II. Review for “Jurisdictional Error”

58 An erroneous committal or discharge, I again emphasize, is not appealable and is only reviewable on *certiorari* for want or excess of jurisdiction. Estey J., speaking for the majority in *Skogman v.*

avancer cet argument si la juge Serré [TRADUCTION] « [avait] affirmé n'importe où dans ses motifs : j'ai examiné tous les autres éléments de preuve ».

L'omission de la juge Serré d'inclure ce type d'affirmation générale dans ses motifs exposés de vive voix ne me convainc pas qu'elle a décidé de libérer l'intimé sans avoir préalablement examiné l'ensemble de la preuve; au contraire, le fait que le ministère public se fonde sur cette « omission » censément fatale démontre simplement la fragilité du fondement de son appel.

Plus loin, je vais expliquer de façon assez détaillée pourquoi je ne suis pas convaincu que la juge Serré n'a pas examiné l'ensemble de la preuve. Il me semble plutôt qu'elle n'a pas mentionné expressément la preuve circonstancielle dont fait état le juge Major, parce qu'elle considérait qu'elle n'avait aucune valeur probante relativement à la seule question déterminante dont elle était saisie, celle de savoir si le couteau que l'intimé avait en sa possession au moment pertinent était une « arme prohibée » au sens du *Code criminel* (par. 84(1)). La réponse à cette question dépendait de la composition du manche de ce couteau. La juge Serré a, de toute évidence, convenu avec l'avocat de la défense que la preuve circonstancielle décrite dans les motifs de mon collègue ne permettait pas de conclure rationnellement que le manche du couteau était en métal, comme l'exige le règlement pertinent (DORS/98-462, partie 3, art. 15).

Cependant, même si la juge Serré avait commis une erreur à cet égard, cette erreur avait trait au caractère suffisant de la preuve. En outre, comme je l'ai déjà mentionné, il est bien établi qu'une erreur quant au caractère suffisant de la preuve n'est pas susceptible de révision par voie de *certiorari*.

Pour ces motifs et les raisons qui suivent, je rejetterais le pourvoi.

## II. Révision des « erreurs de compétence »

J'insiste à nouveau sur le fait que la décision de renvoyer à procès ou de libérer est sans appel et n'est susceptible de révision par voie de *certiorari* que pour cause d'absence ou d'excès de compétence.



*The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93, thus explained (at p. 100):

It is clear . . . that *certiorari* remains available to the courts for the review of the functioning of the preliminary hearing tribunal only where it is alleged that the tribunal has acted in excess of its assigned statutory jurisdiction or has acted in breach of the principles of natural justice which, by the authorities, is taken to be an excess of jurisdiction . . . . It need only be added by way of emphasis that such *certiorari* review does not authorize a superior court to reach inside the functioning of the statutory tribunal for the purpose of challenging a decision reached by that tribunal within its assigned jurisdiction on the ground that the tribunal committed an error of law in reaching that decision, or reached a conclusion different from that which the reviewing tribunal might have reached.

See also *Forsythe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 268; *R. v. Russell*, [2001] 2 S.C.R. 804, 2001 SCC 53; *Dubois v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 366.

Major J. finds that the justice in this case committed a “jurisdictional error” in failing to take into account some of the evidence adduced before her. In my colleague’s view, this omission violated a “mandatory provision of the *Criminal Code*”, within the meaning of *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597; *Dubois, supra*; and *Forsythe, supra*, in that s. 548(1)(b) of the *Code* requires a preliminary inquiry justice to “discharge the accused, if in his opinion on the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial for the offence charged . . .” (emphasis added).

In this regard, Laskin J.A. stated (at para. 36):

I acknowledge that in . . . *Dubois* [at p. 377], Estey J. wrote that “[j]urisdictional error is committed where ‘mandatory provisions’ of the *Criminal Code* are not followed” and that the requirement in s. 548(1)(b) to consider “the whole of the evidence” before discharging the accused could be characterized as “mandatory”. It seems to me, however, that for several reasons, failing to comply with this kind of provision cannot amount to jurisdictional error. [Emphasis added.]

Laskin J.A. then proceeded to explain why the omission of a justice to take into account some of the relevant evidence, even when viewed as a failure

S’exprimant au nom des juges majoritaires dans l’arrêt *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93, p. 100, le juge Estey a ainsi expliqué :

Il est [. . .] clair que les cours peuvent encore, par voie de *certiorari*, contrôler le fonctionnement du tribunal devant lequel se déroule l’enquête préliminaire, mais seulement lorsqu’on reproche à ce tribunal d’avoir outrepassé la compétence qui lui a été attribuée par la loi ou d’avoir violé les principes de justice naturelle, ce qui, d’après la jurisprudence, équivaut à un abus de compétence [. . .] Soulignons en outre qu’un tel contrôle par voie de *certiorari* ne permet pas à la cour supérieure d’examiner le fonctionnement du tribunal établi en vertu d’une loi afin d’attaquer une décision rendue par ce tribunal dans l’exercice de la compétence qui lui est conférée, pour le motif qu’il a commis une erreur de droit en rendant cette décision ou qu’il est arrivé à une conclusion différente de celle qu’elle aurait pu tirer elle-même.

Voir aussi *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268; *R. c. Russell*, [2001] 2 R.C.S. 804, 2001 CSC 53; *Dubois c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 366.

Le juge Major conclut qu’en l’espèce la juge a commis une « erreur de compétence » en omettant de tenir compte d’une partie de la preuve qui lui avait été soumise. À son avis, cette omission contrevenait à une « disposition impérative du *Code criminel* », au sens des arrêts *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597; *Dubois*, précité; et *Forsythe*, précité, du fait que l’al. 548(1)(b) du *Code* impose au juge chargé de l’enquête préliminaire de « libérer l’accusé, si à son avis la preuve à l’égard de l’infraction dont il est accusé [. . .] n’est pas suffisante pour qu’il subisse un procès » (je souligne).

Le juge Laskin a affirmé, à cet égard (par. 36) :

[TRADUCTION] Je reconnais que, dans l’arrêt [. . .] *Dubois* [p. 377], le juge Estey a écrit qu’ “[i]l y a une erreur de compétence lorsque des ‘dispositions impératives’ du *Code criminel* ne sont pas suivies” et que l’exigence — prévue à l’al. 548(1)(b) — d’examiner l’ensemble de la preuve avant de libérer l’accusé pourrait être qualifiée d’ “impérative”. Toutefois, il me semble que, pour plusieurs raisons, l’omission de se conformer à ce type de disposition ne peut pas constituer une erreur de compétence. [Je souligne.]

Le juge Laskin a ensuite expliqué pourquoi l’omission d’un juge de tenir compte d’une partie de la preuve pertinente, même perçue comme un défaut

59

60

61

to comply with s. 548(1)(b), will not for that reason amount to a jurisdictional error subject to review on *certiorari*.

62

As we shall soon see, I am not persuaded at all that the justice in this case failed to consider the circumstantial evidence mentioned by Major J. In my view, the error imputed by the Crown to Serré J. in this regard amounts, at its highest, to an error as to the sufficiency of the evidence taken as a whole. And it is well established that an error as to the sufficiency of the evidence cannot properly be characterized as “jurisdictional”, except where it results in a committal to trial in the absence of some evidence capable of supporting a conviction. As McLachlin C.J., speaking for a unanimous Court, explained in *Russell, supra*, at paras. 28-29:

The Crown’s argument here is that under the “parity” principle of *Dubois*, if a preliminary judge’s error as to the elements of a crime is unreviewable when challenged by the Crown (as the Crown contends is the law under *Tremblay*), that kind of error must also be unreviewable when challenged by the accused. The Crown argues that “the availability of *certiorari* does not turn on the identity of the party seeking that relief, but rather on the nature of the alleged error”. I find nothing objectionable in that assertion, but I cannot see how it warrants the conclusion that the alleged error in this case is unreviewable on *certiorari*. The fault lies in the Crown’s characterization of the error as “an alleged misinterpretation of the elements of the offence”. When characterized this way, it is indeed difficult to see how it can be that the accused can challenge such an error though the Crown cannot. The logic becomes clear, however, once the rule is framed, as it should be, in terms of the jurisdiction of the preliminary inquiry judge: whether the error is challenged by the Crown or by the accused, an error is reviewable on *certiorari* only if it is jurisdictional. If it is not jurisdictional, no recourse to *certiorari* may be had. It is not the fact that it is the accused seeking *certiorari* here that makes the error reviewable. It is the fact that the error is jurisdictional.

de se conformer à l’al. 548(1)(b), ne constitue pas, de ce fait, une erreur de compétence susceptible de révision par voie de *certiorari*.

Comme nous le verrons un peu plus loin, je ne suis pas convaincu du tout qu’en l’espèce la juge n’a pas examiné la preuve circonstancielle mentionnée par le juge Major. À mon avis, l’erreur que le ministère public reproche, à cet égard, à la juge Serré constitue, tout au plus, une erreur quant au caractère suffisant de l’ensemble de la preuve. Et il est bien établi qu’une erreur quant au caractère suffisant de la preuve ne saurait à juste titre être qualifiée d’erreur « de compétence », à moins qu’elle n’entraîne un renvoi à procès en l’absence de preuve susceptible d’étayer une déclaration de culpabilité. Comme la juge en chef McLachlin l’a expliqué, au nom de la Cour à l’unanimité, dans l’arrêt *Russell*, précité, par. 28-29 :

L’argument du ministère public en l’espèce veut qu’en vertu du principe de la « parité » de l’arrêt *Dubois*, si l’erreur du juge de l’enquête préliminaire quant aux éléments d’un crime n’est pas susceptible de révision en cas de contestation de la part du ministère public (le ministère public soutient qu’il s’agit du principe de droit énoncé dans l’arrêt *Tremblay*), ce genre d’erreur ne doit pas être susceptible de révision en cas de contestation de la part de l’accusé. Le ministère public prétend que [TRADUCTION] « la possibilité de recourir au *certiorari* ne dépend pas de l’identité de la partie sollicitant cette réparation, mais bien de la nature de la présumée erreur ». Je ne trouve rien de contestable dans cette affirmation, mais je peux voir comment celle-ci permet de conclure que l’erreur alléguée en l’espèce n’est pas susceptible de révision par voie de *certiorari*. Cela tient au fait que le ministère public a qualifié l’erreur [TRADUCTION] « de présumée mauvaise interprétation des éléments de l’infraction ». Lorsque l’erreur est qualifiée ainsi, il est effectivement difficile de déterminer comment il est possible à l’accusé de la contester alors que le ministère public ne le peut pas. Le raisonnement devient toutefois clair une fois que la règle est formulée, comme il se doit, en ce qui a trait à la compétence du juge de l’enquête préliminaire : que l’erreur soit contestée par le ministère public ou par l’accusé, elle est susceptible de révision par voie de *certiorari* seulement si elle se rapporte à la compétence. S’il ne s’agit pas d’une erreur de compétence, on ne peut recourir au *certiorari*. Ce n’est pas parce que c’est l’accusé qui sollicite le *certiorari* en l’espèce que l’erreur est susceptible de révision. C’est le fait qu’il s’agit d’une erreur de compétence.

The discrepancy that troubles the Crown is not, in my view, disturbing. As I note above, the governing principle is the same whether an error is challenged by the Crown or by the accused. While it is true that the effect of this principle is that errors as to the essential elements of the crime will, as a general rule, be reviewable when challenged by the accused but not when challenged by the Crown, this disparity reflects the balance of harms: a wrongful discharge does not raise the possibility of a violation of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; by contrast, I think it clear that committing an individual to stand trial on a charge for which there is no evidence on one of the essential elements would violate the principles of fundamental justice. I note, moreover, that in circumstances such as were at issue in *Tremblay*, the Crown is free, subject to the requirements of s. 577 of the *Criminal Code*, to lay a new information or prefer an indictment. There is no analogous remedy available to the accused. [Emphasis in original.]

I take care not to be understood to have decided here that a failure to consider relevant evidence will never amount to reviewable error. With respect, however, I do not subscribe to a jurisdictional distinction in this regard between preliminary inquiries and summary trials, for example — which are almost everywhere in Canada generally conducted by the very same judges — or between common law courts and courts created by statute. A superior court is, of course, vested with discretionary prerogatives not shared by statutory courts and tribunals. In my view, however, it enjoys no exclusive or inherent powers regarding an omission to consider relevant evidence.

As Laskin J.A. noted, this Court, in *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286, has held that the failure of a trial judge to consider relevant evidence will not necessarily amount to an error of law. Delivering the judgment of the Court in *Morin*, Sopinka J. put the matter this way: “[f]ailure to appreciate [all of] the evidence cannot amount to an error of law unless the failure is based on a misapprehension of some legal principle” (p. 295). This rule, it appears, would

La disparité qui cause un problème au ministère public, à mon avis, ne porte pas à conséquence. Comme je l’ai mentionné précédemment, le principe applicable est le même, que l’erreur soit contestée par le ministère public ou par l’accusé. Il est vrai qu’il découle de ce principe qu’en règle générale l’erreur portant sur des éléments constitutifs du crime n’est susceptible de révision que sur contestation par l’accusé, et non par le ministère public, mais cette disparité se justifie par le rapport des préjudices éventuels de part et d’autre : une libération prononcée à tort ne peut aboutir à une violation de l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, alors qu’il est clair, à mon sens, que de renvoyer quelqu’un à procès sous un chef d’accusation dont l’un des éléments constitutifs ne s’appuie sur aucune preuve produite porterait atteinte aux principes de justice fondamentale. D’autant plus que dans des circonstances semblables à celles de l’affaire *Tremblay*, il est loisible au ministère public, sous réserve des conditions prévues à l’art. 577 du *Code criminel*, de déposer une nouvelle dénonciation ou de procéder par mise en accusation. De son côté, l’accusé ne dispose d’aucun moyen de redressement de ce genre. [Souligné dans l’original.]

Je ne veux pas que l’on croie que j’ai décidé, en l’espèce, que l’omission d’examiner des éléments de preuve pertinents ne constituera jamais une erreur susceptible de révision. En toute déférence, cependant, je suis contre l’idée d’établir, à cet égard, une distinction fondée sur la compétence entre les enquêtes préliminaires et les procès sommaires, par exemple — qui, presque partout au Canada, sont généralement présidés par les mêmes juges —, ou entre les tribunaux de common law et les tribunaux d’origine législative. Certes, une cour supérieure est investie de prérogatives discrétionnaires que ne partagent pas les tribunaux judiciaires et administratifs d’origine législative. À mon avis, toutefois, elle ne possède aucun pouvoir exclusif ou inhérent à l’égard d’une omission d’examiner des éléments de preuve pertinents.

Comme l’a souligné le juge Laskin, notre Cour a statué, dans l’arrêt *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286, que l’omission d’un juge du procès d’examiner des éléments de preuve pertinents ne constitue pas nécessairement une erreur de droit. Dans les motifs qu’il a prononcés au nom de la Cour dans cet arrêt, le juge Sopinka s’est ainsi exprimé : « [l’]omission d’apprécier [l’ensemble de la] preuve ne saurait constituer une erreur de droit que si elle

apply even where “the trial judge [has] failed to appreciate important evidence”: see *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26, at para. 47 (emphasis added).

65 The error imputed in this case to Serré J. was not “based on a misapprehension of some legal principle”. Assuming, in this context only, that Serré J. did indeed fail to appreciate some of the relevant evidence, as alleged by the appellant, I find it unnecessary to decide whether this constituted an error in law within the meaning of *Morin*, *supra*. I think it sufficient to say that she did not thereby commit a jurisdictional error giving rise to *certiorari*.

### III. Serré J.’s Consideration of Evidence

66 The appellant, I repeat once more, has failed to persuade me that Serré J. discharged the respondent without considering the whole of the evidence.

67 It is undisputed that Serré J., before concluding that the evidence was insufficient to warrant a committal for trial, instructed herself correctly as to the role of a justice at a preliminary inquiry. Moreover, she instructed herself impeccably as to the test for sufficiency as it related specifically to the offences charged in both counts.

68 The Crown contends that Serré J. examined some but not all of the evidence capable of supporting a committal and thereby exceeded her jurisdiction in discharging the respondent. Specifically, the appellant relies on Serré J.’s question, “Can a Justice draw a reasonable inference from Mr. Campeau’s knowledge of brass knuckles that the device was made of metal?” (emphasis in original), to support the conclusion that Serré J. considered only the evidence of Guy Campeau, while ignoring other circumstantial evidence that could support a finding that the object was a prohibited weapon. Major J. has reviewed that other circumstantial evidence, much of which relates to the respondent’s “subsequent conduct”, in

résulte d’une mauvaise compréhension d’un principe juridique » (p. 295). Cette règle, semble-t-il, s’appliquerait même si « le juge du procès a omis d’apprécier un élément de preuve important » : voir l’arrêt *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26, par. 47 (je souligne).

Dans la présente affaire, l’erreur reprochée à la juge Serré ne « résultait [pas] d’une mauvaise compréhension d’un principe juridique ». En présumant, uniquement dans ce contexte, que la juge Serré a effectivement omis d’apprécier une partie de la preuve pertinente, comme l’allègue l’appelante, j’estime inutile de décider si cela constituait une erreur de droit au sens de l’arrêt *Morin*, précité. À mon avis, il suffit de dire qu’elle n’a pas, de ce fait, commis une erreur de compétence donnant ouverture au *certiorari*.

### III. Examen de la preuve effectué par la juge Serré

L’appelante, une fois de plus, ne m’a pas convaincu que la juge Serré a libéré l’intimé sans avoir examiné l’ensemble de la preuve.

Personne ne conteste que, avant de conclure que la preuve n’était pas suffisante pour justifier un renvoi à procès, la juge Serré s’est rappelée correctement le rôle du juge qui préside une enquête préliminaire. En outre, elle s’est rappelée d’une manière impeccable le critère applicable pour déterminer le caractère suffisant de la preuve en ce qui concernait précisément les infractions reprochées dans les deux chefs d’accusation.

Le ministère public prétend que la juge Serré a examiné une partie et non l’ensemble de la preuve susceptible de justifier un renvoi à procès et qu’elle a, de ce fait, outrepassé sa compétence en libérant l’intimé. Plus particulièrement, l’appelante se fonde sur une question que se pose la juge Serré — à savoir [TRADUCTION] « [u]n juge peut-il raisonnablement inférer de la connaissance qu’avait M. Campeau des coups-de-poing américains que l’instrument était en métal? » (souligné dans l’original) — pour étayer la conclusion selon laquelle la juge Serré avait seulement tenu compte du témoignage de M. Guy Campeau et qu’elle avait passé sous silence d’autres éléments de preuve circonstancielle susceptibles d’étayer une

considerable detail and there is thus no need for me to do so again here.

The appellant's argument fails for at least four reasons.

First, we are not entitled to assume from the justice's silence regarding a particular piece of evidence that she has not considered that evidence as she is required by s. 548(1)(b) to do. I think it more plausible to infer that Serré J. simply found that the evidence not explicitly mentioned by her had no significant probative value and, therefore, no impact on the sufficiency of the evidence taken as a whole.

A reviewing court must take care not to fill with presumptively adverse assumptions the gaps it sees in the reasons given by a justice at the conclusion of a preliminary inquiry. Here, there is no basis for supposing, because Serré J. mentioned the strongest evidence relied on by the prosecution, that she overlooked or "failed to consider" other evidence that may be thought by some to have a bearing on that issue. On my reading of the record, it is more likely by far that these other items of evidence, individually or collectively considered, could not in her opinion reasonably support an inculpatory finding on the one critical issue in the case as it had unfolded before her: whether the "brass knuckle knife" Mr. Deschamplain admittedly had in his possession was a prohibited weapon within the meaning of the *Criminal Code*.

Second, there is some indication in Serré J.'s reasons, delivered orally, that she did in fact assess the circumstantial evidence adduced by the Crown, and found it to be insufficient to warrant a committal. The question relied upon by the appellant must be taken in the context of Serré J.'s reasons read as a whole. Serré J. dealt with the Crown's evidence on

conclusion que l'objet en question était une arme prohibée. Le juge Major a examiné de façon très détaillée ces autres éléments de preuve circonstancielle, dont la plupart concernaient la « conduite subséquente » de l'intimé, et il est donc inutile de refaire l'exercice.

L'argument de l'appelante échoue pour au moins quatre raisons.

Premièrement, il ne nous est pas permis de déduire du silence de la juge à l'égard d'un certain élément de preuve que celle-ci ne l'a pas examiné comme l'oblige à le faire l'al. 548(1)(b). J'estime qu'il est plus plausible d'inférer que la juge Serré a simplement conclu que les éléments de preuve qu'elle n'a pas mentionnés expressément n'avaient aucune valeur probante et, partant, aucune incidence sur le caractère suffisant de l'ensemble de la preuve.

Une cour de révision doit éviter de recourir à de présumées hypothèses négatives pour combler les lacunes qu'elle perçoit dans les motifs exposés par un juge à l'issue d'une enquête préliminaire. En l'espèce, rien ne permet de supposer que, parce qu'elle a mentionné l'élément de preuve le plus solide invoqué par la poursuite, la juge Serré a passé sous silence ou « omis d'examiner » d'autres éléments de preuve que d'aucuns pourraient considérer comme ayant une incidence sur cette question. D'après ma compréhension du dossier, il est beaucoup plus probable que ces autres éléments de preuve, considérés individuellement ou collectivement, n'étaient pas susceptibles, à son avis, d'étayer raisonnablement une conclusion de culpabilité relativement à la seule question cruciale de l'affaire qui se déroulait devant elle : la question de savoir si « le couteau de type coup-de-poing américain » que, de l'aveu général, M. Deschamplain avait eu en sa possession était une arme prohibée au sens du *Code criminel*.

Deuxièmement, il ressort jusqu'à un certain point des motifs que la juge Serré a prononcés de vive voix qu'elle a, en fait, apprécié la preuve circonstancielle produite par le ministère public, et qu'elle l'a considérée insuffisante pour justifier un renvoi à procès. La question invoquée par l'appelante doit être interprétée dans le contexte de l'ensemble des motifs de

69

70

71

72

the composition of the “brass knuckle knife” as follows:

Counsel for the prosecution invites the Court to safely act on the evidence of Guy Campeau and commit the accused to trial.

Crown Counsel submits that the Court can draw from the record and from the application of the common usage of the language given to the phrase ‘brass knuckle’, a reasonable inference to commit.

Counsel for the defence argues that the Crown is engaging in conjecture, and that it is insufficient for a committal that the inferences which Crown counsel asks the Court to draw leads to speculative rather than logical and precise inferences of guilt objectively grounded in evidence. . . .

Can a Justice draw a reasonable inference from Mr. Campeau’s knowledge of brass knuckles that the device was made of metal? Mr. Campeau simply identified the shape of the device; the grip of the knife bore four rings; it was silver in colour and could be used in a manner consistent with brass knuckles. [First, second and third emphasis added; fourth emphasis in certified transcript.]

73

In this regard, I find it helpful to reproduce here a relevant extract from the reasons of Laskin J.A. in the Court of Appeal (at paras. 7-8):

The box with the knife in it was turned over to one of the teachers at the school, Guy Campeau. Mr. Campeau took the box back to his office, opened the lid, and looked at the knife. At the preliminary hearing he testified that the knife was “silver with brass knuckle type four rings that you would put your finger through to hold onto the handle”. On cross-examination he acknowledged that he never took the knife out of the box or even touched it. He also acknowledged that although he described the knife as a “brass knuckle type knife” he was not suggesting that it was made of brass. . . .

Mr. Campeau was not asked, either on direct examination or on cross-examination, whether either the four rings or the handle to which they were attached was made of metal.

74

While Serré J. did focus her attention on the evidence of Mr. Campeau, she also adverted to the

la juge Serré. La juge Serré a traité, en ces termes, de la preuve du ministère public portant sur la composition du « couteau de type coup-de-poing américain » :

[TRADUCTION] L’avocat de la poursuite invite la Cour à agir prudemment sur la foi du témoignage de Guy Campeau et à renvoyer l’accusé à son procès.

L’avocat du ministère public soutient que la Cour peut raisonnablement inférer du dossier et du sens ordinaire de l’expression « de type coup-de-poing américain » qu’il y a lieu d’ordonner le renvoi à procès.

L’avocat de la défense prétend que le ministère public se livre à des conjectures et qu’il ne suffit pas, pour renvoyer un accusé à son procès, que les inférences que l’avocat du ministère public demande à la Cour de faire mènent à des suppositions plutôt qu’à des conclusions de culpabilité logiques, précises et fondées objectivement sur la preuve. . . .

Un juge peut-il raisonnablement inférer de la connaissance qu’avait M. Campeau des coups-de-poing américains que l’instrument était en métal? Monsieur Campeau a simplement décrit la forme de l’instrument; le manche du couteau comportait quatre anneaux; il était de couleur argent et pouvait être utilisé comme un coup-de-poing américain. [Trois premiers soulignements ajoutés; quatrième soulignement dans la transcription certifiée conforme.]

À cet égard, j’estime utile de reproduire ici un extrait pertinent des motifs du juge Laskin de la Cour d’appel (par. 7-8) :

[TRADUCTION] La boîte contenant le couteau a été remise à l’un des enseignants de l’école, M. Guy Campeau. Monsieur Campeau a apporté la boîte dans son bureau, levé le couvercle et regardé le couteau. À l’audience préliminaire, il a témoigné que le couteau était « de couleur argent et comportait quatre anneaux de type coup-de-poing américain dans lesquels vous enflez les doigts pour tenir le manche ». Lors du contre-interrogatoire, il a reconnu n’avoir jamais retiré le couteau de la boîte ni même y avoir touché. Il a aussi admis qu’en décrivant le couteau comme étant de « type coup-de-poing américain », il n’insinuaient pas qu’il était en laiton. . . .

On n’a pas demandé à M. Campeau, lors de l’interrogatoire principal ou du contre-interrogatoire, si les quatre anneaux ou le manche auquel ceux-ci étaient attachés étaient en métal.

Bien qu’elle se soit concentrée sur le témoignage de M. Campeau, la juge Serré s’est aussi référée

Crown's submissions regarding reasonable inferences that could be drawn from the record. Serré J.'s assessment of the sufficiency of this body of evidence was within her jurisdiction: she was entitled — indeed, required — to determine what inferences it could reasonably support, and she was entitled to conclude, as she did, that those inferences were speculative in nature.

Third, it is not at all surprising that the justice, in giving her reasons, focussed on the evidence of Mr. Campeau. Crown counsel, in his submissions relating to the composition of the weapon, referred Serré J. exclusively to the teacher's testimony:

Mr. Campeau in his evidence, and perhaps the better way of doing this is taking it to the defendant's written submissions. This would be found at page 7. He describes it was silver, brass knuckle type, 4 rings that you could put your finger through to hold on to the handle and then at the bottom of page 7 he says "I've never seen brass knuckles before but from what I know of them you slide your 4 fingers into a grip and you hold on to it this way." Then I got him to describe the fact that he held it up with his fist closed and in my respectful submission that is sufficient evidence for these purposes.

Counsel went on to discuss the importance of the other circumstantial evidence, particularly the respondent's "subsequent conduct", in relation to the respondent's state of mind and with respect to the obstruction of justice charge. As I have mentioned, however, it is conceded that a committal for obstruction could not stand in the absence of a committal on the count for possession of a prohibited weapon.

Crown counsel was most familiar with the theory of his case, the relative importance of the various pieces of evidence, and the viability of the inferences to be drawn from them. The claim of the defence to a discharge rested on an assertion that there was no evidence upon which a trier of fact could reasonably find that the knife in question was a prohibited weapon. Understandably, Crown counsel, in responding to that submission, relied on the testimony of Mr. Campeau concerning the

aux arguments du ministère public concernant ce qui pouvait être raisonnablement inféré du dossier. L'appréciation qu'elle a faite du caractère suffisant de cet ensemble d'éléments de preuve relevait de sa compétence : elle avait le droit — voire l'obligation — de déterminer les inférences qu'ils pouvaient raisonnablement étayer, et elle avait le droit de conclure, comme elle l'a fait, que ces inférences étaient de nature conjecturale.

Troisièmement, il n'est absolument pas étonnant que, dans ses motifs, la juge Serré se soit concentrée sur le témoignage de M. Campeau. Dans son argumentation relative à la composition de l'arme, l'avocat du ministère public lui avait mentionné exclusivement le témoignage de l'enseignant :

[TRADUCTION] Monsieur Campeau, dans son témoignage, et la meilleure façon de le faire est peut-être de se référer à l'argumentation écrite du défendeur. Elle se trouve à la page 7. Il le décrit comme étant de couleur argent, de type coup-de-poing américain et comportant quatre anneaux dans lesquels vous enfiler les doigts pour tenir le manche, et il ajoute, à la fin de la page 7 : « [j]e n'ai jamais vu de coup-de-poing américain auparavant, mais d'après ce que je sais, vous glissez vos quatre doigts dans le manche et vous le tenez de cette façon. » Je lui ai ensuite demandé de parler du fait qu'il l'avait tenu dans les airs avec le poing fermé et je prétends, en toute déférence, qu'il s'agit là d'une preuve suffisante pour les besoins de la présente affaire.

L'avocat a ensuite analysé l'importance des autres éléments de preuve circonstancielle et, plus particulièrement, de la « conduite subséquente » de l'intimé, en traitant de son état d'esprit et de l'accusation d'entrave à la justice. Toutefois, comme nous l'avons vu, l'on reconnaît qu'un renvoi à procès pour entrave était impossible en l'absence d'un renvoi à procès pour possession d'une arme prohibée.

L'avocat du ministère public connaissait très bien sa thèse, l'importance relative des divers éléments de preuve et la viabilité des inférences auxquelles ils devaient donner lieu. La demande de libération présentée par la défense reposait sur l'argument qu'il n'existait aucun élément de preuve qui permettrait à un juge des faits de conclure raisonnablement que le couteau en question était une arme prohibée. Bien entendu, en répondant à cet argument, l'avocat du ministère public s'est fondé sur le témoignage de

75

76

appearance of the knife, rather than on the more speculative and tenuous evidence of “subsequent conduct”. It is hardly surprising that Serré J. likewise thought it unnecessary to do so. Instead, she dealt in detail with what the Crown itself evidently (and correctly) considered to be its strongest and most significant evidence in relation to the nature of the weapon. In my view, Serré J. committed no jurisdictional error in doing so.

77 Finally, as I mentioned earlier, the preliminary inquiry in this case was not conducted in a disjointed or hurried manner, and the disposition was not reached precipitously or without reflection. Serré J. heard all the Crown’s evidence together and on the same day. She then adjourned for six weeks before hearing submissions with the benefit of a full transcript of the evidence.

78 In their submissions, both counsel drew Serré J.’s attention to the circumstantial evidence adduced by the Crown, including the respondent’s “subsequent conduct”. Understandably, they offered differing assessments of the import of that evidence. Moreover, they related it essentially to the respondent’s state of mind rather than to the composition of the “prohibited weapon”. Serré J. then adjourned until the next morning, with the transcript of the evidence in hand, in order to “review the submissions of counsel, together with the case law that has been provided”.

79 As a general rule, the reasons set out in a judge’s decision provide the safest measure of what was in the judge’s mind when that decision was rendered. Earlier comments, particularly if they are remote in time or expressed in evidently tentative terms, are of little value in determining the soundness of the judgment. This, however, does not entitle a reviewing court to assume that evidence canvassed by opposing counsel in their extensive and detailed submissions vanished overnight from the judge’s realm of contemplation. And I would not do so here.

80 As McLachlin J. has stated in another context, “[t]he fact that a trial judge misstates himself at one

M. Campeau concernant l’apparence du couteau, plutôt que sur la preuve plus conjecturale et fragile de la « conduite subséquente ». Il n’est guère étonnant que la juge Serré ait elle aussi considéré inutile de le faire. Elle a plutôt traité en détail de ce que le ministère public lui-même considérait, de toute évidence (et à juste titre), comme étant sa preuve la plus solide et la plus importante quant à la nature de l’arme. À mon avis, la juge Serré n’a commis aucune erreur de compétence en agissant ainsi.

Enfin, comme nous l’avons vu, l’enquête préliminaire en l’espèce n’a été ni mal coordonnée ni bâclée, et la décision n’a pas été rendue à la hâte ou sans réfléchir. La juge Serré a entendu l’ensemble de la preuve du ministère public en une seule et même journée. Elle a ensuite suspendu l’audience pendant six semaines avant d’entendre les plaidoiries à l’aide d’une transcription complète des témoignages.

Dans leurs plaidoiries, les deux avocats ont attiré l’attention de la juge Serré sur la preuve circonstancielle soumise par le ministère public, dont la « conduite subséquente » de l’intimé. Bien entendu, leur appréciation de l’importance de cette preuve n’était pas la même. De plus, ils la rattachaient essentiellement à l’état d’esprit de l’intimé plutôt qu’à la composition de l’« arme prohibée ». La juge Serré, qui disposait alors de la transcription des témoignages, a ajourné l’audience jusqu’au lendemain matin afin d’[TRADUCTION] « examiner les arguments des avocats, ainsi que la jurisprudence qu’on lui avait soumise ».

En général, les motifs exposés dans une décision sont le meilleur indice de ce que le juge avait à l’esprit en rendant sa décision. Les commentaires antérieurs, en particulier s’ils datent d’un certain temps ou s’ils sont manifestement assortis de certaines réserves, sont peu utiles pour déterminer le bien-fondé du jugement. Cependant, cela ne permet pas à une cour de révision de présumer que le juge a, du jour au lendemain, perdu de vue des éléments de preuve que les avocats des parties adverses ont débattus dans leur argumentation complète et détaillée. Et je m’abstiens de le faire en l’espèce.

Comme la juge McLachlin l’a dit dans un autre contexte, « [l]e fait que le juge du procès s’exprime



point should not vitiate his ruling if the preponderance of what was said shows that the proper test was applied and if the decision can be justified on the evidence”: *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717, at p. 737. This Court should show no less deference in reviewing the decision of a justice to discharge at the conclusion of a preliminary inquiry.

This is especially so where, as here, the preponderance of what transpired before the justice, and what she expressly stated, amply demonstrate that she understood and considered all of the relevant issues. More particularly, it is clear from the record that Serré J. was perfectly aware of the limited nature of her task, of the test she was to apply in discharging it, of the essential elements of the offences charged and of the evidence relied on by the prosecution to establish those elements.

If Serré J. erred at all, it was, of course, not in “misstating” herself, but rather in failing to refer explicitly to some of the circumstantial evidence which may be thought by others to have warranted a committal to trial. Here, I repeat, Serré J. heard all the relevant evidence, received and examined a transcript of that evidence, considered it in the light of counsels’ submissions, adjourned to consider the evidence and to review the governing principles, and set out flawlessly the law governing her role in determining whether to commit for trial. I think it both right and fair to assume that she proceeded to apply the principles she had so carefully set out. I see no basis for assuming the opposite. If she nonetheless erred in the result, her error concerned the sufficiency of the evidence and was not subject to review on *certiorari*.

#### IV. Conclusion

For all of the foregoing reasons and with respect for the contrary conclusion of Major J., I would therefore, as stated at the outset, dismiss the appeal.

incorrectement à un moment donné ne devrait pas entacher de nullité sa décision si l’essentiel de ses propos indique que le bon critère a été appliqué et si la preuve peut justifier la décision » : *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717, p. 737. Notre Cour ne devrait pas faire montre de moins de déférence en examinant la décision d’un juge de libérer un accusé à l’issue d’une enquête préliminaire.

Cela est d’autant plus vrai lorsque, comme en l’espèce, l’essentiel de ce qui s’est passé devant la juge et de ce qu’elle dit expressément démontre amplement qu’elle a compris et examiné toutes les questions pertinentes. Plus particulièrement, il ressort clairement du dossier que la juge Serré connaissait parfaitement la nature limitée de son rôle, le critère qu’elle devait appliquer en le remplissant, les éléments constitutifs des infractions reprochées et la preuve sur laquelle la poursuite s’était fondée pour établir l’existence de ces éléments.

Il est évident que toute erreur que peut avoir commise la juge Serré est non pas de « s’être exprimée incorrectement », mais plutôt d’avoir omis de mentionner expressément des éléments de preuve que d’autres personnes pourraient considérer comme justifiant un renvoi à procès. En l’espèce, je le répète, la juge Serré a entendu tous les témoignages pertinents, elle a reçu et examiné la transcription de ces témoignages qu’elle a étudiée à la lumière de l’argumentation des avocats, elle a ajourné l’audience afin d’examiner la preuve et les principes applicables, et elle a exposé de manière impeccable le droit régissant son rôle au moment de décider s’il y avait lieu de renvoyer l’accusé à son procès. À mon avis, il est à la fois juste et équitable de présumer qu’elle a appliqué les principes qu’elle avait si soigneusement exposés. Rien ne me permet de présumer le contraire. Si, en définitive, elle a malgré tout commis une erreur, cette erreur concernait le caractère suffisant de la preuve et n’était pas susceptible de révision par voie de *certiorari*.

#### IV. Conclusion

Pour tous les motifs susmentionnés et en toute déférence pour la conclusion contraire du juge Major, je rejetterais donc le pourvoi, comme je l’ai affirmé au départ.

81

82

83

*Appeal allowed, BINNIE, LEBEL and FISH JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Kelly Jennings & Lacy, Toronto.*

*Pourvoi accueilli, les juges BINNIE, LEBEL et FISH sont dissidents.*

*Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé : Kelly Jennings & Lacy, Toronto.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Marvin Sazant** *Respondent***INDEXED AS: R. v. SAZANT****Neutral citation: 2004 SCC 77.**

File No.: 30079.

2004: June 16; 2004: November 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Criminal law — Preliminary inquiry — Jurisdiction — Certiorari — Preliminary inquiry judge discharging accused — Whether preliminary inquiry judge failed to consider “the whole of the evidence” as prescribed by Criminal Code — If so, whether such failure constitutes jurisdictional error — Scope of review on certiorari of decision of preliminary inquiry judge to discharge accused — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 548(1)(b).*

The accused was charged with historical sexual offences, two of which were indecent assault and gross indecency against the complainant when the complainant was between the ages of 14 and 16. At the time, the age of consent was 14. At the preliminary inquiry, the complainant stated in reply to questions from Crown counsel that the activity was not something he wanted to be involved in, engaged in, or doing. On the count of indecent assault, the preliminary inquiry judge held that the Crown had to adduce some evidence that the complainant did not consent, and found that there was no evidence of non-consent. With respect to the count of gross indecency, he held that an absence of evidence of non-consent was a factor to consider and that a reasonable jury properly instructed could not find that the activity was grossly indecent. The accused was discharged on both counts. The Crown successfully applied for *certiorari* and the reviewing judge ordered the accused to stand trial on both counts. The Court of Appeal restored

EDITOR'S NOTE: There is an order prohibiting the broadcast or the publication in a newspaper of the evidence taken at the preliminary inquiry pursuant to s. 539(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Marvin Sazant** *Intimé***RÉPERTORIÉ : R. c. SAZANT****Référence neutre : 2004 CSC 77.**

N° du greffe : 30079.

2004 : 16 juin; 2004 : 19 novembre.

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

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

*Droit criminel — Enquête préliminaire — Compétence — Certiorari — Juge de l'enquête préliminaire libérant l'accusé — Le juge de l'enquête préliminaire a-t-il omis d'examiner l'ensemble de la preuve comme l'exige le Code criminel? — Dans l'affirmative, cette omission constitue-t-elle une erreur de compétence? — Portée de la révision par voie de certiorari de la décision du juge de l'enquête préliminaire de libérer l'accusé — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 548(1)(b).*

L'accusé a été inculpé d'anciennes infractions d'ordre sexuel — dont une d'attentat à la pudeur et l'autre de grossière indécence — commises contre le plaignant alors que celui-ci avait entre 14 et 16 ans. À l'époque, l'âge du consentement était de 14 ans. À l'enquête préliminaire, le plaignant a répondu à l'avocat du ministère public qu'il n'avait pas voulu participer ou se livrer aux actes en cause, ni les accomplir. En ce qui concerne l'accusation d'attentat à la pudeur, le juge de l'enquête préliminaire a conclu que le ministère public devait produire des éléments de preuve de non-consentement du plaignant et que rien ne prouvait l'absence de consentement. Quant à l'accusation de grossière indécence, il a déterminé que l'absence de preuve de non-consentement devait être prise en considération et qu'un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées ne pourrait pas conclure que l'activité en question constituait de la grossière indécence. L'accusé a été libéré relativement aux deux chefs d'accusation. Le ministère public a demandé et obtenu un *certiorari*,

NOTE DE L'ARRÊTISTE : Une ordonnance fondée sur le par. 539(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, interdit de publier dans un journal ou de révéler dans une émission la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire.

the discharge order, holding that the discharge was not subject to review on *certiorari* because the preliminary inquiry judge had erred within his jurisdiction.

*Held* (Bastarache and Fish JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The discharge order should be set aside and the matter remitted to the preliminary inquiry judge.

*Per* McLachlin C.J. and Major, Binnie, LeBel and Deschamps JJ.: When the decision of a preliminary inquiry judge to discharge an accused is challenged by way of *certiorari*, the reviewing court should intervene only if the judge committed a jurisdictional error. Pursuant to s. 548(1)(b) of the *Criminal Code*, a preliminary inquiry judge shall discharge an accused if, in his opinion, on the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial. The preliminary inquiry judge correctly stated the test for committal in this case but erroneously concluded that there was no evidence of non-consent. The complainant's testimony that he did not want to take part in the sexual activity constitutes direct evidence of lack of consent. In discharging the accused without considering the whole of the evidence, the preliminary inquiry judge exceeded his jurisdiction, and his decision was accordingly subject to review on *certiorari*.

This is not a case where the sufficiency of the evidence is in issue, because the preliminary inquiry judge held that there was absolutely no evidence of non-consent. Whether the judge misunderstood the elements of the offences and gave effect to a non-existent defence, preferred an inference favourable to the accused over an inference favourable to the Crown, or simply overlooked the evidence of non-consent, however his reasons are interpreted, he misconstrued the nature of his task under s. 548 and exceeded his jurisdiction.

*Per* Bastarache and Fish JJ. (dissenting): The decision of the justice at the preliminary inquiry raises no jurisdictional issues. Absence of consent by the complainant was an essential element of one offence and an important element of the other. In the justice's opinion, there was no evidence capable of supporting a reasonable finding of non-consent with respect to one of the complainants. He therefore discharged the accused on the counts relating to that complainant. The justice erred as to the sufficiency of the evidence but this error was not subject

et le juge ayant examiné la demande a renvoyé l'accusé pour qu'il subisse son procès relativement aux deux chefs d'accusation. La Cour d'appel a rétabli l'ordonnance de libération, concluant que la libération n'était pas susceptible de révision par voie de *certiorari* étant donné que l'erreur commise par le juge de l'enquête préliminaire se situait dans les limites de sa compétence.

*Arrêt* (les juges Bastarache et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. L'ordonnance de libération est annulée et l'affaire est renvoyée devant le juge de l'enquête préliminaire.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Major, Binnie, LeBel et Deschamps : Lorsque la décision du juge d'une enquête préliminaire de libérer un accusé est contestée par voie de *certiorari*, la cour qui examine la demande de révision ne doit intervenir que si le juge a commis une erreur de compétence. Aux termes de l'al. 548(1)(b) du *Code criminel*, le juge de l'enquête préliminaire doit libérer l'accusé si, à son avis, la preuve n'est pas suffisante pour qu'il subisse un procès. En l'espèce, le juge de l'enquête préliminaire a énoncé correctement le critère applicable en matière de renvoi à procès, mais il a eu tort de conclure que rien ne prouvait l'absence de consentement. Le témoignage du plaignant selon lequel il ne voulait pas participer aux actes sexuels prouve directement l'absence de consentement. En libérant l'accusé sans avoir examiné l'ensemble de la preuve, le juge de l'enquête préliminaire a outrepassé sa compétence, et sa décision était donc susceptible de révision par voie de *certiorari*.

Le caractère suffisant de la preuve n'est pas en cause dans la présente affaire étant donné que le juge de l'enquête préliminaire a décidé qu'il n'y avait absolument aucune preuve de non-consentement. Peu importe qu'il ait identifié erronément les éléments constitutifs des infractions et qu'il ait retenu un moyen de défense qui n'en est pas un, qu'il ait préféré une inférence favorable à l'accusé à une inférence favorable au ministère public ou qu'il ait simplement passé sous silence la preuve de non-consentement, quelle que soit l'interprétation donnée à ses motifs, le juge a mal interprété la fonction que lui confie l'art. 548 et a outrepassé sa compétence.

*Les* juges Bastarache et Fish (dissidents) : La décision du juge de l'enquête préliminaire ne soulève aucune question de compétence. L'absence de consentement de la part du plaignant était, pour l'une des infractions, un élément constitutif et pour l'autre, un élément important. Selon le juge, il n'y avait aucun élément de preuve susceptible d'étayer une conclusion raisonnable de non-consentement dans le cas de l'un des plaignants. Il a donc libéré l'accusé à l'égard des chefs d'accusation relatifs à ce plaignant. Le juge a commis une erreur quant au

to review on *certiorari* since it was an error committed within the justice's jurisdiction. The justice did not overlook the evidence concerning consent. On the contrary, he considered the relevant evidence, directly and specifically, on at least two different occasions and he found it insufficient to establish non-consent. He erred, however, as to the legal effect of the complainant's evidence and mistakenly required proof of an objective manifestation of non-consent. This error of law cannot properly be characterized as jurisdictional and, like the sufficiency of the evidence, is not reviewable on *certiorari*.

The preliminary inquiry justice did not improperly weigh the evidence and choose between competing inferences. The evidence supports both an inference that the complainant did not wish to participate in the sexual activities and an inference that he regretted the activities. These are not alternative inferences. The function of the preliminary inquiry justice was to determine whether the evidence was capable of supporting a reasonable finding of non-consent. He concluded that it was not because he mistakenly applied an objective test, not because he improperly weighed competing inferences.

#### Cases Cited

By Major J.

**Referred to:** *R. v. Deschamplain*, [2004] 3 S.C.R. 601, 2004 SCC 76; *R. v. Russell*, [2001] 2 S.C.R. 804, 2001 SCC 53; *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *R. v. Arcuri*, [2001] 2 S.C.R. 828, 2001 SCC 54; *Dubois v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 366; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Campbell* (1999), 155 O.A.C. 143.

By Bastarache and Fish JJ. (dissenting)

*Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93; *Forsythe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 268; *Dubois v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 366; *R. v. Russell*, [2001] 2 S.C.R. 804, 2001 SCC 53; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286; *Quebec (Attorney General) v. Girouard*, [1988] 2 S.C.R. 254.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 548(1) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 101(1)].

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2003), 67 O.R. (3d) 481, 179 C.C.C. (3d) 1, 17 C.R. (6th) 194, 112 C.R.R. (2d) 46, 178

caractère suffisant de la preuve, mais cette erreur n'était pas susceptible de révision par voie de *certiorari* étant donné qu'elle se situait à l'intérieur de sa compétence. Le juge n'a pas passé sous silence la preuve relative au consentement. Au contraire, il a examiné directement et précisément la preuve pertinente à au moins deux reprises et il a estimé qu'elle était insuffisante pour établir l'absence de consentement. Il a cependant commis une erreur quant à l'effet juridique de la preuve du plaignant, et il a eu tort d'exiger une preuve de manifestation objective de non-consentement. Cette erreur ne saurait être qualifiée à juste titre d'erreur de compétence et, à l'instar du caractère suffisant de la preuve, elle n'est pas susceptible de révision par voie de *certiorari*.

Le juge de l'enquête préliminaire n'a pas évalué incorrectement des inférences opposées, ni choisi l'une de ces inférences plutôt que l'autre. La preuve étaye à la fois l'inférence que le plaignant ne souhaitait pas participer aux actes sexuels et celle que le plaignant a regretté ces actes. L'une n'exclut aucunement l'autre. Le juge de l'enquête préliminaire devait déterminer si la preuve pouvait étayer une conclusion raisonnable de non-consentement. Il a conclu qu'elle ne le pouvait pas parce qu'il a appliqué à tort un critère objectif et non parce qu'il a évalué incorrectement des inférences opposées.

#### Jurisprudence

Citée par le juge Major

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Deschamplain*, [2004] 3 R.C.S. 601, 2004 CSC 76; *R. c. Russell*, [2001] 2 R.C.S. 804, 2001 CSC 53; *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *R. c. Arcuri*, [2001] 2 R.C.S. 828, 2001 CSC 54; *Dubois c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 366; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Campbell* (1999), 155 O.A.C. 143.

Citée par les juges Bastarache et Fish (dissidents)

*Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93; *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268; *Dubois c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 366; *R. c. Russell*, [2001] 2 R.C.S. 804, 2001 CSC 53; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286; *Québec (Procureur général) c. Girouard*, [1988] 2 R.C.S. 254.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 548(1) [abr. & rempl. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 101(1)].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2003), 67 O.R. (3d) 481, 179 C.C.C. (3d) 1, 17 C.R. (6th) 194, 112 C.R.R. (2d) 46, 178

O.A.C. 1, [2003] O.J. No. 4001 (QL), reversing a decision of the Superior Court of Justice, [2002] O.J. No. 956 (QL), quashing an order of a preliminary inquiry judge discharging the accused on charges of indecent assault and gross indecency. Appeal allowed, Bastarache and Fish JJ. dissenting.

*Jennifer Woollcombe*, for the appellant.

*J. Douglas Crane, Q.C.*, and *James C. Morton*, for the respondent.

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

MAJOR J. —

## I. Introduction

1 This appeal, like its companion case, *R. v. Deschamplain*, [2004] 3 S.C.R. 601, 2004 SCC 76, concerns the scope of review on *certiorari* of the decision of a preliminary inquiry judge to discharge an accused. While the Ontario Court of Appeal acknowledged that the preliminary inquiry judge committed an error, that error was held not to constitute a jurisdictional error. I have reached a different conclusion. In my view, the preliminary inquiry judge exceeded his jurisdiction. His decision to discharge the respondent is therefore subject to review on *certiorari*. I would allow the appeal.

## II. Facts

2 The respondent was charged with historical sexual offences, two of which were indecent assault and gross indecency against the complainant when he was between the ages of 14 and 16. At the time of the alleged offences, the age of consent was 14.

3 The respondent, a medical doctor, was an assistant coach of the complainant's basketball team. The complainant alleged that his relationship with the respondent began when he was 13 years old. He claimed that the respondent paid more attention to him than others, picked him up at school

O.A.C. 1, [2003] O.J. No. 4001 (QL), qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure de justice, [2002] O.J. No. 956 (QL), annulant l'ordonnance du juge d'une enquête préliminaire libérant l'accusé relativement à des accusations d'attentat à la pudeur et de grossière indécence. Pourvoi accueilli, les juges Bastarache et Fish sont dissidents.

*Jennifer Woollcombe*, pour l'appelante.

*J. Douglas Crane, c.r.*, et *James C. Morton*, pour l'intimé.

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

LE JUGE MAJOR —

## I. Introduction

Le présent pourvoi et le pourvoi connexe, *R. c. Deschamplain*, [2004] 3 R.C.S. 601, 2004 CSC 76, concernent la portée de la révision par voie de *certiorari* de la décision du juge d'une enquête préliminaire de libérer l'accusé. Tout en reconnaissant que le juge de l'enquête préliminaire avait commis une erreur, la Cour d'appel de l'Ontario a toutefois décidé qu'il ne s'agissait pas d'une erreur de compétence. J'arrive à une conclusion différente. J'estime que le juge de l'enquête préliminaire a outrepassé sa compétence. Sa décision de libérer l'intimé est donc susceptible de révision par voie de *certiorari*. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

## II. Les faits

L'intimé a été accusé d'anciennes infractions d'ordre sexuel — dont une d'attentat à la pudeur et l'autre de grossière indécence — commises contre le plaignant alors que celui-ci avait entre 14 et 16 ans. Au moment des infractions reprochées, l'âge du consentement était de 14 ans.

L'intimé, un médecin, était l'entraîneur adjoint de l'équipe de basket-ball du plaignant. Ce dernier a allégué que sa relation avec l'intimé avait commencé alors qu'il était âgé de 13 ans. Il a affirmé que l'intimé se montrait plus attentionné à son égard, qu'il allait parfois le chercher à l'école, qu'il l'invitait à

sometimes, took him out to lunch, gave him some money and eventually asked him if he wanted to come to his house and rake leaves. When the complainant arrived, the respondent gave him a tour of the house and the first of two incidents of sexual contact allegedly occurred.

Both alleged incidents, which happened several weeks apart, involved disrobing, kissing on the lips, the respondent rubbing the complainant's genital area, straddling the complainant's chest and inserting his penis into the complainant's mouth. The second incident also involved the use of ropes to tie the complainant's wrists to the bed post and ejaculation by the respondent.

At the preliminary inquiry, after the complainant had described the first incident involving the respondent pushing his penis in and out of his mouth, Crown counsel asked:

Q. Is this something that you wanted to be doing?

A. No.

After the complainant described the second incident, Crown counsel asked:

Q. Did you want to be engaging in that kind of activity on that day?

A. No. I think that – I think that I really wanted to spend time with him, but not doing that.

Q. Why was it that you wanted to spend time with him?

A. Because he had patience for me and he was very kind and understanding and I just felt like I related with him very well under the pretence of what I thought the relationship was.

The complainant explained that he saw the respondent a few times after the two incidents but avoided any discussion of him returning to the respondent's house. The respondent eventually told the complainant that he could not be his friend if

déjeuner, qu'il lui donnait de l'argent et qu'il avait fini par lui demander de l'accompagner chez lui pour ratisser les feuilles mortes. À l'arrivée du plaignant, l'intimé lui avait fait visiter la maison et c'est à ce moment qu'aurait eu lieu le premier de deux épisodes de contacts sexuels.

Au cours des deux présumés épisodes, qui seraient survenus à plusieurs semaines d'intervalle, les parties se seraient dévêtues. Il y aurait eu des baisers sur la bouche. L'intimé aurait frotté les organes génitaux du plaignant, se serait mis à califourchon sur la poitrine du plaignant et aurait introduit son pénis dans sa bouche. Lors du deuxième épisode, l'intimé aurait aussi utilisé des cordes pour attacher les poignets du plaignant à une colonne de lit et aurait éjaculé.

À l'enquête préliminaire, après que le plaignant eut décrit le premier épisode pendant lequel l'intimé aurait introduit son pénis dans sa bouche en effectuant un mouvement de va-et-vient, l'avocat du ministère public lui a demandé :

[TRADUCTION]

Q. Était-ce quelque chose que vous vouliez faire?

R. Non.

Après que le plaignant eut décrit le deuxième épisode, l'avocat du ministère public lui a posé les questions suivantes :

[TRADUCTION]

Q. Voulez-vous vous livrer à ce genre d'activité ce jour-là?

R. Non. Je crois – je crois que je voulais vraiment passer du temps avec lui, mais pas de cette façon.

Q. Pourquoi vouliez-vous passer du temps avec lui?

R. À cause de sa patience, de sa gentillesse et de sa compréhension à mon égard et parce que j'avais tout simplement l'impression d'avoir de très bons rapports avec lui selon la perception que j'en avais.

Le plaignant a expliqué qu'il avait rencontré l'intimé à quelques reprises après les deux épisodes, mais qu'il avait alors évité de parler de retourner chez lui. L'intimé a finalement répondu au plaignant qu'il ne pourrait plus être son ami si celui-ci ne

4

5

6

7

he was not going to go to his house and spend time with him. Their relationship soon ended. After this part of the complainant's testimony, Crown counsel asked:

Q. Why would you avoid that issue?

A. Because I didn't want to go.

Q. And why didn't you want to go?

A. Because I didn't want to get involved in the sexual escapades.

### III. Judicial History

#### A. *Ontario Court of Justice*

8 Moore J. presided at the preliminary inquiry in the Ontario Court of Justice. The testimony of another complainant was heard in October of 2000, and the testimony of the complainant at issue here was heard on February 12, 2001. Written submissions were later filed and additional oral submissions on committal were presented by counsel on April 17, 2001. The decision was rendered on May 1, 2001.

9 Since the complainant was over the age of 14 when the incidents occurred and consensual activity between males over 14 years of age was not an offence at the relevant time, Moore J. noted that with respect to the allegation of indecent assault, the Crown had to adduce some evidence that the complainant did not consent to the activity that might be considered indecent. He found the evidence to suggest that at some point in time after the sexual activity, the complainant may have regretted what he had done but that there was absolutely no evidence of non-consent.

10 Moore J. acknowledged that for the allegation of gross indecency, consent was not a defence where the complainant was under the age of 21 at the time, but he held that the absence of evidence of non-consent was a factor in deciding whether the activity could amount to gross indecency. In his view, the relevant factors to be considered included the existence or absence of consent, the ages of the parties, the time and place, the relationship between the

retournait pas passer du temps avec lui chez lui. La relation s'est terminée peu après. Après cette partie du témoignage du plaignant, l'avocat du ministère public lui a demandé :

[TRADUCTION]

Q. Pourquoi évitiez-vous le sujet?

R. Parce que je ne voulais pas retourner chez lui.

Q. Pourquoi ne vouliez-vous pas le faire?

R. Parce que je ne voulais pas participer à ces escapades sexuelles.

### III. Historique des procédures judiciaires

#### A. *Cour de justice de l'Ontario*

Le juge Moore préside l'enquête préliminaire devant la Cour de justice de l'Ontario. Le 12 février 2001, il entend le témoignage du plaignant en l'espèce, après avoir entendu celui d'un autre plaignant en octobre 2000. Outre l'argumentation écrite qu'ils déposent par la suite, les avocats présentent, le 17 avril 2001, leurs plaidoiries au sujet du renvoi à procès. La décision est rendue le 1<sup>er</sup> mai 2001.

En ce qui concerne l'allégation d'attentat à la pudeur, le juge Moore fait remarquer que, puisque le plaignant avait plus de 14 ans au moment des épisodes et que l'activité consensuelle entre des personnes de sexe masculin âgées de plus de 14 ans n'était pas illégale à l'époque pertinente, le ministère public doit produire des éléments de preuve de non-consentement du plaignant à l'activité susceptible d'être considérée indécente. Selon lui, même si la preuve indique que le plaignant peut avoir éprouvé des regrets quelque temps après l'activité sexuelle, absolument rien ne prouve l'absence de consentement.

Quant à l'allégation de grossière indécence, le juge Moore reconnaît qu'à l'époque le consentement ne pouvait pas être invoqué comme moyen de défense dans le cas d'un plaignant âgé de moins de 21 ans, mais, à son avis, l'absence de preuve de non-consentement doit être prise en considération pour décider si l'activité en cause peut constituer de la grossière indécence. Selon lui, les facteurs à considérer sont notamment l'existence ou l'absence de



parties, and the activity. Moore J. concluded that a reasonable jury properly instructed could not find that the alleged activity was grossly indecent. He discharged the respondent on both counts.

**B. *Superior Court of Justice*, [2002] O.J. No. 956 (QL)**

Archibald J. heard the Crown's application for review of the discharge by way of *certiorari* in the Ontario Superior Court. He agreed that lack of consent is an essential element of indecent assault but he held that the offence is determined by the subjective state of mind of the complainant at the time of the act. He found that the complainant's testimony indicated lack of consent. In his view, Moore J. had committed a jurisdictional error by failing to consider all of the evidence before determining that there was no evidence of non-consent and discharging the respondent. Archibald J. also held that this error did not result from the application of the wrong test for sufficiency, which would be within the preliminary inquiry judge's jurisdiction, but rather because Moore J. had decided an issue reserved for the trier of fact. With respect to gross indecency, Archibald J. accepted that lack of consent is a material factor and, together with the age disparity of 30 years and the nature of the sexual acts, there was evidence upon which a reasonable and properly instructed jury could convict. Here too he held that Moore J. had committed a jurisdictional error by deciding an issue that was reserved for the trier of fact. Archibald J. ordered the respondent to stand trial on both counts.

**C. *Ontario Court of Appeal* (2003), 67 O.R. (3d) 481**

The Ontario Court of Appeal reversed the reviewing judge's decision and restored the discharge order. Feldman J.A. (Charron and Simmons J.J.A.

consentement, l'âge des parties, le moment et l'endroit, la relation entre les parties et l'activité. Le juge Moore décide alors qu'un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées ne pourrait pas conclure que l'activité alléguée constituait de la grossière indécence. Il libère l'intimé relativement aux deux chefs d'accusation.

**B. *Cour supérieure de justice*, [2002] O.J. No. 956 (QL)**

Le juge Archibald de la Cour supérieure de l'Ontario procède à l'audition de la demande du ministère public visant à faire réviser par voie de *certiorari* la décision accordant la libération. Tout en convenant que l'absence de consentement constitue un élément essentiel de l'attentat à la pudeur, il conclut que l'existence de cette infraction dépend de l'état d'esprit subjectif du plaignant au moment de l'acte. Il estime qu'il ressort du témoignage du plaignant qu'il y avait absence de consentement. À son avis, le juge Moore a commis une erreur de compétence en concluant à l'absence de preuve de non-consentement et en libérant l'intimé sans avoir examiné toute la preuve. Le juge Archibald ajoute que cette erreur résulte non pas d'une application du mauvais critère pour décider du caractère suffisant de la preuve, ce qui serait à l'intérieur de la compétence du juge de l'enquête préliminaire, mais plutôt du fait que le juge Moore a tranché une question réservée au juge des faits. Quant à l'infraction de grossière indécence, le juge Archibald reconnaît que l'absence de consentement constitue un facteur important et que, en plus de la différence d'âge de 30 ans et de la nature des actes sexuels, il existe des éléments de preuve qui permettraient à un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées de prononcer un verdict de culpabilité. Là encore, il estime que le juge Moore a commis une erreur de compétence en tranchant une question réservée au juge des faits. Le juge Archibald renvoie l'intimé pour qu'il subisse son procès relativement aux deux chefs d'accusation.

**C. *Cour d'appel de l'Ontario* (2003), 67 O.R. (3d) 481**

La Cour d'appel de l'Ontario infirme la décision du juge ayant examiné la demande de révision et rétablit l'ordonnance de libération. La juge Feldman

concurring) agreed that absence of consent is subjective and to be determined by the complainant's "subjective internal state of mind" at the time of the offence. She accepted that the complainant's testimony, on its face, constituted direct evidence of lack of consent. In her view, by concluding that there was no evidence of lack of consent, the preliminary inquiry judge had erred in one of three ways, but that each type of error was within Moore J.'s jurisdiction and not subject to review on *certiorari*.

(avec l'appui des juges Charron et Simmons) convient que l'absence de consentement est subjective et dépend de [TRADUCTION] « l'état d'esprit subjectif » du plaignant au moment de l'infraction. Elle accepte que le témoignage du plaignant constitue, à première vue, une preuve directe de l'absence de consentement. À son avis, en concluant à l'absence de preuve de non-consentement, le juge Moore qui a présidé l'enquête préliminaire a commis une erreur à trois égards, mais comme chaque erreur avait été commise dans les limites de sa compétence, aucune n'était susceptible de révision par voie de *certiorari*.

13 Feldman J.A. also held that the erroneous conclusion that there was no evidence of lack of consent formed part of Moore J.'s finding that the evidence of the sexual activity and its circumstances, including that it was consensual, could not amount in law to gross indecency. She was of the view that Moore J. could not treat the issue of consent as one for the trier of fact once he found that there was no evidence of lack of consent. Feldman J.A. held that the conclusion of what conduct can amount to gross indecency in law is a question of law and therefore not reviewable.

La juge Feldman estime également que la conclusion erronée à l'absence de preuve de non-consentement fait partie intégrante de la constatation du juge Moore que la preuve relative aux actes sexuels et aux conditions dans lesquelles ils ont été accomplis, y compris leur caractère consensuel, ne pouvait pas en droit établir l'existence de grossière indécence. À son avis, le juge Moore ne pouvait pas considérer que la question du consentement relevait du juge des faits, après avoir conclu à l'absence de preuve de non-consentement. Pour la juge Feldman, la conclusion relative à ce qui peut constituer en droit de la grossière indécence est une question de droit et n'est donc pas susceptible de révision.

#### IV. Analysis

#### IV. Analyse

14 The purpose of the preliminary inquiry is to ensure that there is sufficient evidence to commit the accused to trial. The preliminary inquiry is therefore a pretrial screening procedure that also serves as a discovery mechanism to the accused: see *R. v. Russell*, [2001] 2 S.C.R. 804, 2001 SCC 53, at para. 20; *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93, at pp. 105-6. Guilt or innocence is determined at trial. The preliminary inquiry judge's decision to discharge or commit the accused to trial cannot be appealed. While the decision can be challenged by way of *certiorari*, the reviewing court should only intervene where the preliminary inquiry judge committed a jurisdictional error.

L'enquête préliminaire a pour objet d'assurer l'existence d'éléments de preuve suffisants pour renvoyer l'accusé à son procès. Il s'agit donc d'une procédure de vérification préalable au procès. Celle-ci permet également à l'accusé de prendre connaissance de la preuve qui pèse contre lui : voir les arrêts *R. c. Russell*, [2001] 2 R.C.S. 804, 2001 CSC 53, par. 20, et *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93, p. 105-106. La détermination de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé se fait au procès. La décision du juge de l'enquête préliminaire de libérer l'accusé ou de le renvoyer à son procès est sans appel. Bien que sa décision puisse être contestée par voie de *certiorari*, la cour qui examine la demande de révision ne doit intervenir que dans le cas où le juge de l'enquête préliminaire a commis une erreur de compétence.

Pursuant to s. 548(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, “[w]hen all the evidence has been taken” the judge shall:

(a) if in his opinion there is sufficient evidence to put the accused on trial for the offence charged or any other indictable offence in respect of the same transaction, order the accused to stand trial;

If there is sufficient evidence upon which a reasonable and properly instructed jury could convict, the preliminary inquiry judge must commit the accused to trial: see *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, at p. 1080. Thus, where the Crown has adduced direct evidence on all the elements of the offence, the preliminary inquiry judge must commit the accused to trial even if the defence proffers exculpatory evidence: see *R. v. Arcuri*, [2001] 2 S.C.R. 828, 2001 SCC 54, at para. 29. It is, however, a jurisdictional error for a preliminary inquiry judge to commit an accused to trial where there is no evidence on an essential element of the charge: see *Skogman*, *supra*, at p. 104.

As for the discharge of an accused, s. 548(1) directs that the preliminary inquiry judge shall:

(b) discharge the accused, if in his opinion on the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial for the offence charged or any other indictable offence in respect of the same transaction.

The preliminary inquiry judge in this appeal, Moore J., correctly stated the test for committal and the corresponding onus that falls on the Crown. He also recognized that a preliminary inquiry judge is not permitted to assess credibility or reliability, and that where more than one inference can be drawn from the evidence, only the inferences that favour the Crown are to be considered. A preliminary inquiry judge who fails to respect these constraints acts in excess of his or her jurisdiction: see *Dubois v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 366, at p. 380.

There is no dispute that Moore J. erroneously concluded that there was “absolutely no evidence of

Selon le par. 548(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, « [l]orsque le juge [. . .] a recueilli tous les témoignages », il doit

a) renvoyer l'accusé pour qu'il subisse son procès, si à son avis la preuve à l'égard de l'infraction dont il est accusé ou de tout autre acte criminel qui découle de la même affaire est suffisante;

Si la preuve suffit pour qu'un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées puisse prononcer un verdict de culpabilité, le juge de l'enquête préliminaire doit renvoyer l'accusé à son procès : voir l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, p. 1080. Ainsi, dans le cas où le ministère public présente une preuve directe à l'égard de tous les éléments de l'infraction, le juge de l'enquête préliminaire doit renvoyer l'accusé à son procès même si la défense produit une preuve exculpatoire : voir l'arrêt *R. c. Arcuri*, [2001] 2 R.C.S. 828, 2001 CSC 54, par. 29. Toutefois, commet une erreur de compétence le juge de l'enquête préliminaire qui renvoie l'accusé à son procès en l'absence de preuve relative à un élément essentiel de l'accusation : voir l'arrêt *Skogman*, précité, p. 104.

En ce qui concerne la libération de l'accusé, le par. 548(1) prévoit que le juge de l'enquête préliminaire doit

b) libérer l'accusé, si à son avis la preuve à l'égard de l'infraction dont il est accusé ou de tout autre acte criminel qui découle de la même affaire n'est pas suffisante pour qu'il subisse un procès.

Le juge Moore qui a présidé l'enquête préliminaire en l'espèce a énoncé correctement le critère applicable en matière de renvoi à procès et le fardeau correspondant qui incombe au ministère public. Il a également reconnu que le juge de l'enquête préliminaire n'est pas autorisé à apprécier la crédibilité et la fiabilité, et que, lorsque plusieurs inférences peuvent résulter de la preuve, il ne faut considérer que celles favorables au ministère public. Le juge de l'enquête préliminaire qui ne respecte pas ces contraintes outrepassa sa compétence : voir l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 366, p. 380.

Personne ne conteste que le juge Moore a eu tort de conclure que [TRADUCTION] « absolument

15

16

17

18

19

non consent”. The absence of consent is subjective and “the actual state of mind of the complainant is determinative”: see *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at paras. 26-27. (The *Ewanchuk* decision was handed down February 25, 1999. The preliminary inquiry judge pronounced his decision in this case on May 1, 2001). As the Court of Appeal pointed out, at para. 21, the fact that the complainant testified that he did not want to take part in the sexual activity with the respondent constitutes direct evidence of lack of consent.

20

The testimony of the complainant was heard on February 12, 2001. Both counsel gave submissions following the testimony on that day. The Crown specifically raised the evidence of non-consent established by the complainant’s testimony and the preliminary inquiry judge had several exchanges with the Crown on that aspect of the evidence and “how far we’ve come” since the 1970’s. The portion of the transcript that is relevant to this exchange reads:

THE COURT: – since the early 70’s and I mean I just recall so vividly in any sexual assault trial that used to take place that that was such an integral part of the Crown’s case was asking the complainant “Did you consent” and if he did consent or if he didn’t consent, “What did you say? What did you do? How did you convey that?” and so on and so forth. And what was going on in the complainant’s mind was a far less – unless there was more, was of far less importance compared to what it is – the way it is now. I mean, it’s almost gotten to the point now where the accused has to prove –

MR. BUTT: Take all . . .

THE COURT: – consent as opposed to the Crown proving non-consent. [Emphasis added.]

It seems clear that Moore J. realized that the law had moved on from the 1970’s when, so he thought, a complainant had to manifest to the accused a lack of consent. There clearly was evidence before Moore J. that the complainant had not consented in this case.

rien ne pouv[ait] qu’il y [avait eu] absence de consentement ». L’absence de consentement est subjective et « c’est l’état d’esprit réel de la [partie] plaignante qui est déterminant » : voir l’arrêt *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 26-27. (L’arrêt *Ewanchuk* a été rendu le 25 février 1999. En l’espèce, le juge de l’enquête préliminaire a rendu sa décision le 1<sup>er</sup> mai 2001). Comme l’a souligné la Cour d’appel, au par. 21, le fait que le plaignant ait témoigné qu’il ne voulait pas se livrer à des actes sexuels avec l’intimé prouve directement l’absence de consentement.

Le plaignant a témoigné le 12 février 2001 et son témoignage a été suivi de la présentation de l’argumentation des deux avocats. Le ministère public a fait valoir que le témoignage du plaignant établissait l’absence de consentement et plusieurs échanges entre le juge de l’enquête préliminaire et le ministère public ont porté sur cet aspect de la preuve et sur le « chemin parcouru » depuis les années 70. La partie de la transcription qui est pertinente à cet égard est la suivante :

[TRADUCTION]

LA COUR : – depuis le début des années 70 et, j’insiste, je m’en souviens justement très bien, dans tous les procès pour agression sexuelle, une partie importante de la preuve du ministère public consistait à demander au plaignant « Étiez-vous consentant? » et, peu importe qu’il l’ait été ou non, à demander « Qu’avez-vous dit? Qu’avez-vous fait? Comment l’avez-vous fait savoir? » et ainsi de suite. Et ce qui se passait dans la tête de l’accusé avait beaucoup moins – à moins qu’il y ait eu plus que cela, avait beaucoup moins d’importance que maintenant – dans l’état actuel des choses. J’entends par là que nous en sommes désormais presque au point où il faut que l’accusé prouve –

M<sup>e</sup> BUTT : À tout prendre . . .

LA COUR : – qu’il y a eu consentement et non que le ministère public prouve l’absence de consentement. [Je souligne.]

Il semble évident que le juge Moore s’est rendu compte que le droit avait évolué depuis les années 70 où, croyait-il, le plaignant devait manifester son absence de consentement à l’accusé. Le juge Moore disposait clairement d’une preuve que le plaignant n’avait pas consenti en l’espèce.

Then, on April 17, 2001, Moore J. heard more oral submissions from counsel after reviewing written submissions regarding the gross indecency charge with the benefit of the certified transcription. Once again, the issue of non-consent was discussed. On May 1, 2001, the decision was rendered orally from the bench. Moore J. concluded that the testimony of the complainant, at its highest, established that he may have regretted the sexual activities after the fact, but not lack of consent at the time.

In the Court of Appeal, Feldman J.A. held, at para. 25, that if Moore J. had failed to take into account the evidence of non-consent, the error did not go to jurisdiction. With respect, this was an error. As stated in *Deschamplain, supra*, a preliminary inquiry judge who fails to satisfy the statutory requirement of s. 548(1)(b) of the *Criminal Code* to consider all of the admitted evidence before discharging the accused commits a jurisdictional error. On this basis alone, Moore J.'s decision is subject to review on *certiorari*.

In *R. v. Campbell* (1999), 155 O.A.C. 143, a panel of the Ontario Court of Appeal consisting of Weiler, Abella, and Goudge J.J.A. in a *per curiam* opinion noted at para. 7:

As Campbell, J., said in *R. v. McIlwain* (1988), 67 C.R. (3d) 397 (Ont. H.C.), at 399, the preliminary hearing is not the forum for weighing competing inferences or for selecting from among them. That is the province of the trier of fact at trial. In *R. v. Dubois*, [1986] 1 S.C.R. 366 . . ., Estey, J., made it clear that it is jurisdictional error for a preliminary hearing judge to enter upon this province. He put it this way at [380]:

“In applying the wrong test for sufficiency, a preliminary inquiry judge does not commit jurisdictional error. In deciding an issue reserved to another forum, however, he does.”

While this Court held in *Russell, supra*, at para. 48, that “a preliminary inquiry judge’s determination of sufficiency is entitled to the greatest deference”, I do not think the issue here has anything to do with “sufficiency”. The preliminary inquiry judge flatly

Puis, le 17 avril 2001, le juge Moore a entendu d’autres plaidoiries des avocats après s’être servi de la transcription certifiée conforme pour examiner l’argumentation écrite concernant l’accusation de grossière indécence. Là encore, la question de l’absence de consentement a été analysée. Le 1<sup>er</sup> mai 2001, la décision a été rendue séance tenante. Selon le juge Moore, le témoignage du plaignant établissait tout au plus que celui-ci pouvait avoir regretté après coup les actes sexuels, mais non qu’il n’avait pas consenti à les accomplir.

En Cour d’appel, la juge Feldman a conclu, au par. 25, que, si le juge Moore n’avait pas tenu compte de la preuve d’absence de consentement, l’erreur ne touchait pas à la compétence. En toute déférence, cela est inexact. Comme le précise l’arrêt *Deschamplain*, précité, l’omission du juge d’une enquête préliminaire de se conformer à l’obligation — prévue à l’al. 548(1)(b) du *Code criminel* — d’examiner tous les éléments de preuve admis avant de libérer l’accusé constitue une erreur de compétence. Pour cette seule raison, la décision du juge Moore est susceptible de révision par voie de *certiorari*.

Dans l’arrêt *R. c. Campbell* (1999), 155 O.A.C. 143, les juges Weiler, Abella et Goudge de la Cour d’appel de l’Ontario ont fait remarquer ceci dans des motifs unanimes (par. 7) :

[TRADUCTION] Comme l’a affirmé le juge Campbell, à la p. 399 de la décision *R. c. McIlwain* (1988), 67 C.R. (3d) 397 (H.C. Ont.), ce n’est pas à l’enquête préliminaire qu’il faut apprécier des inférences opposées ou faire un choix parmi celles-ci. Il appartient au juge des faits de le faire. Dans l’arrêt *R. c. Dubois*, [1986] 1 R.C.S. 366 [. . .], le juge Estey a clairement indiqué que le juge de l’enquête préliminaire qui s’engage dans cette voie commet une erreur de compétence. Voici ce qu’il dit, à la p. [380] :

« En appliquant un critère erroné pour déterminer le caractère suffisant de la preuve, le juge à l’enquête préliminaire ne commet pas une erreur de compétence. Toutefois, il en commet une lorsqu’il tranche une question qui est réservée à une autre juridiction. »

Bien que notre Cour ait statué, au par. 48 de l’arrêt *Russell*, précité, qu’« il faut montrer la plus grande retenue à l’égard de la conclusion du juge de l’enquête préliminaire selon laquelle il existe une preuve suffisante », j’estime que la question qui se

21

22

23

24

stated, "I find that there is absolutely no evidence of non-consent, in either words or actions."

25

Accordingly, there seem to be three possible interpretations of what the preliminary inquiry judge did, any of which would result in a loss of jurisdiction.

(1) First, the preliminary inquiry judge may have entirely misunderstood the elements of the offences of indecent assault and gross indecency and given effect to a non-existent defence, as suggested by my colleagues, Bastarache and Fish JJ. This interpretation, on its face, would be contrary to what the preliminary inquiry judge said about what he regarded as changes in the law of consent since "the 1970's". If indeed this was the basis of the preliminary inquiry judge's decision, it would also mean that the preliminary inquiry judge had never tested the Crown's evidence against the actual elements of the offences charged. In that event, the reasoning of this Court in *Dubois*, *supra*, at pp. 378-79, is applicable:

This is not a case where the reviewing judge merely thinks that the justice was wrong, in the sense that if the reviewing judge had been sitting at the preliminary inquiry, he would have reached a different conclusion as to the sufficiency of the evidence. It is a case in which the real complaint is that the exercise of weighing the evidence proceeded on an entirely erroneous basis in law, which in turn goes to the mandate issued by Parliament . . . . [Emphasis added.]

(2) Second, the preliminary inquiry judge may have decided that the complainant's evidence was ambiguous in that it could be construed as an expression of "after-the-fact" regret rather than "during-the-fact" non-consent. However, if the preliminary inquiry judge preferred an inference favourable to the accused over an inference favourable to the Crown,

pose en l'espèce n'a rien à voir avec le « caractère suffisant » de la preuve. Le juge de l'enquête préliminaire a affirmé sans ambages que [TRADUCTION] « à [s]on avis, il n'y a[vait] absolument aucune preuve de non-consentement manifesté par des paroles ou par des actes. »

Par conséquent, il semble qu'on puisse donner trois interprétations de ce qu'a fait le juge de l'enquête préliminaire, lesquelles entraîneraient toutes une perte de compétence.

(1) Premièrement, il se peut que le juge de l'enquête préliminaire ait identifié tout à fait erronément les éléments constitutifs des infractions d'attentat à la pudeur et de grossière indécence. Il aurait retenu un moyen de défense qui n'en est pas un, comme l'affirment mes collègues les juges Bastarache et Fish. À première vue, cette interprétation serait contraire à ce que le juge de l'enquête préliminaire a dit au sujet de ce qu'il considérait comme une évolution du droit en matière de consentement depuis « les années 70 ». Si la décision du juge de l'enquête préliminaire reposait vraiment sur cette interprétation, cela signifierait également que le juge de l'enquête préliminaire n'a jamais apprécié la preuve du ministère public au regard des vrais éléments constitutifs des infractions reprochées. Le cas échéant, le raisonnement suivi par notre Cour dans l'arrêt *Dubois*, précité, p. 378-379, s'applique :

Il ne s'agit pas d'une affaire où le juge qui procède à la révision pense simplement que le juge de paix a eu tort, dans le sens que si le juge qui procède à la révision avait siégé à l'enquête préliminaire, il serait arrivé à une conclusion différente quant au caractère suffisant de la preuve. C'est une affaire dans laquelle la vraie plainte porte sur le fait que l'appréciation de la preuve repose sur un fondement entièrement erroné en droit, qui ensuite porte atteinte au mandat que confie le législateur . . . [Je souligne.]

(2) Deuxièmement, il se peut que le juge de l'enquête préliminaire ait décidé que la preuve du plaignant était ambiguë du fait qu'elle pouvait être considérée comme exprimant un regret « après coup » plutôt qu'un non-consentement « sur le coup ». Cependant, si le juge de l'enquête préliminaire avait préféré une inférence favorable à l'accusé à une

then he would have exceeded his jurisdiction by deciding an issue reserved for the trial judge.

(3) Third, the preliminary inquiry judge on May 1, 2001 could simply have overlooked the evidence of non-consent that had been discussed with the Crown and the defence during earlier oral argument. If so, he would have failed to consider “the whole of the evidence” and would on that account as well have stepped outside his jurisdiction.

Accordingly, however his reasons are interpreted, the preliminary inquiry judge misconstrued the nature of his task under s. 548 of the *Criminal Code* and, by discharging the accused on that basis, he exceeded his jurisdiction.

#### V. Disposition

I would allow the appeal, set aside the discharge order and remit the matter to the preliminary inquiry judge to consider the sufficiency of the evidence in light of these reasons.

The following are the reasons delivered by

BASTARACHE AND FISH JJ. (dissenting) —

#### I

At the conclusion of his preliminary inquiry, the respondent was committed to trial on two counts set out in the information laid against him and he was discharged on two others. We are not concerned here with the correctness of the justice’s conclusion regarding any of the four counts. Nor are we concerned with the cogency of his reasons for judgment.

The sole question on this appeal is whether the justice lacked jurisdiction to decide as he did on two of the four counts. In the Crown’s view, the justice acted within his jurisdiction in committing the respondent on two counts, but exceeded his jurisdiction in discharging him on the two others.

inférence favorable au ministère public, il aurait alors outrepassé sa compétence en tranchant une question relevant du juge du procès.

(3) Troisièmement, le 1<sup>er</sup> mai 2001, le juge de l’enquête préliminaire aurait pu simplement passer sous silence la preuve de non-consentement qui avait été débattue avec le ministère public et la défense au cours des plaidoiries antérieures. Le cas échéant, il aurait alors omis d’examiner l’ensemble de la preuve et, de ce fait, outrepassé sa compétence.

Par conséquent, quelle que soit l’interprétation donnée à ses motifs, le juge de l’enquête préliminaire a mal interprété la fonction que lui confie l’art. 548 du *Code criminel* et a outrepassé sa compétence en libérant, de ce fait, l’accusé.

#### V. Dispositif

Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler l’ordonnance de libération et de renvoyer l’affaire devant le juge de l’enquête préliminaire pour qu’il examine le caractère suffisant de la preuve à la lumière des présents motifs.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES BASTARACHE ET FISH (dissidents) —

#### I

Au terme de son enquête préliminaire, l’intimé a été renvoyé à son procès relativement à deux chefs d’accusation décrits dans la dénonciation déposée contre lui, et a été libéré à l’égard de deux autres. La question en l’espèce n’est pas de savoir si la conclusion du juge à l’égard de l’un ou l’autre des quatre chefs d’accusation est juste, ni de savoir si ses motifs de jugement sont convaincants.

Il s’agit simplement de savoir si le juge était dépourvu de compétence pour prendre la décision qu’il a prise relativement à deux des quatre chefs d’accusation. Selon le ministère public, le juge a agi dans les limites de sa compétence en renvoyant l’intimé à son procès relativement à deux chefs d’accusation, mais il l’a outrepassée en le libérant relativement aux deux autres chefs.

26

27

28

29

30 In our respectful view, the decision of the justice raises no jurisdictional issues at all. We would therefore dismiss the appeal.

## II

31 After taking the evidence, examining the transcript and considering the written and oral submissions of counsel, the justice at the preliminary inquiry discharged the respondent on two counts involving R, and committed him to trial on two others, involving G. The nature of the offences is set out in the reasons of Major J. With regard to each complainant, one count alleged indecent assault and the other gross indecency, under sections of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, that have since been repealed and replaced. Absence of consent by the complainant was an essential element with respect to one offence and an important element with respect to the other. The justice discharged the respondent on the two counts involving R because, in his view, there was no evidence that R had not consented — “in either words or actions” — to the sexual conduct in issue.

32 There is no suggestion that the presiding justice lacked jurisdiction to hear the matter or exceeded his jurisdiction in conducting the proceedings as he did. As mentioned earlier, it is not contended that he exceeded his jurisdiction in committing the respondent to trial on the two counts involving G. It is only in discharging the respondent on the two remaining counts that the justice is said by the Crown to have exceeded his jurisdiction. And the justice is said to have done so because “the necessary precondition for a discharge order, *an absence of sufficient evidence*, was not present” (Crown’s Application for *Certiorari*, A.R., at p. 48 (emphasis in original)).

33 Framed in these terms, the imputed error amounts, manifestly, to an error as to the sufficiency of the evidence. As we shall presently see, that is an apt characterization of the error committed by the justice. He was mistaken as to the sufficiency of the evidence. Plainly, however, an error of that

À notre avis, la décision du juge ne soulève absolument aucune question de compétence. Nous sommes donc d’avis de rejeter le pourvoi.

## II

Après avoir entendu les témoignages, examiné la transcription et pris en considération l’argumentation écrite et les plaidoiries des avocats, le juge de l’enquête préliminaire a libéré l’intimé relativement à deux chefs d’accusation mettant en cause R, et l’a renvoyé pour qu’il subisse son procès relativement à deux autres chefs mettant en cause G. Le juge Major décrit la nature des infractions dans ses motifs. Dans le cas de chaque plaignant, un chef d’accusation d’attentat à la pudeur et un autre de grossière indécence ont été déposés en vertu de dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui, depuis lors, ont été abrogées et remplacées. L’absence de consentement de la part du plaignant était, pour l’une des infractions, un élément constitutif et pour l’autre, un élément important. Le juge a libéré l’intimé à l’égard des deux chefs d’accusation relatifs à R parce que, à son avis, rien ne prouvait que R n’avait pas consenti — [TRADUCTION] « par des paroles ou par des actes » — aux actes sexuels en question.

Rien n’indique que le juge de l’enquête préliminaire n’avait pas compétence pour entendre l’affaire ou qu’il a outrepassé sa compétence dans sa façon de mener l’enquête. Comme nous l’avons vu, personne ne prétend qu’il a outrepassé sa compétence en renvoyant l’intimé à son procès relativement aux deux chefs qui concernaient G. Le ministère public affirme que le juge n’a outrepassé sa compétence que lorsqu’il a libéré l’intimé relativement aux deux autres chefs d’accusation, étant donné que [TRADUCTION] « la condition préalable nécessaire à une ordonnance de libération, savoir *l’absence de preuve suffisante*, n’était pas remplie » (demande de *certiorari* du ministère public, d.a., p. 48 (en italique dans l’original)).

Considérée sous cet angle, l’erreur reprochée correspond manifestement à une erreur quant au caractère suffisant de la preuve. Comme nous allons maintenant le constater, cela qualifie bien l’erreur commise par le juge. Il s’est mépris quant au caractère suffisant de la preuve. Toutefois, il est clair



sort does not give rise to *certiorari*, since questions regarding the sufficiency of the evidence are within the exclusive jurisdiction of the justice who conducts a preliminary inquiry and are not subject to review: *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93; *Forsythe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 268; *Dubois v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 366.

The Crown has since departed from the initial formulation of the ground upon which it applied for *certiorari*. But the fresh face of its only ground, though perhaps more attractively made up, is again without foundation.

The justice, it is now said, exceeded his jurisdiction because he failed to consider evidence concerning the critical issue of consent. The record shows unmistakably, however, that the justice did consider the relevant evidence — not once, but on at least two different occasions. As Major J. points out, at para. 20 of his reasons, the justice “had several exchanges with the Crown on that aspect of the evidence” during the hearing of February 12, 2001. Major J. takes care to note as well that, at the hearing of April 17, 2001, this time with a certified transcript of the evidence in hand, the issue of non-consent was again discussed by the justice in the course of further submissions by counsel.

Here is but one of the exchanges that demonstrate the justice’s consideration of the evidence he is now said to have overlooked:

THE COURT: I think you may have asked him, “Did you want any of this to happen”. I think his response was “I didn’t want the sexual escapade or sexual episode”. But there’s no evidence he ever told him that, that he didn’t – you’ve got to keep in mind how the law has changed since then and that he ever voiced any opinion one way of the other or he ever did anything to show any non – that he wasn’t consenting.

MR. BUTT: Yes, I understand that. I guess I tried to cover it in two ways, and it’s Your Honour’s recollection of the transcript. The first was that he expressed an absence of

qu’une telle erreur ne donne pas ouverture à *certiorari* puisque les questions relatives au caractère suffisant de la preuve relèvent de la compétence exclusive du juge de l’enquête préliminaire et ne sont pas susceptibles de révision : *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93; *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268; *Dubois c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 366.

Le ministère public a changé la façon dont il avait formulé, au départ, le motif invoqué à l’appui de sa demande de *certiorari*. Cependant, même si elle peut sembler un peu plus attrayante, la nouvelle formulation de son unique motif est toujours sans fondement.

Le ministère public prétend maintenant que le juge a outrepassé sa compétence en n’examinant pas la preuve relative à la question cruciale du consentement. Or, il ressort indéniablement du dossier que le juge a effectivement examiné la preuve pertinente, non pas une seule fois, mais à au moins deux reprises. Comme le souligne le juge Major, au par. 20, « plusieurs échanges entre le juge de l’enquête préliminaire et le ministère public ont porté sur cet aspect de la preuve » au cours de l’audience du 12 février 2001. Le juge Major prend également soin de noter qu’à l’audience du 17 avril 2001 le juge, qui disposait alors de la transcription certifiée conforme, a analysé de nouveau la question de l’absence de consentement au moment où les avocats présentaient d’autres arguments.

Voici un exemple des échanges qui démontrent que le juge a examiné la preuve qu’on lui reproche maintenant d’avoir passée sous silence :

[TRADUCTION]

LA COUR : À mon avis, vous pouvez lui avoir demandé « Souhaitiez-vous que cela arrive? », ce à quoi j’imagine qu’il a répondu « Je ne voulais pas de l’escapade sexuelle ou de l’épisode sexuel ». Cependant, rien ne prouve qu’il lui a dit cela, qu’il n’a pas – rappelez-vous combien la loi a changé depuis et qu’il n’a jamais exprimé d’opinion dans un sens ou dans l’autre ou qu’il n’a rien fait pour montrer qu’il n’était pas consentant – qu’il ne consentait pas.

M<sup>e</sup> BUTT : Oui, je comprends cela. Je crois que j’ai essayé d’en parler de deux façons, et c’est ce que vous, M. le juge, avez retenu de la transcription. D’abord, en disant

34

35

36

consent for the actual acts and then there's a little bit later in the questioning, and I'm going from recollection, that I covered the area of how he stopped going to the house because he didn't want those events to continue to occur. Indeed, it was his refraining from going to the house that ultimately precipitated the demise of the relationship. So in my submission, one can read from the evidence in those two areas a foundation upon which a fact-finder could reasonably conclude that there was not the requisite consent.

**THE COURT:** You're talking about what may have been in the mind of the complainant. You're not talking about what was conveyed.

**MR. BUTT:** Yes, that's quite correct. But on my understanding of the definition of the offence, if you have the commission of certain sexual acts without consent being present. So what's in the mind of the accused is one thing, but the factual element of the presence or absence of consent, which is what the Crown has to prove, in my submission is what is relevant, so that the absence of consent as evidenced by those statements by the complainant are sufficient to found the charge.

**THE COURT:** Well, that may or may not be the case now. The case law has changed so much –

**MR. BUTT:** Yes, it – it certainly –

**THE COURT:** – since the early 70's and I mean I just recall so vividly in any sexual assault trial that used to take place that that was such an integral part of the Crown's case was asking the complainant "Did you consent" and if he did consent or if he didn't consent, "What did you say? What did you do? How did you convey that?" and so on and so forth. And what was going on in the complainant's mind was a far less – unless there was more, was of far less importance compared to what it is – the way it is now. I mean, it's almost gotten to the point now where the accused has to prove –

**MR. BUTT:** Take all . . .

**THE COURT:** – consent as opposed to the Crown proving non-consent.

**MR. BUTT:** Absolutely right . . .

**THE COURT:** I mean that's how far we've come. That's how far we've come, or whatever way you want to look at it. [Emphasis added.]

The justice thus dealt directly and specifically, in the course of counsel's submissions, with the evidence he is said by the appellant not to have

qu'il a manifesté son non-consentement aux actes réellement accomplis et, ensuite un peu plus tard au cours de l'interrogatoire, si je me souviens bien, en parlant de la façon dont il a cessé d'aller au domicile parce qu'il voulait éviter que ces épisodes se répètent. En fait, c'est son abstention d'aller au domicile qui, en définitive, a mis fin à la relation. Ainsi, j'estime qu'à ces deux égards il est possible de déduire de la preuve des éléments qui permettraient à un juge des faits de conclure raisonnablement à l'absence du consentement requis.

**LA COUR:** Vous parlez de ce que le plaignant peut avoir eu à l'esprit. Vous ne parlez pas de ce qui a été transmis.

**M<sup>e</sup> BUTT:** Oui, c'est tout à fait exact. Mais selon ma compréhension de la définition de l'infraction, s'il y a accomplissement de certains actes sexuels en l'absence de consentement. Donc ce que l'accusé a à l'esprit est une chose, mais j'estime que ce qui est pertinent est l'élément factuel du consentement ou de l'absence de consentement, dont la preuve incombe au ministère public, de sorte que l'absence de consentement qui ressort des déclarations du plaignant est suffisante pour fonder l'accusation.

**LA COUR:** Eh bien, ce peut être ou ne pas être le cas maintenant. La jurisprudence a tellement changé –

**M<sup>e</sup> BUTT:** Oui, c'est – c'est certainement –

**LA COUR:** – depuis le début des années 70 et, j'insiste, je m'en souviens justement très bien, dans tous les procès pour agression sexuelle, une partie importante de la preuve du ministère public consistait à demander au plaignant « Étiez-vous consentant? » et, peu importe qu'il l'ait été ou non, à demander « Qu'avez-vous dit? Qu'avez-vous fait? Comment l'avez-vous fait savoir? » et ainsi de suite. Et ce qui se passait dans la tête de l'accusé avait beaucoup moins – à moins qu'il y ait eu plus que cela, avait beaucoup moins d'importance que maintenant – dans l'état actuel des choses. J'entends par là que nous en sommes désormais presque au point où il faut que l'accusé prouve –

**M<sup>e</sup> BUTT:** À tout prendre . . .

**LA COUR:** – qu'il y a eu consentement et non que le ministère public prouve l'absence de consentement.

**M<sup>e</sup> BUTT:** C'est tout à fait exact . . .

**LA COUR:** Voilà, à mon avis, où nous en sommes maintenant. C'est là où nous en sommes, peu importe la manière de l'envisager. [Nous soulignons.]

Au moment où les avocats présentaient leur argumentation, le juge a donc examiné directement et précisément la preuve que l'appelante lui

considered at all. It is apparent from his comments, moreover, why, in his mind, that evidence was insufficient to establish non-consent with respect to the counts upon which he ultimately discharged the respondent.

We pause to underline, in this context, our agreement with Major J. that the justice instructed himself impeccably, both as to his own role and as to the Crown's burden at preliminary inquiry. He emphasized, in particular, that he was "not sitting here and judging the credibility or reliability or probability of the evidence".

In this light especially, we find in the record no basis for concluding that the justice disregarded his own correct and meticulously enunciated understanding of the limited role of a justice at a preliminary inquiry — by proceeding, in the next breath, to disregard these constraints and to usurp the duties of the trial court.

The justice, we repeat, can hardly be said to have "failed to consider" evidence that he in fact contemplated expressly and repeatedly with the benefit of the Crown's submissions on the element of non-consent. He did so both immediately after the evidence had been taken and afresh when more detailed submissions were made at a later date, with the benefit of a transcript in hand.

We agree that the justice erred in his conclusion as to the legal effect of the evidence in question. But an error of this sort cannot properly be characterized as jurisdictional, except where it results in a committal to trial in the absence of some evidence capable of supporting a conviction: see McLachlin C.J., speaking for a unanimous court in *R. v. Russell*, [2001] 2 S.C.R. 804, 2001 SCC 53, at paras. 28-29.

The Crown has raised an alternative ground upon which the justice is said to have exceeded his jurisdiction. That hypothesis rests on an assumption that the justice impermissibly preferred an

reproche maintenant d'avoir complètement passée sous silence. En outre, ses commentaires indiquent clairement pourquoi il estime que cette preuve est insuffisante pour établir l'absence de consentement en ce qui a trait aux chefs d'accusation à l'égard desquels il a fini par libérer l'intimé.

Nous prenons le temps de souligner, dans ce contexte, que nous convenons avec le juge Major que le juge s'est rappelé d'une manière impeccable à la fois le rôle qu'il doit jouer et le fardeau dont le ministère public doit s'acquitter à l'enquête préliminaire. Il a fait remarquer notamment qu'il n'était [TRADUCTION] « pas là pour apprécier la crédibilité, la fiabilité ou la vraisemblance des témoignages ».

Dans cette optique en particulier, nous estimons que rien dans le dossier ne permet de conclure que le juge n'a pas tenu compte de la conception juste du rôle limité du juge de l'enquête préliminaire qu'il a lui-même exposée minutieusement — en passant outre, du même souffle, à ces limites et en se substituant au tribunal de première instance.

Nous répétons qu'il n'est guère possible d'affirmer que le juge « n'a pas examiné » une preuve qu'il a, en fait, expressément abordée à maintes reprises à la lumière de l'argumentation du ministère public portant sur l'élément du non-consentement. Il l'a fait immédiatement après avoir entendu les témoignages et, de nouveau, à l'aide d'une transcription au moment de la présentation ultérieure d'arguments plus détaillés.

Nous sommes d'accord pour dire que le juge a tiré une conclusion erronée quant à l'effet juridique de la preuve en question. Mais une erreur de ce genre ne saurait être qualifiée à juste titre d'erreur de compétence, sauf si elle entraîne un renvoi à procès en l'absence de preuve susceptible d'étayer une déclaration de culpabilité : voir la juge en chef McLachlin qui s'exprimait au nom de la Cour dans l'arrêt *R. c. Russell*, [2001] 2 R.C.S. 804, 2001 CSC 53, par. 28-29.

Le ministère public a évoqué un autre motif pour lequel il reproche au juge d'avoir outrepassé sa compétence. Cette hypothèse présuppose que le juge a préféré, de manière inacceptable, inférer

38

39

40

41

42

innocent inference to a culpable one. For the reasons explained below, we are satisfied that the justice did nothing of the sort.

43 In short, the simple fact of the matter is that the justice discharged the respondent on two counts because of an error in law which, like the sufficiency of the evidence, is not reviewable on *certiorari*.

### III

44 The complainant's failure to consent to the sexual activities in issue here was, as mentioned earlier, an essential element on one count and an important element on the other. "Consent" and "non-consent", in this context, must be appreciated subjectively, not objectively: *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330. In this case, the justice mistakenly held that the required lack of consent had to be expressed, as he put it, "in either words or actions". Again in his terms, it was not a mere matter of what was "in the mind of the complainant".

45 After considering the evidence that he is said not to have considered, the justice concluded that it could not reasonably support a finding of non-consent, objectively manifested "in either words or actions". This, however, was the right answer, but to the wrong question. The right question was whether a properly instructed jury, acting reasonably, could find that the evidence established a subjective lack of consent — that is, whether the Crown had discharged its evidential burden on that element of the offences charged. To that correct question, the justice unfortunately gave the wrong answer — not because he overlooked some of the evidence (assuming this to be a jurisdictional error), but rather because he was mistaken as to the subjective nature of the critical element of non-consent.

l'innocence plutôt que la culpabilité. Pour les motifs exposés plus loin, nous sommes convaincus que le juge n'a rien fait de tel.

Bref, il n'en demeure pas moins que le juge a libéré l'intimé relativement à deux chefs d'accusation à cause d'une erreur de droit qui, à l'instar du caractère suffisant de la preuve, n'est pas susceptible de révision par voie de *certiorari*.

### III

Le non-consentement du plaignant aux actes sexuels en cause dans la présente affaire était, comme nous l'avons vu, un élément constitutif en ce qui concernait un chef d'accusation et un élément important en ce qui concernait l'autre chef d'accusation. Dans ce contexte, le « consentement » et le « non-consentement » doivent être appréciés de manière subjective et non objective : *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330. En l'espèce, le juge a conclu à tort que l'absence de consentement requise devait être manifestée, comme il le dit, [TRADUCTION] « par des paroles ou par des actes ». Là encore, pour reprendre ses termes, il ne s'agissait pas simplement d'examiner ce que [TRADUCTION] « le plaignant [avait] à l'esprit ».

Après avoir examiné la preuve qu'on lui reproche d'avoir passée sous silence, le juge a conclu qu'elle n'était pas raisonnablement susceptible d'étayer une conclusion de non-consentement manifesté objectivement « par des paroles ou par des actes ». Cela représentait la bonne réponse, qui était cependant donnée à la mauvaise question. La bonne question était de savoir si un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable pourrait conclure que la preuve établissait une absence subjective de consentement — c'est-à-dire si le ministère public s'était acquitté du fardeau de preuve qui lui incombait relativement à cet élément des infractions reprochées. Malheureusement, le juge a répondu de façon erronée à cette bonne question — non parce qu'il a passé sous silence une partie de la preuve (à supposer qu'il s'agisse d'une erreur de compétence), mais parce qu'il s'est mépris sur la nature subjective de l'élément crucial qu'est le non-consentement.

Here, the justice's error as to the sufficiency of the evidence constituted an error in law because it resulted from his "misapprehension of some legal principle": see *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286, at p. 295. An error in law of this sort may well, on an appeal, result in the quashing of a resulting decision. But it remains an error committed within the court's jurisdiction. In the absence of a right of appeal — and there is no appeal from the decision of a justice at a preliminary inquiry — the decision, however erroneous, is not for that reason reviewable in superior court: *Russell, supra; Quebec (Attorney General) v. Girouard*, [1988] 2 S.C.R. 254.

## IV

Major J. considers, at para. 25, that there "seem to be three possible interpretations of what the preliminary inquiry judge did, any of which would result in a loss of jurisdiction" and he sets them out this way:

(1) First, the preliminary inquiry judge may have entirely misunderstood the elements of the offences of indecent assault and gross indecency and given effect to a non-existent defence, as suggested by my colleagues, Bastarache and Fish JJ. This interpretation, on its face, would be contrary to what the preliminary inquiry judge said about what he regarded as changes in the law of consent since "the 1970's". . . .

(2) Second, the preliminary inquiry judge may have decided that the complainant's evidence was ambiguous in that it could be construed as an expression of "after-the-fact" regret rather than "during-the-fact" non-consent. However, if the preliminary inquiry judge preferred an inference favourable to the accused over an inference favourable to the Crown, then he would have exceeded his jurisdiction by deciding an issue reserved for the trial judge.

(3) Third, the preliminary inquiry judge on May 1, 2001 could simply have overlooked the evidence of non-consent that had been discussed with the Crown and the defence during earlier oral argument. If so, he would have failed to consider "the whole of the evidence" and

En l'espèce, l'erreur que le juge a commise au sujet du caractère suffisant de la preuve est une erreur de droit parce qu'elle résulte de sa « mauvaise compréhension d'un principe juridique » : voir *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286, p. 295. Il se peut bien qu'une telle erreur de droit entraîne, en appel, l'annulation de la décision qui a résulté. Elle demeure toutefois une erreur qui se situe à l'intérieur de la compétence de la cour. L'absence de droit d'appel — et la décision du juge d'une enquête préliminaire est sans appel — ne justifie pas que la décision, si erronée soit-elle, soit susceptible de révision devant une cour supérieure : *Russell*, précité; *Québec (Procureur général) c. Girouard*, [1988] 2 R.C.S. 254.

## IV

Au paragraphe 25, le juge Major considère qu'il « semble qu'on puisse donner trois interprétations de ce qu'a fait le juge de l'enquête préliminaire, lesquelles entraîneraient toutes une perte de compétence », et il les énonce ainsi :

(1) Premièrement, il se peut que le juge de l'enquête préliminaire ait identifié tout à fait erronément les éléments constitutifs des infractions d'attentat à la pudeur et de grossière indécence. Il aurait retenu un moyen de défense qui n'en est pas un, comme l'affirment mes collègues les juges Bastarache et Fish. À première vue, cette interprétation serait contraire à ce que le juge de l'enquête préliminaire a dit au sujet de ce qu'il considérait comme une évolution du droit en matière de consentement depuis « les années 70 ». . . .

(2) Deuxièmement, il se peut que le juge de l'enquête préliminaire ait décidé que la preuve du plaignant était ambiguë du fait qu'elle pouvait être considérée comme exprimant un regret « après coup » plutôt qu'un non-consentement « sur le coup ». Cependant, si le juge de l'enquête préliminaire avait préféré une inférence favorable à l'accusé à une inférence favorable au ministère public, il aurait alors outrepassé sa compétence en tranchant une question relevant du juge du procès.

(3) Troisièmement, le 1<sup>er</sup> mai 2001, le juge de l'enquête préliminaire aurait pu simplement passer sous silence la preuve de non-consentement qui avait été débattue avec le ministère public et la défense au cours des plaidoiries antérieures. Le cas échéant, il aurait alors omis

would on that account as well have stepped outside his jurisdiction.

48 With respect, the first of these interpretations mischaracterizes our position. We do not suggest that the justice “[gave] effect to a non-existent defence”. Rather, he discharged the respondent on the two counts that concern us here because, in his opinion, the Crown had failed to discharge its evidential burden on the critical element of non-consent. In reaching this conclusion, the justice mistakenly thought that the applicable test was objective.

49 Our colleague states that “[t]his interpretation, on its face, would be contrary to what the preliminary inquiry judge said about what he regarded as changes in the law of consent since ‘the 1970’s.’” In our respectful view, the opposite is true. Both in his exchanges with counsel and in his reasons for discharge, the justice, as mentioned earlier, repeatedly and explicitly framed the issue as we have set it out. He discharged the respondent because, in his own words: “there is absolutely no evidence of non-consent, in either words or actions” (A.R., at pp. 11-12); “there’s no evidence [the complainant] . . . ever did anything to show . . . that he wasn’t consenting” (A.R., at p. 156); “You’re talking about what may have been in the mind of the complainant. You’re not talking about what was conveyed” (A.R., at p. 157). (Emphasis added.)

50 Moreover, the justice’s comments concerning changes in the law since the 1970’s should not be divorced from their context. The offences charged in this case were alleged to have been committed between 1972 and 1982. The justice appears to have been under the mistaken impression that the issue of non-consent was to be resolved according to the law as it was then understood and applied. He thus stated, for example, that “what was going on in the complainant’s mind . . . unless there was more, was of far less importance compared to . . . the way it is now”.

51 What is in any event clear from the record is that the justice discharged the respondent because, in

d’examiner l’ensemble de la preuve et, de ce fait, outrepassé sa compétence.

En toute déférence, la première de ces interprétations fausse notre position. Nous n’affirmons pas que le juge a « retenu un moyen de défense qui n’en est pas un ». Il a plutôt libéré l’intimé relativement aux deux chefs d’accusation qui nous occupent en l’espèce, parce qu’il estimait que le ministère public ne s’était pas acquitté du fardeau de preuve qui lui incombait quant à l’élément crucial du non-consentement. En tirant cette conclusion, le juge a cru à tort qu’il fallait appliquer un critère objectif.

Notre collègue affirme que « [à] première vue, cette interprétation serait contraire à ce que le juge de l’enquête préliminaire a dit au sujet de ce qu’il considérait comme une évolution du droit en matière de consentement depuis “les années 70”. » En toute déférence, c’est plutôt le contraire. Comme nous l’avons vu, tant dans ses échanges avec les avocats que dans les raisons qu’il a données à l’appui de la libération, le juge a, clairement et à maintes reprises, formulé la question de la même manière que nous l’avons fait. Il a libéré l’intimé parce que, pour reprendre ses propres termes, [TRADUCTION] « il n’y a [vait] absolument aucune preuve de non-consentement manifesté par des paroles ou par des actes » (d.a., p. 11-12); « [le plaignant] n’a jamais [ . . . ] rien fait pour montrer [ . . . ] qu’il ne consentait pas » (d.a., p. 156); « [v]ous parlez de ce que le plaignant peut avoir eu à l’esprit. Vous ne parlez pas de ce qui a été transmis » (d.a., p. 157). (Nous soulignons.)

De plus, les commentaires du juge concernant l’évolution du droit depuis les années 70 ne doivent pas être considérés hors contexte. Les infractions reprochées en l’espèce auraient été commises entre 1972 et 1982. Le juge semble avoir cru à tort que la question du non-consentement devait être résolue conformément au droit interprété et appliqué à l’époque. Il a ainsi affirmé, par exemple, que [TRADUCTION] « ce qui se passait dans la tête de l’accusé [ . . . ] – à moins qu’il y ait eu plus que cela, avait beaucoup moins d’importance que [ . . . ] dans l’état actuel des choses ».

En tout état de cause, il ressort nettement du dossier que le juge a libéré l’intimé parce qu’il

his opinion, there was no evidence of non-consent, objectively considered. This was plainly an error of law committed by the justice within his jurisdiction. Unlike *Dubois*, *supra*, relied on in this regard by Major J., this was hardly a case where the preliminary hearing judge “arrogated to himself the decision of the issue reserved by Parliament to another forum, the trial court” (p. 380).

This brings us to the second of the three possible interpretations which all lead, in our colleague’s view, to the conclusion that the justice exceeded his jurisdiction in discharging the respondent.

Here, Major J. accepts the Crown’s alternative submission, mentioned earlier. Essentially, the Crown contends that the justice in this case “committed jurisdictional error by either declining to consider the direct evidence of an absence of consent” — a matter with which we have already dealt — “or by improperly weighing competing inferences from the evidence and choosing an inference other than the one most favourable to the Crown”.

With respect, the second hypothesis, like the first, appears to us erroneous. There was no question here of “choosing” one inference over the other. The evidence in question is capable of supporting a finding that the complainant did not wish to participate in the impugned sexual activities. It is capable as well of supporting a finding that the complainant regretted they had occurred. The justice did not prefer one of these findings over the other. There was no question of choosing between them. They were not alternative inferences at all.

The ultimate question was not whether the complainant had consented to the sexual activities in issue or regretted that he had done so. Rather, the question was whether the complainant had consented or not consented to the sexual activities. The justice recognized that an ultimate finding on this issue was not within his province, but rather reserved to the trial court. His function was to determine whether the evidence was capable of supporting a reasonable finding of non-consent. He concluded that it was not because there was no evidence of non-consent “in

estimait qu’il n’y avait objectivement aucune preuve de non-consentement. Il s’agit là clairement d’une erreur de droit que le juge a commise dans les limites de sa compétence. Contrairement à l’arrêt *Dubois*, précité, que le juge Major invoque à cet égard, ce n’était guère un cas où le juge de l’enquête préliminaire s’était « arrogé le pouvoir de décider de la question que le législateur a réservée à une autre juridiction, le juge du procès » (p. 380).

Cela nous amène à la deuxième parmi les trois interprétations possibles qui, selon notre collègue, mènent toutes à la conclusion que le juge a outrepassé sa compétence en libérant l’intimé.

En l’espèce, le juge Major retient l’argument subsidiaire du ministère public, mentionné plus haut. Le ministère public soutient, pour l’essentiel, que le juge en l’espèce [TRADUCTION] « a commis une erreur de compétence en refusant d’examiner la preuve directe de l’absence de consentement » — un point que nous avons déjà étudié — « ou encore en évaluant incorrectement les inférences opposées qui résultaient de la preuve et en ne choisissant pas l’inférence la plus favorable au ministère public ».

En toute déférence, la deuxième hypothèse, tout comme la première, nous paraît erronée. Il n’était pas question, en l’espèce, de « choisir » une inférence plutôt qu’une autre. La preuve en question peut étayer la conclusion que le plaignant ne souhaitait pas participer aux actes sexuels reprochés. Elle peut également permettre de conclure que le plaignant a regretté ces actes. Le juge n’a pas préféré une conclusion à une autre. Il n’était pas question de choisir entre les deux. L’une n’excluait aucunement l’autre.

La question qui se posait en définitive n’était pas de savoir si le plaignant avait consenti aux actes sexuels en cause ou s’il les avait regrettés. Il fallait plutôt déterminer si le plaignant avait consenti ou pas aux actes sexuels. Le juge a reconnu qu’il appartenait non pas à lui mais plutôt à la cour de première instance de tirer une conclusion définitive à cet égard. Il lui fallait déterminer si la preuve pouvait étayer une conclusion raisonnable de non-consentement. Il a conclu qu’elle ne le pouvait pas en raison de l’absence de preuve de non-consentement

52

53

54

55

either words or actions” — and not as the appellant suggests, “by improperly weighing competing inferences”.

56 The third possible interpretation mentioned by Major J. is that the justice “could simply have overlooked the evidence of non-consent that had been discussed with the Crown and the defence during earlier oral argument”. With respect, we believe this speculative hypothesis, even in the absence of any indication to the contrary, could not support a finding in this Court that the justice exceeded his jurisdiction. Here, it is in any event precluded by the justice’s explicit reference in his formal reasons to the absence of “evidence of non-consent, in either words or actions” — the very focus of his earlier discussions with counsel.

V

57 For all of these reasons, we are both of the view, as mentioned at the outset, that the appeal should be dismissed.

*Appeal allowed, BASTARACHE and FISH JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: J. Douglas Crane, Toronto.*

manifesté [TRANSDUCTION] « par des paroles ou par des actes » — et non, comme l’indique l’appelante, « en évaluant incorrectement [d]es inférences opposées ».

Selon la troisième interprétation possible mentionnée par le juge Major, le juge « aurait pu simplement passer sous silence la preuve de non-consentement qui avait été débattue avec le ministère public et la défense au cours des plaidoiries antérieures ». En toute déférence, nous croyons que, même en l’absence d’indication contraire, cette hypothèse conjecturale ne permettrait pas à notre Cour de conclure que le juge a outrepassé sa compétence. Dans le cas qui nous occupe, cela est, de toute façon, impossible du fait que le juge a mentionné explicitement, dans ses motifs écrits, l’absence de [TRANSDUCTION] « preuve de non-consentement manifesté par des paroles ou par des actes » — qui était l’objet même de ses échanges antérieurs avec les avocats.

V

Pour tous ces motifs, nous sommes d’avis, comme nous l’avons mentionné au départ, de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi accueilli, les juges BASTARACHE et FISH sont dissidents.*

*Procureur de l’appelante : Procureur général de l’Ontario, Toronto.*

*Procureur de l’intimé : J. Douglas Crane, Toronto.*



**Attorney General of British Columbia and Medical Services Commission of British Columbia** *Appellants/Respondents on cross-appeal*

v.

**Connor Auton, an Infant, by his Guardian ad litem, Michelle Auton, and the said Michelle Auton in her personal capacity, Michelle Tamir, an Infant, by her Guardian ad litem, Sabrina Freeman, and the said Sabrina Freeman in her personal capacity, Jordan Lefavre, an Infant, by his Guardian ad litem, Leighton Lefavre, and the said Leighton Lefavre in his personal capacity, Russell Gordon Pearce, an Infant, by his Guardian ad litem, Janet Gordon Pearce, and the said Janet Gordon Pearce in her personal capacity** *Respondents/Appellants on cross-appeal*

and

**Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of Nova Scotia, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of Prince Edward Island, Attorney General of Alberta, Attorney General of Newfoundland and Labrador, Canadian Association for Community Living and Council of Canadians with Disabilities, Women's Legal Education and Action Fund and DisAbled Women's Network Canada, Autism Society Canada, Michelle Dawson, Families for Effective Autism Treatment of Alberta Foundation, Friends of Children with Autism, and Families for Early Autism Treatment of Ontario** *Interveners*

**INDEXED AS: AUTON (GUARDIAN AD LITEM OF) v. BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL)**

**Procureur général de la Colombie-Britannique et Medical Services Commission de la Colombie-Britannique** *Appellants/Intimés au pourvoi incident*

c.

**Connor Auton, mineur, représenté par sa tutrice à l'instance, Michelle Auton, Michelle Auton en sa qualité personnelle, Michelle Tamir, mineure, représentée par sa tutrice à l'instance, Sabrina Freeman, Sabrina Freeman en sa qualité personnelle, Jordan Lefavre, mineur, représenté par son tuteur à l'instance, Leighton Lefavre, Leighton Lefavre en sa qualité personnelle, Russell Gordon Pearce, mineur, représenté par sa tutrice à l'instance, Janet Gordon Pearce, et Janet Gordon Pearce en sa qualité personnelle** *Intimés/Appellants au pourvoi incident*

et

**Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général de la Nouvelle-Écosse, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, procureur général de l'Alberta, procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, Association canadienne pour l'intégration communautaire et Conseil des Canadiens avec déficiences, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et Réseau d'action des femmes handicapées du Canada, Société canadienne de l'autisme, Michelle Dawson, Families for Effective Autism Treatment of Alberta Foundation, Friends of Children with Autism et Families for Early Autism Treatment of Ontario** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : AUTON (TUTRICE À L'INSTANCE DE) c. COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

**Neutral citation: 2004 SCC 78.**

File No.: 29508.

2004: June 9; 2004: November 19.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL  
FOR BRITISH COLUMBIA**

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Mental disability — Province not providing for controversial intensive behavioural therapy for preschool-aged autistic children — Whether Province's refusal to fund treatment violates equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Medicare Protection Act, R.S.B.C. 1996, c. 286, s. 1 "benefits", "health care practitioner" — Medical and Health Care Services Regulation, B.C. Reg. 426/97, ss. 17-29.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Appropriate comparator group — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Province not providing for controversial intensive behavioural therapy for preschool-aged autistic children — Whether Province's refusal to fund treatment violates s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Medicare Protection Act, R.S.B.C. 1996, c. 286, s. 1 "benefits", "health care practitioner" — Medical and Health Care Services Regulation, B.C. Reg. 426/97, ss. 17-29.*

The infant petitioners suffer from autism, a neuro-behavioural syndrome that impairs social interaction, hinders communication and results in repetitive behaviour. They brought an action against the province of British Columbia, alleging that its failure to fund applied behavioral therapy for autism violated s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In the years leading up to the trial, the government acknowledged the importance of early intervention, diagnosis and assessment for autistic children but stated that services for their needs had to be balanced with services to children with other special needs. The government funded a number of programs for autistic children but did not establish funding for ABA/IBI therapy for all autistic children between the ages of three and six because of, *inter alia*, financial constraints and the emergent and controversial nature of this therapy. At the time of the trial, ABA/IBI

**Référence neutre : 2004 CSC 78.**

N° du greffe : 29508.

2004 : 9 juin; 2004 : 19 novembre.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Déficience mentale — Refus de la province de financer une thérapie comportementale pour enfants autistes d'âge préscolaire, offerte de façon intensive et sujette à controverse — Ce refus porte-t-il atteinte aux droits à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Medicare Protection Act, R.S.B.C. 1996, ch. 286, art. 1 « benefits », « health care practitioner » — Medical and Health Care Services Regulation, B.C. Reg. 426/97, art. 17-29.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Groupe de comparaison approprié — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Refus de la province de financer une thérapie comportementale pour enfants autistes d'âge préscolaire, offerte de façon intensive et sujette à controverse — Ce refus porte-t-il atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Medicare Protection Act, R.S.B.C. 1996, ch. 286, art. 1 « benefits », « health care practitioner » — Medical and Health Care Services Regulation, B.C. Reg. 426/97, art. 17-29.*

Les enfants requérants souffrent d'autisme, un trouble neurocomportemental se caractérisant par une altération des interactions sociales et de la communication et un comportement répétitif. Ils ont poursuivi la province de la Colombie-Britannique, alléguant que son omission de financer la thérapie comportementale pour le traitement de l'autisme était contraire au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Au cours des années ayant précédé l'audition de l'action, le gouvernement a reconnu l'importance, pour les enfants autistes, d'une intervention, d'un diagnostic et d'une évaluation précoces, tout en précisant que les services visant à répondre à leurs besoins devaient être mis en balance avec ceux offerts aux enfants ayant d'autres besoins spéciaux. Le gouvernement a financé un certain nombre de programmes destinés aux enfants autistes mais n'a pas établi le financement de la thérapie ABA/ICI pour tous les

funding for autistic children was not universal and was only beginning to be recognized as desirable. The trial judge found that the failure to fund ABA/IBI therapy violated the petitioners' equality rights, directed the province to fund early ABA/IBI therapy for children with autism and awarded \$20,000 in damages to each of the adult petitioners. The Court of Appeal upheld the judgment and added funding for ABA/IBI treatment pursuant to medical opinion.

*Held:* The appeal should be allowed; the cross-appeal should be dismissed.

A person claiming a violation of s. 15(1) of the *Charter* must establish: (1) differential treatment under the law, (2) on the basis of an enumerated or analogous ground, (3) which constitutes discrimination. The specific role of s. 15(1) in achieving its equality objective is to ensure that when governments choose to enact benefits or burdens, they do so on a non-discriminatory basis. This confines s. 15(1) claims to benefits and burdens imposed by law.

In this case, the government's conduct did not infringe the petitioners' equality rights. The benefit claimed — funding for all medically required treatment — is not provided by law. The *Canada Health Act* and the relevant British Columbia legislation do not promise that any Canadian will receive funding for all medically required treatment. All that is conferred is core funding for services delivered by medical practitioners and, at a province's discretion, funding or partial funding for non-core services, which in the case of British Columbia are delivered by classes of "health care practitioners" named by the province. More specifically, the law did not provide for funding for ABA/IBI therapy for autistic children. At the time of the trial, the province had not designated providers of ABA/IBI therapy as "health care practitioners" whose services could be funded under the plan. Since the government had not designated ABA/IBI therapists as "health care practitioners", the administrative body charged with administration of the provincial legislation had no power to order funding for ABA/IBI therapy.

The legislative scheme is not itself discriminatory in providing funding for non-core services to some groups while denying funding for ABA/IBI therapy to autistic children. The scheme is, by its very terms, a partial health plan and its purpose is not to meet all medical

enfants autistes âgés de trois à six ans en raison notamment de compressions budgétaires et du caractère nouveau et controversé de cette thérapie. Lors du procès, le financement de la thérapie ABA/ICI destinée aux enfants autistes n'était pas universel et l'on commençait seulement à reconnaître son opportunité. La juge de première instance a conclu que le refus de financer cette thérapie portait atteinte aux droits à l'égalité des requérants; elle a enjoint à la province de financer la thérapie ABA/ICI précoce destinée aux enfants autistes et elle a accordé des dommages-intérêts de 20 000 \$ à chacun des requérants adultes. La Cour d'appel a confirmé le jugement et ordonné en outre le financement du traitement ABA/ICI sur recommandation médicale.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli; le pourvoi incident est rejeté.

La personne qui allègue la violation du par. 15(1) de la *Charte* doit établir (1) une différence de traitement sous le régime de la loi, (2) qui est fondée sur un motif énuméré ou analogue et (3) qui est discriminatoire. Le rôle précis du par. 15(1) dans la poursuite de l'objectif d'égalité est de veiller à ce que le gouvernement qui décide d'accorder un avantage ou d'imposer une obligation le fasse de façon non discriminatoire. La demande fondée sur le par. 15(1) ne peut donc viser qu'un avantage ou une obligation prévus par la loi.

En l'espèce, la conduite du gouvernement n'a pas porté atteinte aux droits à l'égalité des requérants. L'avantage recherché — le financement de tous les services médicalement requis — n'est pas prévu par la loi. La *Loi canadienne sur la santé* et les dispositions provinciales pertinentes ne garantissent pas à tout Canadien le financement de tout traitement médicalement requis. Seuls sont prévus le financement des services essentiels fournis par un médecin et, au gré de la province, le financement total ou partiel des services non essentiels, soit, en Colombie-Britannique, les services des « professionnels de la santé » énumérés dans la loi. Plus particulièrement, la loi ne prévoyait pas le financement de la thérapie ABA/ICI pour les enfants autistes. Au moment du procès, la province n'avait pas inclus cette thérapie dans les services d'un « professionnel de la santé » susceptibles d'être financés par le régime. Puisque le gouvernement n'avait pas inclus la thérapie ABA/ICI dans les services d'un « professionnel de la santé », l'organisme administratif chargé de l'administration de la loi provinciale n'avait pas le pouvoir d'ordonner son financement.

Le régime législatif n'est pas discriminatoire en soi parce qu'il assure le financement de services non essentiels destinés à certains groupes tout en refusant de supporter financièrement la thérapie ABA/ICI destinée aux enfants autistes. Il s'agit par définition d'un régime

needs. It follows that exclusion of particular non-core services cannot, without more, be viewed as an adverse distinction based on an enumerated ground. Rather, it is an anticipated feature of the legislative scheme. One cannot therefore infer from the fact of exclusion of ABA/IBI therapy for autistic children from non-core benefits that this amounts to discrimination. There is no discrimination by effect.

Nor has it been established on the facts of this case that the government excluded autistic children on the basis of disability. When the relevant criteria are applied, the appropriate comparator for the petitioners is a non-disabled person, or a person suffering a disability other than a mental disability, who seeks or receives funding for a non-core therapy that is important for his or her present and future health, is emergent and has only recently begun to be recognized as medically required. The claimant or claimant group was not denied a benefit made available to the comparator group. In the absence of evidence suggesting that the government's approach to ABA/IBI therapy was different than its approach to other comparable, novel therapies for non-disabled persons or persons with a different type of disability, a finding of discrimination cannot be sustained.

The government's conduct did not infringe the petitioners' rights under s. 7 of the *Charter*.

#### Cases Cited

**Applied:** *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, [2004] 3 S.C.R. 357, 2004 SCC 65; **distinguished:** *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; **referred to:** *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28; *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2002] 4 S.C.R. 325, 2002 SCC 83; *Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*, [1996] 3 S.C.R. 566; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *R. v. Malmö-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74; *Canadian Foundation for Children, Youth and the*

partiel de soins de santé dont l'objectif n'est pas de répondre à tous les besoins médicaux. L'exclusion d'un service non essentiel en particulier ne saurait donc constituer à elle seule une distinction préjudiciable fondée sur un motif énuméré. C'est au contraire une caractéristique prévisible du régime législatif. On ne peut donc conclure que l'exclusion de la thérapie ABA/ICI destinée aux enfants autistes des avantages non essentiels équivaut à une discrimination, y compris une discrimination résultant de l'effet de la loi.

Il n'a pas non plus été prouvé que le gouvernement a exclu les enfants autistes sur le fondement de leur déficience. Lorsque les critères pertinents sont appliqués, l'élément de comparaison approprié en l'espèce est la personne non handicapée ou celle atteinte d'une autre déficience que la déficience mentale sollicitant ou obtenant le financement d'une thérapie qui constitue un service non essentiel important pour sa santé actuelle et future, qui est nouvelle et qui n'est requise médicalement que depuis peu. Le demandeur ou le groupe demandeur n'a pas été privé d'un avantage offert au groupe de comparaison. Faute d'une preuve permettant de conclure que l'attitude du gouvernement vis-à-vis de la thérapie ABA/ICI était différente de celle qu'il avait à l'égard d'autres thérapies nouvelles comparables destinées aux personnes non handicapées ou à celles atteintes d'un type différent de déficience, l'on ne saurait conclure à la discrimination.

La conduite du gouvernement n'a pas porté atteinte aux droits que l'art. 7 de la *Charte* garantit aux requérants.

#### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, [2004] 3 R.C.S. 357, 2004 CSC 65; **distinction d'avec l'arrêt :** *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; **arrêts mentionnés :** *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28; *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, 2002 CSC 83; *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *R. c. Malmö-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74; *Canadian Foundation for Children, Youth and*

*Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4.

### Statutes and Regulations Cited

*Canada Health Act*, R.S.C. 1985, c. C-6, ss. 2 “health care practitioner”, “hospital”, “hospital services”, “insured health services”, “medical practitioner”, “physician services”, 3, 4 [repl. 1995, c. 17, s. 35], 7, 9, 10, 12(1).

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 15, 24(1).

*Constitution Act, 1867*.

*Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 238, s. 29 “medical practitioner”.

*Medical and Health Care Services Regulation*, B.C. Reg. 426/97, ss. 17, 22, 25.1.

*Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, c. 286, Preamble, s. 1 “beneficiary”, “benefits”, “commission”, “health care practitioner”, “medical practitioner”, “practitioner”, 2, 4(1), (2), (3), 5(1), (2), 26(1), (3), (4).

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2002), 220 D.L.R. (4th) 411, [2003] 1 W.W.R. 42, 173 B.C.A.C. 114, 283 W.A.C. 114, 6 B.C.L.R. (4th) 201, 99 C.R.R. (2d) 139, [2002] B.C.J. No. 2258 (QL), 2002 BCCA 538, affirming a decision of the British Columbia Supreme Court, [2000] 8 W.W.R. 227, 78 B.C.L.R. (3d) 55, 77 C.R.R. (2d) 293, [2000] B.C.J. No. 1547 (QL), 2000 BCSC 1142, with supplementary reasons (2001), 197 D.L.R. (4th) 165, [2001] 3 W.W.R. 447, 84 B.C.L.R. (3d) 259, 80 C.R.R. (2d) 233, [2001] B.C.J. No. 215 (QL), 2001 BCSC 220. Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

*D. Geoffrey Cowper, Q.C.*, and *Lisa J. Mrozinski*, for the appellants/respondents on cross-appeal.

*C. E. Hinkson, Q.C.*, and *Birgitta von Krosigk*, for the respondents/appellants on cross-appeal.

*Graham Garton, Q.C.*, and *Michael H. Morris*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Robert E. Charney* and *Sarah Kraicer*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

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

*the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 15, 24(1).

*Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 238, art. 29 « *medical practitioner* ».

*Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. 1985, ch. C-6, art. 2 « hôpital », « médecin », « professionnel de la santé », « services de santé assurés », « services hospitaliers », « services médicaux », 3, 4 [repl. 1995, ch. 17, art. 35], 7, 9, 10, 12(1).

*Loi constitutionnelle de 1867*.

*Medical and Health Care Services Regulation*, B.C. Reg. 426/97, art. 17, 22, 25.1.

*Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 286, préambule, art. 1 « *beneficiary* », « *benefits* », « *commission* », « *health care practitioner* », « *medical practitioner* », « *practitioner* », 2, 4(1), (2), (3), 5(1), (2), 26(1), (3), (4).

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2002), 220 D.L.R. (4th) 411, [2003] 1 W.W.R. 42, 173 B.C.A.C. 114, 283 W.A.C. 114, 6 B.C.L.R. (4th) 201, 99 C.R.R. (2d) 139, [2002] B.C.J. No. 2258 (QL), 2002 BCCA 538, qui a confirmé une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [2000] 8 W.W.R. 227, 78 B.C.L.R. (3d) 55, 77 C.R.R. (2d) 293, [2000] B.C.J. No. 1547 (QL), 2000 BCSC 1142, avec motifs supplémentaires (2001), 197 D.L.R. (4th) 165, [2001] 3 W.W.R. 447, 84 B.C.L.R. (3d) 259, 80 C.R.R. (2d) 233, [2001] B.C.J. No. 215 (QL), 2001 BCSC 220. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

*D. Geoffrey Cowper, c.r.*, et *Lisa J. Mrozinski*, pour les appellants/intimés au pourvoi incident.

*C. E. Hinkson, c.r.*, et *Birgitta von Krosigk*, pour les intimés/appellants au pourvoi incident.

*Graham Garton, c.r.*, et *Michael H. Morris*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Robert E. Charney* et *Sarah Kraicer*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

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

*Catherine J. Lunn*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Written submissions only by *Gaétan Migneault*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

*Ruth M. DeMone*, for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island.

*Margaret Unsworth*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Donald H. Burrage, Q.C.*, and *Barbara Barrowman*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

*Elizabeth J. Shilton, Fay Faraday* and *Ena Chadha*, for the interveners the Canadian Association for Community Living and the Council of Canadians with Disabilities.

*Dianne Pothier* and *Fiona Sampson*, for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund and the DisAbled Women's Network Canada.

*Domenic A. Crolla* and *Meghan K. O'Brien*, for the intervener the Autism Society Canada.

*Douglas C. Mitchell*, for the intervener Michelle Dawson.

*Elizabeth M. (Ellie) Venhola, Janet L. Hutchison* and *Michael R. Loughlan*, for the interveners the Families for Effective Autism Treatment of Alberta Foundation and the Families for Early Autism Treatment of Ontario.

*Mary Eberts* and *Jonathan Strug*, for the intervener the Friends of Children with Autism.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

## I. Introduction

This case raises the issue of whether the Province of British Columbia's refusal to fund a particular

*Catherine J. Lunn*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Argumentation écrite seulement par *Gaétan Migneault*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*Ruth M. DeMone*, pour l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard.

*Margaret Unsworth*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Donald H. Burrage, c.r.*, et *Barbara Barrowman*, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

*Elizabeth J. Shilton, Fay Faraday* et *Ena Chadha*, pour les intervenants l'Association canadienne pour l'intégration communautaire et le Conseil des Canadiens avec déficiences.

*Dianne Pothier* et *Fiona Sampson*, pour les intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada.

*Domenic A. Crolla* et *Meghan K. O'Brien*, pour l'intervenante la Société canadienne de l'autisme.

*Douglas C. Mitchell*, pour l'intervenante Michelle Dawson.

*Elizabeth M. (Ellie) Venhola, Janet L. Hutchison* et *Michael R. Loughlan*, pour les intervenantes Families for Effective Autism Treatment of Alberta Foundation et Families for Early Autism Treatment of Ontario.

*Mary Eberts* et *Jonathan Strug*, pour l'intervenant Friends of Children with Autism.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

## I. Introduction

Le présent pourvoi soulève la question de savoir si le refus de la province de la Colombie-Britannique

treatment for preschool-aged autistic children violates the right to equality under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The petitioners are autistic children and their parents. They argue that the government's failure to fund applied behavioral therapy for autism unjustifiably discriminated against them. In the background lies the larger issue of when, if ever, a province's public health plan under the *Canada Health Act*, R.S.C. 1985, c. C-6 ("CHA"), is required to provide a particular health treatment outside the "core" services administered by doctors and hospitals.

One sympathizes with the petitioners, and with the decisions below ordering the public health system to pay for their therapy. However, the issue before us is not what the public health system should provide, which is a matter for Parliament and the legislature. The issue is rather whether the British Columbia Government's failure to fund these services under the health plan amounted to an unequal and discriminatory denial of benefits under that plan, contrary to s. 15 of the *Charter*. Despite their forceful argument, the petitioners fail to establish that the denial of benefits violated the *Charter*.

The government must provide the services authorized by law in a non-discriminatory manner. Here, however, discrimination has not been established. First, the claim for discrimination is based on the erroneous assumption that the *CHA* and the relevant British Columbia legislation provided the benefit claimed. Second, on the facts here and applying the appropriate comparator, it is not established that the government excluded autistic children on the basis of disability. For these reasons, the claim fails and the appeal is allowed.

## II. History of the Case

The four infant petitioners suffer from autism, a neuro-behavioural syndrome caused by a dysfunction of the central nervous system that impairs social

de financer un traitement destiné aux enfants autistes d'âge préscolaire porte atteinte au droit à l'égalité garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les requérants, des enfants autistes et leurs parents, soutiennent que, en refusant de financer la thérapie comportementale pour le traitement de l'autisme, le gouvernement a établi une distinction injustifiée à leur égard. Se pose en toile de fond la question plus générale de savoir dans quel cas, s'il en est, le régime public de soins médicaux d'une province régi par la *Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. 1985, ch. C-6 (« LCS »), doit offrir un traitement médical non compris dans les services « essentiels » dispensés par les médecins et les hôpitaux.

On comprend la situation des requérants et la décision des tribunaux inférieurs d'ordonner au régime public de soins de santé de payer leurs frais de thérapie. Cependant, la question dont nous sommes saisis n'est pas de savoir quels services devrait offrir le régime, car il appartient au Parlement et à la législature d'en décider. Notre Cour doit plutôt déterminer si le refus du gouvernement de la Colombie-Britannique de supporter financièrement les services en cause dans le cadre du régime de soins de santé équivaut à un refus injuste et discriminatoire des avantages conférés par le régime, contrairement à l'art. 15 de la *Charte*. Malgré leur solide argumentation, les requérants n'ont pas établi que le refus des avantages contrevenait à la *Charte*.

Le gouvernement doit offrir de manière non discriminatoire les services autorisés par la loi. Or, en l'espèce, la discrimination n'a pas été établie. Premièrement, l'allégation se fonde sur l'hypothèse erronée que la *LCS* et les dispositions provinciales pertinentes prévoyaient la fourniture du service en cause. Deuxièmement, au vu des faits et compte tenu de l'élément de comparaison approprié, il n'est pas prouvé que le gouvernement a exclu les enfants autistes sur le fondement de leur déficience. Pour ces motifs, l'allégation est rejetée, et le pourvoi accueilli.

## II. Historique de l'affaire

Les quatre enfants requérants souffrent d'autisme, un trouble neurocomportemental causé par un dysfonctionnement du système nerveux central et

2

3

4

interaction, hinders communication and results in repetitive, stereotyped behaviour. The symptoms and effects of autism vary from mild to severe. Over 90 percent of untreated autistic children end up in group homes or other residential facilities.

5 The cause and cure of autism remain unknown. However, a 1987 study published by a Texas researcher, Dr. O. Ivar Lovaas, suggested that applied behavioural therapy based on the repetitive use of stimuli and emphasized cues might help some autistic children between ages three and six. The therapy is intensive and therefore expensive — between \$45,000 and \$60,000 per year. It is not always successful; the trial judge found only that in “some cases” it may produce “significant results” ((2000), 78 B.C.L.R. (3d) 55, 2000 BCSC 1142, at para. 51). While increasingly accepted, Applied Behavioural Analysis (“ABA”) or Intensive Behavioural Intervention (“IBI”) therapy is not uncontroversial. Objections range from its reliance in its early years on crude and arguably painful stimuli, to its goal of changing the child’s mind and personality. Indeed one of the interveners in this appeal, herself an autistic person, argues against the therapy.

6 The infant petitioners received Lovaas therapy. Their parents, the adult petitioners, funded the treatment, although Connor Auton’s mother ultimately became unable to continue for financial reasons. Until the government forbade it on the ground that new options were being evaluated, some families used funds for support services from the Ministry of Children and Families to help finance Lovaas therapy for their children with the tacit support of Ministry workers in some regions. Over a period of years, the petitioners and others lobbied the Ministers of Health, of Education, and of Children and Families for funding for Lovaas therapy, without success. In 1995, the petitioners commenced this action.

caractérisé par une altération des interactions sociales et de la communication et un comportement répétitif et stéréotypé. Les symptômes et les effets de l’autisme varient selon une échelle allant de modérés à sévères. Plus de 90 pour 100 des enfants autistes ne bénéficiant d’aucun traitement sont placés dans un foyer de groupe ou dans un établissement.

La cause de l’autisme et son traitement n’ont pas encore été découverts. Cependant, selon une étude publiée en 1987 par un chercheur du Texas, le Dr O. Ivar Lovaas, une thérapie comportementale fondée sur le recours répétitif à des stimuli et au renforcement positif pourrait aider certains enfants autistes âgés de trois à six ans. La thérapie est intensive et, de ce fait, coûteuse — de 45 000 \$ à 60 000 \$ par année. Elle n’est pas toujours efficace; la juge de première instance a conclu qu’elle pouvait donner des [TRADUCTION] « résultats notables » dans « certains cas » seulement ((2000), 78 B.C.L.R. (3d) 55, 2000 BCSC 1142, par. 51). Bien qu’elle compte de plus en plus d’adeptes, l’analyse comportementale (ou comportementale) appliquée (« ABA ») ou l’intervention comportementale intensive (« ICI ») ne fait pas l’unanimité. On lui reproche non seulement l’utilisation, à ses débuts, de stimuli grossiers, voire douloureux, mais aussi son objectif de modifier le psychisme et la personnalité de l’enfant. D’ailleurs, l’une des parties intervenantes au présent pourvoi, qui souffre elle-même d’autisme, la réprovoque.

Les enfants requérants ont suivi la thérapie Lovaas. Leurs parents, les adultes requérants, en ont supporté le coût, mais la mère de Connor Auton n’a plus été en mesure de le faire à un moment donné. Jusqu’à ce que le gouvernement le leur interdise au motif que de nouvelles avenues étaient à l’étude, certaines familles ont bénéficié de fonds du ministère des Enfants et de la Famille destinés aux services d’aide pour acquitter en partie leurs frais de thérapie, et ce, avec l’appui tacite d’employés du ministère dans certaines régions. Pendant plusieurs années, les requérants et d’autres personnes ont exhorté en vain les ministres de la Santé et de l’Éducation, et celui des Enfants et de la Famille, à assurer le financement de la thérapie Lovaas. En 1995, les requérants ont intenté l’action qui est à l’origine du présent pourvoi.



In the years leading up to the trial in 2000, the government funded a number of programs for autistic children and their families. This was done through the Ministry of Children and Families, which in 1997 had been given responsibility for child and youth mental health. The programs included infant development, supported child care, at-home respite, respite relief, contracted respite, occupational therapy, physical therapy, speech and language therapy, homemaker and home support services, hearing services, child care workers and specific behavioural support. Under the latter category, some programs attempted to positively treat autism. The Ministry provided services to autistic children through contracted agencies, some of which employed some behavioural analysis techniques. However, the focus was on teaching families the techniques to enable them to work themselves with the children.

An early intervention ABA/IBI program called LEAP had been established in Ladner but it was underfunded and equipped to serve only six children. Other centres and groups provided some ABA/IBI but the Crown's expert, Dr. Glen Davies, testified that these programs were not intensive, not delivered early enough in the child's development, and were rarely of sufficient duration to maximize the child's development. Finally, in May 1999, the Ministry announced an Autism Action Plan and an Autism Action Implementation Plan, which acknowledged the importance of early intervention, diagnosis and assessment, but stated that services for autistic children had to be balanced with services to children with other special needs. Moreover, the plan did not specifically target ABA/IBI therapy. As of the date of trial a year or so later, the Ministry had not produced much. No new funding had been provided and a concrete plan for intensive early treatment remained to be developed.

In a nutshell, at the time of trial the government funded a number of programs for young autistic

7  
Au cours des années ayant précédé l'audition de l'action en 2000, le gouvernement a subventionné un certain nombre de programmes destinés aux enfants autistes et à leurs familles. Il l'a fait par l'intermédiaire du ministère des Enfants et de la Famille qui, en 1997, s'était vu confier la responsabilité de la santé mentale des enfants et des adolescents. Les services offerts avaient trait au développement du jeune enfant, à l'aide aux services de garde, à la relève, y compris à domicile et à contrat, à l'ergothérapie, à la physiothérapie, à l'orthophonie, aux auxiliaires familiaux et aux aides à domicile, à l'audiologie, aux travailleurs en garderie et à la consultation comportementale pour autistes. Dans cette dernière catégorie, l'objectif de certains programmes était de traiter l'autisme comme tel. Le ministère a offert des services aux enfants autistes par l'entremise d'organismes contractuels dont certains avaient recours à des techniques d'analyse comportementale. Toutefois, l'accent était mis sur l'enseignement des techniques aux familles pour leur permettre de travailler elles-mêmes avec les enfants.

8  
Un programme ABA/ICI d'intervention précoce appelé LEAP a été mis sur pied à Ladner. Sous-financé, il ne pouvait accueillir que six enfants à la fois. D'autres centres ou groupes offraient des programmes ABA/ICI, mais au dire du témoin expert de la Couronne, le D<sup>r</sup> Glen Davies, ces programmes n'étaient pas intensifs, n'intervenaient pas assez tôt dans le développement de l'enfant et duraient rarement assez longtemps pour maximiser le développement de l'enfant. Enfin, en mai 1999, le ministère a annoncé la création et la mise en œuvre d'un plan d'action reconnaissant l'importance d'une intervention, d'un diagnostic et d'une évaluation précoces, mais en précisant que les services destinés aux enfants autistes devaient être mis en balance avec ceux offerts aux enfants ayant d'autres besoins spéciaux. En outre, le plan ne visait pas particulièrement la thérapie ABA/ICI. Le jour du procès, soit environ un an plus tard, le projet du ministère avait peu progressé. Nuls crédits supplémentaires n'avaient été débloqués et aucune mesure concrète n'avait été prise en vue d'un traitement intensif précoce.

9  
En somme, au moment du procès, le gouvernement finançait un certain nombre de programmes

children, and appeared to be moving toward funding some form of early intervention therapy. However, it had not established funding for intensive, universal ABA/IBI therapy available to all autistic children between the ages of three and six.

10 This delay appears to have been due to a number of factors. The first was the 1997 decision to transfer child and youth mental health from the Ministry of Health to the Ministry of Children and Families, which put a non-medical slant on treatment. The second was financial constraint: in 1998, the deputy ministers of the ministries of Health, Education, and Children and Families informed families that the government was not “in a resource position” to fund ABA/IBI therapy.

11 A final factor may have been the emergent and somewhat controversial nature of ABA/IBI therapy, although by the time of the trial the evidence was sufficient to convince the trial judge that it was “medically necessary” (para. 102). At the time of trial in 2000, ABA/IBI funding for autistic children was only beginning to be recognized as desirable and was far from universal. Alberta established funding for it in 1999, as did Ontario. Prince Edward Island was providing up to 20 hours of ABA/IBI per week at the time of trial, and Newfoundland and Manitoba had instituted pilot projects in 1999. In the United States “several jurisdictions” included ABA/IBI in educational or Medicaid programs, and the New York State Department Guidelines and the 1999 U.S. Report of the Surgeon General on Mental Health recognized ABA/IBI as the treatment of choice (trial judgment, at para. 82).

12 The petitioners sought funding for Lovaas therapy, a particular type of ABA/IBI therapy, from all three ministries. However, the trial judge dealt only with the claim against the Ministry of Health

destinés aux jeunes enfants autistes et semblait envisager le financement d’une quelconque forme d’intervention thérapeutique précoce. Il n’avait cependant pas établi le financement de la thérapie intensive ABA/ICI pour tous les enfants autistes âgés de trois à six ans.

Un certain nombre de facteurs semblent expliquer cette lenteur à agir. Le premier est la décision, prise en 1997, de retirer au ministère de la Santé la compétence en matière de santé mentale des enfants et des adolescents et de l’attribuer au ministère des Enfants et de la Famille, lequel a alors considéré le traitement d’un point de vue non médical. Deuxième facteur, les compressions budgétaires. En 1998, les sous-ministres de la Santé et de l’Éducation, de même que celui des Enfants et de la Famille, ont annoncé aux familles que la [TRADUCTION] « situation financière » du gouvernement ne lui permettait pas d’offrir la thérapie ABA/ICI.

Un dernier facteur d’explication a pu être le caractère nouveau et quelque peu controversé de la thérapie ABA/ICI, même si, lors du procès en 2000, la preuve s’est révélée suffisante pour convaincre la juge qu’il s’agissait d’un traitement [TRADUCTION] « médicalement nécessaire » (par. 102). L’on commençait alors seulement à reconnaître l’opportunité de financer la thérapie ABA/ICI destinée aux enfants autistes et le financement était loin d’être universel. L’Alberta a offert la thérapie dès 1999, tout comme l’Ontario. Au moment du procès, l’Île-du-Prince-Édouard offrait jusqu’à 20 heures de thérapie ABA/ICI par semaine et, en 1999, Terre-Neuve et le Manitoba avaient lancé des projets pilotes. Aux États-Unis, les programmes scolaires et Medicaid de plusieurs États englobaient la thérapie ABA/ICI; les lignes directrices du département d’État de New York et le rapport sur la santé mentale établi en 1999 par le directeur général de la santé publique des États-Unis considéraient la thérapie ABA/ICI comme un traitement de choix (jugement de première instance, par. 82).

L’action intentée par les requérants en vue d’obtenir le financement de la thérapie Lovaas, un type particulier de thérapie ABA/ICI, visait les trois ministères. Or, la juge de première instance n’a

because she considered the issue “to be primarily a health issue” (para. 88).

Having thus narrowed the claim, the trial judge went on to find that applied behavioural therapy is a “medically necessary” service for autistic children. I note that she used the term “medically necessary” to mean, in a general way, a medical service that is essential to the health and medical treatment of an individual. She ruled that by denying a “medically necessary” service to a disadvantaged group (autistic children, a subset of the mentally disabled), while providing “medically necessary” services to non-autistic children and mentally disabled adults, the government discriminated against autistic children, since “[t]he absence of treatment programmes for autistic children must consciously or unconsciously be based on the premise that one cannot effectively treat autistic children . . . [which is] a misconceived stereotype” (para. 127). She concluded, at para. 139:

The Crown has failed to take into account and accommodate the infant petitioners’ already disadvantaged position, resulting in differential treatment. That unequal treatment, which is based on the enumerated ground of mental disability, is discriminatory. Here the only accommodation possible is funding for effective treatment.

The trial judge went on to find that the discrimination was not justified under s. 1 of the *Charter*. She accepted that the government was entitled to judicial deference in allocating finite resources among vulnerable groups, but held that this did not immunize its decision to deny funding for ABA/IBI from *Charter* review, given that the exclusion of ABA/IBI therapy undermined the “primary objective” of medicare legislation, namely the provision of “universal health care” (para. 151).

The trial judge granted: (1) a declaration that failure to fund ABA/IBI breached s. 15 of the *Charter*; (2) a direction that the Crown fund early intensive

considéré que la demande dirigée contre le ministère de la Santé puisque, selon elle, il s’agissait [TRADUCTION] « essentiellement d’une question de santé » (par. 88).

Après avoir ainsi restreint la portée de la demande, la juge de première instance a conclu que la thérapie comportementale était un service « médicalement nécessaire » pour les enfants autistes. Je remarque qu’elle a employé l’expression « médicalement nécessaire » au sens général d’essentiel à la santé et au traitement médical d’une personne. Elle a conclu que, en refusant un service « médicalement nécessaire » à un groupe défavorisé (les enfants autistes, un sous-groupe des personnes atteintes de déficience mentale) tout en offrant des services « médicalement nécessaires » aux autres enfants et aux adultes souffrant d’une déficience mentale, le gouvernement avait fait preuve de discrimination à l’endroit des enfants autistes, car [TRADUCTION] « [l]’absence de programmes thérapeutiques destinés aux enfants autistes repose sur le postulat, conscient ou non, que les enfants autistes ne peuvent pas véritablement être traités [. . .] ce qui est erroné » (par. 127). Elle a conclu (par. 139) :

[TRADUCTION] L’État n’a pas tenu compte de la situation défavorisée dans laquelle se trouvaient déjà les enfants requérants, ce qui a donné lieu à une différence de traitement. Fondée sur le motif énuméré de la déficience mentale, celle-ci est discriminatoire. En l’espèce, la seule mesure d’adaptation possible est le financement d’un traitement efficace.

La juge de première instance a conclu par ailleurs que la discrimination n’était pas justifiée au sens de l’article premier de la *Charte*. Elle a reconnu que la déférence judiciaire s’imposait à l’égard de la répartition, par le gouvernement, de ressources limitées entre les différents groupes vulnérables, mais que le refus de financer la thérapie ABA/ICI n’échappait pas pour autant à l’examen fondé sur la *Charte*, puisque l’exclusion de la thérapie ABA/ICI compromettait [TRADUCTION] « l’objectif fondamental » des dispositions sur l’assurance-maladie, savoir l’« universalité des soins de santé » (par. 151).

La juge de première instance a rendu un jugement (1) portant que le refus de financer la thérapie ABA/ICI portait atteinte à l’art. 15 de la *Charte*,

13

14

15

behavioural therapy for children with autism; and (3) a “symbolic” award of \$20,000 under s. 24(1) of the *Charter* to each of the adult petitioners as damages for the financial and emotional burdens of litigation ((2001), 197 D.L.R. (4th) 165, 2001 BCSC 220, at paras. 64-65). She did not direct funding or reimbursement for the specific therapy requested and used, Lovaas therapy, on the ground that it was up to the government, not the court, to determine the nature and extent of ABA/IBI therapy funded on appropriate professional advice (para. 25).

(2) enjoignant à l'État de financer la thérapie comportementale intensive précoce destinée aux enfants autistes et (3) octroyant à chacun des requérants adultes, sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte*, des dommages-intérêts [TRADUCTION] « symboliques » de 20 000 \$ pour les préjudices financier et moral causés par le litige ((2001), 197 D.L.R. (4th) 165, 2001 BCSC 220, par. 64-65). Elle n'a pas ordonné le financement de la thérapie visée par l'action — celle fondée sur la méthode Lovaas —, ni le remboursement des frais engagés relativement à celle-ci, au motif qu'il appartenait au gouvernement, et non au tribunal, de déterminer, sur l'avis d'experts en la matière, la nature et la durée de la thérapie ABA/ICI offerte (par. 25).

16 The Court of Appeal agreed with the trial judge that the government had discriminated contrary to s. 15 of the *Charter* and that this could not be justified under s. 1 ((2002), 220 D.L.R. (4th) 411, 2002 BCCA 538). The discrimination lay in “the failure of the health care administrators of the Province to consider the individual needs of the infant complainants by funding treatment” (para. 51). This, to the appellate court, constituted “a statement that their mental disability is less worthy of assistance than the transitory medical problems of others”, thus creating a “socially constructed handicap” that worsened the position of an already disadvantaged group (para. 51).

La Cour d'appel a convenu avec la juge de première instance que le gouvernement avait fait preuve de discrimination contrairement à l'art. 15 de la *Charte* et que la distinction établie ne pouvait être justifiée au sens de l'article premier ((2002), 220 D.L.R. (4th) 411, 2002 BCCA 538). La discrimination résidait dans [TRADUCTION] « l'omission des administrateurs du régime de soins de santé de la province de tenir compte des besoins individuels des enfants plaignants en finançant le traitement » (par. 51). Pour elle, cela revenait à [TRADUCTION] « dire que parce qu'ils sont atteints de déficience mentale, ces enfants sont moins dignes d'aide que d'autres personnes ayant des problèmes de santé passagers » et à créer ainsi un [TRADUCTION] « handicap résultant d'une construction sociale » qui avait pour effet de détériorer la situation d'un groupe déjà défavorisé (par. 51).

17 The government was unable to satisfy its justificative burden under s. 1 of the *Charter*. It failed to establish a rational connection or proportionality between the objective of properly allocating limited resources between multiple demands and the denial of ABA/IBI therapy, given the importance of meeting the needs of autistic children and the potential benefits for the children and the community that would flow from ABA/IBI treatment. The Court of Appeal allowed the cross-appeal by adding funding for ABA/IBI treatment pursuant to medical opinion.

Le gouvernement ne s'est pas acquitté du fardeau de justification que lui imposait l'article premier de la *Charte*. Il n'a pas prouvé l'existence d'un lien rationnel ni établi la proportionnalité entre l'objectif de répartir judicieusement ses ressources limitées entre les multiples besoins et le refus d'offrir la thérapie ABA/ICI, étant donné l'importance de répondre aux besoins des enfants autistes et les avantages possibles du traitement ABA/ICI pour les enfants et la collectivité. La Cour d'appel a accueilli l'appel incident et ordonné le financement du traitement ABA/ICI sur recommandation médicale.

The government now appeals to this Court, and asks that these decisions be set aside.

### III. Analysis

#### A. *Did the Government's Conduct Infringe the Petitioners' Equality Rights Under Section 15 of the Charter?*

Section 15(1) of the *Charter* provides:

Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

This case engages s. 15's guarantee of "equal benefit of the law without discrimination . . . based on . . . mental . . . disability".

Different cases have formulated the requirements for a successful s. 15(1) claim in different ways. Nevertheless, there is "broad agreement on the general analytic framework": *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 58. In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 168 *et seq.* — this Court's seminal statement on the interpretation of s. 15(1) —, the s. 15 analysis was described in two steps: first, whether there is unequal treatment under the law; and, second, whether the treatment is discriminatory. Similarly in *Eldridge, supra*, which also concerned a claim for medical services, La Forest J., at para. 58, put the test as follows:

A person claiming a violation of s. 15(1) must first establish that, because of a distinction drawn between the claimant and others, the claimant has been denied "equal protection" or "equal benefit" of the law. Secondly, the claimant must show that the denial constitutes discrimination on the basis of one of the enumerated grounds listed in s. 15(1) or one analogous thereto.

Le gouvernement se pourvoit maintenant devant notre Cour et demande l'annulation de ces décisions.

### III. Analyse

#### A. *Le gouvernement a-t-il porté atteinte aux droits à l'égalité des requérants garantis par l'art. 15 de la Charte?*

Le paragraphe 15(1) de la *Charte* dispose :

La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

La présente affaire met en jeu le droit au « même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination [. . .] fondé[e] sur [. . .] [la] déficienc[e] mental[e] » garanti au par. 15(1).

La jurisprudence a énoncé de différentes manières les exigences auxquelles un demandeur doit satisfaire pour avoir gain de cause sur le fondement du par. 15(1). Pourtant, il y a « un large accord général sur le cadre d'analyse général » : *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 58. Dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 168 *et suiv.* — l'arrêt charnière de notre Cour concernant l'interprétation du par. 15(1) —, l'analyse que commande cette disposition comporte deux volets. Premièrement, y a-t-il inégalité de traitement sous le régime de la loi et, deuxièmement, le traitement est-il discriminatoire? De même, dans *Eldridge*, précité, où l'accès à des services médicaux était également en cause, le juge La Forest a formulé ainsi le critère applicable (par. 58) :

La personne qui allègue une violation du par. 15(1) doit d'abord établir que, en raison d'une distinction faite entre elle et d'autres personnes, elle est privée de la « même protection » ou du « même bénéfice » de la loi. En deuxième lieu, elle doit démontrer que cette privation constitue une discrimination fondée sur l'un des motifs énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue.

18

19

20

21

22 The dual requirements of *Andrews, supra*, and *Eldridge, supra*, were broken into three requirements in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 88: (1) differential treatment under the law; (2) on the basis of an enumerated or analogous ground; (3) which constitutes discrimination.

23 There is no magic in a particular statement of the elements that must be established to prove a claim under s. 15(1). It is the words of the provision that must guide. Different cases will raise different issues. In this case, as will be discussed, an issue arises as to whether the benefit claimed is one provided by the law. The important thing is to ensure that all the requirements of s. 15(1), as they apply to the case at hand, are met.

24 A complicating factor is that however one states the requirements for s. 15(1), they inevitably overlap. For example, the nature of the benefit, the enumerated or analogous ground at issue, and the choice of a correct comparator play a role in all three steps: see *Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, [2004] 3 S.C.R. 357, 2004 SCC 65. Frameworks thus do not describe discreet linear steps; rather, they serve as a guide to ensure that the language and purpose of s. 15(1) are respected.

25 Whatever framework is used, an overly technical approach to s. 15(1) is to be avoided. In *Andrews, supra*, at pp. 168-69, McIntyre J. warned against adopting a narrow, formalistic analytical approach, and stressed the need to look at equality issues substantively and contextually. The Court must look at the reality of the situation and assess whether there has been discriminatory treatment having regard to the purpose of s. 15(1), which is to prevent the perpetuation of pre-existing disadvantage through unequal treatment.

26 In this case, the following issues arise from an application of the language of s. 15(1) to the facts:

De deux qu'elles étaient dans *Andrews* et *Eldridge*, précités, ces exigences sont passées à trois dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 88 : (1) Y a-t-il une différence de traitement sous le régime de la loi; (2) est-elle fondée sur un motif énuméré ou analogue; (3) est-elle discriminatoire?

Il n'y a pas d'énoncé type des éléments à établir à l'appui d'une demande fondée sur le par. 15(1). C'est le libellé de la disposition qui est déterminant. Différentes affaires soulèvent différentes questions. Dans la présente espèce, comme nous le verrons, il s'agit de savoir si l'avantage recherché est prévu par la loi. Il importe de s'assurer du respect de toutes les exigences du par. 15(1) au regard des faits de l'espèce.

Un élément complique cependant les choses. Peu importe la façon dont on les énonce, ces exigences se chevauchent inévitablement. Par exemple, la nature de l'avantage, le motif énuméré ou analogue en cause et le choix du bon élément de comparaison jouent un rôle à chacune des trois étapes : voir *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, [2004] 3 R.C.S. 357, 2004 CSC 65. Les cadres d'analyse ne prévoient donc pas d'étapes distinctes devant être suivies de manière linéaire; ils établissent plutôt des paramètres permettant de s'assurer que le libellé et l'objet du par. 15(1) sont respectés.

Quel que soit le cadre d'analyse, il faut s'abstenir d'interpréter le par. 15(1) de manière trop technique. Dans l'arrêt *Andrews*, précité, p. 168-169, le juge McIntyre a fait une mise en garde contre une interprétation formaliste et restrictive et il a insisté sur la nécessité d'examiner les questions relatives à l'égalité en fonction de la réalité et du contexte. Le tribunal doit se pencher sur la situation réelle et déterminer s'il y a eu traitement discriminatoire au regard de l'objet du par. 15(1), qui est d'empêcher la perpétuation d'un désavantage préexistant par un traitement inégal.

L'application du libellé du par. 15(1) aux faits de l'espèce soulève les questions suivantes :

(1) Is the claim for a benefit provided by law? If not, what relevant benefit is provided by law?

(2) Was the relevant benefit denied to the claimants while being granted to a comparator group alike in all ways relevant to benefit, except for the personal characteristic associated with an enumerated or analogous ground?

(3) If the claimants succeed on the first two issues, is discrimination established by showing that the distinction denied their equal human worth and human dignity?

(1) Is the Claim for a Benefit Provided by Law?

In order to succeed, the claimants must show unequal treatment under the law — more specifically that they failed to receive a benefit that the law provided, or was saddled with a burden the law did not impose on someone else. The primary and oft-stated goal of s. 15(1) is to combat discrimination and ameliorate the position of disadvantaged groups within society. Its specific promise, however, is confined to benefits and burdens “of the law”. Combatting discrimination and ameliorating the position of members of disadvantaged groups is a formidable task and demands a multi-pronged response. Section 15(1) is part of that response. Section 15(2)’s exemption for affirmative action programs is another prong of the response. Beyond these lie a host of initiatives that governments, organizations and individuals can undertake to ameliorate the position of members of disadvantaged groups.

The specific role of s. 15(1) in achieving this objective is to ensure that when governments choose to enact benefits or burdens, they do so on a non-discriminatory basis. This confines s. 15(1) claims to benefits and burdens imposed by law. As stated in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at p. 1329:

The guarantee of equality before the law is designed to advance the value that all persons be subject to the equal demands and burdens of the law and not suffer any

(1) Les demandeurs recherchent-ils un avantage prévu par la loi? Dans la négative, quel est l’avantage prévu par la loi?

(2) L’avantage prévu par la loi a-t-il été refusé aux demandeurs et accordé à un groupe de comparaison semblable sous tous les rapports importants pour ce qui est de l’avantage, hormis la caractéristique personnelle associée à un motif énuméré ou analogue?

(3) Si la réponse aux deux questions précédentes est affirmative, les demandeurs ont-ils établi la discrimination en prouvant que la distinction les a privés, en tant qu’êtres humains, de l’égalité sur le plan de la valeur et de la dignité.

(1) L’avantage recherché est-il prévu par la loi?

Pour avoir gain de cause, les demandeurs doivent établir l’inégalité de traitement sous le régime de la loi, c’est-à-dire qu’ils n’ont pas obtenu un avantage prévu par la loi ou qu’ils se sont vu imposer une obligation que la loi n’imposait pas à d’autres. Maintes fois énoncé, l’objectif fondamental du par. 15(1) est de combattre la discrimination et d’améliorer la situation des groupes défavorisés au sein de la société. La garantie ne vaut toutefois que pour les avantages et les obligations « prévus par la loi ». La réalisation d’un objectif aussi ambitieux exige des mesures à plusieurs niveaux. Le paragraphe 15(1) est l’une de ces mesures. L’exception prévue au par. 15(2) à l’égard des programmes de promotion sociale en est une autre. Par ailleurs, gouvernements, organismes et particuliers peuvent prendre une foule d’autres mesures pour améliorer la situation des membres de groupes défavorisés.

Le rôle précis du par. 15(1) dans la poursuite de cet objectif est de veiller à ce que le gouvernement qui décide d’accorder un avantage ou d’imposer une obligation le fasse de façon non discriminatoire. La demande fondée sur le par. 15(1) ne peut donc viser qu’un avantage ou une obligation prévus par la loi. Comme l’a dit notre Cour dans l’arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, p. 1329 :

La garantie d’égalité devant la loi vise à promouvoir la valeur selon laquelle toutes les personnes sont sujettes aux mêmes exigences et aux mêmes obligations de la loi

greater disability in the substance and application of the law than others. [Emphasis added.]

29 Most s. 15(1) claims relate to a clear statutory benefit or burden. Consequently, the need for the benefit claimed or burden imposed to emanate from law has not been much discussed. Nevertheless, the language of s. 15(1) as well as the jurisprudence demand that it be met before a s. 15(1) claim can succeed.

30 In this case, the issue of whether the benefit claimed is one conferred by law does arise, and must be carefully considered. The claim, as discussed, is for funding for a “medically necessary” treatment. The unequal treatment is said to lie in funding medically required treatments for non-disabled Canadian children or adults with mental illness, while refusing to fund medically required ABA/IBI therapy to autistic children. The decisions under appeal proceeded on this basis. The trial judge, affirmed by the Court of Appeal, ruled that the discrimination lay in denying a “medically necessary” service to a disadvantaged group while providing “medically necessary” services for others. Thus the benefit claimed, in essence, is funding for all medically required treatment.

31 This raises the question of whether the legislative scheme in fact provides anyone with all medically required treatment. An examination of the scheme shows that it does not: see Appendix A (Relevant Legislative and Regulatory Provisions) and Appendix B (Interaction of the Relevant Legislative and Regulatory Provisions).

32 The scheme designates two distinct categories of funded treatment based on service. First, the scheme provides complete funding for services delivered by medical practitioners, referred to as “core” services. This is required by the *CHA*. Many medically necessary or required services, including ABA/IBI therapy for autistic children, fall outside this core.

et nul ne doit subir un désavantage plus grand que les autres en raison du fond ou de l'application de la loi. [Je souligne.]

La plupart des demandes fondées sur le par. 15(1) portent sur un avantage ou une obligation clairement prévu par la loi. Conséquemment, l'exigence que l'avantage ou l'obligation en cause découle de la loi n'a guère été commentée. Néanmoins, le libellé de la disposition et la jurisprudence commandent le respect de cette exigence pour qu'un tribunal puisse faire droit à une demande fondée sur le par. 15(1).

En l'espèce, la question se pose de savoir si l'avantage recherché est l'un de ceux que confère la loi et elle doit être attentivement examinée. La demande a pour objet le financement d'un traitement « médicalement nécessaire ». L'inégalité de traitement résiderait dans le financement de traitements médicaux que requièrent les enfants canadiens non handicapés ou les adultes souffrant de maladie mentale et dans le non-financement de la thérapie ABA/ICI médicalement requise pour les enfants autistes. C'est ce qu'ont conclu les tribunaux dont les décisions sont contestées en l'espèce. Selon la juge de première instance, et la Cour d'appel a confirmé sa décision, la discrimination tient à ce qu'un service « médicalement nécessaire » a été refusé à un groupe défavorisé, alors que des services « médicalement nécessaires » ont été fournis à d'autres. L'avantage recherché est donc le financement de tous les traitements médicalement requis.

La question qui se pose alors est de savoir si le régime législatif offre effectivement à quiconque tout traitement médicalement requis. L'examen du régime révèle que ce n'est pas le cas : voir l'annexe A (Dispositions législatives et réglementaires pertinentes) et l'annexe B (Interaction entre les dispositions législatives et réglementaires pertinentes).

Le régime définit deux catégories distinctes de services thérapeutiques financés sur les deniers publics. Premièrement, il prévoit le financement intégral des services d'un médecin (les services « essentiels »). C'est ce que prescrit la *LCS*. Bon nombre de services médicalement nécessaires ou requis, dont la thérapie ABA/ICI destinée aux enfants autistes, n'entrent pas dans cette catégorie.



Secondly, the *CHA* permits the provinces at their discretion to fund non-core medical services — services that are not delivered by physicians. British Columbia does this by naming classes of “health care practitioners” whose services may be partially funded. It then falls to the Medical Services Commission, an administrative body, to designate particular practitioners and procedures within these categories for funding.

It was suggested that the reference by the *Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, c. 286 (“*MPA*”), to “medically required” services is an indication that all medically required or necessary non-core services must be funded. However, the Act does not say this. Section 1 uses the phrase “medically required services” in conjunction with the services of doctors or “medical practitioners” or an “approved diagnostic facility” (s. 1 “benefits”, paras. (a) and (c)). Only these services are funded on the basis of being “medically required”. “Medically required” in the *MPA* does not touch the services of “health care practitioners” which are funded only if the Province chooses to place a class of health care practitioner on an “enrolled” list by legislation or regulation: *MPA*, s. 1 “benefits”, para. (b).

In summary, the legislative scheme does not promise that any Canadian will receive funding for all medically required treatment. All that is conferred is core funding for services provided by medical practitioners, with funding for non-core services left to the Province’s discretion. Thus, the benefit here claimed — funding for all medically required services — was not provided for by the law.

More specifically, the law did not provide funding for ABA/IBI therapy for autistic children. The British Columbia *MPA* authorized partial funding for the services of the following health care practitioners: chiropractors, dentists, optometrists, podiatrists, physical therapists, massage therapists and naturopathic doctors. In addition, provincial regulations authorized funding for the services of physical therapists, massage therapists and nurses. At the

Deuxièmement, la *LCS* permet aux provinces de financer à leur gré des services médicaux non essentiels, soit des services qui ne sont pas fournis par un médecin. La Colombie-Britannique énumère les catégories de « professionnels de la santé » dont les services peuvent être partiellement financés. Il appartient dès lors à la commission des services médicaux, un organisme administratif, de désigner, à l’intérieur de ces catégories, les professionnels et les actes dont le financement sera assuré.

On a laissé entendre que l’expression [TRA-DUCTION] « service médicalement requis » employée dans la *Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 286 (« *MPA* »), permettait de conclure que tout service non essentiel, mais médicalement requis ou nécessaire, doit être financé. Ce n’est cependant pas ce que dit la Loi. À l’article 1, l’expression « service médicalement requis » est employée en liaison avec un service fourni par un « médecin » ou dans un « établissement de diagnostic approuvé » (art. 1 « avantage » (*benefits*), par. a) et c)). Seul ce service est financé à titre de « service médicalement requis ». Dans la *MPA*, cette expression ne s’applique pas aux services d’un « professionnel de la santé », qui ne sont financés que si, par voie législative ou réglementaire, la province décide de faire figurer une catégorie de professionnels de la santé sur une liste « d’inscrits » (art. 1 « avantage », par. b)).

En résumé, le régime législatif ne garantit pas à tout Canadien le financement de tout traitement médicalement requis. La loi ne prévoit que le financement des services essentiels fournis par un médecin, celui des services non essentiels étant laissé à la discrétion des provinces. L’avantage recherché en l’espèce — le financement de tous les services médicalement requis — n’était donc pas prévu par la loi.

Plus particulièrement, la loi ne prévoyait pas le financement de la thérapie ABA/ICI pour les enfants autistes. La *MPA* autorisait le paiement partiel des services de certains professionnels de la santé : les chiropraticiens, les dentistes, les optométristes, les podiatres, les physiothérapeutes, les massothérapeutes et les naturopathes. En outre, le règlement provincial permettait le financement des services d’un physiothérapeute, d’un massothérapeute et d’un

33

34

35

36

time of trial, the Province had not named providers of ABA/IBI therapy as “health care practitioners”, whose services could be funded under the plan.

37

It followed that the Medical Services Commission, charged with administration of the *MPA*, had no power to order funding for ABA/IBI therapy. The Commission, as an administrative body, had no authority to enlarge the class of “health care practitioners”. That could be done only by the government. Since the government had not designated ABA/IBI therapists as “health care practitioners”, the Commission was not permitted to list their services for funding. This is how things stood at the time of trial. British Columbia’s law governing non-core benefits did not provide the benefit that the petitioners were seeking.

38

The petitioners rely on *Eldridge* in arguing for equal provision of medical benefits. In *Eldridge*, this Court held that the Province was obliged to provide translators to the deaf so that they could have equal access to core benefits accorded to everyone under the British Columbia medicare scheme. The decision proceeded on the basis that the law provided the benefits at issue — physician-delivered consultation and maternity care. However, by failing to provide translation services for the deaf, the Province effectively denied to one group of disabled people the benefit it had granted by law. *Eldridge* was concerned with unequal access to a benefit that the law conferred and with applying a benefit-granting law in a non-discriminatory fashion. By contrast, this case is concerned with access to a benefit that the law has not conferred. For this reason, *Eldridge* does not assist the petitioners.

39

However, this does not end the inquiry. Courts should look to the reality of the situation to see whether the claimants have been denied benefits of the legislative scheme other than those they have raised. This brings up the broader issue of whether the legislative scheme is discriminatory, since it provides non-core services to some groups while

infirmier. Au moment du procès, la province n’avait pas inclus la thérapie ABA/ICI dans les services d’un « professionnel de la santé » susceptibles d’être offerts par le régime.

Chargée de l’application de la *MPA*, la commission des services médicaux n’avait donc pas le pouvoir d’ordonner le financement de la thérapie ABA/ICI. En tant qu’organisme administratif, elle n’était pas habilitée à étendre la définition de « professionnel de la santé ». Seul le gouvernement pouvait le faire. Puisqu’il n’avait pas inclus la thérapie ABA/ICI dans les services d’un « professionnel de la santé », la commission ne pouvait l’inscrire dans la liste des services financés. Telle était la situation au moment du procès. Les dispositions de la Colombie-Britannique régissant les services non essentiels ne conféraient pas l’avantage recherché par les requérants.

Plaidant en faveur d’une égalité d’accès aux services médicaux, les requérants ont invoqué l’arrêt *Eldridge*, où notre Cour a statué que la province était tenue de fournir des services d’interprétation gestuelle aux personnes atteintes de surdité afin qu’elles jouissent de l’égalité d’accès aux services essentiels qu’offrait à tous le régime de soins de santé de la Colombie-Britannique. Notre Cour en a décidé ainsi parce que les avantages en cause — consultation d’un médecin et soins obstétriques — étaient prévus par la loi. Or, en ne fournissant pas de services d’interprétation aux personnes atteintes de surdité, la province privait dans les faits un groupe de personnes handicapées d’un avantage accordé par la loi. L’arrêt *Eldridge* porte sur l’inégalité d’accès à un avantage prévu par la loi et sur l’application non discriminatoire d’une loi conférant un avantage. Dans la présente affaire, c’est l’accès à un avantage non conféré par la loi qui est recherché. L’arrêt *Eldridge* n’étaye donc pas la thèse des requérants.

Cette conclusion ne met cependant pas fin à l’analyse. Il faut considérer la réalité de la situation pour déterminer si les demandeurs se sont vu refuser un avantage prévu par le régime législatif autre que celui qu’ils ont invoqué. Par conséquent, il faut se demander, de manière plus générale, si le régime législatif est discriminatoire dans la mesure où il

denying funding for ABA/IBI therapy to autistic children. The allegation is that the scheme is itself discriminatory, by funding some non-core therapies while denying equally necessary ABA/IBI therapy.

This argument moves beyond the legislative definition of “benefit”. As pointed out in *Hodge, supra*, at para. 25:

... the legislative definition, being the subject matter of the equality rights challenge, is not the last word. Otherwise, a survivor’s pension restricted to white protestant males could be defended on the ground that all surviving white protestant males were being treated equally.

We must look behind the words and ask whether the statutory definition is itself a means of perpetrating inequality rather than alleviating it. Section 15(1) requires not merely formal equality, but substantive equality: *Andrews, supra*, at p. 166.

It is not open to Parliament or a legislature to enact a law whose policy objectives and provisions single out a disadvantaged group for inferior treatment: *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203. On the other hand, a legislative choice not to accord a particular benefit absent demonstration of discriminatory purpose, policy or effect does not offend this principle and does not give rise to s. 15(1) review. This Court has repeatedly held that the legislature is under no obligation to create a particular benefit. It is free to target the social programs it wishes to fund as a matter of public policy, provided the benefit itself is not conferred in a discriminatory manner: *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28, at para. 61; *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2002] 4 S.C.R. 325, 2002 SCC 83, at para. 55; *Hodge, supra*, at para. 16.

A statutory scheme may discriminate either directly, by adopting a discriminatory policy or

offre des services non essentiels à certains groupes tout en refusant de supporter financièrement la thérapie ABA/ICI destinée aux enfants autistes. On allègue que le régime est en soi discriminatoire en ce qu’il assure le financement de certaines thérapies non essentielles, mais pas celui de la thérapie ABA/ICI, tout aussi nécessaire.

L’argument va au-delà de la définition légale d’« avantage ». Comme notre Cour l’a signalé dans l’arrêt *Hodge*, précité, par. 25 :

... la définition législative, objet de la contestation fondée sur le droit à l’égalité, n’est pas décisive. Sinon, on pourrait plaider en faveur d’une pension de survivant destinée uniquement aux hommes protestants de race blanche en affirmant que tous les hommes protestants de race blanche survivants ont été traités de la même manière.

Il faut chercher ce qui se cache derrière les mots et se demander si la définition légale ne perpétue pas en soi une inégalité au lieu d’y remédier. Le paragraphe 15(1) n’exige pas simplement l’égalité formelle, mais l’égalité réelle : *Andrews*, précité, p. 166.

Il n’est pas loisible au Parlement ou à une législature d’adopter une loi dont les objectifs de politique générale et les dispositions imposent à un groupe défavorisé un traitement moins favorable : *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203. Par contre, la décision du législateur de ne pas accorder un avantage en particulier, lorsque l’existence d’un objectif, d’une politique ou d’un effet discriminatoire n’est pas établie, ne contrevient pas à ce principe ni ne justifie un examen fondé sur le par. 15(1). Notre Cour a conclu à maintes reprises que le législateur n’a pas l’obligation de créer un avantage en particulier, qu’il peut financer les programmes sociaux de son choix pour des raisons de politique générale, à condition que l’avantage offert ne soit pas lui-même conféré d’une manière discriminatoire : *Granovsky c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28, par. 61; *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, 2002 CSC 83, par. 55; *Hodge*, précité, par. 16.

Un régime législatif peut être discriminatoire directement par l’adoption d’une politique ou d’un

40

41

42

purpose, or indirectly, by effect. Direct discrimination on the face of a statute or in its policy is readily identifiable and poses little difficulty. Discrimination by effect is more difficult to identify. Where stereotyping of persons belonging to a group is at issue, assessing whether a statutory definition that excludes a group is discriminatory, as opposed to being the legitimate exercise of legislative power in defining a benefit, involves consideration of the purpose of the legislative scheme which confers the benefit and the overall needs it seeks to meet. If a benefit program excludes a particular group in a way that undercuts the overall purpose of the program, then it is likely to be discriminatory: it amounts to an arbitrary exclusion of a particular group. If, on the other hand, the exclusion is consistent with the overarching purpose and scheme of the legislation, it is unlikely to be discriminatory. Thus, the question is whether the excluded benefit is one that falls within the general scheme of benefits and needs which the legislative scheme is intended to address.

43

The legislative scheme in the case at bar, namely the *CHA* and the *MPA*, does not have as its purpose the meeting of all medical needs. As discussed, its only promise is to provide full funding for core services, defined as physician-delivered services. Beyond this, the provinces may, within their discretion, offer specified non-core services. It is, by its very terms, a partial health plan. It follows that exclusion of particular non-core services cannot, without more, be viewed as an adverse distinction based on an enumerated ground. Rather, it is an anticipated feature of the legislative scheme. It follows that one cannot infer from the fact of exclusion of ABA/IBI therapy for autistic children from non-core benefits that this amounts to discrimination. There is no discrimination by effect.

44

The correctness of this conclusion may be tested by considering the consequences to the legislative scheme of obliging provinces to provide non-core medical services required by disabled persons and people associated with other enumerated and

objectif discriminatoire, ou indirectement par son effet. La discrimination directe, celle qui découle de la loi elle-même ou de la politique qui la soutient, est aisément décelable et ne pose guère de difficulté. La discrimination qui résulte de l'effet est plus difficile à cerner. Lorsqu'il s'agit de savoir si les membres d'un groupe font l'objet d'un stéréotype, déterminer si une définition légale excluant un groupe est discriminatoire et ne constitue pas un exercice légitime du pouvoir législatif de définir un avantage suppose l'examen de l'objectif du régime législatif qui confère l'avantage ainsi que des besoins généraux auxquels il est censé répondre. Le régime d'avantages excluant un groupe en particulier d'une manière qui compromet son objectif global sera vraisemblablement discriminatoire, car il exclut arbitrairement un groupe donné. Par contre, l'exclusion qui est compatible avec l'objectif général et l'économie du régime législatif ne sera vraisemblablement pas discriminatoire. La question est donc de savoir si l'avantage exclu fait partie du régime général d'avantages établi par la loi et s'il correspond aux besoins auxquels celle-ci est censée répondre.

Le régime législatif constitué en l'espèce de la *LCS* et de la *MPA* n'a pas pour objectif de répondre à tous les besoins médicaux. Il garantit seulement le financement intégral des services essentiels, qui s'entendent des services fournis par un médecin. Par ailleurs, les provinces peuvent, dans les limites de leur pouvoir discrétionnaire, offrir certains services non essentiels. Il s'agit par définition d'un régime partiel de soins de santé. L'exclusion d'un service non essentiel en particulier ne saurait donc constituer à elle seule une distinction préjudiciable fondée sur un motif énuméré. C'est au contraire une caractéristique prévisible du régime législatif. On ne peut donc conclure que l'exclusion de la thérapie ABA/ICI des avantages non essentiels équivaut à une discrimination, y compris une discrimination résultant de l'effet de la loi.

Les conséquences qu'aurait sur le régime législatif l'obligation des provinces de fournir les services médicaux non essentiels requis par les personnes handicapées et les gens visés par un autre motif énuméré ou analogue, comme le sexe et l'âge, confirment

analogous grounds, like gender and age. Subject to a finding of no discrimination at the third step, a class of people legally entitled to non-core benefits would be created. This would effectively amend the medicare scheme and extend benefits beyond what it envisions — core physician-provided benefits plus non-core benefits at the discretion of the Province.

Had the situation been different, the petitioners might have attempted to frame their legal action as a claim to the benefit of equal application of the law by the Medical Services Commission. This would not have been a substantive claim for funding for particular medical services, but a procedural claim anchored in the assertion that benefits provided by the law were not distributed in an equal fashion. Such a claim, if made out, would be supported by *Eldridge, supra*. The argument would be that the Medical Services Commission violated s. 15(1) by approving non-core services for non-disabled people, while denying equivalent services to autistic children and their families.

Such a claim depends on a prior showing that there is a benefit provided by law. There can be no administrative duty to distribute non-existent benefits equally. Had the legislature designated ABA/IBI therapists (or a broader group of therapists which included them) as “health care practitioners” under the *MPA* at the time of trial, this would have amounted to a legislated benefit, which the Commission would be charged with implementing. The Commission would then have been obliged to implement that benefit in a non-discriminatory fashion. However, this is not the case. Here, the legislature had not legislated funding for the benefit in question, and the Commission had no power to deal with it.

I conclude that the benefit claimed, no matter how it is viewed, is not a benefit provided by law. This is sufficient to end the inquiry. However, since this is the first case of this type to reach this Court, it is appropriate to consider whether the petitioners would have succeeded had they established that

le bien-fondé de cette conclusion. Sauf si l’absence de discrimination était établie à la troisième étape, une catégorie de personnes légalement admissibles à des services non essentiels serait créée. Cela aurait pour effet de modifier le régime de soins de santé et d’ajouter d’autres avantages à ceux que le législateur avait envisagés, soit les services essentiels fournis par un médecin et les services non essentiels offerts au gré de la province.

Si la situation avait été différente, les requérants auraient pu invoquer le droit à l’égalité dans l’application de la loi par la commission des services médicaux. Ils n’auraient pas fait valoir le droit substantiel au financement de services médicaux particuliers, mais exercé un recours procédural alléguant la distribution inégale des avantages prévus par la loi. Dans ce cas, l’arrêt *Eldridge*, précité, aurait appuyé leur thèse, savoir que la commission des services médicaux a porté atteinte au par. 15(1) en accordant des services non essentiels à des personnes non handicapées et en refusant des services équivalents aux enfants autistes et à leurs familles.

L’exercice d’un tel recours exige d’établir au préalable que l’avantage recherché est prévu par la loi. Il ne peut y avoir d’obligation administrative de distribuer également des avantages inexistantes. Si, au moment du procès, le législateur avait inclus la thérapie ABA/ICI (ou un plus grand ensemble de soins thérapeutiques dont elle aurait fait partie) dans les services fournis par un « professionnel de la santé » au sens de la *MPA*, il se serait agi d’un avantage prévu par la loi que la commission aurait dû mettre en œuvre de façon non discriminatoire. Or, ce n’était pas le cas. Dans la présente affaire, le législateur n’avait pas prévu le financement des services en question, et la commission n’avait aucun pouvoir à leur égard.

Je conclus que, peu importe l’angle sous lequel on le considère, l’avantage recherché n’est pas prévu par la loi. Cette conclusion suffit à clore l’examen. Toutefois, s’agissant de la première affaire du genre dont notre Cour est saisie, il convient de se demander si les requérants auraient eu gain de cause s’ils

45

46

47

ABA/IBI therapy was a benefit provided by law, by being designated as a non-core benefit.

(2) Denial of a Benefit Granted to a Comparator Group, on an Enumerated or Analogous Ground

48 This question first requires us to determine the appropriate comparator group, and then to ask whether, as compared with people in that group, the petitioners have been denied a benefit.

49 The first task is to determine the appropriate comparator group. The petitioners suggested that they should be compared with non-disabled children and their parents, as well as adult persons with mental illness. A closer look reveals problems with both suggested comparators.

50 The law pertaining to the choice of comparators is extensively discussed in *Hodge, supra*, and need not be repeated here. That discussion establishes the following propositions.

51 First, the choice of the correct comparator is crucial, since the comparison between the claimants and this group permeates every stage of the analysis. “[M]isidentification of the proper comparator group at the outset can doom the outcome of the whole s. 15(1) analysis”: *Hodge, supra*, at para. 18.

52 Second, while the starting point is the comparator chosen by the claimants, the Court must ensure that the comparator is appropriate and should substitute an appropriate comparator if the one chosen by the claimants is not appropriate: *Hodge, supra*, at para. 20.

53 Third, the comparator group should mirror the characteristics of the claimant or claimant group relevant to the benefit or advantage sought, except for the personal characteristic related to the enumerated or analogous ground raised as the basis for the discrimination: *Hodge, supra*, at para. 23. The comparator must align with both the benefit and the “universe of people potentially entitled” to it and the alleged ground of discrimination: *Hodge*, at paras. 25 and 31.

avaient établi que la thérapie ABA/ICI constituait un avantage prévu par la loi du fait de son inclusion dans les services non essentiels.

(2) Refus fondé sur un motif énuméré ou analogue d’offrir un avantage accordé à un groupe comparable

Il nous faut premièrement définir le bon groupe de comparaison, puis déterminer si, par rapport aux membres de ce groupe, les requérants ont été privés d’un avantage.

Tout d’abord, quel est le groupe de comparaison approprié? Les requérants proposent celui formé des enfants non handicapés et leurs parents, ainsi que des adultes atteints de maladie mentale. À bien y réfléchir, ces deux éléments de comparaison présentent des difficultés.

Le droit applicable au choix d’un élément de comparaison a fait l’objet d’une analyse exhaustive dans l’arrêt *Hodge*, précité, et il n’y a pas lieu de la reprendre en l’espèce. Les principes suivants s’en dégagent.

Premièrement, le choix du bon groupe est crucial, car la comparaison avec ce groupe influe sur chacune des étapes de l’analyse. « [L]e fait de choisir un mauvais groupe de comparaison dès le début peut compromettre l’issue de l’ensemble de l’analyse fondée sur le par. 15(1) » : *Hodge*, précité, par. 18.

Deuxièmement, même si l’élément de comparaison arrêté par les demandeurs sert de point de départ, le tribunal doit s’assurer de sa pertinence et, au besoin, le remplacer par celui qu’il juge approprié : *Hodge*, précité, par. 20.

Troisièmement, le groupe de comparaison doit refléter les caractéristiques du demandeur ou du groupe demandeur qui sont pertinentes quant à l’avantage recherché, hormis la caractéristique personnelle correspondant au motif énuméré ou analogue de discrimination qui est invoqué : *Hodge*, précité, par. 23. L’élément de comparaison doit établir un lien entre l’avantage et « l’univers des personnes susceptibles d’[y] avoir droit », d’une part, et le motif de discrimination allégué, d’autre part : *Hodge*, par. 25 et 31.

Fourth, a claimant relying on a personal characteristic related to the enumerated ground of disability may invite comparison with the treatment of those suffering a different type of disability, or a disability of greater severity: *Hodge, supra*, at paras. 28 and 32. Examples of the former include the differential treatment of those suffering mental disability from those suffering physical disability in *Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*, [1996] 3 S.C.R. 566, and the differential treatment of those suffering chronic pain from those suffering other workplace injuries in *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54. An example of the latter is the treatment of persons with temporary disabilities compared with those suffering permanent disabilities in *Granovsky, supra*.

Applying these criteria, I conclude that the appropriate comparator for the petitioners is a non-disabled person or a person suffering a disability other than a mental disability (here autism) seeking or receiving funding for a non-core therapy important for his or her present and future health, which is emergent and only recently becoming recognized as medically required. It will be recalled that in many jurisdictions ABA/IBI therapy remained unfunded at the time of trial. Indeed, it was only in the year preceding the trial that two Canadian provinces had authorized funding for ABA/IBI therapy to autistic children. The comparators, as noted, must be like the claimants in all ways save for characteristics relating to the alleged ground of discrimination. People receiving well-established non-core therapies are not in the same position as people claiming relatively new non-core benefits. Funding may be legitimately denied or delayed because of uncertainty about a program and administrative difficulties related to its recognition and implementation. This has nothing to do with the alleged ground of discrimination. It follows that comparison with those receiving established therapies is inapt.

Quatrièmement, le demandeur qui invoque une caractéristique personnelle liée au motif énuméré de la déficience peut rechercher la comparaison avec les personnes souffrant d'un autre type de déficience ou d'une déficience plus sévère : *Hodge*, précité, par. 28 et 32. À titre d'exemples de la première possibilité, mentionnons la différence de traitement entre les personnes atteintes de déficience mentale et celles souffrant de déficience physique (*Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566) et entre les personnes souffrant de douleur chronique et les autres accidentés du travail (*Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54). Pour illustrer la seconde possibilité, mentionnons la comparaison entre le traitement accordé aux personnes atteintes d'une déficience temporaire et celui auquel ont droit les personnes souffrant d'une déficience permanente (*Granovsky*, précité).

Compte tenu de ces critères, je conclus que l'élément de comparaison approprié en l'espèce est la personne non handicapée ou celle atteinte d'une autre déficience que la déficience mentale (en l'occurrence l'autisme) sollicitant ou obtenant le financement d'une thérapie qui constitue un service non essentiel important pour sa santé actuelle et future, qui est nouvelle et qui n'est requise médicalement que depuis peu. On se rappellera que, dans un grand nombre de provinces et de territoires, la thérapie ABA/ICI destinée aux enfants autistes n'était toujours pas financée lors du procès. De fait, c'est seulement au cours de l'année ayant précédé celui-ci que deux provinces canadiennes ont autorisé son financement. Comme je l'indique précédemment, les membres du groupe de comparaison doivent être semblables en tous points aux demandeurs, hormis les caractéristiques correspondant au motif de discrimination allégué. La personne qui bénéficie d'un service non essentiel bien établi ne se trouve pas dans la même situation que celle qui réclame un service non essentiel relativement nouveau. Le financement peut être légitimement refusé ou différé en raison du caractère incertain d'un programme et de problèmes administratifs liés à sa reconnaissance et à son application. Cela n'a rien à voir avec le motif de discrimination allégué. La comparaison avec une personne bénéficiant d'une thérapie établie n'est donc pas appropriée.

56 The petitioners' comparators were deficient in that they focussed on the non-existent medical benefit of medically required care, as discussed above. However, even if I were to assume that the benefit is one provided by law — more particularly, that the B.C. legislation had listed ABA/IBI therapists as "health care practitioners" whose services could be considered funded benefits — the petitioners' comparators would still be deficient, because they have left the recent and emergent nature of ABA/IBI therapy out of the equation. This error was replicated in the decisions below.

57 The remaining question is whether, applying the appropriate comparator, the claimant or claimant group was denied a benefit made available to the comparator group. Differential treatment having regard to the appropriate comparator may be established either by showing an explicit distinction (direct discrimination) or by showing that the effect of the government action amounted to singling the claimant out for less advantageous treatment on the basis of the alleged ground of discrimination (indirect discrimination). In indirect discrimination, the terms on which the claimants are denied the benefit operate as a proxy for their group status. For example, in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3, facially neutral physical requirements for firefighters were set at aerobic levels not generally attainable by female firefighters — levels, moreover, which were not required for performance of the job. The specified aerobic levels made no mention of gender. On their face, they did not discriminate. Yet, in effect, they excluded women, not on the basis of ability to do the job, but on the basis of gender. The aerobic levels served as a proxy for gender. Hence, they were held to discriminate on the basis of gender.

58 As discussed, the appropriate comparator in this case is a member of a non-disabled group or a person suffering a disability other than a mental disability that requests or receives funding for non-core therapy important to present and future health,

Les éléments de comparaison proposés par les requérants ne conviennent pas parce qu'ils s'appuient sur le droit inexistant aux soins médicalement requis. Et même en présument que l'avantage recherché est prévu par la loi — plus particulièrement, que la législation de la Colombie-Britannique inclut la thérapie ABA/ICI dans les services d'un « professionnel de la santé » susceptibles d'être financés —, le groupe de comparaison proposé par les requérants demeure inadéquat car il ne tient pas compte du fait que la thérapie ABA/ICI est nouvelle et reconnue depuis peu. Cette erreur entache les décisions des tribunaux inférieurs.

Reste donc à déterminer, une fois effectuée la comparaison appropriée, si le demandeur ou le groupe demandeur a été privé d'un avantage offert au groupe de comparaison. La différence de traitement peut être établie en démontrant qu'il existe une distinction explicite (discrimination directe) ou que la mesure gouvernementale avait pour effet d'accorder au demandeur un traitement moins favorable sur le fondement du motif de discrimination allégué (discrimination indirecte). Dans ce dernier cas, la manière dont le demandeur est privé de l'avantage est un indicateur du sort réservé à son groupe. Par exemple, dans *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, des normes physiques à première vue neutres s'appliquant aux pompiers exigeaient une capacité aérobique généralement inatteignable par une femme; qui plus est, cette capacité aérobique n'était pas nécessaire pour l'exécution du travail. Les exigences relatives à la capacité aérobique ne mentionnaient aucunement le sexe. De prime abord, elles n'étaient pas discriminatoires. Elles avaient cependant pour effet d'exclure les femmes en fonction non pas de leur capacité à exécuter le travail, mais de leur sexe. La capacité aérobique exigée se substituait à l'appartenance à un sexe. On a donc conclu à la discrimination fondée sur le sexe.

L'élément de comparaison approprié en l'espèce est donc la personne non handicapée ou celle atteinte d'une autre déficience que la déficience mentale sollicitant ou obtenant le financement d'une thérapie qui constitue un service non



but which is emergent and only recently becoming recognized as medically required. On the evidence adduced here, differential treatment either directly or by effect is not established. There was no evidence of how the Province had responded to requests for new therapies or treatments by non-disabled or otherwise disabled people. We know that it was slow in responding to the demands for ABA/IBI funding for autistic children. But we do not know whether it acted in a similar manner with respect to other new therapies.

Indeed, the conduct of the government considered in the context of the emergent nature of ABA/IBI therapy for autistic children raises doubts about whether there was a real denial or differential treatment of autistic children. The government put in place a number of programs, albeit not intensive ABA/IBI therapy, directed to helping autistic children and their families. In the year before the trial, the government had announced an Autism Action Plan and an Autism Action Implementation Plan which acknowledged the importance of early intervention, diagnosis and assessment. The government's failing was to delay putting in place what was emerging in the late-1990s as the most, indeed the only known, effective therapy for autism, while continuing to fund increasingly discredited treatments.

As discussed earlier, the delay in providing funding for ABA/IBI therapy seems to have been related to three factors. The first was the inauspicious decision to transfer child and youth mental health from the Ministry of Health to the Ministry of Children and Families, which meant that the decision makers lacked medical and psychiatric expertise and viewed autism from a social rather than medical perspective. The second was financial concerns and competing claims on insufficient resources. The third was the emergent nature of the recognition that ABA/IBI therapy was appropriate and medically required.

essentiel important pour sa santé actuelle et future, qui est nouvelle et qui n'est requise médicalement que depuis peu. Vu l'ensemble de la preuve, la différence de traitement explicite ou résultant de l'effet du régime législatif n'est pas établie. Aucune preuve n'a été produite quant à la manière dont la province avait donné suite aux demandes d'accès à de nouvelles thérapies ou à de nouveaux traitements formulées par des personnes non handicapées ou souffrant d'autres déficiences. Nous savons qu'elle a tardé à agir dans le cas du financement de la thérapie ABA/ICI pour les enfants autistes. Nous ne savons cependant pas si elle a fait de même à l'égard d'autres thérapies nouvelles.

En fait, vu le caractère nouveau de la thérapie ABA/ICI, on peut douter que, de par sa conduite, le gouvernement ait véritablement privé les enfants autistes d'un avantage ou leur ait réservé un traitement différent. Le gouvernement a mis en place un certain nombre de programmes d'aide pour les enfants autistes et leurs familles, même si la thérapie ABA/ICI intensive n'en faisait pas partie. Dans l'année qui a précédé le procès, il a annoncé la création et la mise en œuvre d'un plan d'action reconnaissant l'importance d'une intervention, d'un diagnostic et d'une évaluation précoces dans le cas des enfants autistes. Le tort du gouvernement a été de tarder à mettre en place ce qui, à la fin des années 90, paraissait être la thérapie la plus efficace — la seule connue en fait —, et de continuer à financer des traitements de plus en plus contestés.

Je l'ai déjà mentionné, trois facteurs semblent expliquer le retard à financer la thérapie ABA/ICI. Premièrement, la malencontreuse décision de transférer la compétence en matière de santé mentale des enfants et des adolescents du ministère de la Santé au ministère des Enfants et de la Famille a fait en sorte que les décideurs n'avaient pas l'expertise médicale et psychiatrique voulue et considéraient l'autisme d'un point de vue social et non médical. Deuxièmement, la situation financière était précaire et l'on se disputait l'attribution de ressources insuffisantes. Enfin, la thérapie ABA/ICI était nouvelle et sa reconnaissance comme traitement indiqué et médicalement requis datait de peu.

61 With hindsight, it is possible to say that the government should have moved more quickly. But on the evidence before us, it is difficult to say that the government in purpose or effect put autistic children and their families “on the back burner” when compared to non-disabled or otherwise disabled groups seeking emergent therapies. Rather, to use the trial judge’s phrase, the government’s failing was that its actions to that point did not meet the “gold standard of scientific methodology” ((2000), 78 B.C.L.R. (3d) 55, at para. 66).

62 The issue, however, is not whether the government met the gold standard of scientific methodology, but whether it denied autistic people benefits it accorded to others in the same situation, save for mental disability. There is no evidence suggesting that the government’s approach to ABA/IBI therapy was different than its approach to other comparable, novel therapies for non-disabled persons or persons with a different type of disability. In the absence of such evidence, a finding of discrimination cannot be sustained.

### (3) Discrimination

63 If differential denial of a benefit provided by law on a ground enumerated in s. 15(1) or analogous thereto were established, it would still be necessary to examine whether the distinction was discriminatory in the sense of treating autistic children as second-class citizens and denying their fundamental human dignity. The failure to establish the basis for a claim for discrimination deprives us of the necessary foundation for this final inquiry.

B. *Did the Government’s Conduct Infringe the Petitioners’ Rights Under Section 7 of the Charter?*

64 Section 7 of the *Charter* provides:

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.

Avec le recul, il est possible d’affirmer que le gouvernement aurait dû agir plus rapidement. Cependant, au vu de la preuve, il est difficile de dire si, en raison de l’objet ou de l’effet du régime législatif, le gouvernement a relégué les enfants autistes et leurs familles « au second plan » par rapport aux personnes non handicapées ou atteintes d’une autre déficience sollicitant le financement de thérapies nouvelles. Le tort du gouvernement a plutôt été, pour reprendre les propos de la juge de première instance, de ne pas avoir agi jusqu’alors conformément à la [TRADUCTION] « norme de qualité sur le plan de la méthode scientifique » ((2000), 78 B.C.L.R. (3d) 55, par. 66).

Il ne s’agit cependant pas de déterminer si le gouvernement a respecté cette norme, mais bien s’il a privé les autistes de services accordés à d’autres personnes se trouvant dans la même situation, hormis la déficience mentale. Aucun élément de preuve ne permet de conclure que l’attitude du gouvernement vis-à-vis de la thérapie ABA/ICI était différente de celle qu’il avait à l’égard d’autres thérapies nouvelles comparables destinées aux personnes non handicapées ou à celles atteintes d’un type différent de déficience. À défaut d’une telle preuve, l’on ne saurait conclure à la discrimination.

### (3) Discrimination

S’il était établi que le refus d’un avantage prévu par la loi équivaut à une différence de traitement fondée sur un motif énuméré au par. 15(1) ou un motif analogue, il faudrait quand même déterminer si la distinction est discriminatoire au sens où les enfants autistes sont assimilés à des citoyens de deuxième classe et privés de leur dignité humaine fondamentale. L’omission d’étayer l’allégation de discrimination rend inutile l’examen de cette dernière question.

B. *La conduite du gouvernement a-t-elle porté atteinte aux droits que l’art. 7 de la Charte garantit aux requérants?*

L’article 7 de la *Charte* dispose :

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.

The petitioners raise s. 7 on cross-appeal. The trial judge found it unnecessary to consider this argument, having found a violation of s. 15. Saunders J.A., for the majority of the Court of Appeal, addressed the question briefly and found that no violation had been established.

Section 7 was raised only fleetingly in written and oral submissions before this Court. The petitioners do not clearly identify the principle of fundamental justice which they allege to have been breached by the denial of funding for Lovaas or other ABA/IBI-based therapy. Nor do they argue that the denial of funding or the statutory scheme violate the prohibition against arbitrariness or requirements for procedural safeguards. To accede to the petitioners' s. 7 claim would take us beyond the parameters discussed by this Court in *R. v. Malmö-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, at para. 113, and *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4, at para. 8. The record before us does not support taking this step.

Thus, the limited submissions before us do not permit us to conclude that the government's conduct in the case at bar infringed the petitioners' s. 7 rights.

#### IV. Conclusion

The Province of British Columbia's appeal is allowed. The cross-appeal of the petitioners is dismissed.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Do the definitions of "benefits" and "health care practitioner" in s. 1 of the *Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, c. 286, and ss. 17-29 of the *Medical and Health Care Services Regulation*, B.C. Reg. 426/97, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by failing to include services for autistic children based on applied behavioural analysis?

No.

Les requérants invoquent l'art. 7 dans leur pourvoi incident. Pour la juge de première instance, il était inutile d'examiner cet argument puisqu'elle avait conclu à la violation de l'art. 15. S'exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel, la juge Saunders s'est penchée brièvement sur la question pour conclure qu'aucune atteinte n'avait été établie.

Dans les observations écrites et les plaidoiries présentées à notre Cour, les requérants font à peine mention de l'art. 7. Ils ne précisent pas quel principe de justice fondamentale aurait été enfreint par le refus de financer la thérapie Lovaas ou toute autre thérapie ABA/ICI. Ils ne font pas non plus valoir que le refus de débloquer des fonds ou le régime législatif était arbitraire ou ne respectait pas les garanties procédurales. Faire droit à leur demande fondée sur l'art. 7 nous entraînerait au-delà des paramètres que notre Cour a examinés dans l'arrêt *R. c. Malmö-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 113, et dans *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4, par. 8. Le dossier dont nous sommes saisis en l'espèce ne justifie pas cette démarche.

Les observations limitées qui nous ont été présentées ne permettent donc pas de conclure que la conduite du gouvernement a porté atteinte aux droits des requérants garantis à l'art. 7.

#### IV. Conclusion

Le pourvoi formé par la province de la Colombie-Britannique est accueilli. Le pourvoi incident des requérants est rejeté.

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

1. Est-ce que les définitions des termes « *benefits* » et « *health care practitioner* » à l'art. 1 de la loi intitulée *Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 286, et aux art. 17 à 29 du règlement intitulé *Medical and Health Care Services Regulation*, B.C. Reg. 426/97, violent le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* du fait qu'elles n'incluent pas les services aux enfants autistes fondés sur l'analyse comportementale appliquée?

Non.

65

66

67

68

69

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is unnecessary to answer this question.

3. Do the definitions of “benefits” and “health care practitioner” in s. 1 of the *Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, c. 286, and ss. 17-29 of the *Medical and Health Care Services Regulation*, B.C. Reg. 426/97, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by failing to include services for autistic children based on applied behavioural analysis?

No.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is unnecessary to answer this question.

#### APPENDIX A

##### Relevant Legislative and Regulatory Provisions

- (1) *Canada Health Act*, R.S.C. 1985, c. C-6

2. In this Act,

“health care practitioner” means a person lawfully entitled under the law of a province to provide health services in the place in which the services are provided by that person;

“hospital” includes any facility or portion thereof that provides hospital care, including acute, rehabilitative or chronic care, but does not include

- (a) a hospital or institution primarily for the mentally disordered, or

2. Dans l’affirmative, est-ce que cette violation constitue, au sens de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique?

Il n’est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Est-ce que les définitions des termes « *benefits* » et « *health care practitioner* » à l’art. 1 de la loi intitulée *Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 286, et aux art. 17 à 29 du règlement intitulé *Medical and Health Care Services Regulation*, B.C. Reg. 426/97, violent l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* du fait qu’elles n’incluent pas les services aux enfants autistes fondés sur l’analyse comportementale appliquée?

Non.

4. Dans l’affirmative, est-ce que cette violation constitue, au sens de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique?

Il n’est pas nécessaire de répondre à cette question.

#### ANNEXE A

##### Dispositions législatives et réglementaires pertinentes

- (1) *Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. 1985, ch. C-6

2. Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

« hôpital » Sont compris parmi les hôpitaux tout ou partie des établissements où sont fournis des soins hospitaliers, notamment aux personnes souffrant de maladie aiguë ou chronique ainsi qu’en matière de réadaptation, à l’exception :

- a) des hôpitaux ou institutions destinés principalement aux personnes souffrant de troubles mentaux;
- b) de tout ou partie des établissements où sont fournis des soins intermédiaires en maison de repos ou

(b) a facility or portion thereof that provides nursing home intermediate care service or adult residential care service, or comparable services for children;

“hospital services” means any of the following services provided to in-patients or out-patients at a hospital, if the services are medically necessary for the purpose of maintaining health, preventing disease or diagnosing or treating an injury, illness or disability, namely,

(a) accommodation and meals at the standard or public ward level and preferred accommodation if medically required,

(b) nursing service,

(c) laboratory, radiological and other diagnostic procedures, together with the necessary interpretations,

(d) drugs, biologicals and related preparations when administered in the hospital,

(e) use of operating room, case room and anaesthetic facilities, including necessary equipment and supplies,

(f) medical and surgical equipment and supplies,

(g) use of radiotherapy facilities,

(h) use of physiotherapy facilities, and

(i) services provided by persons who receive remuneration therefor from the hospital,

but does not include services that are excluded by the regulations;

“insured health services” means hospital services, physician services and surgical-dental services provided to insured persons, but does not include any health services that a person is entitled to and eligible for under any other Act of Parliament or under any Act of the legislature of a province that relates to workers’ or workmen’s compensation;

“medical practitioner” means a person lawfully entitled to practise medicine in the place in which the practice is carried on by that person;

des soins en établissement pour adultes ou des soins comparables pour les enfants.

« médecin » Personne légalement autorisée à exercer la médecine au lieu où elle se livre à cet exercice.

« professionnel de la santé » Personne légalement autorisée en vertu de la loi d’une province à fournir des services de santé au lieu où elle les fournit.

« services de santé assurés » Services hospitaliers, médicaux ou de chirurgie dentaire fournis aux assurés, à l’exception des services de santé auxquels une personne a droit ou est admissible en vertu d’une autre loi fédérale ou d’une loi provinciale relative aux accidents du travail.

« services hospitaliers » Services fournis dans un hôpital aux malades hospitalisés ou externes, si ces services sont médicalement nécessaires pour le maintien de la santé, la prévention des maladies ou le diagnostic ou le traitement des blessures, maladies ou invalidités, à savoir :

a) l’hébergement et la fourniture des repas en salle commune ou, si médicalement nécessaire, en chambre privée ou semi-privée;

b) les services infirmiers;

c) les actes de laboratoires, de radiologie ou autres actes de diagnostic, ainsi que les interprétations nécessaires;

d) les produits pharmaceutiques, substances biologiques et préparations connexes administrés à l’hôpital;

e) l’usage des salles d’opération, des salles d’accouchement et des installations d’anesthésie, ainsi que le matériel et les fournitures nécessaires;

f) le matériel et les fournitures médicaux et chirurgicaux;

g) l’usage des installations de radiothérapie;

h) l’usage des installations de physiothérapie;

i) les services fournis par les personnes rémunérées à cet effet par l’hôpital.

Ne sont pas compris parmi les services hospitaliers les services exclus par les règlements.

“physician services” means any medically required services rendered by medical practitioners;

« services médicaux » Services médicalement nécessaires fournis par un médecin.

#### CANADIAN HEALTH CARE POLICY

3. It is hereby declared that the primary objective of Canadian health care policy is to protect, promote and restore the physical and mental well-being of residents of Canada and to facilitate reasonable access to health services without financial or other barriers.

#### PURPOSE

4. The purpose of this Act is to establish criteria and conditions in respect of insured health services and extended health care services provided under provincial law that must be met before a full cash contribution may be made.

#### PROGRAM CRITERIA

7. In order that a province may qualify for a full cash contribution referred to in section 5 for a fiscal year, the health care insurance plan of the province must, throughout the fiscal year, satisfy the criteria described in sections 8 to 12 respecting the following matters:

- (a) public administration;
- (b) comprehensiveness;
- (c) universality;
- (d) portability; and
- (e) accessibility.

9. In order to satisfy the criterion respecting comprehensiveness, the health care insurance plan of a province must insure all insured health services provided by hospitals, medical practitioners or dentists, and where the law of the province so permits, similar or additional services rendered by other health care practitioners.

10. In order to satisfy the criterion respecting universality, the health care insurance plan of a province must entitle one hundred per cent of the insured persons of the province to the insured health services provided for by the plan on uniform terms and conditions.

12. (1) In order to satisfy the criterion respecting accessibility, the health care insurance plan of a province

#### POLITIQUE CANADIENNE DE LA SANTÉ

3. La politique canadienne de la santé a pour premier objectif de protéger, de favoriser et d'améliorer le bien-être physique et mental des habitants du Canada et de faciliter un accès satisfaisant aux services de santé, sans obstacles d'ordre financier ou autre.

#### RAISON D'ÊTRE

4. La présente loi a pour raison d'être d'établir les conditions d'octroi et de versement d'une pleine contribution pécuniaire pour les services de santé assurés et les services complémentaires de santé fournis en vertu de la loi d'une province.

#### CONDITIONS D'OCTROI

7. Le versement à une province, pour un exercice, de la pleine contribution pécuniaire visée à l'article 5 est assujéti à l'obligation pour le régime d'assurance-santé de satisfaire, pendant tout cet exercice, aux conditions d'octroi énumérées aux articles 8 à 12 quant à :

- a) la gestion publique;
- b) l'intégralité;
- c) l'universalité;
- d) la transférabilité;
- e) l'accessibilité.

9. La condition d'intégralité suppose qu'au titre du régime provincial d'assurance-santé, tous les services de santé assurés fournis par les hôpitaux, les médecins ou les dentistes soient assurés, et lorsque la loi de la province le permet, les services semblables ou additionnels fournis par les autres professionnels de la santé.

10. La condition d'universalité suppose qu'au titre du régime provincial d'assurance-santé, cent pour cent des assurés de la province ait droit aux services de santé assurés prévus par celui-ci, selon des modalités uniformes.

12. (1) La condition d'accessibilité suppose que le régime provincial d'assurance-santé :

(a) must provide for insured health services on uniform terms and conditions and on a basis that does not impede or preclude, either directly or indirectly whether by charges made to insured persons or otherwise, reasonable access to those services by insured persons;

(b) must provide for payment for insured health services in accordance with a tariff or system of payment authorized by the law of the province;

(c) must provide for reasonable compensation for all insured health services rendered by medical practitioners or dentists; and

(d) must provide for the payment of amounts to hospitals, including hospitals owned or operated by Canada, in respect of the cost of insured health services.

a) offre les services de santé assurés selon des modalités uniformes et ne fasse pas obstacle, directement ou indirectement, et notamment par facturation aux assurés, à un accès satisfaisant par eux à ces services;

b) prévoit la prise en charge des services de santé assurés selon un tarif ou autre mode de paiement autorisé par la loi de la province;

c) prévoit une rémunération raisonnable de tous les services de santé assurés fournis par les médecins ou les dentistes;

d) prévoit le versement de montants aux hôpitaux, y compris les hôpitaux que possède ou gère le Canada, à l'égard du coût des services de santé assurés.

(2) *Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, c. 286

### Preamble

WHEREAS the people and government of British Columbia believe that medicare is one of the defining features of Canadian nationhood and are committed to its preservation for future generations;

WHEREAS the people and government of British Columbia wish to confirm and entrench universality, comprehensiveness, accessibility, portability and public administration as the guiding principles of the health care system of British Columbia and are committed to the preservation of these principles in perpetuity;

WHEREAS the people and government of British Columbia recognize a responsibility for the judicious use of medical services in order to maintain a fiscally sustainable health care system for future generations;

AND WHEREAS the people and government of British Columbia believe it to be fundamental that an individual's access to necessary medical care be solely based on need and not on the individual's ability to pay.

1 In this Act:

(2) *Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 286

[TRADUCTION]

### Préambule

ATTENDU

que la population et le gouvernement de la Colombie-Britannique voient dans le régime de soins de santé une caractéristique fondamentale de la société canadienne et entendent maintenir ce régime pour les générations futures;

que la population et le gouvernement de la Colombie-Britannique adhèrent aux principes directeurs du système de soins de santé de la province que sont l'universalité, l'intégralité, l'accessibilité, la transférabilité et la gestion publique et entendent continuer d'appliquer ces principes;

qu'il incombe à la population et au gouvernement de la Colombie-Britannique de recourir judicieusement aux services médicaux afin de maintenir un système de soins de santé financièrement viable pour les générations futures;

qu'il est fondamental, pour la population et le gouvernement de la Colombie-Britannique, que l'accès aux soins médicaux nécessaires repose uniquement sur les besoins de chacun, et non sur la capacité de payer.

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

« **avantage** » S'entend

“**beneficiary**” means a resident who is enrolled in accordance with section 7, and includes that resident’s spouse or child who is a resident and has been enrolled under section 7;

“**benefits**” means

- (a) medically required services rendered by a medical practitioner who is enrolled under section 13, unless the services are determined under section 5 by the commission not to be benefits,
- (b) required services prescribed as benefits under section 51 and rendered by a health care practitioner who is enrolled under section 13, or
- (c) unless determined by the commission under section 5 not to be benefits, medically required services performed
  - (i) in an approved diagnostic facility, and
  - (ii) by or under the supervision of an enrolled medical practitioner who is acting
    - (A) on order of a person in a prescribed category of persons, or
    - (B) in accordance with protocols approved by the commission;

“**commission**” means the Medical Services Commission continued under section 3;

“**health care practitioner**” means a person registered as

- (a) a chiropractor under the *Chiropractors Act*,
- (b) a dentist under the *Dentists Act*,
- (c) [Repealed 1999-12-13.]
- (d) an optometrist under the *Optometrists Act*,
- (e) a podiatrist under the *Podiatrists Act*, or
- (f) a member of a health care profession or occupation that may be prescribed;

“**medical practitioner**” means a medical practitioner as defined in section 29 of the *Interpretation Act*;

- a) d’un service médicalement requis fourni par un médecin inscrit conformément à l’article 13, sauf décision de la commission, fondée sur l’article 5, qu’il ne s’agit pas d’un avantage,
- b) d’un service requis désigné comme un avantage en application de l’article 51 et fourni par un professionnel de la santé inscrit conformément à l’article 13 ou
- c) d’un service médicalement requis fourni
  - (i) dans un établissement de diagnostic approuvé et
  - (ii) par un médecin inscrit, ou sous sa surveillance, qui agit
    - (A) sur ordre d’un membre d’une catégorie désignée de personnes ou
    - (B) en conformité avec les protocoles homologués par la commission, sauf décision de cette dernière, fondée sur l’article 5, qu’il ne s’agit pas d’un avantage.

« **bénéficiaire** » Résident inscrit conformément à l’article 7, y compris le conjoint ou l’enfant qui est un résident inscrit en vertu de l’article 7.

« **commission** » La commission des services médicaux, maintenue à l’article 3.

« **médecin** » Médecin au sens de l’article 29 de l’*Interpretation Act*.

« **professionnel** » Un médecin ou un professionnel de la santé inscrit conformément à l’article 13.

« **professionnel de la santé** » Personne autorisée à exercer à titre :

- a) de chiropraticien sous le régime de la *Chiropractors Act*;
- b) de dentiste sous le régime de la *Dentists Act*;
- c) [Abrogé 1999-12-13.]
- d) d’optométriste sous le régime de l’*Optometrists Act*;



**“practitioner” means**

- (a) a medical practitioner, or
  - (b) a health care practitioner
- who is enrolled under section 13;

. . .

**Purpose**

2 The purpose of this Act is to preserve a publicly managed and fiscally sustainable health care system for British Columbia in which access to necessary medical care is based on need and not an individual’s ability to pay.

**PART 1 — MEDICAL SERVICES COMMISSION**

. . .

**Special committees respecting health care practitioners**

4 (1) After consultation with the appropriate licensing body, the Lieutenant Governor in Council may establish one or more special committees to exercise the powers, duties or functions of the commission under this Act that are specified by the Lieutenant Governor in Council for a body of health care practitioners.

(2) A special committee established under subsection (1) is composed of the persons the Lieutenant Governor in Council specifies and exercises its powers, duties or functions on the terms and conditions the Lieutenant Governor in Council specifies.

(3) A special committee established under subsection (1) may establish a panel and the powers, duties and functions of the special committee may be exercised, subject to the regulations, by the panel.

. . .

**Responsibilities and powers of the commission**

5 (1) The commission may do one or more of the following:

. . .

- (h) determine whether a person is a medical practitioner or a health care practitioner;
- (i) determine for the purposes of this Act whether a person meets the requirements established in the regulations for premium assistance;

- e) de podiatre sous le régime de la *Podiatrists Act*;
- f) de membre d’une profession médicale désignée.

. . .

**Objet**

2 La présente loi a pour objet le maintien en Colombie-Britannique d’un système public de soins de santé financièrement viable où l’accès aux soins médicaux nécessaires repose sur les besoins de chacun, et non sur la capacité de payer.

**PARTIE 1 — COMMISSION DES SERVICES MÉDICAUX**

. . .

**Comités spéciaux relatifs aux professionnels de la santé**

4 (1) Après consultation de l’organisme de réglementation professionnelle compétent, le lieutenant-gouverneur en conseil peut, à l’égard d’un groupe de professionnels de la santé, former un ou plusieurs comités spéciaux appelés à exercer certaines fonctions que la présente loi confère à la commission.

(2) Le lieutenant-gouverneur en conseil désigne les personnes dont se compose un comité spécial et prescrit les modalités d’exercice de ses fonctions.

(3) Un comité spécial peut mettre sur pied un groupe d’experts qui, sous réserve des règlements, peut exercer ses fonctions.

. . .

**Obligations et attributions de la commission**

5 (1) La commission peut accomplir l’un ou plusieurs des actes suivants :

. . .

- h) déterminer si une personne est un médecin ou un professionnel de la santé;
- i) pour l’application de la présente loi, déterminer si une personne satisfait aux exigences prévues par règlement pour l’aide au paiement de la cotisation;

(j) determine whether a service is a benefit or whether any matter is related to the rendering of a benefit;

j) déterminer si un service constitue un avantage ou si quoi que ce soit a un lien avec la fourniture d'un avantage;

(u) exercise other powers or functions that are authorized by the regulations or the minister.

u) exercer d'autres attributions ou fonctions autorisées par règlement ou par le ministre.

(2) The commission must not act under subsection (1) in a manner that does not satisfy the criteria described in section 7 of the *Canada Health Act* (Canada).

(2) La commission s'abstient d'agir sur le fondement du paragraphe (1) d'une manière incompatible avec les conditions d'octroi énumérées à l'article 7 de la *Loi canadienne sur la santé*.

#### PART 5 — PAYMENTS

##### Payment schedules and benefit plans

###### 26 (1) The commission

- (a) must establish payment schedules that specify the amounts that may be paid to or on behalf of practitioners for rendering benefits under this Act, less applicable patient visit charges, and
- (b) may establish different categories of practitioners for the purposes of those payment schedules.

(3) The commission may, at any time, amend the payment schedules

- (a) in any manner that the commission considers necessary or advisable, and
- (b) without limiting paragraph (a), by increasing or decreasing any amount in a payment schedule.

(4) An amendment referred to in subsection (3) (b) may apply

- (a) to a specified geographical area,
- (b) to a category of practitioners,
- (c) to a category of practitioners within a specified geographical area, or
- (d) to a specified benefit or class of benefits within a specified geographical area.

#### PARTIE 5 — TARIFS

##### Barèmes de tarifs et régimes d'avantages

###### 26 (1) La commission

- a) doit établir des barèmes de tarifs précisant les sommes dues aux professionnels pour la fourniture d'avantages en application de la présente loi, déduction faite des frais de visite exigés du patient;
- b) peut établir différentes catégories de professionnels pour les besoins de ces barèmes de tarifs.

(3) La commission peut à tout moment modifier un barème de tarifs comme elle le juge nécessaire ou indiqué, notamment en augmentant ou en diminuant une somme qui y figure.

(4) La modification visée au paragraphe (3) peut s'appliquer :

- a) à une région donnée,
- b) à une catégorie de professionnels,
- c) à une catégorie de professionnels dans une région donnée ou
- d) à un avantage ou à une catégorie d'avantages dans une région donnée.

(3) *Medical and Health Care Services Regulation*,  
B.C. Reg. 426/97

**Definition of health care practitioner**

17 The following health care professions and occupations are prescribed for the purposes of paragraph (f) of the definition of “health care practitioner” in section 1 of the *Medicare Protection Act*:

- (a) physical therapy;
- (b) massage therapy;
- (c) naturopathic medicine.

**Nursing services**

22 (1) Subject to section 27, the extended role services of a registered nurse are benefits if

- (a) an arrangement for the rendering and for the payment of these services is approved by the commission,
- (b) a medical practitioner is not normally available at the place in British Columbia where these services are rendered, and
- (c) the services are described in an adequate clinical record.

(2) A registered nurse performing the services described in subsection (1) is a health care practitioner for the purposes of paragraph (f) of the definition of “health care practitioner” in the *Medicare Protection Act*.

**Supplemental services**

25.1 (1) Subject to section 27, a chiropractic, massage, naturopathic, physical therapy or non-surgical podiatric service is a benefit if the service is

- (a) listed in a payment schedule for supplemental services,
- (b) rendered in British Columbia to a beneficiary who
  - (i) is receiving premium assistance under section 10, 11, 12 or 13, or
  - (ii) pays no premiums as a result of section 13,

(3) *Medical and Health Care Services Regulation*,  
B.C. Reg. 426/97

[TRANSDUCTION]

**Définition de professionnel de la santé**

17 Les professions médicales suivantes sont désignées pour les besoins de l’alinéa f) de la définition de « professionnel de la santé » figurant à l’article 1 de la *Medicare Protection Act* :

- a) physiothérapie;
- b) massothérapie;
- c) naturopathie.

**Soins infirmiers**

22 (1) Sous réserve de l’article 27, les services complémentaires fournis par un infirmier constituent un avantage lorsque les conditions suivantes sont remplies :

- a) une entente prévoyant la fourniture et le paiement des services est homologuée par la commission;
- b) un médecin ne peut habituellement être consulté là où les services sont rendus en Colombie-Britannique;
- c) les services sont décrits dans un dossier clinique adéquat.

(2) L’infirmier qui fournit les services visés au paragraphe (1) est un professionnel de la santé pour les besoins de l’alinéa f) de la définition de « professionnel de la santé » figurant à l’article 1 de la *Medicare Protection Act*.

**Services complémentaires**

25.1 (1) Sous réserve de l’article 27, les services de chiropractie, de massothérapie, de naturopathie, de physiothérapie ou de podiatrie non chirurgicale constituent des avantages s’ils

- a) figurent dans un barème de tarifs applicable à des services complémentaires;
- b) sont fournis en Colombie-Britannique à un bénéficiaire
  - (i) ayant droit à une aide au paiement de la cotisation suivant les articles 10, 11, 12 ou 13 ou
  - (ii) ne payant pas de cotisation en application de l’article 13;

- (c) rendered by an enrolled health care practitioner, and  
 (d) described in an adequate clinical record.

(2) Subject to subsection (1), chiropractic, massage, naturopathic, physical therapy and non-surgical podiatric services are benefits up to a combined maximum of 10 visits during each calendar year.

(4) *Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 238

### Expressions defined

29 In an enactment:

“**medical practitioner**” means a person entitled to practise under the *Medical Practitioners Act*;

### APPENDIX B

#### Interaction of the Relevant Legislative and Regulatory Provisions

Under the *Constitution Act, 1867*, delivery of health care services lies primarily with the provinces. The federal government, however, has authority under its spending power to attach conditions to financial grants to the provinces that are used to pay for social programs. This authority is the foundation of the *Canada Health Act*, R.S.C. 1985, c. C-6 (“*CHA*”), which allows the federal government to set broad boundaries around the provinces’ design and administration of their health insurance plans if the provinces are to access federal funds for health care. As the framework within which the provinces operate, the *CHA* forms a backdrop to this appeal.

To receive federal funding, the provinces must adhere to the five principles set out in the *CHA*: public administration, portability, universality, comprehensiveness and accessibility. The most important of these principles for this appeal are universality and comprehensiveness.

The principle of “universality” requires a provincial plan to provide one hundred percent of qualified

- c) sont fournis par un professionnel de la santé inscrit;  
 d) sont décrits dans un dossier clinique adéquat.

(2) Sous réserve du paragraphe (1), les services de chiropractie, de massothérapie, de naturopathie, de physiothérapie et de podiatrie non chirurgicale constituent des avantages jusqu’à concurrence d’un maximum combiné de 10 visites au cours d’une année civile.

(4) *Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 238

### [TRANSDUCTION]

### Définitions

29 Les définitions suivantes s’appliquent à un texte législatif ou réglementaire :

« **médecin** » Personne autorisée à exercer la médecine sous le régime de la *Medical Practitioners Act*.

### ANNEXE B

#### Interaction entre les dispositions législatives et réglementaires pertinentes

Suivant la *Loi constitutionnelle de 1867*, la prestation de services de soins de santé relève essentiellement des provinces. Cependant, le pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral lui permet d’assortir de conditions sa contribution pécuniaire aux programmes sociaux des provinces. Ce pouvoir est le fondement de la *Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. 1985, ch. C-6 (« *LCS* »), qui permet au gouvernement fédéral d’exiger des provinces désireuses de bénéficier des fonds fédéraux destinés aux soins de santé qu’elles établissent et administrent leurs régimes d’assurance-santé en respectant certains principes généraux. Comme elle énonce ces principes généraux, la *LCS* constitue la toile de fond du présent pourvoi.

Pour avoir droit aux crédits fédéraux, les provinces doivent souscrire aux cinq principes énoncés dans la *LCS* : gestion publique, transférabilité, universalité, intégralité et accessibilité. Dans le cadre de la présente affaire, l’universalité et l’intégralité sont les plus importants.

Le principe de l’« universalité » exige que, au titre du régime provincial, tous les résidents

provincial residents with insured services on uniform terms and conditions: *CHA*, s. 10. “[I]nsured health services” are “hospital services, physician services and surgical-dental services provided to insured persons”, but do not include health services under any other Act: *CHA*, s. 2. “[H]ospital services” are “medically necessary” services provided to patients at a hospital, while “physician services” are “medically required” services rendered by medical practitioners: *CHA*, s. 2. The principle of “comprehensiveness” requires a provincial health insurance plan to “insure all insured health services provided by hospitals, medical practitioners or dentists, and where the law of the province so permits, similar or additional services rendered by other health care practitioners”: *CHA*, s. 9. What this means is that the scheme set up by the *CHA* requires provincial health insurance schemes to cover services provided by hospitals and physicians, but leaves coverage of a broader assortment of services up to the province. The former may be termed “core services”, and the latter “non-core services”.

In British Columbia, the relevant legislation is the *Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, c. 286 (“*MPA*”). The Preamble confirms the principles of the *CHA*, refers to medicare as “one of the defining features of Canadian nationhood”, recognizes “responsibility for the judicious use of medical services in order to maintain a fiscally sustainable health care system”, and states that it is “fundamental” that a person’s “access to necessary medical care be solely based on need”. The purpose of the *MPA* is “to preserve a publicly managed and fiscally sustainable health care system for British Columbia in which access to necessary medical care is based on need and not an individual’s ability to pay”: *MPA*, s. 2.

The *MPA* establishes and regulates the British Columbia Medical Services Plan. It entitles British Columbia residents enrolled as beneficiaries in the plan to have payment made to service providers

admissibles de la province aient droit aux services assurés selon des modalités uniformes : art. 10 de la *LCS*. Les « services de santé assurés » s’entendent des « [s]ervices hospitaliers, médicaux ou de chirurgie dentaire fournis aux assurés », à l’exclusion des services de santé visés par une autre loi : art. 2 de la *LCS*. Les « services hospitaliers » sont les services « médicalement nécessaires » qu’obtient un malade dans un hôpital, alors que les « services médicaux » sont les services « médicalement nécessaires » fournis par un médecin : art. 2 de la *LCS*. Le principe de l’« intégralité » exige que le régime d’assurance-santé d’une province prévoie que « tous les services de santé assurés fournis par les hôpitaux, les médecins ou les dentistes soient assurés, et lorsque la loi de la province le permet, les services semblables ou additionnels fournis par les autres professionnels de la santé » : art. 9 de la *LCS*. Le cadre ainsi établi commande donc qu’un régime provincial d’assurance-santé paie les services d’un hôpital et d’un médecin, la province pouvant décider à son gré d’offrir une gamme plus étendue de services. Les premiers correspondent aux « services essentiels », et les seconds aux « services non essentiels ».

En Colombie-Britannique, la loi pertinente est la *Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 286 (« *MPA* »). Son préambule confirme les principes énoncés dans la *LCS*, dit du régime d’assurance-santé qu’il est [TRADUCTION] « une caractéristique fondamentale de la société canadienne », reconnaît l’obligation « de recourir judicieusement aux services médicaux afin de maintenir un système de soins de santé financièrement viable » et affirme qu’il est « fondamental » que « l’accès aux soins médicaux nécessaires repose uniquement sur les besoins de chacun ». La *MPA* a pour objet [TRADUCTION] « le maintien en Colombie-Britannique d’un système public de soins de santé financièrement viable où l’accès aux soins médicaux nécessaires repose sur les besoins de chacun, et non sur la capacité de payer » : art. 2 de la *MPA*.

La *MPA* établit et réglemente le régime de soins de santé de la Colombie-Britannique. Elle prévoit, au bénéfice des résidents de la province inscrits à titre de bénéficiaires du régime, le paiement des

for benefits they receive. "Benefits" are medically required services provided by a "medical practitioner" or "required services prescribed as benefits under section 51 and rendered by a health care practitioner": *MPA*, s. 1.

The difference between services provided by a "medical practitioner" and those provided by a "health care practitioner" in the *MPA* corresponds to the distinction between core and non-core services found in the *CHA*. Services provided by "medical practitioners" encompass hospital and physician services, and must be provided to all residents on a fully funded basis to comply with the *CHA*. These core services are supplemented by partially funded, non-core services provided at the option of the province. In British Columbia, these include services provided by "health care practitioners", namely chiropractors, dentists, optometrists, podiatrists, and, by regulation, physical therapists, massage therapists, and nurses. Many potential service providers are not designated as health care practitioners by legislation or regulation, and hence are not eligible for funding by the scheme: for example, clinical psychologists, nutritional counsellors, and osteopaths. A service cannot be a benefit under the Medical Services Plan unless it is provided by a medical practitioner or by a health care practitioner, named in the Act or in a regulation.

The *MPA* also constitutes and defines the tasks of the Medical Services Commission, the regulatory agency charged with implementing aspects of the Medical Services Plan. It is composed of nine members: three from the British Columbia Medical Association; three from the provincial government; and three representing the public interest. Its powers and duties are specific and limited by statute. Section 5(1)(j) gives it authority to determine whether a service is a benefit or whether any matter relates to the rendering of a benefit; s. 5(1)(h) allows the Commission to determine whether an individual is a medical practitioner or a health care practitioner. When the Commission determines that a service is a benefit, it can be added to the tariff of insured services. The Commission does not have discretion to

services fournis par un professionnel. Un « avantage » s'entend d'un service médicalement requis fourni par un « médecin » ou d'un [TRADUCTION] « service requis désigné comme un avantage en application de l'article 51 et fourni par un professionnel de la santé » : art. 1 de la *MPA*.

Dans la *MPA*, la différence entre un service fourni par un « médecin » et celui fourni par un « professionnel de la santé » correspond à celle existant entre un service essentiel et un service non essentiel dans la *LCS*. Les services fournis par un « médecin » englobent les services hospitaliers et médicaux. Ils doivent être offerts à tous les résidents et financés intégralement pour que le régime soit conforme à la *LCS*. À ces services essentiels peuvent s'ajouter, au gré de la province, des services non essentiels partiellement financés. En Colombie-Britannique, il s'agit des services d'un « professionnel de la santé », soit un chiropraticien, un dentiste, un optométriste, un podiatre et, suivant le règlement d'application, un physiothérapeute, un massothérapeute et un infirmier. De nombreux fournisseurs de services potentiels ne sont pas désignés à titre de professionnels de la santé dans la loi ou le règlement et leurs honoraires ne sont donc pas remboursés par le régime; mentionnons par exemple les psychologues cliniciens, les conseillers en nutrition et les ostéopathes. Un service est un avantage au sens du régime de soins de santé s'il est fourni par un médecin ou par un professionnel de la santé énuméré dans la loi ou désigné par règlement.

De plus, la *MPA* crée la commission des services médicaux, l'organisme de réglementation chargé de la mise en œuvre des différents volets du régime de soins de santé, et définit son mandat. La commission est composée de neuf membres représentant à raison de trois chacun l'association médicale de la Colombie-Britannique, le gouvernement provincial et l'intérêt public. Ses attributions et ses obligations sont précises et délimitées par la loi. L'alinéa 5(1)(j) lui confère le pouvoir de déterminer si un service constitue un avantage ou si quoi que ce soit a un lien avec la fourniture d'un avantage; l'al. 5(1)(h) l'autorise à déterminer si une personne est un médecin ou un professionnel de la santé. Lorsque la commission décide qu'il constitue un avantage, un service peut être ajouté au barème de tarifs. La

fund a service that is not provided by a medical practitioner. It has no legislative or regulatory power.

The process by which new benefits are added to the roster of insured services differs according to whether they are provided by medical practitioners (core benefits) or by other individuals (non-core benefits). The Medical Services Commission has the statutory discretion to add core benefits, since they are provided by medical practitioners under the Act. If the Commission is satisfied that the service is medically required and provided by a physician, it may add the service to the payment schedule. Where a service is provided by a health care practitioner listed in the Act or prescribed by regulation, a request for funding for that therapy is determined by a Supplementary Practitioner Special Committee, operating in the same manner as the Medical Services Commission. A Special Committee exists for each of the groups of approved supplementary health care practitioners. Where a potential provider of a non-core service has not been designated as a "health care practitioner" by regulation or by legislation, neither the Medical Services Commission nor the Special Committees has power to order funding for the service.

Limited provision of non-core benefits within the sole discretion of the province complies with the *CHA*. British Columbia, for example, insures only a narrow range of non-core services. Moreover, even when provided, non-core benefits are limited in terms of cost and in terms of the number of annual treatments. For example, at the time of the trial, chiropractic services were insured to a maximum of 12 visits per year for British Columbians under 65, with payment of a small patient visit charge. Beyond 12 visits, the responsibility for payment rested with the patient. Insured diagnostic services by an optometrist were limited to one examination every two years for British Columbians between 16 and 65 years of age. No service by a health care practitioner is fully insured.

The *MPA* requires that a potential benefit be determined to be "medically required" before it is

commission n'a pas le pouvoir discrétionnaire de financer un service qui n'est pas fourni par un médecin. Elle n'a pas non plus le pouvoir de légiférer ou de réglementer.

Les modalités d'inscription d'un nouvel avantage à la liste des services assurés diffèrent selon qu'il s'agit d'un service fourni par un médecin (avantage essentiel) ou par une autre personne (avantage non essentiel). La commission des services médicaux a le pouvoir discrétionnaire d'y ajouter des avantages essentiels, ceux-ci étant fournis par des médecins suivant la loi. Si elle est convaincue qu'un service est médicalement requis et fourni par un médecin, la commission peut l'inscrire au barème de tarifs. Lorsque le service est fourni par un professionnel de la santé énuméré dans la loi ou désigné par règlement, une demande de financement est présentée à un comité spécial sur les services complémentaires, qui agit comme le ferait la commission des services médicaux. Un comité spécial est formé pour chacun des groupes de professionnels de la santé approuvés offrant des services complémentaires. Lorsque le fournisseur éventuel d'un service non essentiel n'est pas désigné à titre de « professionnel de la santé » par règlement ou dans la loi, ni la commission des services médicaux ni le comité spécial ne peuvent ordonner le financement de ce service.

La limitation, par la province, de l'accès aux services non essentiels est conforme à la *LCS*. La Colombie-Britannique, par exemple, n'assure qu'une gamme restreinte de services non essentiels. En outre, même lorsqu'un service non essentiel est offert, un plafond annuel limite le montant des frais et le nombre des traitements. À titre d'exemple, au moment du procès, les gens de moins de 65 ans avaient droit chaque année à un maximum de 12 visites chez le chiropraticien et devaient acquitter de modiques frais de visite. Au-delà de 12 visites, le paiement des honoraires leur incombait. Les services d'optométrie étaient assurés à raison d'un examen tous les deux ans pour les résidents de la province âgés de 16 à 65 ans. Aucun service d'un professionnel de la santé n'était financé intégralement.

Suivant la *MPA*, un avantage potentiel doit être « médicalement requis » pour être inscrit à la liste

added to the roster of insured services. This term is not defined, however. No service is “medically required” under the statute until it has been designated as a benefit. An individual’s physician may view a particular non-core service as “medically required” for his or her personal health. However, this does not make it “medically required” under the Act. That power rests solely with the provincial government.

To summarize, the *CHA* is a framework by which provinces must abide if they are to receive federal funding for health care. The framework rests on the principles of universal provision of insured benefits and comprehensiveness of coverage for insured core services, largely those provided by physicians and hospitals. Insurance of non-core services is left to provincial discretion.

In British Columbia, the *MPA* follows this model. Core services are those provided by medical practitioners and are fully funded. Non-core services may be funded if they are provided by health care practitioners, a limited list of occupations defined within the Act itself or by regulation by the Lieutenant Governor in Council. Only partial coverage of non-core services is provided. The Medical Services Commission may at its discretion add new therapies to the roster of insured core services provided they are delivered by a health care practitioner designated by the Act or regulation.

*Appeal allowed and cross-appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver; Ministry of Attorney General, Victoria.*

*Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal: Harper Grey Easton, Vancouver; Bradbrooke Crawford Green, North Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Department of Justice, Ottawa.*

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

des services assurés. Cette expression n’est cependant pas définie. Un service n’est « médicalement requis » au sens de la loi que s’il constitue un avantage. Un médecin peut considérer qu’un service non essentiel est « médicalement requis » pour la santé de son patient. Son avis ne fait cependant pas de ce service un service « médicalement requis » au sens de la loi. C’est le législateur provincial qui en décide.

En résumé, la *LCS* impose un cadre que les provinces doivent respecter pour bénéficier des fonds fédéraux destinés aux soins de santé. Ce cadre s’appuie sur le principe de la prestation universelle des avantages assurés et celui de l’intégralité des services essentiels assurés, principalement les services des médecins et des hôpitaux. L’assurance des services non essentiels est laissée à la discrétion des provinces.

La *MPA* respecte ce cadre. Les services essentiels sont ceux fournis par un médecin et ils sont entièrement financés. Un service non essentiel peut être financé s’il est fourni par un professionnel de la santé énuméré dans la loi elle-même ou désigné par le lieutenant-gouverneur en conseil dans le règlement d’application. Seule une protection partielle des services non essentiels est prévue. La commission des services médicaux peut, à son gré, inscrire un nouveau traitement sur la liste des services essentiels assurés à condition qu’il soit fourni par un professionnel de la santé énuméré dans la loi ou désigné par règlement.

*Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.*

*Procureurs des appelants/intimés au pourvoi incident: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver; Ministère du Procureur général, Victoria.*

*Procureurs des intimés/appellants au pourvoi incident: Harper Grey Easton, Vancouver; Bradbrooke Crawford Green, North Vancouver.*

*Procureur de l’intervenant le procureur général du Canada: Ministère de la Justice, Ottawa.*

*Procureur de l’intervenant le procureur général de l’Ontario: Procureur général de l’Ontario, Toronto.*



*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Sainte-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Department of Justice, Halifax.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island: Attorney General of Prince Edward Island, Charlottetown.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: Department of Justice, St. John's.*

*Solicitors for the interveners the Canadian Association for Community Living and the Council of Canadians with Disabilities: Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish; Advocacy Resource Centre for Persons with Disabilities, Toronto.*

*Solicitor for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund and the Disabled Women's Network Canada: Women's Legal Education and Action Fund, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Autism Society Canada: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener Michelle Dawson: Irving, Mitchell & Associates, Montréal.*

*Solicitors for the interveners the Families for Effective Autism Treatment of Alberta Foundation and the Families for Early Autism Treatment of Ontario: Chamberlain Hutchison, Edmonton; Community Legal Clinic (Simcoe, Haliburton, Kawartha Lakes), Orillia.*

*Solicitors for the intervener the Friends of Children with Autism: Eberts Symes Street Pinto & Jull, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Sainte-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Ministère de la Justice, Halifax.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard : Procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, Charlottetown.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Ministère de la Justice, St. John's.*

*Procureurs des intervenants l'Association canadienne pour l'intégration communautaire et le Conseil des Canadiens avec déficiences : Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish; Advocacy Resource Centre for Persons with Disabilities, Toronto.*

*Procureur des intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada : Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Société canadienne de l'autisme : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante Michelle Dawson : Irving, Mitchell & Associates, Montréal.*

*Procureurs des intervenantes Families for Effective Autism Treatment of Alberta Foundation et Families for Early Autism Treatment of Ontario : Chamberlain Hutchison, Edmonton; Community Legal Clinic (Simcoe, Haliburton, Kawartha Lakes), Orillia.*

*Procureurs de l'intervenant Friends of Children with Autism : Eberts Symes Street Pinto & Jull, Toronto.*

**IN THE MATTER OF Section 53 of the  
*Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26;***

**AND IN THE MATTER OF a Reference  
by the Governor in Council concerning the  
Proposal for an Act respecting certain aspects  
of legal capacity for marriage for civil  
purposes, as set out in Order in Council  
P.C. 2003-1055, dated July 16, 2003**

**INDEXED AS: REFERENCE RE SAME-SEX MARRIAGE**

**Neutral citation: 2004 SCC 79.**

File No.: 29866.

2004: October 6, 7; 2004: December 9.

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

**REFERENCE BY GOVERNOR IN COUNCIL**

*Constitutional law — Distribution of legislative powers — Marriage — Solemnization of marriage — Federal proposal for an Act respecting certain aspects of legal capacity for marriage for civil purposes — Proposed legislation providing that marriage for civil purposes lawful union of two persons to exclusion of all others — Legislation providing also that nothing in Act affecting freedom of officials of religious groups to refuse to perform marriages not in accordance with their religious beliefs — Whether proposed legislation intra vires Parliament — Constitution Act, 1867, ss. 91(26), 92(12).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Freedom of religion — Proposed federal legislation extending right to civil marriage to same-sex couples — Whether proposed legislation consistent with guarantees of equality rights and freedom of religion — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(a), 15(1).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Proposed federal legislation extending right to civil marriage to same-sex couples — Whether guarantee of freedom of religion protects religious officials from being compelled by state to perform same-sex marriage contrary to their religious beliefs — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(a).*

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

**ET DANS L'AFFAIRE D'UN renvoi par  
la Gouverneure en conseil au sujet de la  
Proposition de loi concernant certaines  
conditions de fond du mariage civil formulée  
dans le décret C.P. 2003-1055 en date du  
16 juillet 2003**

**RÉPERTORIÉ : RENVOI RELATIF AU MARIAGE ENTRE  
PERSONNES DU MÊME SEXE**

**Référence neutre : 2004 CSC 79.**

N° du greffe : 29866.

2004 : 6, 7 octobre; 2004 : 9 décembre.

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

**RENVOI PAR LA GOUVERNEURE EN CONSEIL**

*Droit constitutionnel — Distribution des pouvoirs législatifs — Mariage — Célébration du mariage — Proposition de loi concernant certaines conditions de fond du mariage civil formulée par le gouvernement fédéral — Loi proposée prévoyant que le mariage est, sur le plan civil, l'union légitime de deux personnes, à l'exclusion de toute autre personne — Loi disposant aussi qu'elle est sans effet sur la liberté des autorités religieuses de refuser de procéder à des mariages non conformes à leurs croyances religieuses — La loi proposée relève-t-elle de la compétence du Parlement? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(26), 92(12).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Liberté de religion — Loi fédérale proposée accordant aux couples du même sexe le droit de se marier civilement — La loi proposée est-elle compatible avec les droits à l'égalité et la liberté de religion? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2a), 15(1).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Loi fédérale proposée accordant aux couples du même sexe le droit de se marier civilement — La liberté de religion protège-t-elle les autorités religieuses de la contrainte d'avoir à procéder à des mariages entre personnes du même sexe contrairement à leurs croyances religieuses? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2a).*

*Courts — Supreme Court of Canada — Reference jurisdiction — Discretion not to answer reference questions — Whether Court should decline to answer reference questions — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 53.*

Pursuant to s. 53 of the *Supreme Court Act*, the Governor in Council referred the following questions to this Court:

1. Is the annexed *Proposal for an Act respecting certain aspects of legal capacity for marriage for civil purposes* within the exclusive legislative authority of the Parliament of Canada? If not, in what particular or particulars, and to what extent?
2. If the answer to question 1 is yes, is section 1 of the proposal, which extends capacity to marry to persons of the same sex, consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? If not, in what particular or particulars, and to what extent?
3. Does the freedom of religion guaranteed by paragraph 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* protect religious officials from being compelled to perform a marriage between two persons of the same sex that is contrary to their religious beliefs?
4. Is the opposite-sex requirement for marriage for civil purposes, as established by the common law and set out for Québec in section 5 of the *Federal Law–Civil Law Harmonization Act, No. 1*, consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? If not, in what particular or particulars and to what extent?

The operative sections of the proposed legislation read as follows:

1. Marriage, for civil purposes, is the lawful union of two persons to the exclusion of all others.
2. Nothing in this Act affects the freedom of officials of religious groups to refuse to perform marriages that are not in accordance with their religious beliefs.

*Held:* Question 1 is answered in the affirmative with respect to s. 1 of the proposed legislation and in the negative with respect to s. 2. Questions 2 and 3 are both answered in the affirmative. The Court declined to answer Question 4.

*Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence en matière de renvoi — Pouvoir discrétionnaire de refuser de répondre à une question posée dans un renvoi — La Cour devrait-elle refuser de répondre aux questions posées dans le renvoi? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 53.*

La Gouverneure en conseil a déferé les questions suivantes à la Cour en vertu de l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême* :

1. La *Proposition de loi concernant certaines conditions de fond du mariage civil*, ci-jointe, relève-t-elle de la compétence exclusive du Parlement du Canada? Dans la négative, à quel égard et dans quelle mesure?
2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, l'article 1 de la proposition, qui accorde aux personnes du même sexe la capacité de se marier, est-il conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés*? Dans la négative, à quel égard et dans quelle mesure?
3. La liberté de religion, que garantit l'alinéa 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, protège-t-elle les autorités religieuses de la contrainte d'avoir à marier deux personnes du même sexe contrairement à leurs croyances religieuses?
4. L'exigence, sur le plan civil, selon laquelle seules deux personnes de sexe opposé peuvent se marier, prévue par la common law et, pour le Québec, à l'article 5 de la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, est-elle conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés*? Dans la négative, à quel égard et dans quelle mesure?

Les dispositions essentielles de la *Loi proposée* sont libellées comme suit :

1. Le mariage est, sur le plan civil, l'union légitime de deux personnes, à l'exclusion de toute autre personne.
2. La présente loi est sans effet sur la liberté des autorités religieuses de refuser de procéder à des mariages non conformes à leurs croyances religieuses.

*Arrêt :* La réponse à la Question 1 est affirmative en ce qui concerne l'art. 1 de la loi proposée et négative en ce qui concerne l'art. 2. Les réponses aux questions 2 et 3 sont affirmatives. La Cour a refusé de répondre à la Question 4.

### Question 1

Section 1 of the proposed legislation is *intra vires* Parliament. In pith and substance, s. 1 pertains to the legal capacity for civil marriage and falls within the subject matter of s. 91(26) of the *Constitution Act, 1867*. Section 91(26) did not entrench the common law definition of “marriage” as it stood in 1867. The “frozen concepts” reasoning runs contrary to one of the most fundamental principles of Canadian constitutional interpretation: that our Constitution is a living tree which, by way of progressive interpretation, accommodates and addresses the realities of modern life. Read expansively, the word “marriage” in s. 91(26) does not exclude same-sex marriage. The scope accorded to s. 91(26) does not trench on provincial competence. While federal recognition of same-sex marriage would have an impact in the provincial sphere, the effects are incidental and do not relate to the core of the power in respect of “solemnization of marriage” under s. 92(12) of the *Constitution Act, 1867* or that in respect of “property and civil rights” under s. 92(13).

Section 2 of the proposed legislation is *ultra vires* Parliament. In pith and substance, s. 2 relates to those who may (or must) perform marriages and falls within the subject matter allocated to the provinces under s. 92(12).

### Question 2

Section 1 of the proposed legislation is consistent with the *Charter*. The purpose of s. 1 is to extend the right to civil marriage to same-sex couples and, in substance, the provision embodies the government’s policy stance in relation to the s. 15(1) equality concerns of same-sex couples. This, combined with the circumstances giving rise to the proposed legislation and with the preamble thereto, points unequivocally to a purpose which, far from violating the *Charter*, flows from it. With respect to the effect of s. 1, the mere recognition of the equality rights of one group cannot, in itself, constitute a violation of the s. 15(1) rights of another. The promotion of *Charter* rights and values enriches our society as a whole and the furtherance of those rights cannot undermine the very principles the *Charter* was meant to foster. Although the right to same-sex marriage conferred by the proposed legislation may potentially conflict with the right to freedom of religion if the legislation becomes law, conflicts of rights do not imply conflict with the *Charter*; rather, the resolution of such conflicts generally occurs within the ambit of the *Charter* itself by way of internal balancing and delineation. It has not been

### Question 1

L’article 1 de la loi proposée relève de la compétence du Parlement. De par son caractère véritable, l’art. 1 se rapporte à la capacité juridique de contracter un mariage civil et touche le sujet visé par le par. 91(26) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le paragraphe 91(26) n’a pas constitutionnalisé la définition que la common law attribuait au « mariage » en 1867. Le raisonnement fondé sur l’existence de « concepts figés » va à l’encontre de l’un des principes les plus fondamentaux d’interprétation de la Constitution canadienne : notre Constitution est un arbre vivant qui, grâce à une interprétation progressiste, s’adapte et répond aux réalités de la vie moderne. Interprété de façon libérale, le mot « mariage » figurant au par. 91(26) n’exclut pas le mariage entre personnes du même sexe. La portée donnée au par. 91(26) n’empiète pas sur la compétence provinciale. Même si la reconnaissance par le législateur fédéral du mariage entre personnes du même sexe aurait des effets dans la sphère de compétence provinciale, ces effets sont de nature accessoire et ne touchent pas l’essence des pouvoirs concernant la « célébration du mariage » visés au par. 92(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou « la propriété et les droits civils » visés au par. 92(13).

L’article 2 de la loi proposée ne relève pas de la compétence du Parlement. De par son caractère véritable, l’art. 2 traite des personnes qui peuvent (ou doivent) procéder aux mariages et se rapporte au sujet attribué aux provinces par le par. 92(12).

### Question 2

L’article 1 de la loi proposée est conforme à la *Charte*. L’article 1 a pour objet d’accorder aux couples du même sexe le droit de se marier civilement et, quant au fond, il exprime la position du gouvernement relativement aux prétentions des couples du même sexe concernant le droit à l’égalité garanti par le par. 15(1). Cette position, combinée aux circonstances à l’origine de la loi proposée et à son préambule, indique sans équivoque que l’objet de la loi, loin de contrevenir à la *Charte*, découle de celle-ci. En ce qui concerne l’effet de l’art. 1, la simple reconnaissance du droit à l’égalité d’un groupe ne peut, en soi, porter atteinte aux droits garantis à un autre groupe par le par. 15(1). L’avancement des droits et valeurs consacrés par la *Charte* profite à l’ensemble de la société et l’affirmation de ces droits ne peut à elle seule aller à l’encontre des principes mêmes que la *Charte* est censée promouvoir. Si la loi proposée est adoptée, il est possible que le droit de se marier qu’elle confère aux couples du même sexe entre en conflit avec le droit à la liberté de religion. Toutefois, un conflit des droits n’emporte pas nécessairement l’existence d’un conflit avec la *Charte*; il peut généralement, au contraire, être résolu à l’aide de

demonstrated in this reference that impermissible conflicts — conflicts incapable of resolution under s. 2(a) — will arise.

### Question 3

Absent unique circumstances with respect to which the Court will not speculate, the guarantee of religious freedom in s. 2(a) of the *Charter* is broad enough to protect religious officials from being compelled by the state to perform civil or religious same-sex marriages that are contrary to their religious beliefs.

### Question 4

In the unique circumstances of this reference, the Court should exercise its discretion not to answer Question 4. First, the federal government has stated its intention to address the issue of same-sex marriage legislatively regardless of the Court's opinion on this question. As a result of decisions by lower courts, the common law definition of marriage in five provinces and one territory no longer imports an opposite-sex requirement and the same is true of s. 5 of the *Federal Law-Civil Law Harmonization Act, No. 1*. The government has clearly accepted these decisions and adopted this position as its own. Second, the parties in the previous litigation, and other same-sex couples, have relied upon the finality of the decisions and have acquired rights which are entitled to protection. Finally, an answer to Question 4 has the potential to undermine the government's stated goal of achieving uniformity in respect of civil marriage across Canada. While uniformity would be achieved if the answer were "no", a "yes" answer would, by contrast, throw the law into confusion. The lower courts' decisions in the matters giving rise to this reference are binding in their respective provinces. They would be cast into doubt by an advisory opinion which expressed a contrary view, even though it could not overturn them. These circumstances, weighed against the hypothetical benefit Parliament might derive from an answer, indicate that the Court should decline to answer Question 4.

### Cases Cited

**Applied:** *In Re Marriage Laws* (1912), 46 S.C.R. 132; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; **not followed:** *Hyde v. Hyde* (1866), L.R. 1 P. & D. 130; **referred to:** *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Reference re Objection*

la *Charte* même, au moyen de la définition et de la mise en équilibre internes des droits en cause. Il n'a pas été démontré dans le présent renvoi que des conflits inadmissibles — qui ne peuvent être résolus par l'application de l'al. 2a) — surgiront.

### Question 3

En l'absence de circonstances particulières, que la Cour ne s'aventurera pas à imaginer, le droit à la liberté de religion garanti par l'al. 2a) de la *Charte* a une portée assez étendue pour protéger les autorités religieuses contre la possibilité que l'État les contraigne à marier civilement ou religieusement deux personnes du même sexe contrairement à leurs croyances religieuses.

### Question 4

Dans les circonstances particulières du présent renvoi, la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser de répondre à la Question 4. Premièrement, le gouvernement fédéral a exprimé son intention d'agir relativement au mariage entre personnes du même sexe en présentant un projet de loi, peu importe l'avis que la Cour exprimerait sur cette question. À la suite des décisions rendues par les juridictions inférieures, la définition du mariage en common law dans cinq provinces et un territoire ne comporte plus la condition que les époux soient de sexe opposé. Cette même exigence énoncée à l'art. 5 de la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil* a aussi disparu. Le gouvernement a clairement accepté ces conclusions et les a faites siennes. Deuxièmement, les parties aux instances antérieures et d'autres couples du même sexe ont agi en se fondant sur la finalité des jugements obtenus et ont acquis des droits qui doivent être protégés. Enfin, le fait de répondre à la Question 4 risquerait de compromettre le but exprès du gouvernement d'uniformiser le droit en matière de mariage civil dans l'ensemble du Canada. Certes, une certaine uniformité serait créée si la réponse était « non ». Mais, à l'opposé, un « oui » créerait la confusion sur le plan juridique. Les décisions des juridictions inférieures dans les dossiers à l'origine du présent renvoi ont force obligatoire dans les provinces où elles ont été rendues. Elles seraient mises en doute si l'avis exprimé les contredisait, même s'il ne peut les infirmer. Ces circonstances, appréciées en regard de l'avantage hypothétique que le Parlement pourrait tirer d'une réponse, indiquent que la Cour doit refuser de répondre à la Question 4.

### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *In Re Marriage Laws* (1912), 46 R.C.S. 132; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; **arrêt non suivi :** *Hyde c. Hyde* (1866), L.R. 1 P. & D. 130; **arrêts mentionnés :** *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*,

by *Quebec to a Resolution to Amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *Teagle v. Teagle*, [1952] 3 D.L.R. 843; *Hellens v. Densmore*, [1957] S.C.R. 768; *Toronto Corporation v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *R. v. Blais*, [2003] 2 S.C.R. 236, 2003 SCC 44; *Attorney-General of Saskatchewan v. Attorney-General of Canada*, [1949] 2 D.L.R. 145; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *EGALE Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (2003), 225 D.L.R. (4th) 472, 2003 BCCA 251; *Halpern v. Canada (Attorney General)* (2003), 65 O.R. (3d) 161; *Hendricks v. Québec (Procureur général)*, [2002] R.J.Q. 2506; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Reference re Authority of Parliament in relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54; *Dunbar v. Yukon*, [2004] Y.J. No. 61 (QL), 2004 YKSC 54; *Vogel v. Canada (Attorney General)*, [2004] M.J. No. 418 (QL); *Boutilier v. Nova Scotia (Attorney General)*, [2004] N.S.J. No. 357 (QL); *N.W. v. Canada (Attorney General)*, [2004] S.J. No. 669 (QL), 2004 SKQB 434; *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2002] 4 S.C.R. 325, 2002 SCC 83; *Reference re Truscott*, [1967] S.C.R. 309; *Reference re Regina v. Coffin*, [1956] S.C.R. 191; *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] S.C.R. 248; *Reference re Milgaard (Can.)*, [1992] 1 S.C.R. 866; *Reference re Newfoundland Continental Shelf*, [1984] 1 S.C.R. 86.

### Statutes and Regulations Cited

*Act instituting civil unions and establishing new rules of filiation*, S.Q. 2002, c. 6.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(a), 15(1).  
*Constitution Act, 1867*, ss. 91, 91(26), 92, 92(12), 92(13).  
*Constitution Act, 1982*, s. 52.  
*Federal Law—Civil Law Harmonization Act, No. 1*, S.C. 2001, c. 4, s. 5.

[1991] 2 R.C.S. 525; *Renvoi : Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Teagle c. Teagle*, [1952] 3 D.L.R. 843; *Hellens c. Densmore*, [1957] R.C.S. 768; *Toronto Corporation c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52; *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *R. c. Blais*, [2003] 2 R.C.S. 236, 2003 CSC 44; *Attorney-General of Saskatchewan c. Attorney-General of Canada*, [1949] 2 D.L.R. 145; *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571; *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *EGALE Canada Inc. c. Canada (Attorney General)* (2003), 225 D.L.R. (4th) 472, 2003 BCCA 251; *Halpern c. Canada (Procureur général)* (2003), 65 O.R. (3d) 201; *Hendricks c. Québec (Procureur général)*, [2002] R.J.Q. 2506; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54; *Dunbar c. Yukon*, [2004] Y.J. No. 61 (QL), 2004 YKSC 54; *Vogel c. Canada (Attorney General)*, [2004] M.J. No. 418 (QL); *Boutilier c. Nova Scotia (Attorney General)*, [2004] N.S.J. No. 357 (QL); *N.W. c. Canada (Attorney General)*, [2004] S.J. No. 669 (QL), 2004 SKQB 434; *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, 2002 CSC 83; *Reference re Truscott*, [1967] R.C.S. 309; *Reference re Regina c. Coffin*, [1956] R.C.S. 191; *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] R.C.S. 248; *Renvoi relatif à Milgaard (Can.)*, [1992] 1 R.C.S. 866; *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 R.C.S. 86.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2a), 15(1).  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91, 91(26), 92, 92(12), 92(13).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.  
*Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, ch. 4, art. 5.  
*Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, ch. 6.

*Proposal for an Act respecting certain aspects of legal capacity for marriage for civil purposes*, Order in Council P.C. 2003-1055, preamble, ss. 1, 2.  
*Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 53.

REFERENCE by the Governor in Council, pursuant to s. 53 of the *Supreme Court Act*, concerning the constitutional validity of same-sex marriage. Question 1 is answered in the affirmative with respect to s. 1 of the proposed legislation and in the negative with respect to s. 2. Questions 2 and 3 are both answered in the affirmative. The Court declined to answer Question 4.

*Peter W. Hogg, Q.C.*, and *Michael H. Morris*, for the Attorney General of Canada.

*Alain Gingras*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Robert W. Leurer, Q.C.*, *Margaret Unsworth* and *Christy J. Stockdale*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Leslie A. Reaume*, for the intervener the Canadian Human Rights Commission.

*Cathy S. Pike* and *Amy Hadibhai*, for the intervener the Ontario Human Rights Commission.

*Aaron L. Berg*, for the intervener the Manitoba Human Rights Commission.

*Andrew K. Lokan* and *Odette Soriano*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Elliott M. Myers, Q.C.*, and *Rebecca Smyth*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*James L. Lebo, Q.C.*, for the intervener the Canadian Bar Association.

*William J. Sammon*, *Kellie Siegner* and *Peter D. Lauwers*, for the interveners the Canadian Conference of Catholic Bishops and the Ontario Conference of Catholic Bishops.

*Barry W. Bussey*, for the intervener the Seventh-Day Adventist Church in Canada.

*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 53.  
*Proposition de loi concernant certaines conditions de fond du mariage civil*, décret C.P. 2003-1055, préambule, art. 1, 2.

RENVOI par la Gouverneure en conseil, conformément à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, concernant la constitutionnalité du mariage entre personnes du même sexe. La réponse à la Question 1 est affirmative en ce qui concerne l'art. 1 de la loi proposée et négative en ce qui concerne l'art. 2: Les réponses aux questions 2 et 3 sont affirmatives. La Cour refuse de répondre à la Question 4.

*Peter W. Hogg, c.r.*, et *Michael H. Morris*, pour le procureur général du Canada.

*Alain Gingras*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Robert W. Leurer, c.r.*, *Margaret Unsworth* et *Christy J. Stockdale*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Leslie A. Reaume*, pour l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

*Cathy S. Pike* et *Amy Hadibhai*, pour l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne.

*Aaron L. Berg*, pour l'intervenante la Commission des droits de la personne du Manitoba.

*Andrew K. Lokan* et *Odette Soriano*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Elliott M. Myers, c.r.*, et *Rebecca Smyth*, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

*James L. Lebo, c.r.*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

*William J. Sammon*, *Kellie Siegner* et *Peter D. Lauwers*, pour les intervenantes la Conférence des évêques catholiques du Canada et la Conférence des évêques catholiques de l'Ontario.

*Barry W. Bussey*, pour l'intervenante l'Église Adventiste du Septième Jour au Canada.

*John O'Sullivan*, for the intervener the United Church of Canada.

*Kenneth W. Smith* and *Robert J. Hughes*, for the intervener the Canadian Unitarian Council.

*Mark R. Frederick* and *Peter D. Lauwers*, for the intervener the Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints.

*R. Douglas Elliott*, *Trent Morris* and *Jason J. Tan*, for the intervener the Metropolitan Community Church of Toronto.

*Cynthia Petersen*, *Joseph J. Arvay, Q.C.*, *Vanessa Payne* and *Kathleen A. Lahey*, for the interveners Egale Canada Inc., Egale Couples (Melinda Roy, Tanya Chambers, David Shortt, Shane McCloskey, Lloyd Thornhill, Robert Peacock, Robin Roberts, Diana Denny, Wendy Young and Mary Teresa Healy) and B.C. Couples (Dawn Barbeau, Elizabeth Barbeau, Peter Cook, Murray Warren, Jane Eaton Hamilton and Joy Masuhara).

*Martha A. McCarthy* and *Joanna Radbord*, for the interveners the Ontario Couples (Hedy Halpern, Colleen Rogers, Michael Leshner, Michael Stark, Aloysius Pittman, Thomas Allworth, Dawn Onishenko, Julie Erbland, Carolyn Rowe, Carolyn Moffat, Barbara McDowell, Gail Donnelly, Alison Kemper and Joyce Barnet), and the Quebec Couple (Michael Hendricks and René LeBoeuf).

*D. Geoffrey Cowper, Q.C.*, for the intervener the Working Group on Civil Unions.

*David M. Brown*, for the intervener the Association for Marriage and the Family in Ontario.

*Ed Morgan* and *Lawrence Thacker*, for the interveners the Canadian Coalition of Liberal Rabbis for same-sex marriage and Rabbi Debra Landsberg, as its nominee.

*Linda M. Plumpton* and *Kathleen E. L. Riggs*, for the intervener the Foundation for Equal Families.

*Luc Alarie*, for the intervener Mouvement laïque québécois.

*John O'Sullivan*, pour l'intervenante l'Église unie du Canada.

*Kenneth W. Smith* et *Robert J. Hughes*, pour l'intervenant le Conseil Unitarien du Canada.

*Mark R. Frederick* et *Peter D. Lauwers*, pour l'intervenante l'Église de Jésus-Christ des Saints des Derniers Jours.

*R. Douglas Elliott*, *Trent Morris* et *Jason J. Tan*, pour l'intervenante Metropolitan Community Church of Toronto.

*Cynthia Petersen*, *Joseph J. Arvay, c.r.*, *Vanessa Payne* et *Kathleen A. Lahey*, pour les intervenants Egale Canada Inc., les Couples Egale (Melinda Roy, Tanya Chambers, David Shortt, Shane McCloskey, Lloyd Thornhill, Robert Peacock, Robin Roberts, Diana Denny, Wendy Young et Mary Teresa Healy) et les Couples de la Colombie-Britannique (Dawn Barbeau, Elizabeth Barbeau, Peter Cook, Murray Warren, Jane Eaton Hamilton et Joy Masuhara).

*Martha A. McCarthy* et *Joanna Radbord*, pour les intervenants les Couples de l'Ontario (Hedy Halpern, Colleen Rogers, Michael Leshner, Michael Stark, Aloysius Pittman, Thomas Allworth, Dawn Onishenko, Julie Erbland, Carolyn Rowe, Carolyn Moffat, Barbara McDowell, Gail Donnelly, Alison Kemper et Joyce Barnet) et le Couple du Québec (Michael Hendricks et René LeBoeuf).

*D. Geoffrey Cowper, c.r.*, pour l'intervenant Working Group on Civil Unions.

*David M. Brown*, pour l'intervenante Association for Marriage and the Family in Ontario.

*Ed Morgan* et *Lawrence Thacker*, pour les intervenants la Coalition canadienne des rabbins libéraux en faveur des mariages entre conjoints de même sexe et le rabbin Debra Landsberg, en sa qualité de représentante désignée.

*Linda M. Plumpton* et *Kathleen E. L. Riggs*, pour l'intervenante la Fondation en faveur de l'égalité des familles.

*Luc Alarie*, pour l'intervenant le Mouvement laïque québécois.



*Noël Saint-Pierre*, for the interveners Coalition pour le mariage civil des couples de même sexe.

*Peter R. Jervis* and *Bradley W. Miller*, for the interveners the Islamic Society of North America, the Catholic Civil Rights League and the Evangelical Fellowship of Canada, collectively known as the Interfaith Coalition on Marriage and Family.

*Gerald D. Chipeur*, *Dale William Fedorchuk* and *Ivan Bernardo*, for the interveners the Honourable Anne Cools, Member of the Senate, and Roger Gallaway, Member of the House of Commons.

Written submissions only by *Martin Dion*.

The following is the opinion delivered by

THE COURT —

### I. Introduction

On July 16, 2003, the Governor in Council issued Order in Council P.C. 2003-1055 asking this Court to hear a reference on the federal government's *Proposal for an Act respecting certain aspects of legal capacity for marriage for civil purposes* ("Proposed Act"). The operative sections of the *Proposed Act* read as follows:

1. Marriage, for civil purposes, is the lawful union of two persons to the exclusion of all others.

2. Nothing in this Act affects the freedom of officials of religious groups to refuse to perform marriages that are not in accordance with their religious beliefs.

It will be noted that s. 1 of the *Proposed Act* deals only with civil marriage, not religious marriage.

The Order in Council sets out the following questions:

1. Is the annexed *Proposal for an Act respecting certain aspects of legal capacity for marriage for civil purposes* within the exclusive legislative authority of the Parliament of Canada? If not, in what particular or particulars, and to what extent?

*Noël Saint-Pierre*, pour l'intervenante la Coalition pour le mariage civil des couples de même sexe.

*Peter R. Jervis* et *Bradley W. Miller*, pour les intervenants Islamic Society of North America, la Ligue catholique des droits de l'homme et l'Alliance évangélique du Canada, désignées collectivement comme Interfaith Coalition on Marriage and Family.

*Gerald D. Chipeur*, *Dale William Fedorchuk* et *Ivan Bernardo*, pour les intervenants l'honorable Anne Cools, sénatrice, et Roger Gallaway, membre de la Chambre des communes.

Argumentation écrite seulement par *Martin Dion*.

Version française de l'avis rendu par

LA COUR —

### I. Introduction

Le 16 juillet 2003, la Gouverneure en conseil a pris le décret C.P. 2003-1055 demandant à la Cour d'entendre un renvoi relatif à la *Proposition de loi concernant certaines conditions de fond du mariage civil* (« *Loi proposée* ») élaborée par le gouvernement fédéral. Les dispositions essentielles de la *Loi proposée* sont libellées comme suit :

1. Le mariage est, sur le plan civil, l'union légitime de deux personnes, à l'exclusion de toute autre personne.

2. La présente loi est sans effet sur la liberté des autorités religieuses de refuser de procéder à des mariages non conformes à leurs croyances religieuses.

Il faut souligner que l'art. 1 de la *Loi proposée* vise uniquement le mariage civil, à l'exclusion du mariage religieux.

Les questions formulées dans le décret sont rédi-  
gées ainsi :

1. La *Proposition de loi concernant certaines conditions de fond du mariage civil*, ci-jointe, relève-t-elle de la compétence exclusive du Parlement du Canada? Dans la négative, à quel égard et dans quelle mesure?

2. If the answer to question 1 is yes, is section 1 of the proposal, which extends capacity to marry to persons of the same sex, consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? If not, in what particular or particulars, and to what extent?
3. Does the freedom of religion guaranteed by paragraph 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* protect religious officials from being compelled to perform a marriage between two persons of the same sex that is contrary to their religious beliefs?

3 On January 26, 2004, the Governor in Council issued Order in Council P.C. 2004-28 asking a fourth question, namely:

4. Is the opposite-sex requirement for marriage for civil purposes, as established by the common law and set out for Quebec in section 5 of the *Federal Law-Civil Law Harmonization Act, No. 1*, consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? If not, in what particular or particulars and to what extent?

4 With respect to Question 1, we conclude that s. 1 of the *Proposed Act* is within the exclusive legislative competence of Parliament, while s. 2 is not.

5 With respect to Question 2, we conclude that s. 1 of the *Proposed Act*, which defines marriage as the union of two persons, is consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

6 With respect to Question 3, we conclude that the guarantee of freedom of religion in the *Charter* affords religious officials protection against being compelled by the state to perform marriages between two persons of the same sex contrary to their religious beliefs.

7 For reasons to be explained, the Court declines to answer Question 4.

## II. The Reference Questions

8 Certain interveners suggest that the Court should decline to answer any of the questions posed on this Reference on the ground that they are not justiciable. They argue that the questions are essentially political, should be dealt with in Parliament and lack sufficient precision with respect to the

2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, l'article 1 de la proposition, qui accorde aux personnes du même sexe la capacité de se marier, est-il conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés*? Dans la négative, à quel égard et dans quelle mesure?
3. La liberté de religion, que garantit l'alinéa 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, protège-t-elle les autorités religieuses de la contrainte d'avoir à marier deux personnes du même sexe contrairement à leurs croyances religieuses?

Le 26 janvier 2004, la Gouverneure en conseil a pris le décret C.P. 2004-28 pour ajouter une quatrième question :

4. L'exigence, sur le plan civil, selon laquelle seules deux personnes de sexe opposé peuvent se marier, prévue par la common law et, pour le Québec, à l'article 5 de la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, est-elle conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés*? Dans la négative, à quel égard et dans quelle mesure?

En ce qui concerne la Question 1, nous concluons que l'art. 1 de la *Loi proposée* relève de la compétence exclusive du Parlement, alors que l'art. 2 ne relève pas de sa compétence.

En ce qui concerne la Question 2, nous concluons que l'art. 1 de la *Loi proposée*, qui définit le mariage comme l'union de deux personnes, est conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

En ce qui concerne la Question 3, nous concluons que la liberté de religion garantie par la *Charte* protège les autorités religieuses de la contrainte d'avoir à marier deux personnes du même sexe contrairement à leurs croyances religieuses.

Pour les motifs exposés plus loin, la Cour refuse de répondre à la Question 4.

## II. Les questions posées dans le renvoi

Certains intervenants prétendent que la Cour devrait refuser de répondre à toutes les questions posées dans le renvoi parce que, selon eux, elles ne seraient pas justiciables. Ils plaident qu'il s'agit de questions essentiellement politiques, qui devraient être réglées par le Parlement et qui ne sont pas

*Proposed Act's* purpose to permit of *Charter* analysis.

The reference provisions of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, are broad. In particular, s. 53(1) provides:

53. (1) The Governor in Council may refer to the Court for hearing and consideration important questions of law or fact concerning

(d) the powers of the Parliament of Canada, or of the legislatures of the provinces, or of the respective governments thereof, whether or not the particular power in question has been or is proposed to be exercised.

The Court has recognized that it possesses a residual discretion not to answer reference questions where it would be inappropriate to do so because, for example, the question lacks sufficient legal content, or where the nature of the question or the information provided does not permit the Court to give a complete or accurate answer: see, e.g., *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at p. 545; *Reference re Objection by Quebec to a Resolution to Amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793, at p. 806; and *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217 (“*Secession Reference*”), at paras. 26-30.

We conclude that none of the questions posed here lack the requisite legal content for consideration on a reference. The political underpinnings of the instant reference are indisputable. However, much as in the *Secession Reference*, these political considerations provide the context for, rather than the substance of, the questions before the Court. Moreover, any lack of precision with respect to the *Proposed Act's* purpose can be addressed in the course of answering the questions.

Question 4 raises other concerns. While it possesses the requisite legal content to be justiciable, it raises considerations that render a response on

suffisamment précises quant à l'objet de la *Loi proposée* pour qu'un examen au regard de la *Charte* soit possible.

Les dispositions de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, qui établissent la procédure de renvoi ont une portée étendue. Le paragraphe 53(1), en particulier, prévoit ce qui suit :

53. (1) Le gouverneur en conseil peut soumettre au jugement de la Cour toute question importante de droit ou de fait touchant :

d) les pouvoirs du Parlement canadien ou des législatures des provinces, ou de leurs gouvernements respectifs, indépendamment de leur exercice passé, présent ou futur.

La Cour a toutefois reconnu disposer du pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser de répondre à une question posée dans un renvoi lorsqu'il serait inapproprié d'y répondre parce que, par exemple, la teneur de cette question n'est pas suffisamment juridique ou parce que sa nature ou l'information fournie ne permettent pas à la Cour d'y apporter une réponse complète ou exacte : voir, par exemple, *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, p. 545; *Renvoi : Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, p. 806; et *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 26-30.

Nous estimons que toutes les questions posées en l'espèce ont une teneur suffisamment juridique pour faire l'objet d'un renvoi. Les fondements politiques du présent renvoi sont indéniables. Cependant, tout comme dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, ces considérations politiques représentent le contexte et non le fond des questions soumises à la Cour. De plus, tout manque de précision quant à l'objet de la *Loi proposée* peut être traité lors de l'examen des questions.

La Question 4 pose un autre problème. Bien qu'elle ait une teneur suffisamment juridique pour être justiciable, elle soulève des considérations en

9

10

11

12

this reference inappropriate, as discussed more fully below.

A. *Question 1: Is the Proposed Act Within the Exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada?*

13 It is trite law that legislative authority under the *Constitution Act, 1867* is assessed by way of a two-step process: (1) characterization of the “pith and substance” or dominant characteristic of the law; and (2) concomitant assignment to one of the heads of power enumerated in ss. 91 and 92 of that Act: see, e.g., *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213, at para. 23, *per* Lamer C.J. and Iacobucci J. (dissenting, but not on this point).

14 An answer to Question 1 requires that we engage in this process with respect to both operative sections of the *Proposed Act*.

(1) Section 1 of the Proposed Act

15 Section 1 of the *Proposed Act* provides:

1. Marriage, for civil purposes, is the lawful union of two persons to the exclusion of all others.

(a) *Determination of Legislative Competence*

16 The dominant characteristic of s. 1 of the *Proposed Act* is apparent from its plain text: marriage as a civil institution. In saying that marriage for civil purposes is “the lawful union of two persons to the exclusion of all others”, this section stipulates the threshold requirements of that institution: “two persons”, regardless of gender, are legally capable of being married. In pith and substance, therefore, the section pertains to the capacity for marriage.

17 Turning to the assignment of this matter to an enumerated head of power, we note that legislative authority in respect of marriage is divided between the federal Parliament and the provincial legislatures. Section 91(26) of the *Constitution Act, 1867* confers on Parliament competence in respect of “Marriage and Divorce” whereas s. 92(12) of that Act confers

raison desquelles il serait inapproprié d’y répondre dans le cadre du présent renvoi, comme nous l’expliquons plus loin.

A. *Première question : La Loi proposée relève-t-elle de la compétence exclusive du Parlement du Canada?*

Il est maintenant bien établi en droit que l’analyse des pouvoirs législatifs attribués par la *Loi constitutionnelle de 1867* comporte deux volets qui consistent (1) d’abord à qualifier la loi en fonction de son « caractère véritable », c’est-à-dire de sa caractéristique dominante, (2) puis à déterminer quelle est la rubrique de compétence énumérée aux art. 91 et 92 de cette loi à laquelle elle se rapporte : voir, par exemple, *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 23, le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci (dissidents, mais non sur ce point).

Pour répondre à la Question 1, nous devons appliquer cette méthode aux deux dispositions essentielles de la *Loi proposée*.

(1) Article 1 de la Loi proposée

Voici le libellé de l’art. 1 de la *Loi proposée* :

1. Le mariage est, sur le plan civil, l’union légitime de deux personnes, à l’exclusion de toute autre personne.

a) *Attribution de la compétence législative*

La caractéristique dominante de l’art. 1 de la *Loi proposée* ressort clairement de son libellé : l’institution civile du mariage. En affirmant que le mariage est, sur le plan civil, « l’union légitime de deux personnes, à l’exclusion de toute autre personne », cet article établit les exigences minimales rattachées à cette institution : « deux personnes », sans égard à leur sexe, ont la capacité juridique de se marier. Par son caractère véritable, cette disposition touche donc la capacité de contracter mariage.

En ce qui concerne l’attribution de cet objet à une rubrique de compétence énumérée, il faut mentionner que le pouvoir de légiférer relativement au mariage est partagé entre le Parlement du Canada et les législatures provinciales. Le paragraphe 91(26) de la *Loi constitutionnelle de 1867* attribue au Parlement l’autorité législative touchant « [l]e

on the provinces competence in respect of “[t]he Solemnization of Marriage in the Province.”

As early as 1912, this Court recognized that s. 91(26) confers on Parliament legislative competence in respect of the capacity to marry, whereas s. 92(12) confers authority on the provinces in respect of the performance of marriage once that capacity has been recognized: see *In Re Marriage Laws* (1912), 46 S.C.R. 132. Subsequent decisions have upheld this interpretation. Thus, the capacity to marry in instances of consanguinity (*Teagle v. Teagle*, [1952] 3 D.L.R. 843 (B.C.S.C.)) or in view of prior marital relationships (*Hellens v. Densmore*, [1957] S.C.R. 768) falls within the exclusive legislative competence of Parliament.

We have already concluded that, in pith and substance, s. 1 of the *Proposed Act* pertains to legal capacity for civil marriage. *Prima facie*, therefore, it falls within a subject matter allocated exclusively to Parliament (s. 91(26)).

(b) *Objections: The Purported Scope of Section 91(26)*

Some interveners nevertheless suggested that s. 91(26) cannot be interpreted as granting legislative competence over same-sex marriage to Parliament. Any law allowing same-sex marriage is alleged to exceed the bounds of s. 91(26) in two key respects: (i) the meaning of “marriage” is constitutionally fixed, necessarily incorporating an opposite-sex requirement; and (ii) any such law would trench upon subject matters clearly allocated to the provincial legislatures.

(i) The Meaning of Marriage Is Not Constitutionally Fixed

Several interveners say that the *Constitution Act, 1867* effectively entrenches the common law definition of “marriage” as it stood in 1867. That definition was most notably articulated in *Hyde v. Hyde* (1866), L.R. 1 P. & D. 130, at p. 133:

mariage et le divorce », tandis que le par. 92(12) de cette loi attribue aux provinces la compétence relative à « [l]a célébration du mariage dans la province. »

Dès 1912, la Cour a reconnu que le par. 91(26) confère au Parlement le pouvoir de légiférer relativement à la capacité de se marier, alors que le par. 92(12) confère compétence aux provinces relativement à la célébration du mariage une fois cette capacité reconnue : voir *In Re Marriage Laws* (1912), 46 R.C.S. 132. Des décisions ultérieures ont confirmé cette interprétation. Ainsi, la capacité de contracter mariage en cas de consanguinité (*Teagle c. Teagle*, [1952] 3 D.L.R. 843 (C.S.C.-B.)) ou de relation matrimoniale antérieure (*Hellens c. Densmore*, [1957] R.C.S. 768) relève de la compétence législative exclusive du Parlement.

Nous avons jugé plus tôt que, de par son caractère véritable, l’art. 1 de la *Loi proposée* se rapporte à la capacité juridique de contracter un mariage civil. Il touche donc, à première vue, un sujet attribué exclusivement au Parlement (par. 91(26)).

b) *Objections : la prétendue portée du par. 91(26)*

Certains intervenants ont néanmoins prétendu que le par. 91(26) ne peut être interprété comme conférant au Parlement le pouvoir de légiférer relativement au mariage entre personnes du même sexe. Selon eux, tout texte législatif permettant le mariage entre personnes du même sexe outrepasserait les limites du par. 91(26) à deux égards : (i) la définition du « mariage » est figée par la Constitution et inclut nécessairement la condition que les époux soient de sexe opposé; (ii) une telle loi empiéterait sur des sujets clairement attribués aux législatures provinciales.

(i) La définition du mariage n’est pas figée par la Constitution

Plusieurs intervenants affirment que la *Loi constitutionnelle de 1867* constitutionnalise la définition que la common law attribuait au « mariage » en 1867. L’un des énoncés les plus célèbres de cette définition se trouve dans l’arrêt *Hyde c. Hyde* (1866), L.R. 1 P. & D. 130, p. 133 :

18

19

20

21

What, then, is the nature of this institution as understood in Christendom? Its incidents may vary in different countries, but what are its essential elements and invariable features? If it be of common acceptance and existence, it must needs (however varied in different countries in its minor incidents) have some pervading identity and universal basis. I conceive that marriage, as understood in Christendom, may for this purpose be defined as the voluntary union for life of one man and one woman, to the exclusion of all others.

22

The reference to “Christendom” is telling. *Hyde* spoke to a society of shared social values where marriage and religion were thought to be inseparable. This is no longer the case. Canada is a pluralistic society. Marriage, from the perspective of the state, is a civil institution. The “frozen concepts” reasoning runs contrary to one of the most fundamental principles of Canadian constitutional interpretation: that our Constitution is a living tree which, by way of progressive interpretation, accommodates and addresses the realities of modern life. In the 1920s, for example, a controversy arose as to whether women as well as men were capable of being considered “qualified persons” eligible for appointment to the Senate of Canada. Legal precedent stretching back to Roman Law was cited for the proposition that women had always been considered “unqualified” for public office, and it was argued that this common understanding in 1867 was incorporated in s. 24 of the *Constitution Act, 1867* and should continue to govern Canadians in succeeding ages. Speaking for the Privy Council in *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.) (the “*Persons*” case), Lord Sankey L.C. said at p. 136:

Their Lordships do not conceive it to be the duty of this Board — it is certainly not their desire — to cut down the provisions of the [B.N.A.] Act by a narrow and technical construction, but rather to give it a large and liberal interpretation so that the Dominion to a great extent,

[TRADUCTION] Quelle est donc la nature de cette institution, telle que la conçoit la chrétienté? Ses éléments accessoires peuvent varier d'un pays à l'autre, mais quels en sont les constituantes essentielles et les caractéristiques invariables? Pour exister partout et pour être communément acceptée, elle doit nécessairement posséder (aussi différents que puissent être ses éléments accessoires d'un pays à l'autre) des attributs immuables et des propriétés universelles. Je pense que le mariage, tel que le conçoit la chrétienté, peut à cette fin être défini comme l'union volontaire pour la vie d'un homme et d'une femme, à l'exclusion de toute autre personne.

La mention de la « chrétienté » est révélatrice. L'arrêt *Hyde* s'adressait à une société aux valeurs sociales communes, dans laquelle le mariage et la religion étaient perçus comme indissociables. Tel n'est plus le cas. La société canadienne est une société pluraliste. Du point de vue de l'État, le mariage est une institution civile. Le raisonnement fondé sur l'existence de « concepts figés » va à l'encontre de l'un des principes les plus fondamentaux d'interprétation de la Constitution canadienne : notre Constitution est un arbre vivant qui, grâce à une interprétation progressiste, s'adapte et répond aux réalités de la vie moderne. Dans les années 1920, par exemple, une controverse a surgi quant à savoir si les femmes pouvaient, au même titre que les hommes, être considérées comme des « personnes remplissant les conditions requises » pour être nommées au Sénat du Canada. Un précédent juridique remontant au droit romain a été invoqué à l'appui de la thèse voulant que les femmes aient toujours été considérées comme « ne remplissant pas les conditions requises » pour occuper une charge publique. On a plaidé que cette conception généralisée en 1867 avait été incorporée à l'art. 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et qu'elle devait continuer à s'appliquer aux Canadiens à toutes les époques à venir. Dans *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.) (l'affaire « personne »), le lord chancelier Sankey a dit ce qui suit, au nom du Conseil privé, à la p. 136 :

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries croient non pas que cette chambre a le devoir — ce n'est certainement pas là leur volonté — de restreindre la portée des dispositions de l'Acte [de l'Amérique du Nord britannique] par une interprétation étroite et littérale, mais plutôt qu'il

but within certain fixed limits, may be mistress in her own house, as the Provinces to a great extent, but within certain fixed limits, are mistresses in theirs. [Emphasis added.]

This approach applies to the construction of the powers enumerated in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*.

A large and liberal, or progressive, interpretation ensures the continued relevance and, indeed, legitimacy of Canada's constituting document. By way of progressive interpretation our Constitution succeeds in its ambitious enterprise, that of structuring the exercise of power by the organs of the state in times vastly different from those in which it was crafted. For instance, Parliament's legislative competence in respect of telephones was recognized on the basis of its authority over interprovincial "undertakings" in s. 92(10)(a) even though the telephone had yet to be invented in 1867: *Toronto Corporation v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52 (P.C.). Likewise, Parliament is not limited to the range of criminal offences recognized by the law of England in 1867 in the exercise of its criminal law power in s. 91(27): *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (P.C.), at p. 324. Lord Sankey L.C. noted in the *Persons* case, at p. 135, that early English decisions are not a "secure foundation on which to build the interpretation" of our Constitution. We agree.

The arguments presented to this Court in favour of a departure from the "living tree" principle fall into three broad categories: (1) marriage is a pre-legal institution and thus cannot be fundamentally modified by law; (2) even a progressive interpretation of s. 91(26) cannot accommodate same-sex marriage since it falls outside the "natural limits" of that head of power, a corollary to this point being the objection that s. 15 of the *Charter* is being used to "amend" s. 91(26); and (3) in this instance, the intention of the framers of

lui incombe de lui donner une interprétation large et libérale de façon que le Dominion puisse, dans une large mesure, mais à l'intérieur de certaines limites établies, être maître chez lui, tout comme les provinces sont, dans une large mesure, mais à l'intérieur de certaines limites établies, maîtres chez elles. [Je souligne.]

Cette méthode s'applique à l'interprétation des pouvoirs énumérés aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Une interprétation large et libérale, ou progressiste, garantit la pertinence et, en fait, la légitimité perpétuelles du document constitutif du Canada. Une interprétation progressiste permet d'atteindre l'objectif ambitieux de notre Constitution, c'est-à-dire structurer l'exercice du pouvoir par les divers organes de l'État à des époques très différentes de celle à laquelle elle a été rédigée. Ainsi, même si le téléphone n'était pas encore inventé en 1867, on a reconnu au Parlement le pouvoir de légiférer en matière de téléphonie, parce que l'al. 92(10)a lui attribue compétence relativement aux entreprises inter-provinciales : *Toronto Corporation c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52 (C.P.). De même, le pouvoir du Parlement de légiférer en matière criminelle, que lui confère le par. 91(27), ne se limite pas aux infractions criminelles reconnues par le droit anglais en 1867 : *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (C.P.), p. 324. Dans l'affaire « personne », le lord chancelier Sankey a souligné, à la p. 135, que la jurisprudence anglaise ancienne ne constitue pas une [TRADUCTION] « assise solide sur laquelle fonder l'interprétation » de notre Constitution. Nous partageons son point de vue.

Les arguments présentés à la Cour pour l'inciter à s'écarter du principe de « l'arbre vivant » appartiennent à trois grandes catégories : (1) le mariage est une institution qui préexistait au droit et que celui-ci ne peut donc pas modifier sous un aspect fondamental; (2) même une interprétation progressiste du par. 91(26) ne saurait en étendre la portée au mariage entre personnes du même sexe, car celui-ci outrepasserait les limites naturelles de cette rubrique de compétence avec, comme corollaire, l'objection selon laquelle l'art. 15 de la *Charte* serait utilisé

our Constitution should be determinative. As we shall see, none of these arguments persuade.

25

First, it is argued, the institution of marriage escapes legislative redefinition. Existing in its present basic form since time immemorial, it is not a legal construct, but rather a supra-legal construct subject to legal incidents. In the *Persons* case, Lord Sankey L.C., writing for the Privy Council, dealt with this very type of argument, though in a different context. In addressing whether the fact that women never had occupied public office was relevant to whether they could be considered “persons” for the purposes of being eligible for appointment to the Senate, he said at p. 134:

The fact that no woman had served or has claimed to serve such an office is not of great weight when it is remembered that custom would have prevented the claim being made or the point being contested.

Customs are apt to develop into traditions which are stronger than law and remain unchallenged long after the reason for them has disappeared.

The appeal to history therefore in this particular matter is not conclusive.

Lord Sankey L.C. acknowledged, at p. 134, that “several centuries ago” it would have been understood that “persons” should refer only to men. Several centuries ago it would have been understood that marriage should be available only to opposite-sex couples. The recognition of same-sex marriage in several Canadian jurisdictions as well as two European countries belies the assertion that the same is true today.

26

Second, some interveners emphasize that while Lord Sankey L.C. envisioned our Constitution as a “living tree” in the *Persons* case, he specified that it was “capable of growth and expansion within its natural limits” (p. 136). These natural limits, they submit, preclude same-sex marriage. As a corollary, some suggest that s. 1 of the *Proposed Act* would

pour « modifier » le par. 91(26); enfin, (3) en l’espèce, l’intention des rédacteurs de notre Constitution devrait être déterminante. Comme nous le verrons, aucun de ces arguments ne nous convainc.

Premièrement, on allègue que l’institution du mariage ne peut être redéfinie par voie législative. Comme elle existe dans sa forme actuelle depuis des temps immémoriaux, elle ne constituerait pas un concept juridique, mais plutôt un concept supra-juridique assorti d’attributs juridiques. Dans l’affaire « personne », précitée, le lord chancelier Sankey, s’exprimant au nom du Conseil privé, a examiné le même argument, quoique dans un contexte différent. S’interrogeant sur la pertinence du fait que les femmes n’avaient jamais occupé une charge publique pour déterminer si elles pouvaient être considérées comme des « personnes » admissibles au Sénat, il a tenu les propos suivants, à la p. 134 :

[TRADUCTION] Le fait qu’aucune femme n’ait occupé ou revendiqué une telle charge n’a pas grande importance si on considère que la coutume aurait fait obstacle à pareille revendication ou à tout débat sur le sujet.

Il arrive que des coutumes deviennent des traditions plus fortes que la loi et qu’elles ne soient remises en question que très longtemps après que les raisons qui les motivaient aient cessé d’exister.

L’histoire ne fournit donc pas de réponse concluante en l’espèce.

Le lord chancelier Sankey a reconnu, à la p. 134, que [TRADUCTION] « plusieurs siècles » auparavant, il aurait été entendu que le mot « personne » ne pouvait renvoyer qu’aux hommes. Il y a plusieurs siècles, il aurait été entendu que seuls les couples de sexe opposé devraient être autorisés à se marier. Or, la reconnaissance du mariage entre personnes du même sexe dans plusieurs provinces canadiennes et dans deux pays d’Europe démentit la proposition voulant qu’il en soit encore ainsi aujourd’hui.

Deuxièmement, certains intervenants soulignent que, bien que le lord chancelier Sankey ait considéré notre Constitution comme un [TRADUCTION] « arbre vivant » dans l’affaire « personne », il a précisé qu’il s’agissait d’un arbre [TRADUCTION] « susceptible de croître et de se développer à l’intérieur de ses limites naturelles » (p. 136). Ils soutiennent que ces



effectively amount to an amendment to the *Constitution Act, 1867* by interpretation based on the values underlying s. 15(1) of the *Charter*.

The natural limits argument can succeed only if its proponents can identify an objective core of meaning which defines what is “natural” in relation to marriage. Absent this, the argument is merely tautological. The only objective core which the interveners before us agree is “natural” to marriage is that it is the voluntary union of two people to the exclusion of all others. Beyond this, views diverge. We are faced with competing opinions on what the natural limits of marriage may be.

Lord Sankey L.C.’s reference to “natural limits” did not impose an obligation to determine, in the abstract and absolutely, the core meaning of constitutional terms. Consequently, it is not for the Court to determine, in the abstract, what the natural limits of marriage must be. Rather, the Court’s role is to determine whether marriage as defined in the *Proposed Act* falls within the subject matter of s. 91(26).

In determining whether legislation falls within a particular head of power, a progressive interpretation of the head of power must be adopted. The competing submissions before us do not permit us to conclude that “marriage” in s. 91(26) of the *Constitution Act, 1867*, read expansively, excludes same-sex marriage.

Third, it is submitted that the intention of the framers should be determinative in interpreting the scope of the heads of power enumerated in ss. 91 and 92 given the decision in *R. v. Blais*, [2003] 2 S.C.R. 236, 2003 SCC 44. That case considered the interpretive question in relation to a particular constitutional agreement, as opposed to a head of power which must continually adapt to cover new realities.

limites excluent le mariage entre personnes du même sexe. Corollairement, certains avancent que l’art. 1 de la *Loi proposée* équivaudrait en fait à modifier la *Loi constitutionnelle de 1867* par une interprétation fondée sur les valeurs qui sous-tendent le par. 15(1) de la *Charte*.

L’argument fondé sur les limites naturelles ne saurait être retenu que si ceux qui l’invoquent peuvent préciser quels sont les éléments objectifs essentiels de la définition « naturelle » du mariage. À défaut, cet argument se réduit à une tautologie. Or, les éléments objectifs essentiels de la définition « naturelle » du mariage sur laquelle s’entendent les intervenants se résument à l’union volontaire de deux personnes à l’exclusion de toute autre. Au-delà, leurs opinions divergent. Nous sommes donc en présence d’avis contraires sur les limites naturelles du mariage.

La mention des « limites naturelles » dans les propos du lord chancelier Sankey ne crée pas l’obligation de déterminer, dans l’abstrait et de façon absolue, quelle est la définition fondamentale des termes utilisés dans la Constitution. Par conséquent, il n’appartient pas à la Cour de fixer, dans l’abstrait, les limites naturelles du mariage. Le rôle de la Cour consiste plutôt à décider si le mariage, tel que le définit la *Loi proposée*, se rapporte au sujet visé par le par. 91(26).

Pour déterminer si un texte législatif relève d’une rubrique de compétence particulière, il faut adopter une interprétation progressiste. Les vues opposées qui nous ont été soumises ne nous permettent pas de conclure que le mot « mariage » figurant au par. 91(26) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, interprété de façon libérale, exclut le mariage entre deux personnes du même sexe.

Troisièmement, on plaide que, selon l’arrêt *R. c. Blais*, [2003] 2 R.C.S. 236, 2003 CSC 44, l’intention des rédacteurs de la Constitution devrait être déterminante dans l’interprétation de la portée des rubriques de compétence énumérées aux art. 91 et 92. Or, cette décision portait sur l’interprétation d’une convention constitutionnelle particulière et non d’une rubrique de compétence qui doit être

27

28

29

30

It is therefore distinguishable and does not apply here.

(ii) The Scope Accorded to Section 91(26) Does Not Trench on Provincial Competence

31 The potential impact on provincial powers of a federal law on same-sex marriage does not undermine the constitutionality of s. 1 of the *Proposed Act*. Arguments to the effect that it does can be met: (1) they ignore the incidental nature of any effect upon provincial legislative competence; and (2) they conflate same-sex relationships with same-sex marriage.

32 Clearly, federal recognition of same-sex marriage would have an impact in the provincial sphere. For instance, provincial competence over the solemnization of marriage provided for in s. 92(12) would be affected by requiring the issuance of marriage licences, the registration of marriages, and the provision of civil solemnization services to same-sex couples. Further, provincial competence in relation to property and civil rights provided for in s. 92(13) would be affected in that a host of legal incidents attendant upon marital status would attach to same-sex couples: e.g., division of property upon dissolution of marriage. These effects, however, are incidental and do not relate to the core of the powers over solemnization and property and civil rights. Incidental effects of federal legislation in the provincial sphere are permissible so long as they do not relate, in pith and substance, to a provincial head of power (*Attorney-General of Saskatchewan v. Attorney-General of Canada*, [1949] 2 D.L.R. 145 (P.C.), at p. 152).

33 Our law has always recognized that some conjugal relationships are based on marital status, while others are not. The provinces are vested with competence in respect of non-marital same-sex relationships, just as they are vested with competence

continuellement adaptée à de nouvelles réalités. Une distinction s'impose donc entre le présent renvoi et cette affaire, qui ne s'applique pas en l'espèce.

(ii) La portée donnée au par. 91(26) n'empiète pas sur la compétence provinciale

L'incidence éventuelle d'une loi fédérale autorisant les mariages entre personnes du même sexe sur les pouvoirs des provinces ne compromet pas la validité constitutionnelle de l'art. 1 de la *Loi proposée*. Les arguments voulant qu'elle la compromette peuvent être réfutés : (1) ils ne tiennent pas compte de la nature accessoire des effets de la loi sur la compétence législative des provinces; (2) ils confondent les relations entre personnes du même sexe et le mariage entre personnes du même sexe.

Il est clair que la reconnaissance par le législateur fédéral du mariage entre personnes du même sexe aurait des effets dans la sphère de compétence provinciale. Ainsi, la compétence en matière de célébration du mariage attribuée aux provinces par le par. 92(12) serait touchée puisqu'elles seraient tenues de délivrer une licence de mariage aux couples du même sexe, d'enregistrer leur mariage et de leur fournir des services de célébration du mariage. De plus, la compétence attribuée aux provinces en matière de propriété et droits civils par le par. 92(13) serait touchée du fait que toute une gamme de conséquences juridiques du mariage s'appliqueraient aux couples mariés du même sexe, notamment en ce qui concerne le partage du patrimoine à la dissolution du mariage. Ces effets sont toutefois de nature accessoire et ne touchent pas l'essence des pouvoirs relatifs à la célébration du mariage ou à la propriété et aux droits civils. Les effets accessoires d'une loi fédérale dans une sphère de compétence provinciale sont acceptables dans la mesure où, de par leur caractère véritable, ils ne se rapportent pas à une rubrique de compétence provinciale (*Attorney-General of Saskatchewan c. Attorney-General of Canada*, [1949] 2 D.L.R. 145 (C.P.), p. 152).

Notre droit a toujours reconnu que certaines relations conjugales sont fondées sur la qualité de personne mariée, alors que d'autres ne le sont pas. Les provinces ont compétence sur les relations entre personnes non mariées du même sexe, comme sur

in respect of non-marital opposite-sex relationships (via the power in respect of property and civil rights under s. 92(13)). For instance, the province of Quebec has established a civil union regime as a means for individuals in committed conjugal relationships to assume a host of rights and responsibilities: see the *Act instituting civil unions and establishing new rules of filiation*, S.Q. 2002, c. 6. Marriage and civil unions are two distinct ways in which couples can express their commitment and structure their legal obligations. Civil unions are a relationship short of marriage and are, therefore, provincially regulated. The authority to legislate in respect of such conjugal relationships cannot, however, extend to marriage. If we accept that provincial competence in respect of same-sex relationships includes same-sex marriage, then we must also accept that provincial competence in respect of opposite-sex relationships includes opposite-sex marriage. This is clearly not the case. Likewise, the scope of the provincial power in respect of solemnization cannot reasonably be extended so as to grant jurisdiction over same-sex marriage to the provincial legislatures. Issues relating to solemnization arise only upon conferral of the right to marry. Just as an opposite-sex couple's ability to marry is not governed by s. 92(12), so a same-sex couple's ability to marry cannot be governed by s. 92(12).

The principle of exhaustiveness, an essential characteristic of the federal distribution of powers, ensures that the whole of legislative power, whether exercised or merely potential, is distributed as between Parliament and the legislatures: *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571 (P.C.) at p. 581; and *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (P.C.). In essence, there is no topic that cannot be legislated upon, though the particulars of such legislation may be limited by, for instance, the *Charter*. A jurisdictional challenge in respect of any law is therefore limited to determining to which head of power the law relates. Legislative

les relations entre personnes non mariées de sexe opposé (en raison de la compétence en matière de propriété et droits civils que leur attribue le par. 92(13)). Ainsi, la province de Québec a institué un régime d'union civile pour permettre à des personnes engagées dans une relation conjugale d'acquiescer toute une série de droits et de responsabilités : voir la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, ch. 6. Le mariage et l'union civile sont deux institutions distinctes à l'intérieur desquelles les couples peuvent exprimer leur engagement et structurer leurs obligations juridiques. L'union civile ne constitue pas tout à fait un mariage et est donc régie par la province. Le pouvoir de légiférer relativement à ce type de relation conjugale ne saurait cependant s'étendre au mariage. Si nous acceptons que la compétence provinciale sur les relations entre personnes du même sexe inclut le mariage entre personnes du même sexe, nous devrions aussi reconnaître que la compétence provinciale sur les relations entre personnes de sexe opposé inclut le mariage entre personnes de sexe opposé. Or, ce n'est manifestement pas le cas. De même, la portée du pouvoir des provinces en matière de célébration du mariage ne peut raisonnablement être étendue de façon à conférer compétence aux législatures provinciales en matière de mariage entre personnes du même sexe. Les questions relatives à la célébration ne se posent qu'une fois conféré le droit de contracter mariage. Le paragraphe 92(12) ne régit pas davantage la capacité de se marier des couples du même sexe que celle des couples de sexe opposé.

Le principe de l'exhaustivité, qui est une caractéristique essentielle du partage des compétences, veut que la totalité des pouvoirs législatifs, exercés ou simplement susceptibles de l'être, soient répartis entre le Parlement du Canada et les législatures provinciales : *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571 (C.P.), p. 581; et *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (C.P.). Cela veut dire qu'il n'existe essentiellement aucun sujet à l'égard duquel une loi ne puisse être édictée, bien que la teneur particulière de cette loi puisse être limitée, par exemple, par la *Charte*. La question de la compétence d'édicter une loi se

competence over same-sex marriage must be vested in either Parliament or the legislatures. Neither s. 92(12) nor s. 92(13) can accommodate this matter. Given that a legislative void is precluded, s. 91(26) most aptly subsumes it.

(2) Section 2 of the Proposed Act

35 Section 2 of the *Proposed Act* provides:

2. Nothing in this Act affects the freedom of officials of religious groups to refuse to perform marriages that are not in accordance with their religious beliefs.

36 Section 2 of the *Proposed Act* relates to those who may (or must) perform marriages. Legislative competence over the performance or solemnization of marriage is exclusively allocated to the provinces under s. 92(12) of the *Constitution Act, 1867*.

37 The Attorney General of Canada suggests that s. 2 of the *Proposed Act* is declaratory, merely making clear Parliament's intention that other provisions of the *Proposed Act* not be read in a manner that trenches on the provinces' jurisdiction over the solemnization of marriage. The provision might be seen as an attempt to reassure the provinces and to assuage the concerns of religious officials who perform marriages. However worthy of attention these concerns are, only the provinces may legislate exemptions to existing solemnization requirements, as any such exemption necessarily relates to the "solemnization of marriage" under s. 92(12). Section 2 of the *Proposed Act* is therefore *ultra vires* Parliament.

38 While it is true that Parliament has exclusive jurisdiction to enact declaratory legislation relating to the interpretation of its own statutes, such declaratory provisions can have no bearing on the

réduit donc à déterminer à quelle rubrique de compétence elle se rapporte. La compétence législative relative au mariage entre personnes du même sexe appartient donc nécessairement soit au Parlement, soit aux législatures provinciales. Ni le par. 92(12) ni le par. 92(13) ne peuvent inclure ce sujet. L'absence de compétence législative en la matière étant exclue, c'est le par. 91(26) qui est le plus apte à l'englober.

(2) Article 2 de la Loi proposée

L'article 2 de la *Loi proposée* est libellé comme suit :

2. La présente loi est sans effet sur la liberté des autorités religieuses de refuser de procéder à des mariages non conformes à leurs croyances religieuses.

L'article 2 de la *Loi proposée* traite des personnes qui peuvent (ou doivent) procéder aux mariages. La compétence législative relative à la célébration des mariages est attribuée exclusivement aux provinces par le par. 92(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Le procureur général du Canada soutient que l'art. 2 de la *Loi proposée* est de nature déclaratoire, en ce qu'il précise simplement que le Parlement ne veut pas que les autres dispositions de la *Loi proposée* soient interprétées de façon à empiéter sur la compétence provinciale en matière de célébration du mariage. Cet article peut être perçu comme un effort en vue de rassurer les provinces et d'apaiser les craintes des autorités religieuses qui procèdent à des mariages. Si dignes d'attention soient ces préoccupations, seules les provinces peuvent édicter des exemptions aux règles en vigueur en matière de célébration, car de telles exemptions se rapportent nécessairement à la « célébration du mariage » visée au par. 92(12). L'article 2 de la *Loi proposée* ne relève donc pas de la compétence du Parlement.

Certes, le Parlement a compétence exclusive pour édicter des dispositions déclaratoires concernant l'interprétation de ses propres lois, mais de telles dispositions ne peuvent avoir aucun effet sur

constitutional division of legislative authority. That is a matter to be determined, should the need arise, by the courts. It follows that a federal provision seeking to ensure that the Act within which it is situated is not interpreted so as to trench on provincial powers can have no effect and is superfluous.

The Court is asked in Question 1 whether s. 2 of the *Proposed Act* is within the exclusive legislative competence of Parliament. Because s. 2 of the *Proposed Act* relates to a subject matter allocated to the provinces, it follows that it does not fall within the exclusive legislative competence of Parliament. The answer to the second part of the first question must therefore be “no”.

**B. Question 2: Is Section 1 of the Proposed Act, Which Extends Capacity to Marry to Persons of the Same Sex, Consistent With the Charter?**

To determine whether a provision is consistent with the *Charter*, it is first necessary to ascertain whether its purpose or effect is to curtail a *Charter* right: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 331. If so, the further question arises of whether the curtailment is justified under s. 1 of the *Charter*.

(1) Purpose of Section 1 of the Proposed Act

The purpose of s. 1 of the *Proposed Act* is to extend the right to civil marriage to same-sex couples. The course of events outlined below in relation to Question 4 suggests that the provision is a direct legislative response to the findings of several courts that the opposite-sex requirement for civil marriage violates the equality guarantee enshrined in s. 15(1) of the *Charter*: see *EGALE Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (2003), 225 D.L.R. (4th) 472, 2003 BCCA 251; *Halpern v. Canada (Attorney General)* (2003), 65 O.R. (3d) 161 (C.A.); and *Hendricks v. Québec (Procureur général)*, [2002] R.J.Q. 2506 (Sup. Ct.).

The preamble to the *Proposed Act* is also instructive. The Act’s stated purpose is to ensure that civil

le partage constitutionnel des compétences législatives. C’est aux tribunaux qu’il appartient de trancher cette question, lorsqu’elle se pose. Par conséquent, une disposition fédérale visant à garantir que la loi dans laquelle elle s’insère ne sera pas interprétée de façon à empiéter sur les pouvoirs des provinces est sans effet et superflue.

La Question 1 demande à la Cour de déterminer si l’art. 2 de la *Loi proposée* relève de la compétence exclusive du Parlement du Canada. Comme l’art. 2 de la *Loi proposée* se rapporte à un sujet attribué aux provinces, il ne relève pas de la compétence exclusive du Parlement du Canada. En conséquence, la réponse à la deuxième partie de la première question doit être « non ».

**B. Question 2 : L’article 1 de la Loi proposée, qui accorde aux personnes du même sexe la capacité de se marier, est-il conforme à la Charte?**

Pour déterminer si une disposition législative est conforme à la *Charte*, il faut d’abord vérifier si son objet ou son effet portent atteinte à un droit garanti par la *Charte* : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 331. Dans l’affirmative, il faut ensuite décider si cette atteinte est justifiée au sens de l’article premier de la *Charte*.

(1) L’objet de l’art. 1 de la Loi proposée

L’article 1 de la *Loi proposée* a pour objet d’accorder aux couples du même sexe le droit de se marier civilement. Les événements décrits plus loin, à la Question 4, laissent croire que ses rédacteurs ont voulu répondre directement, par voie législative, aux décisions de plusieurs tribunaux qui ont statué que l’exigence selon laquelle seules deux personnes de sexe opposé peuvent se marier civilement porte atteinte au droit à l’égalité garanti par le par. 15(1) de la *Charte* : voir *EGALE Canada Inc. c. Canada (Attorney General)* (2003), 225 D.L.R. (4th) 472, 2003 BCCA 251; *Halpern c. Canada (Procureur général)* (2003), 65 O.R. (3d) 201 (C.A.); et *Hendricks c. Québec (Procureur général)*, [2002] R.J.Q. 2506 (C.S.).

Le préambule de la *Loi proposée* est aussi révélateur. L’objet déclaré de la loi consiste à assurer

39

40

41

42

marriage as a legal institution is consistent with the *Charter*:

la conformité de l'institution juridique du mariage avec la *Charte* :

Attendu :

WHEREAS, in order to reflect values of tolerance, respect and equality consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, access to marriage for civil purposes should be extended to couples of the same sex;

que, dans l'esprit de la *Charte canadienne des droits et libertés* et des valeurs de tolérance, de respect et d'égalité, les couples du même sexe devraient avoir la possibilité de se marier civilement;

AND WHEREAS everyone has the freedom of conscience and religion under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and officials of religious groups are free to refuse to perform marriages that are not in accordance with their religious beliefs;

que chacun a, en vertu de la *Charte*, la liberté de conscience et de religion, et que les autorités religieuses ont toute liberté pour refuser de procéder à des mariages non conformes à leurs croyances religieuses,

43 Turning to the substance of the provision itself, we note that s. 1 embodies the government's policy stance in relation to the s. 15(1) equality concerns of same-sex couples. This, combined with the circumstances giving rise to the *Proposed Act* and with the preamble thereto, points unequivocally to a purpose which, far from violating the *Charter*, flows from it.

En ce qui a trait au fond de la disposition même, nous constatons que l'art. 1 exprime la position du gouvernement relativement aux prétentions des couples du même sexe concernant le droit à l'égalité garanti par le par. 15(1). Cette position, combinée aux circonstances à l'origine de la *Loi proposée* et à son préambule, indique sans équivoque que l'objet de la loi, loin de contrevenir à la *Charte*, découle de celle-ci.

(2) Effect of Section 1 of the *Proposed Act*

(2) Effet de l'art. 1 de la *Loi proposée*

44 Section 1 of the *Proposed Act* was impugned before this Court on the basis that, in its effect, it violates ss. 15(1) and 2(a) of the *Charter*.

Devant la Cour, les attaques dirigées contre l'art. 1 de la *Loi proposée* s'appuient sur la prétention que cet article, par ses effets, contrevient au par. 15(1) et à l'al. 2a) de la *Charte*.

(a) *Section 15(1): Equality*

a) *Paragraphe 15(1) : Le droit à l'égalité*

45 Some interveners submit that the mere legislative recognition of the right of same-sex couples to marry would have the effect of discriminating against (1) religious groups who do not recognize the right of same-sex couples to marry (religiously) and/or (2) opposite-sex married couples. No submissions have been made as to how the *Proposed Act*, in its effect, might be seen to draw a distinction for the purposes of s. 15, nor can the Court surmise how it might be seen to do so. It withholds no benefits, nor does it impose burdens on a differential basis. It therefore fails to meet the threshold requirement of the s. 15(1) analysis laid down in *Law v. Canada (Minister*

Certains intervenants soutiennent que la simple reconnaissance législative du droit des couples du même sexe de contracter mariage aurait un effet discriminatoire (1) contre les groupes religieux qui ne reconnaissent pas aux personnes du même sexe le droit de se marier (religieusement) et (2) contre les couples mariés de sexe opposé. Aucun argument n'a été présenté — et la Cour ne peut échafauder aucune hypothèse — pour expliquer en quoi la *Loi proposée* pourrait, de par ses effets, être perçue comme établissant une distinction visée par l'art. 15 : elle n'empêche l'accès à aucun avantage, ni n'impose aucun fardeau sur le fondement d'une différence. Elle ne remplit donc pas la condition préliminaire pour que

*of Employment and Immigration*), [1999] 1 S.C.R. 497.

The mere recognition of the equality rights of one group cannot, in itself, constitute a violation of the rights of another. The promotion of *Charter* rights and values enriches our society as a whole and the furtherance of those rights cannot undermine the very principles the *Charter* was meant to foster.

(b) *Section 2(a): Religion*

The question at this stage is whether s. 1 of the proposed legislation, considered in terms of its effects, is consistent with the guarantee of freedom of religion under s. 2(a) of the *Charter*. It is argued that the effect of the *Proposed Act* may violate freedom of religion in three ways: (1) the *Proposed Act* will have the effect of imposing a dominant social ethos and will thus limit the freedom to hold religious beliefs to the contrary; (2) the *Proposed Act* will have the effect of forcing religious officials to perform same-sex marriages; and (3) the *Proposed Act* will create a “collision of rights” in spheres other than that of the solemnization of marriages by religious officials.

The first allegation of infringement says in essence that equality of access to a civil institution like marriage may not only conflict with the views of those who are in disagreement, but may also violate their legal rights. This amounts to saying that the mere conferral of rights upon one group can constitute a violation of the rights of another. This argument was discussed above in relation to s. 15(1) and was rejected.

The second allegation of infringement, namely the allegation that religious officials would be compelled to perform same-sex marriages contrary to their religious beliefs, will be addressed below in relation to Question 3.

This leaves the issue of whether the *Proposed Act* will create an impermissible collision of rights. The potential for a collision of rights does not necessarily imply unconstitutionality. The collision between rights must be approached on the contextual facts

le par. 15(1) trouve application selon les critères établis dans *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

La simple reconnaissance du droit à l'égalité d'un groupe ne peut, en soi, porter atteinte aux droits d'un autre groupe. L'avancement des droits et valeurs consacrés par la *Charte* profite à l'ensemble de la société et l'affirmation de ces droits ne peut à elle seule aller à l'encontre des principes mêmes que la *Charte* est censée promouvoir.

b) *Alinéa 2a) : La liberté de religion*

Il faut maintenant déterminer si, de par ses effets, l'art. 1 de la loi proposée est conforme à la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte*. Selon les arguments présentés, la *Loi proposée* pourrait avoir un effet attentatoire à la liberté de religion à trois égards : (1) la *Loi proposée* aurait pour effet d'imposer un éthos social dominant et de limiter ainsi la liberté d'adhérer à des croyances religieuses contraires; (2) la *Loi proposée* aurait pour effet de contraindre les autorités religieuses à marier deux personnes du même sexe; (3) la *Loi proposée* créerait une « collision des droits » dans d'autres domaines que la célébration du mariage par les autorités religieuses.

La première allégation veut essentiellement que l'égalité d'accès à une institution civile comme le mariage puisse non seulement heurter les opinions des personnes qui s'y opposent, mais encore porter atteinte aux droits que la loi leur reconnaît. Cela revient à dire que le simple fait d'attribuer des droits à un groupe peut constituer une atteinte aux droits d'un autre groupe. Nous avons déjà étudié cet argument relativement au par. 15(1) et nous l'avons rejeté.

La deuxième allégation, à savoir la possibilité que les autorités religieuses soient contraintes de marier des personnes du même sexe contrairement à leurs croyances religieuses, sera examinée plus loin lors de l'étude de la Question 3.

Il ne reste donc à examiner que l'allégation selon laquelle la *Loi proposée* crée une collision inadmissible entre plusieurs droits. La possibilité d'une collision des droits n'emporte pas nécessairement inconstitutionnalité. La collision entre

46

47

48

49

50

of actual conflicts. The first question is whether the rights alleged to conflict can be reconciled: *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31, at para. 29. Where the rights cannot be reconciled, a true conflict of rights is made out. In such cases, the Court will find a limit on religious freedom and go on to balance the interests at stake under s. 1 of the *Charter*: *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at paras. 73-74. In both steps, the Court must proceed on the basis that the *Charter* does not create a hierarchy of rights (*Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 877) and that the right to religious freedom enshrined in s. 2(a) of the *Charter* is expansive.

51 Here, we encounter difficulty at the first stage. The *Proposed Act* has not been passed, much less implemented. Therefore, the alleged collision of rights is purely abstract. There is no factual context. In such circumstances, it would be improper to assess whether the *Proposed Act*, if adopted, would create an impermissible collision of rights in as yet undefined spheres. As we stated in *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at p. 361:

*Charter* decisions should not and must not be made in a factual vacuum. To attempt to do so would trivialize the *Charter* and inevitably result in ill-considered opinions. The presentation of facts is not, as stated by the respondent, a mere technicality; rather, it is essential to a proper consideration of *Charter* issues.

52 The right to same-sex marriage conferred by the *Proposed Act* may conflict with the right to freedom of religion if the Act becomes law, as suggested by the hypothetical scenarios presented by several interveners. However, the jurisprudence confirms that many if not all such conflicts will be resolved within the *Charter*, by the delineation of rights prescribed by the cases relating to s. 2(a). Conflicts of rights do not imply conflict with the *Charter*; rather the resolution of such conflicts generally occurs within the ambit of the *Charter*

plusieurs droits doit être envisagée dans le contexte factuel de conflits réels. Il faut d'abord déterminer si les droits censément en conflit peuvent être conciliés : *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31, par. 29. Lorsque les droits en cause sont inconciliables, il y a véritablement conflit. En pareil cas, la Cour conclura à l'existence d'une limite à la liberté de religion et soupèsera les intérêts en cause en application de l'article premier de la *Charte* : *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 73-74. La Cour doit procéder à ces deux étapes en tenant compte du principe que la *Charte* n'établit pas de hiérarchie des droits (*Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 877) et que la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte* a une portée étendue.

En l'occurrence, c'est la première étape qui pose problème. La *Loi proposée* n'a pas encore été adoptée, et encore moins mise en application. Par conséquent, la collision des droits appréhendée est purement abstraite. Nous ne disposons d'aucun contexte factuel. Dans les circonstances, il serait inapproprié de se demander si la *Loi proposée*, en supposant qu'elle soit édictée, engendrerait une collision des droits inadmissible dans des domaines encore à définir. Comme nous l'avons affirmé dans *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, p. 361 :

Les décisions relatives à la *Charte* ne doivent pas être rendues dans un vide factuel. Essayer de le faire banaliserait la *Charte* et produirait inévitablement des opinions mal motivées. La présentation des faits n'est pas, comme l'a dit l'intimé, une simple formalité; au contraire, elle est essentielle à un bon examen des questions relatives à la *Charte*.

À la suite de l'adoption éventuelle de la *Loi proposée*, il est possible que le droit de se marier qu'elle confère aux couples du même sexe entre en conflit avec le droit à la liberté de religion, comme le laissent croire les scénarios hypothétiques évoqués par plusieurs intervenants. Toutefois, la jurisprudence confirme que bon nombre, sinon la totalité de ces conflits pourront être résolus à l'aide de la *Charte* même, par la délimitation des droits requise par la jurisprudence portant sur l'al. 2a). Un conflit des droits n'emporte pas nécessairement l'existence



itself by way of internal balancing and delineation.

The protection of freedom of religion afforded by s. 2(a) of the *Charter* is broad and jealously guarded in our *Charter* jurisprudence. We note that should impermissible conflicts occur, the provision at issue will by definition fail the justification test under s. 1 of the *Charter* and will be of no force or effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. In this case the conflict will cease to exist.

In summary, the potential for collision of rights raised by s. 1 of the *Proposed Act* has not been shown on this reference to violate the *Charter*. It has not been shown that impermissible conflicts — conflicts incapable of resolution under s. 2(a) — will arise.

C. *Question 3: Does the Freedom of Religion Guaranteed by Section 2(a) of the Charter Protect Religious Officials From Being Compelled to Perform Same-Sex Marriages Contrary to Their Religious Beliefs?*

The *Proposed Act* is limited in its effect to marriage for civil purposes: see s. 1. It cannot be interpreted as affecting religious marriage or its solemnization. However, Question 3 is formulated broadly and without reference to the *Proposed Act*. We therefore consider this question as it applies to the performance, by religious officials, of both religious and civil marriages. We also must consider the question to mean “compelled by the state” to perform, since s. 2(a) relates only to state action; the protection of freedom of religion against private actions is not within the ambit of this question. We note that it would be for the Provinces, in the exercise of their power over the solemnization of marriage, to legislate in a way that protects the rights of religious officials while providing for solemnization of same-sex marriage. It should also be noted that human rights codes must be interpreted and applied in a manner that respects the broad

d’un conflit avec la *Charte*; il peut généralement, au contraire, être résolu à l’aide de la *Charte* même, au moyen de la définition et de la mise en équilibre internes des droits en cause.

La protection de la liberté de religion offerte par l’al. 2a) de la *Charte* a une portée étendue et la jurisprudence de notre Cour sur la *Charte* la défend jalousement. Soulignons que, si un conflit inadmissible survenait, la disposition en cause ne pourrait, par définition, se justifier au sens de l’article premier de la *Charte* et serait inopérante par application de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le conflit cesserait alors d’exister.

En résumé, il n’a pas été démontré dans le cadre du renvoi que le risque de collision des droits engendré par l’art. 1 de la *Loi proposée* porte atteinte à la liberté de religion garantie par la *Charte*. Il n’a pas été démontré que des conflits inadmissibles — qui ne peuvent être résolus par l’application de l’al. 2a) — surgiront.

C. *Question 3 : La liberté de religion, que garantit l’al. 2a) de la Charte, protège-t-elle les autorités religieuses de la contrainte d’avoir à marier deux personnes du même sexe contrairement à leurs croyances religieuses?*

L’effet de la *Loi proposée* est limité au mariage sur le plan civil : voir l’art. 1. Elle ne peut être interprétée comme ayant une incidence sur le mariage religieux ou sa célébration. Toutefois, la Question 3 est formulée en termes larges, sans mention de la *Loi proposée*. Nous considérons donc qu’elle vise le rôle des autorités religieuses en ce qui concerne tant les mariages civils que les mariages religieux. Nous devons aussi considérer que la contrainte en cause s’entend de celle qui serait « imposée par l’État », étant donné que l’al. 2a) ne vise que les mesures étatiques; la présente question ne s’étend pas à la protection de la liberté de religion contre les actes privés. Nous soulignons qu’il reviendrait aux provinces, dans l’exercice de leur pouvoir relatif à la célébration du mariage, de protéger les droits des autorités religieuses en légiférant relativement à la célébration des mariages entre personnes du même sexe. Il faut aussi signaler que les codes en matière de droits

53

54

55

protection granted to religious freedom under the *Charter*.

56 Against this background, we return to the question. The concern here is that if the *Proposed Act* were adopted, religious officials could be required to perform same-sex marriages contrary to their religious beliefs. Absent state compulsion on religious officials, this conjecture does not engage the *Charter*. If a promulgated statute were to enact compulsion, we conclude that such compulsion would almost certainly run afoul of the *Charter* guarantee of freedom of religion, given the expansive protection afforded to religion by s. 2(a) of the *Charter*.

57 The right to freedom of religion enshrined in s. 2(a) of the *Charter* encompasses the right to believe and entertain the religious beliefs of one's choice, the right to declare one's religious beliefs openly and the right to manifest religious belief by worship, teaching, dissemination and religious practice: *Big M Drug Mart, supra*, at pp. 336-37. The performance of religious rites is a fundamental aspect of religious practice.

58 It therefore seems clear that state compulsion on religious officials to perform same-sex marriages contrary to their religious beliefs would violate the guarantee of freedom of religion under s. 2(a) of the *Charter*. It also seems apparent that, absent exceptional circumstances which we cannot at present foresee, such a violation could not be justified under s. 1 of the *Charter*.

59 The question we are asked to answer is confined to the performance of same-sex marriages by religious officials. However, concerns were raised about the compulsory use of sacred places for the celebration of such marriages and about being compelled to otherwise assist in the celebration of same-sex marriages. The reasoning that leads us to conclude that the guarantee of freedom of religion protects against the compulsory celebration of same-sex marriages,

de la personne doivent être interprétés et appliqués dans le respect de la vaste protection accordée par la *Charte* à la liberté de religion.

Ce contexte précisé, revenons maintenant à la question qui nous est posée. En l'occurrence, on craint que, si la *Loi proposée* est adoptée, les autorités religieuses puissent être contraintes de marier deux personnes du même sexe contrairement à leurs croyances religieuses. En l'absence de contrainte imposée par l'État aux autorités religieuses, cette hypothèse ne donne pas lieu à l'application de la *Charte*. Toutefois, si une loi leur imposant cette contrainte était promulguée, nous concluons qu'elle serait presque assurément contraire à la liberté de religion garantie par la *Charte*, compte tenu de la protection étendue accordée à la liberté de religion par l'al. 2a) de la *Charte*.

Le droit à la liberté de religion consacré à l'al. 2a) de la *Charte* englobe le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement nos croyances religieuses et le droit de les manifester par leur enseignement et leur propagation, par la pratique religieuse et par le culte : *Big M Drug Mart, précité*, p. 336-337. L'accomplissement de rites religieux représente un aspect fondamental de la pratique religieuse.

Il semble donc clair que le fait d'obliger les autorités religieuses à marier des personnes du même sexe contrairement à leurs croyances religieuses porterait atteinte à la liberté de religion garantie à l'al. 2a) de la *Charte*. Il semble aussi qu'en l'absence de circonstances exceptionnelles — que nous ne pouvons pas prévoir maintenant —, une telle atteinte ne pourrait être justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*.

La question qui nous est soumise se limite à la possibilité que les autorités religieuses soient contraintes de marier des personnes du même sexe. Toutefois, des craintes ont été exprimées relativement à l'obligation de collaborer à de tels mariages, notamment par l'utilisation forcée de lieux sacrés pour leur célébration. Le raisonnement qui nous a amenés à conclure que la liberté de religion protège les autorités religieuses contre la contrainte d'avoir

suggests that the same would hold for these concerns.

Returning to the question before us, the Court is of the opinion that, absent unique circumstances with respect to which we will not speculate, the guarantee of religious freedom in s. 2(a) of the *Charter* is broad enough to protect religious officials from being compelled by the state to perform civil or religious same-sex marriages that are contrary to their religious beliefs.

D. *Question 4: Is the Opposite-Sex Requirement for Marriage for Civil Purposes, as Established by the Common Law and Set Out for Quebec in Section 5 of the Federal Law–Civil Law Harmonization Act, No. 1, Consistent With the Charter?*

(1) Threshold Issue: Whether the Court Should Answer Question 4

The first issue is whether this Court should answer the fourth question, in the unique circumstances of this reference. This issue must be approached on the basis that the answer to Question 4 may be positive or negative; the preliminary analysis of the discretion not to answer a reference question cannot be predicated on a presumed outcome. The reference jurisdiction vested in this Court by s. 53 of the *Supreme Court Act* is broad and has been interpreted liberally: see, e.g., *Secession Reference*, *supra*. The Court has rarely exercised its discretion not to answer a reference question reflecting its perception of the seriousness of its advisory role.

Despite this, the Court may decline to answer reference questions where to do so would be inappropriate, either because the question lacks sufficient legal content (which is not the case here) or because attempting to answer it would for other reasons be problematic.

à marier deux personnes du même sexe nous porte à croire que la même conclusion vaudrait à l'égard de ces craintes.

Pour revenir à la question qui lui est soumise, la Cour est d'avis que, en l'absence de circonstances particulières que nous ne nous aventurerons pas à imaginer, le droit à la liberté de religion garanti par l'al. 2a) de la *Charte* a une portée assez étendue pour protéger les autorités religieuses contre la possibilité que l'État les contraigne à marier civilement ou religieusement deux personnes du même sexe contrairement à leurs croyances religieuses.

D. *Question 4 : L'exigence, sur le plan civil, selon laquelle seules deux personnes de sexe opposé peuvent se marier, prévue par la common law et, pour le Québec, à l'art. 5 de la Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil, est-elle conforme à la Charte?*

(1) Question préliminaire : La Cour devrait-elle répondre à la Question 4?

La Cour doit d'abord se demander si elle devrait répondre à la quatrième question dans les circonstances particulières du présent renvoi. Elle doit pour ce faire considérer que la réponse à la Question 4 pourrait être soit affirmative, soit négative; lorsqu'elle détermine, à titre préliminaire, si elle doit exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser de répondre à une question posée dans un renvoi, la Cour ne peut en effet présumer de la réponse à cette question. Le pouvoir d'étudier un renvoi que l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême* confère à la Cour a une portée étendue et a été interprété libéralement: voir, par exemple, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité. La Cour a rarement exercé son pouvoir discrétionnaire de refuser de répondre à une question posée dans un renvoi, ce qui témoigne de l'importance qu'elle attache à ses attributions consultatives.

La Cour peut néanmoins refuser de répondre à une question posée dans un renvoi lorsqu'elle juge qu'il serait inapproprié d'y répondre, soit parce que sa teneur n'est pas suffisamment juridique (ce qui n'est pas le cas en l'occurrence), soit parce que tenter d'y répondre créerait des problèmes à d'autres égards.

60

61

62

63 In the *Secession Reference*, *supra*, at para. 30, we noted that instances where the Court has refused to answer reference questions on grounds other than lack of legal content tend to fall into two broad categories: (1) where the question is too ambiguous or imprecise to allow an accurate answer: see, e.g., *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445, at p. 485; and *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 256; and (2) where the parties have not provided the Court with sufficient information to provide a complete answer: see, e.g., *Reference re Authority of Parliament in relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54, at pp. 75-77; and *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, at para. 257. These categories highlight two important considerations, but are not exhaustive.

64 A unique set of circumstances is raised by Question 4, the combined effect of which persuades the Court that it would be unwise and inappropriate to answer the question.

65 The first consideration on the issue of whether this Court should answer the fourth question is the government's stated position that it will proceed by way of legislative enactment, regardless of what answer we give to this question. In oral argument, counsel reiterated the government's unequivocal intention to introduce legislation in relation to same-sex marriage, regardless of the answer to Question 4. The government has clearly accepted the rulings of lower courts on this question and has adopted their position as its own. The common law definition of marriage in five provinces and one territory no longer imports an opposite-sex requirement. In addition, s. 5 of the *Federal Law-Civil Law Harmonization Act, No. 1*, S.C. 2001, c. 4, no longer imports an opposite-sex requirement. Given the government's stated commitment to this course of action, an opinion on the constitutionality of an opposite-sex requirement for marriage serves no legal purpose. On the other hand, answering

Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, par. 30, nous avons souligné que les cas dans lesquels la Cour a refusé de répondre à une question posée dans un renvoi pour un autre motif que le fait qu'elle ne présente pas un aspect suffisamment juridique peuvent être classés en deux grandes catégories : (1) la question est trop imprécise ou ambiguë pour qu'il soit possible d'y apporter une réponse exacte : voir, par exemple, *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445, p. 485; et *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 256; (2) les parties n'ont pas fourni suffisamment d'information pour permettre à la Cour de donner une réponse complète : voir, par exemple, *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54, p. 75-77; et *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, par. 257. Ces catégories mettent en relief deux considérations importantes, mais elles ne sont pas exhaustives.

La Question 4 met en cause un ensemble unique de circonstances dont l'effet combiné nous convainc qu'il ne serait ni sage ni approprié d'y répondre.

La première considération à prendre en compte pour décider si la Cour devrait répondre à la quatrième question est la volonté exprimée par le gouvernement d'agir, en empruntant la voie législative, peu importe la réponse de la Cour à cette question. Lors de la plaidoirie orale, les avocats ont réitéré l'intention non équivoque du gouvernement de prendre des mesures législatives relativement au mariage entre personnes du même sexe, sans égard à la réponse donnée à la Question 4. Le gouvernement a clairement accepté les conclusions des juridictions inférieures sur cette question et les a faites siennes. Dans cinq provinces et un territoire, la définition du mariage en common law ne comporte plus la condition que les époux soient de sexe opposé. Cette même exigence énoncée à l'art. 5 de la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, ch. 4, a aussi disparu. Étant donné l'engagement pris ouvertement par le gouvernement en ce sens, un avis sur la constitutionnalité de l'exigence

this question may have serious deleterious effects, which brings us to our next point.

The second consideration is that the parties to previous litigation have now relied upon the finality of the judgments they obtained through the court process. In the circumstances, their vested rights outweigh any benefit accruing from an answer to Question 4. Moreover, other same-sex couples acted on the finality of *EGALE*, *Halpern* and *Hendricks* to marry, relying on the Attorney General of Canada's adoption of the result in those cases. While the effects of the *EGALE* and *Hendricks* decisions were initially suspended, the suspensions were lifted with the consent of the Attorney General. As a result of these developments, same-sex marriages have generally come to be viewed as legal and have been regularly taking place in British Columbia, Ontario and Quebec. Since this reference was initiated, the opposite-sex requirement for marriage has also been struck down in the Yukon, Manitoba, Nova Scotia and Saskatchewan: *Dunbar v. Yukon*, [2004] Y.J. No. 61 (QL), 2004 YKSC 54; *Vogel v. Canada (Attorney General)*, [2004] M.J. No. 418 (QL) (Q.B.); *Boutilier v. Nova Scotia (Attorney General)*, [2004] N.S.J. No. 357 (QL) (S.C.); and *N.W. v. Canada (Attorney General)*, [2004] S.J. No. 669 (QL), 2004 SKQB 434. In each of those instances, the Attorney General of Canada conceded that the common law definition of marriage was inconsistent with s. 15(1) of the *Charter* and was not justifiable under s. 1, and publicly adopted the position that the opposite-sex requirement for marriage was unconstitutional.

As noted by this Court in *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2002] 4 S.C.R. 325, 2002 SCC 83, at para. 43:

The decision to marry or not is intensely personal and engages a complex interplay of social, political, religious, and financial considerations by the individual.

selon laquelle seules deux personnes de sexe opposé peuvent se marier ne serait d'aucune utilité sur le plan juridique. Par contre, le fait de répondre à cette question pourrait entraîner de graves conséquences négatives, ce qui nous amène au point suivant.

La deuxième considération à prendre en compte est le fait que les parties aux instances antérieures ont pris des mesures en se fondant sur la finalité des décisions judiciaires qu'elles ont obtenues. Dans les circonstances, leurs droits acquis l'emportent sur tout avantage pouvant découler d'une réponse à la Question 4. De plus, d'autres couples du même sexe ont, sur la foi de la finalité des jugements *EGALE*, *Halpern* et *Hendricks*, décidé de se marier en se fondant sur l'acceptation du résultat de ces instances par le procureur général du Canada. Bien que l'effet des décisions *EGALE* et *Hendricks* ait été initialement suspendu, ces suspensions ont été levées avec le consentement du procureur général. À la suite de ces événements, les mariages entre personnes du même sexe ont commencé à être généralement perçus comme légaux et de tels mariages ont lieu assez fréquemment en Colombie-Britannique, en Ontario et au Québec. Depuis la formation du présent renvoi, la condition que les époux soient de sexe opposé a aussi été supprimée au Yukon, au Manitoba, en Nouvelle-Écosse et en Saskatchewan : *Dunbar c. Yukon*, [2004] Y.J. No. 61 (QL), 2004 YKSC 54; *Vogel c. Canada (Attorney General)*, [2004] M.J. No. 418 (QL) (B.R.); *Boutilier c. Nova Scotia (Attorney General)*, [2004] N.S.J. No. 357 (QL) (C.S.); et *N.W. c. Canada (Attorney General)*, [2004] S.J. No. 669 (QL), 2004 SKQB 434. Dans chacune de ces causes, le procureur général du Canada a admis que la définition du mariage reconnue en common law était incompatible avec le par. 15(1) de la *Charte* et injustifiée au sens de l'article premier, et il a affirmé publiquement que la condition que les époux soient de sexe opposé était inconstitutionnelle.

Pour reprendre les propos exprimés par la Cour dans *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, 2002 CSC 83, par. 43 :

La décision de se marier ou de ne pas se marier est de nature très personnelle et fait interagir, chez chaque personne, un ensemble complexe de considérations sociales, politiques, religieuses et financières.

The parties in *EGALE*, *Halpern* and *Hendricks* have made this intensely personal decision. They have done so relying upon the finality of the judgments concerning them. We are told that thousands of couples have now followed suit. There is no compelling basis for jeopardizing acquired rights, which would be a potential outcome of answering Question 4.

Les parties dans les affaires *EGALE*, *Halpern* et *Hendricks* ont pris cette décision très personnelle. Pour ce faire, elles se sont fondées sur la finalité des jugements rendus à leur égard. On nous dit que des milliers de couples ont maintenant suivi leur exemple. Aucun motif impérieux ne justifierait que l'on mette en péril des droits maintenant acquis, comme cela pourrait se produire si l'on répond à la Question 4.

68

There is no precedent for answering a reference question which mirrors issues already disposed of in lower courts where an appeal was available but not pursued. Reference questions may, on occasion, pertain to already adjudicated disputes: see, e.g., *Reference re Truscott*, [1967] S.C.R. 309; *Reference re Regina v. Coffin*, [1956] S.C.R. 191; *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] S.C.R. 248; and *Reference re Milgaard (Can.)*, [1992] 1 S.C.R. 866. In those cases, however, no appeal to the Supreme Court was possible, either because leave to appeal had been denied (*Truscott* and *Milgaard*) or because no right of appeal existed (*Coffin* and *Minimum Wage Act of Saskatchewan*). The only instance that we are aware of where a reference was pursued in lieu of appeal is *Reference re Newfoundland Continental Shelf*, [1984] 1 S.C.R. 86. That reference is also distinguishable: unlike the instant reference, it was not a direct response to the findings of a lower appellate court and the parties involved in the prior proceedings had consented to the use of the reference procedure.

Aucun précédent ne commande qu'il soit répondu à une question qui est posée dans un renvoi et qui fait écho à des points sur lesquels des juridictions inférieures ont déjà statué dans des décisions qui pouvaient être portées en appel, mais qui ne l'ont pas été. Les questions posées dans un renvoi peuvent, à l'occasion, avoir déjà fait l'objet d'une instance et d'une décision judiciaire : voir, par exemple, *Reference re Truscott*, [1967] R.C.S. 309; *Reference re Regina c. Coffin*, [1956] R.C.S. 191; *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] R.C.S. 248, et *Renvoi relatif à Milgaard (Can.)*, [1992] 1 R.C.S. 866. Toutefois, dans ces affaires, aucun appel à la Cour suprême n'était possible, soit parce que l'autorisation d'appel avait été refusée (*Truscott* et *Milgaard*), soit parce qu'il n'existait pas de droit d'appel (*Coffin* et *Minimum Wage Act of Saskatchewan*). Le seul cas dont nous ayons connaissance dans lequel un renvoi a été formé plutôt qu'un appel est le *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 R.C.S. 86. Ce renvoi doit lui aussi être distingué du présent renvoi parce que, contrairement à celui-ci, il n'avait pas été formé en réaction directe aux conclusions tirées par une juridiction d'appel inférieure et les parties aux instances antérieures avaient consenti au choix de la procédure de renvoi.

69

The final consideration is that answering this question has the potential to undermine the government's stated goal of achieving uniformity in respect of civil marriage across Canada. There is no question that uniformity of the law is essential. This is the very reason that Parliament was accorded legislative competence in respect of marriage under s. 91(26) of the *Constitution Act, 1867*. However, as discussed, the government has already chosen to address the question of uniformity by means of the

Enfin, il faut considérer que le fait de répondre à cette question risquerait de compromettre le but exprès du gouvernement d'uniformiser le droit en matière de mariage civil dans l'ensemble du Canada. Il ne fait aucun doute que l'uniformité du droit est essentielle. C'est précisément pour cette raison que la compétence législative relative au mariage a été attribuée au Parlement au par. 91(26) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, rappelons que le gouvernement a déjà choisi de régler la question de

*Proposed Act*, which we have found to be within Parliament's legislative competence and consistent with the *Charter*. Answering the fourth question will not assist further. Given that uniformity is to be addressed legislatively, this rationale for answering Question 4 fails to compel.

On the other hand, consideration of the fourth question has the potential to undermine the uniformity that would be achieved by the adoption of the proposed legislation. The uniformity argument succeeds only if the answer to Question 4 is "no". By contrast, a "yes" answer would throw the law into confusion. The decisions of the lower courts in the matters giving rise to this reference are binding in their respective provinces. They would be cast into doubt by an advisory opinion which expressed a contrary view, even though it could not overturn them. The result would be confusion, not uniformity.

In sum, a unique combination of factors is at play in Question 4. The government has stated its intention to address the issue of same-sex marriage by introducing legislation regardless of our opinion on this question. The parties to previous litigation have relied upon the finality of their judgments and have acquired rights which in our view are entitled to protection. Finally, an answer to Question 4 would not only fail to ensure uniformity of the law, but might undermine it. These circumstances, weighed against the hypothetical benefit Parliament might derive from an answer, convince the Court that it should exercise its discretion not to answer Question 4.

#### (2) The Substance of Question 4

For the reasons set out above, the Court exercises its discretion not to answer this question.

### III. Conclusion

The Court answers the reference questions as follows:

l'uniformité au moyen de la *Loi proposée* qui, selon nos conclusions, relève de la compétence législative du Parlement et est conforme à la *Charte*. Répondre à la quatrième question ne donnerait rien de plus. Comme la question de l'uniformité sera réglée par voie législative, cette raison de répondre à la Question 4 ne tient pas.

Par ailleurs, l'examen de la quatrième question risquerait de compromettre l'uniformité résultant de l'adoption de la loi proposée. L'argument fondé sur l'uniformité ne peut être retenu que si la réponse à la Question 4 est « non ». À l'opposé, un « oui » créerait la confusion sur le plan juridique. Les décisions des juridictions inférieures dans les dossiers à l'origine du présent renvoi ont force obligatoire dans les provinces où elles ont été rendues. Elles seraient mises en doute si l'avis exprimé les contredisait, même s'il ne peut les infirmer. La formulation d'un avis engendrerait non pas l'uniformité, mais la confusion.

Tout compte fait, une combinaison unique de facteurs est en jeu en ce qui a trait à la Question 4. Le gouvernement a exprimé son intention d'agir relativement au mariage entre personnes du même sexe en présentant un projet de loi, peu importe l'avis que nous exprimerions sur cette question. Les parties aux instances antérieures ont agi en se fondant sur la finalité des jugements qu'elles avaient obtenus et ont acquis des droits qui, à notre avis, doivent être protégés. Enfin, non seulement une réponse à la Question 4 ne permettrait pas d'assurer l'uniformité du droit, mais elle pourrait compromettre cet objectif. Ces circonstances, appréciées en regard de l'avantage hypothétique que le Parlement pourrait tirer d'une réponse, convainquent la Cour qu'elle doit exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser de répondre à la Question 4.

#### (2) Le fond de la Question 4

Pour les motifs déjà exprimés, la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire de ne pas répondre à cette question.

### III. Conclusion

La Cour donne les réponses suivantes aux questions posées dans le renvoi :

70

71

72

73

1. Is the annexed *Proposal for an Act respecting certain aspects of legal capacity for marriage for civil purposes* within the exclusive legislative authority of the Parliament of Canada? If not, in what particular or particulars, and to what extent?

Answer: With respect to s. 1: Yes. With respect to s. 2: No.

2. If the answer to question 1 is yes, is section 1 of the proposal, which extends capacity to marry to persons of the same sex, consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? If not, in what particular or particulars, and to what extent?

Answer: Yes.

3. Does the freedom of religion guaranteed by paragraph 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* protect religious officials from being compelled to perform a marriage between two persons of the same sex that is contrary to their religious beliefs?

Answer: Yes.

4. Is the opposite-sex requirement for marriage for civil purposes, as established by the common law and set out for Quebec in section 5 of the *Federal Law-Civil Law Harmonization Act, No. 1*, consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? If not, in what particular or particulars and to what extent?

Answer: The Court exercises its discretion not to answer this question.

1. La *Proposition de loi concernant certaines conditions de fond du mariage civil*, ci-jointe, relève-t-elle de la compétence exclusive du Parlement du Canada? Dans la négative, à quel égard et dans quelle mesure?

Réponse : En ce qui concerne l'art. 1 : Oui. En ce qui concerne l'art. 2 : Non.

2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, l'article 1 de la proposition, qui accorde aux personnes du même sexe la capacité de se marier, est-il conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés*? Dans la négative, à quel égard et dans quelle mesure?

Réponse : Oui.

3. La liberté de religion, que garantit l'alinéa 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, protège-t-elle les autorités religieuses de la contrainte d'avoir à marier deux personnes du même sexe contrairement à leurs croyances religieuses?

Réponse : Oui.

4. L'exigence, sur le plan civil, selon laquelle seules deux personnes de sexe opposé peuvent se marier, prévue par la common law et, pour le Québec, à l'article 5 de la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, est-elle conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés*? Dans la négative, à quel égard et dans quelle mesure?

Réponse : La Cour exerce son pouvoir discrétionnaire de ne pas répondre à cette question.

74

A number of interveners have sought costs. In accordance with its usual practice on references brought pursuant to s. 53(1) of the *Supreme Court Act*, the Court denies the requests for costs.

*The questions referred to were answered as follows:*

*Question 1:* With respect to s. 1, yes. With respect to s. 2, no.

*Question 2:* Yes.

Certains intervenants ont demandé que leurs dépens leur soient adjugés. Conformément à sa pratique usuelle dans les renvois qui lui sont soumis en vertu du par. 53(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, la Cour rejette leurs demandes concernant les dépens.

*Les questions posées dans le renvoi ont reçu les réponses suivantes :*

*Question 1 :* En ce qui concerne l'art. 1, oui. En ce qui concerne l'art. 2, non.

*Question 2 :* Oui.



*Question 3: Yes.*

*Question 4: The Court exercises its discretion not to answer this question.*

*Solicitor for the Attorney General of Canada: Deputy Attorney General of Canada, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Sainte-Foy.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General of Alberta: MacPherson, Leslie & Tyerman, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Ontario Human Rights Commission: Ontario Human Rights Commission, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Manitoba Human Rights Commission: Manitoba Human Rights Commission, Winnipeg.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: McLennan Ross, Calgary.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Conference of Catholic Bishops: Barnes, Sammon, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Ontario Conference of Catholic Bishops: Miller Thomson, Markham.*

*Solicitor for the intervener the Seventh-Day Adventist Church in Canada: Barry W. Bussey, Oshawa.*

*Question 3: Oui.*

*Question 4: La Cour exerce son pouvoir discrétionnaire de ne pas répondre à cette question.*

*Procureur du procureur général du Canada: Le sous-procureur général du Canada, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Ministère de la Justice, Sainte-Foy.*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: MacPherson, Leslie & Tyerman, Regina.*

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

*Procureur de l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne: Commission ontarienne des droits de la personne, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante la Commission des droits de la personne du Manitoba: Commission des droits de la personne du Manitoba, Winnipeg.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien: McLennan Ross, Calgary.*

*Procureurs de l'intervenante la Conférence des évêques catholiques du Canada: Barnes, Sammon, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante la Conférence des évêques catholiques de l'Ontario: Miller Thomson, Markham.*

*Procureur de l'intervenante l'Église Adventiste du Septième Jour au Canada: Barry W. Bussey, Oshawa.*

*Solicitors for the intervener the United Church of Canada: WeirFoulds, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Unitarian Council: Smith & Hughes, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints: Miller Thomson, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Metropolitan Community Church of Toronto: Roy Elliott Kim O'Connor, Toronto.*

*Solicitors for the interveners Egale Canada Inc. and Egale Couples: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto; Arvay Finlay, Victoria.*

*Solicitor for the interveners the B.C. Couples: Kathleen A. Lahey, Kingston.*

*Solicitors for the interveners the Ontario Couples and the Quebec Couple: Epstein Cole, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Working Group on Civil Unions: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Association for Marriage and the Family in Ontario: Stikeman Elliott, Toronto.*

*Solicitor for the interveners the Canadian Coalition of Liberal Rabbis for same-sex marriage and Rabbi Debra Landsberg, as its nominee: Ed Morgan, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Foundation for Equal Families: Torys, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Mouvement laïque québécois: Alarie, Legault, Hénault: Montréal.*

*Solicitors for the intervener Coalition pour le mariage civil des couples de même sexe: Saint-Pierre, Grenier, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante l'Église unie du Canada : WeirFoulds, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil Unitarien du Canada : Smith & Hughes, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Église de Jésus-Christ des Saints des Derniers Jours : Miller Thomson, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Metropolitan Community Church of Toronto : Roy Elliott Kim O'Connor, Toronto.*

*Procureurs des intervenants Egale Canada Inc. et les Couples Egale : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto; Arvay Finlay, Victoria.*

*Procureur des intervenants les Couples de la Colombie-Britannique : Kathleen A. Lahey, Kingston.*

*Procureurs des intervenants les Couples de l'Ontario et le Couple du Québec : Epstein Cole, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant Working Group on Civil Unions : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Association for Marriage and the Family in Ontario : Stikeman Elliott, Toronto.*

*Procureur des intervenants la Coalition canadienne des rabbins libéraux en faveur des mariages entre conjoints de même sexe et le rabbin Debra Landsberg, en sa qualité de représentante désignée : Ed Morgan, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Fondation en faveur de l'égalité des familles : Torys, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Mouvement laïque québécois : Alarie, Legault, Hénault : Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante la Coalition pour le mariage civil des couples de même sexe : Saint-Pierre, Grenier, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Interfaith Coalition on Marriage and Family: Lerner, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the Honourable Anne Cools, Member of the Senate, and Roger Gallaway, Member of the House of Commons: Chipecur Advocates, Calgary.*

*Procureurs de l'intervenante Interfaith Coalition on Marriage and Family : Lerner, Toronto.*

*Procureurs des intervenants l'honorable Anne Cools, sénatrice, et Roger Gallaway, membre de la Chambre des communes : Chipecur Advocates, Calgary.*

**Allan Wayne Lohrer** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. LOHRER**

**Neutral citation: 2004 SCC 80.**

File No.: 30160.

2004: December 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Evidence — Misapprehension of evidence — Accused convicted of aggravated assault and uttering threats — Test applicable to setting aside of convictions on basis of trial judge's misapprehension of evidence not met — Convictions upheld.*

The accused was convicted of aggravated assault and of uttering threats, and a majority of the Court of Appeal upheld the convictions. The dissenting judge would have set aside the convictions and ordered a new trial as he concluded that the misapprehensions of the evidence found in the trial judge's reasons were such that it could not be said the accused received a fair trial.

*Held:* The appeal should be dismissed.

To set aside a conviction on appeal on the basis that the trial judge misapprehended the evidence, the misapprehension of the evidence must go to the substance rather than to the detail. It must be material rather than peripheral to the reasoning of the trial judge, and the errors thus identified must play an essential part not just in the narrative of the judgment but in the reasoning process resulting in a conviction. This test is not met in this case. There is no indication that the trial judge erred in his assessment of the evidence in a manner that could have affected the outcome.

**Allan Wayne Lohrer** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. LOHRER**

**Référence neutre : 2004 CSC 80.**

N° du greffe : 30160.

2004 : 10 décembre.

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

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

*Droit criminel — Preuve — Interprétation erronée de la preuve — Accusé déclaré coupable relativement à des accusations de voies de fait graves et de profération de menaces — Non-respect du critère applicable pour annuler les déclarations de culpabilité pour cause d'interprétation erronée de la preuve par le juge du procès — Déclarations de culpabilité confirmées.*

L'accusé a été reconnu coupable relativement à des accusations de voies de fait graves et de profération de menaces, et la Cour d'appel, à la majorité, a confirmé les déclarations de culpabilité. Le juge dissident aurait annulé les déclarations de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès, après avoir conclu que, en raison de l'interprétation erronée de la preuve qu'il a constatée dans les motifs du juge du procès, il était impossible de dire que l'accusé avait subi un procès équitable.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Pour annuler une déclaration de culpabilité à l'issue d'un appel fondé sur le moyen voulant que le juge du procès ait mal interprété la preuve, l'interprétation erronée de la preuve doit porter sur l'essence plutôt que sur des détails. Elle doit avoir une incidence importante plutôt que secondaire sur le raisonnement du juge du procès, et les erreurs ainsi relevées doivent avoir joué un rôle capital non seulement dans les motifs du jugement, mais encore dans le raisonnement à l'origine de la déclaration de culpabilité. Ce critère n'est pas respecté en l'espèce. Rien n'indique que l'appréciation de la preuve par le juge du procès était erronée au point de pouvoir influencer sur l'issue de l'affaire.

**Cases Cited**

**Applied:** *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193; *R. v. C. (R.)*, [1993] 2 S.C.R. 226, rev'g (1993), 81 C.C.C. (3d) 417.

**Statutes and Regulations Cited**

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i), (iii).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2003), 186 B.C.A.C. 58, 306 W.A.C. 58, [2003] B.C.J. No. 1952 (QL), 2003 BCCA 457, upholding the accused's convictions for aggravated assault and uttering threats. Appeal dismissed.

*Shawn P. Buckley*, for the appellant.

*Kenneth Madsen*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

BINNIE J. — This is an appeal as of right from convictions of the appellant for aggravated assault and uttering a threat. A majority of the B.C. Court of Appeal affirmed the convictions. Hollinrake J.A. dissented. He found applicable to this case what was said by Doherty J.A. of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193, as follows at p. 221:

Where a trial judge is mistaken as to the substance of material parts of the evidence and those errors play an essential part in the reasoning process resulting in a conviction, then, in my view, the accused's conviction is not based exclusively on the evidence and is not a "true" verdict.

Later in the same paragraph, Doherty J.A. stated:

If an appellant can demonstrate that the conviction depends on a misapprehension of the evidence then, in my view, it must follow that the appellant has not received a fair trial, and was the victim of a miscarriage of justice. This is so even if the evidence, as actually adduced at trial, was capable of supporting a conviction.

**Jurisprudence**

**Arrêts appliqués :** *R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193; *R. c. C. (R.)*, [1993] 2 R.C.S. 226, inf. (1993), 81 C.C.C. (3d) 417.

**Lois et règlements cités**

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(a)(i), (iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2003), 186 B.C.A.C. 58, 306 W.A.C. 58, [2003] B.C.J. No. 1952 (QL), 2003 BCCA 457, confirmant les déclarations de culpabilité de l'accusé relativement à des accusations de voies de fait graves et de profération de menaces. Pourvoi rejeté.

*Shawn P. Buckley*, pour l'appellant.

*Kenneth Madsen*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE BINNIE — Le présent pourvoi est formé de plein droit contre les déclarations de culpabilité de l'appellant relativement à des accusations de voies de fait graves et de profération de menaces. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la majorité, a confirmé les déclarations de culpabilité. Le juge Hollinrake, dissident, a considéré applicables en l'espèce les propos tenus par le juge Doherty dans l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193, p. 221 :

[TRADUCTION] À mon avis, si un juge commet une erreur quant à l'essence d'un élément de preuve important et que cette erreur joue un rôle capital dans le raisonnement à l'origine de la déclaration de culpabilité, il s'ensuit que la déclaration de culpabilité de l'accusé n'est pas fondée exclusivement sur la preuve et ne constitue pas un verdict « juste ».

Le juge Doherty ajoute ceci plus loin dans le même paragraphe :

[TRADUCTION] Si un appellant peut démontrer que la déclaration de culpabilité repose sur une interprétation erronée de la preuve, force est de conclure, selon moi, que l'appellant n'a pas subi un procès équitable et qu'il a été victime d'une erreur judiciaire. Tel est le cas même si la preuve réellement produite au procès était susceptible d'étayer une déclaration de culpabilité.

We agree with these observations. Where a miscarriage of justice within the meaning of s. 686(1)(a)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, has been demonstrated an accused appellant is not bound to show in addition that the verdict cannot “be supported by the evidence” within the meaning of s. 686(1)(a)(i).

2 *Morrissey*, it should be emphasized, describes a stringent standard. The misapprehension of the evidence must go to the substance rather than to the detail. It must be material rather than peripheral to the reasoning of the trial judge. Once those hurdles are surmounted, there is the further hurdle (the test is expressed as conjunctive rather than disjunctive) that the errors thus identified must play an essential part not just in the narrative of the judgment but “in the reasoning process resulting in a conviction”.

3 The test is not met in this case. The only error identified by Hollinrake J.A. in his dissent appears at para. 55 of the judgment ((2003), 186 B.C.A.C. 58, 2003 BCCA 457), where he says:

For instance, the trial judge found that Ms. Colville’s “life was endangered from the repeated blows that she received”. There was no medical evidence that her life was endangered, and that finding in my opinion cannot be supported on the basis of an inference being drawn by the judge.

4 Ms. Colville was beaten about the head and body with a baseball bat. We prefer on that particular point what was said by the majority at para. 23, where Hall J.A. stated:

I do not consider that the trial judge misapprehended the evidence when he described the injury to Colville as “life threatening”. The fact is that fracture injury to the orbital area of the face is serious and can be life threatening.

Further along in the same paragraph Hall J.A. states:

The essential ingredients of this offence are contained in that definition [that is to say s. 268(1) of the *Criminal Code*] and by that definition, there can be no doubt but what happened to Colville was, at the very least, maiming or disfiguring.

Nous souscrivons à ces observations. L’accusé appelant qui démontre l’existence d’une erreur judiciaire, au sens du sous-al. 686(1)(a)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, n’a pas à établir en plus que le verdict ne peut pas « s’appuyer sur la preuve », au sens du sous-al. 686(1)(a)(i).

L’arrêt *Morrissey*, faut-il le souligner, établit une norme stricte. L’interprétation erronée de la preuve doit porter sur l’essence plutôt que sur des détails. Elle doit avoir une incidence importante plutôt que secondaire sur le raisonnement du juge du procès. Une fois ces obstacles surmontés, il faut en outre (le critère étant énoncé de manière conjonctive plutôt que disjonctive) que les erreurs ainsi relevées aient joué un rôle capital non seulement dans les motifs du jugement, mais encore « dans le raisonnement à l’origine de la déclaration de culpabilité ».

Ce critère n’est pas respecté en l’espèce. La seule erreur que le juge Hollinrake relève dans ses motifs dissidents figure au par. 55 de l’arrêt ((2003), 186 B.C.A.C. 58, 2003 BCCA 457) où il affirme ceci :

[TRADUCTION] Par exemple, le juge du procès a conclu que « les nombreux coups reçus par [M<sup>me</sup> Colville] faisaient craindre pour sa vie ». Il n’y avait aucune preuve médicale que sa vie était en danger, et j’estime que cette conclusion ne peut pas être étayée par une inférence du juge.

Des coups de bâton de baseball avaient été portés à la tête et au corps de M<sup>me</sup> Colville. À cet égard, nous préférons les propos que le juge Hall a tenus, au nom des juges majoritaires, au par. 23 :

[TRADUCTION] Je ne considère pas que le juge du procès a mal interprété la preuve lorsqu’il a affirmé que les blessures subies par M<sup>me</sup> Colville « faisaient craindre pour sa vie ». En fait, une fracture dans la partie orbitaire du visage est grave et peut mettre la vie en danger.

Le juge Hall ajoute ceci, dans le même paragraphe :

[TRADUCTION] Les éléments constitutifs de la présente infraction sont énoncés dans cette définition [c’est-à-dire au par. 268(1) du *Code criminel*] et, compte tenu de cette définition, il ne fait aucun doute que le traitement subi par M<sup>me</sup> Colville était, tout au moins, de nature à la mutiler ou à la défigurer.

In the course of his argument, the appellant mentioned a number of other alleged errors and inconsistencies in the trial judgment including his view that the trial judge had not adequately recognized the inconsistencies in the complainants' evidence. However, what the trial judge said was that there were no "major" inconsistencies in their evidence, a conclusion with which we agree. In any event he evidently did not consider the inconsistencies, which he recognized, to be fatal to the complainants' credibility on the material issues in dispute.

In our view, none of the errors urged by the appellant goes to "the substance of material parts" of the evidence that bears on an "essential part in the reasoning process" of the trial judge leading to the convictions.

We would apply to the trial judge in this case what was stated by Rothman J.A., dissenting in the result, in the Quebec Court of Appeal in *R. v. C. (R.)* (1993), 81 C.C.C. (3d) 417, where he said at p. 420:

I can see no indication that [the trial judge] failed to direct himself to the relevant issues or that he erred in his appreciation of the evidence in a manner that could have affected the outcome.

I emphasize the last phrase. The reasons of Rothman J.A. in dissent were adopted by a majority of this Court in restoring the conviction, reported in [1993] 2 S.C.R. 226.

In our view, the statement of Rothman J.A. in *C. (R.)* and the statement of Doherty J.A. in *Morrissey* both correctly emphasize the centrality (or "essential part") the misapprehension of the evidence must play in the trial judge's reasoning process leading to the conviction before the trial judgment will be set aside on appeal on that basis.

None of the errors alleged in this case meets this standard. The appeal is therefore dismissed.

Pendant son argumentation, l'appelant a allégué l'existence d'un certain nombre d'autres erreurs et contradictions dans le jugement de première instance. Il s'est dit d'avis notamment que le juge du procès n'avait pas suffisamment reconnu les contradictions du témoignage des plaignants. Cependant, le juge du procès a conclu, en réalité, que leur témoignage ne comportait aucune contradiction « majeure », conclusion à laquelle nous souscrivons. Quoi qu'il en soit, il n'a manifestement pas considéré que ces contradictions, dont il a reconnu l'existence, compromettaient la crédibilité des plaignants relativement aux questions litigieuses substantielles.

Selon nous, aucune des erreurs soulignées par l'appelant ne porte sur « l'essence d'un élément de preuve important » ayant joué « un rôle capital dans le raisonnement » du juge du procès, qui est à l'origine des déclarations de culpabilité.

Nous sommes d'avis d'appliquer au juge du procès en l'espèce les propos que le juge Rothman, dissident quant au résultat, a tenus dans l'arrêt de la Cour d'appel du Québec *R. c. C. (R.)* (1993), 81 C.C.C. (3d) 417, p. 420 :

[TRADUCTION] Je ne vois rien qui indique que [le juge du procès] n'a pas tenu compte des questions pertinentes ou que son appréciation de la preuve était erronée au point de pouvoir influencer sur l'issue de l'affaire.

Je souligne le dernier membre de phrase. Dans un arrêt publié à [1993] 2 R.C.S. 226, notre Cour, à la majorité, a souscrit aux motifs du juge Rothman, dissident, en rétablissant la déclaration de culpabilité.

Selon nous, les affirmations du juge Rothman dans l'arrêt *C. (R.)* et du juge Doherty dans l'arrêt *Morrissey* soulignent toutes les deux, à juste titre, le rôle central (ou « capital ») que l'interprétation erronée de la preuve doit jouer dans le raisonnement du juge du procès, qui est à l'origine de la déclaration de culpabilité, pour que le jugement de première instance puisse être annulé à l'issue d'un appel fondé sur ce moyen.

Aucune des erreurs alléguées en l'espèce ne satisfait à cette norme. L'appel est donc rejeté.

5

6

7

8

9

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Buckley & Company,  
Kamloops.*

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

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant : Buckley & Company,  
Kamloops.*

*Procureur de l'intimée : Ministère du Procureur  
général, Vancouver.*



**Normand Martineau** *Appellant*

v.

**Minister of National Revenue** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario and Attorney General of Quebec** *Interveners*

**INDEXED AS: MARTINEAU v. M.N.R.**

**Neutral citation: 2004 SCC 81.**

File No.: 29794.

Hearing and judgment: October 14, 2004.

Reasons delivered: December 16, 2004.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Constitutional law — Charter of Rights — Self-incrimination — Customs — Notice of ascertained forfeiture — Examination for discovery — Minister of National Revenue upholding decision of customs officer to serve notice of ascertained forfeiture on alleged offender — Offender contesting Minister's decision by way of action pursuant to s. 135 of Customs Act — Motion by Minister to examine offender for discovery allowed — Whether offender may rely on protection against self-incrimination guaranteed by s. 11(c) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether offender "person charged with an offence" within meaning of that section — Whether ascertained forfeiture penal in nature — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(c) — Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), ss. 124(1), 135 — Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 236(2).*

A customs officer demanded, pursuant to s. 124 of the *Customs Act*, that the appellant pay more than \$315,000, that is, the deemed value of goods he allegedly attempted to export by making false statements. The respondent upheld the notice of ascertained forfeiture and the appellant appealed this decision by way of an action

**Normand Martineau** *Appelant*

c.

**Ministre du Revenu national** *Intimé*

et

**Procureur général de l'Ontario et procureur général du Québec** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : MARTINEAU c. M.R.N.**

**Référence neutre : 2004 CSC 81.**

N<sup>o</sup> du greffe : 29794.

Audition et jugement : 14 octobre 2004.

Motifs déposés : 16 décembre 2004.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Auto-incrimination — Douanes — Avis de confiscation compensatoire — Interrogatoire préalable — Ministre du Revenu national confirmant la décision d'un agent de douane de signifier à un présumé contrevenant un avis de confiscation compensatoire — Contrevenant contestant la décision du ministre par voie d'action conformément à l'art. 135 de la Loi sur les douanes — Requête du ministre en vue d'interroger le contrevenant au préalable accordée — Le contrevenant peut-il invoquer la protection contre l'auto-incrimination garantie par l'art. 11c) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Le contrevenant est-il un « inculpé » au sens de cet article? — La confiscation compensatoire est-elle une mesure de nature pénale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11c) — Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 124(1), 135 — Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 236(2).*

Un agent des douanes réclame à l'appelant, en vertu de l'art. 124 de la *Loi sur les douanes*, plus de 315 000 \$, soit la valeur présumée des marchandises qu'il aurait tenté d'exporter au moyen de fausses déclarations. L'intimé confirme l'avis de confiscation compensatoire et l'appelant fait appel de cette décision par voie d'action

pursuant to s. 135 of the Act. The respondent filed a notice of motion for the purpose of examining the appellant for discovery pursuant to Rule 236(2) of the *Federal Court Rules, 1998*. The appellant contested the motion on the ground that it would violate his right against self-incrimination under s. 11(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The prothonotary rejected the appellant's argument and allowed the respondent's motion. This decision was affirmed by the Federal Court and the Federal Court of Appeal. The Federal Court of Appeal concluded that forfeiture proceedings and the other sanctions in customs matters are administrative in nature and that, in respect of the action under s. 135, the appellant was not a "person charged with an offence" but a plaintiff, and the respondent was a defendant.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The appellant is not a "person charged with an offence" within the meaning of s. 11 of the *Charter*. An analysis of s. 124 of the *Customs Act* and its related provisions shows that the ascertained forfeiture process is not penal in nature and that the sanction provided for does not have true penal consequences. Rule 236(2) of the *Federal Court Rules, 1998*, which requires the appellant, as plaintiff in an action under s. 135 of the *Customs Act*, to submit to an examination for discovery, therefore does not violate s. 11(c) of the *Charter*.

The objectives of the *Customs Act* are to regulate, oversee and control cross-border movements of people and goods. To enforce the Act and its self-reporting system, Parliament has implemented civil and penal mechanisms. Although the offence imputed to the appellant — that he made false statements — may give rise to criminal prosecution (s. 160), this does not in itself mean that a notice of ascertained forfeiture can properly be characterized as a penal proceeding (s. 124). The question of whether proceedings are criminal in nature is concerned not with the nature of the act which gave rise to the proceedings, but the nature of the proceedings themselves. In principle, ascertained forfeiture is a civil collection mechanism. This mechanism is not designed to punish the offender but is instead intended to provide a timely and effective means of enforcing the *Customs Act* and to produce a deterrent effect. Ascertained forfeiture is an administrative process, and there are many judgments in tax matters that support the conclusion that an administrative sanction is not penal in nature. In the case at bar, the amount demanded pursuant to s. 124, although large, does not constitute a fine that, by its magnitude, is imposed for the purpose of redressing a wrong done to society at large, as opposed to the purpose of

intentée conformément à l'art. 135 de la Loi. L'intimé présente un avis de requête pour interroger l'appelant au préalable en vertu de la règle 236(2) des *Règles de la Cour fédérale (1998)*. L'appelant s'oppose à la requête pour le motif qu'elle irait à l'encontre de la protection contre l'auto-incrimination garantie par l'al. 11c) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le protonotaire rejette la prétention de l'appelant et accueille la requête de l'intimé. Cette décision est confirmée par la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale. Cette dernière conclut que les procédures de confiscation et les autres sanctions en matière douanière sont de nature administrative et que, dans le cadre d'une action en vertu de l'art. 135, l'appelant n'est pas un « inculpé », mais un demandeur, et l'intimé un défendeur.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

L'appelant n'est pas un « inculpé » au sens de l'art. 11 de la *Charte*. Une analyse de l'art. 124 de la *Loi sur les douanes* et des dispositions connexes révèle que le processus relatif à la confiscation compensatoire n'est pas de nature pénale et que la sanction qu'il prévoit n'entraîne pas de véritables conséquences pénales. Le paragraphe 236(2) des *Règles de la Cour fédérale (1998)* qui oblige l'appelant, en sa qualité de demandeur dans une action fondée sur l'art. 135 de la Loi, à subir un interrogatoire préalable, ne porte donc pas atteinte à l'al. 11c) de la *Charte*.

La *Loi sur les douanes* a pour objectifs de régir, d'encadrer et de contrôler la circulation transfrontalière des personnes et des marchandises. Pour assurer le respect de la Loi et de son système d'autodéclaration, le législateur a mis en place des mécanismes civils et pénaux. Bien que l'infraction reprochée à l'appelant — celle d'avoir fait de fausses déclarations — puisse donner lieu à une poursuite criminelle (art. 160), cela ne permet pas, en soi, de qualifier de recours pénal le mécanisme d'avis de confiscation compensatoire (art. 124). La détermination du caractère criminel des procédures dépend non pas de la nature de l'acte qui est à l'origine des procédures, mais de la nature des procédures elles-mêmes. Or, en principe, la confiscation compensatoire est un mécanisme de recouvrement civil. Ce mécanisme n'a pas pour objet de punir le contrevenant mais vise plutôt à assurer le respect de la *Loi sur les douanes* de façon rapide et efficace et à produire un effet dissuasif. La confiscation compensatoire est un processus administratif et de nombreux jugements rendus en matière fiscale appuient la conclusion qu'une sanction administrative n'est pas de nature pénale. En l'espèce, bien qu'élevé, le montant exigé en vertu de l'art. 124 ne constitue pas une amende qui, par son importance, est infligée dans le but de réparer le tort causé à la société

maintaining the effectiveness of customs requirements. The fines provided for in s. 160, which vary from \$50,000 to \$500,000, and ascertained forfeiture are two distinct consequences that are completely independent of each other. A fine, which is clearly penal in nature, takes into account the relevant factors and principles governing sentencing, while ascertained forfeiture, which is civil in nature and purely economic, is instead arrived at by a simple mathematical calculation.

Even though the appellant is not a “person charged with an offence” within the meaning of s. 11 of the *Charter*, it is necessary to determine the scope of s. 11(c) in light of the Federal Court of Appeal’s interpretation, which would unduly restrict its purpose. Three conditions must be met for a person charged with an offence to benefit from the protection against self-incrimination under s. 11(c): (1) the person must be compelled to be a witness (2) in proceedings against that person (3) in respect of the offence. The first condition presents no difficulties. As for the second condition, although the appellant is designated a “plaintiff” in the Federal Court, it is the respondent who initiated the “proceedings” (*poursuite* in the French version of s. 11(c)) against the appellant. The service of the notice of ascertained forfeiture by the customs officer constituted a “proceeding”, and the appellant defended himself in that proceeding. The procedure provided for in s. 135 of the *Customs Act* does not alter the actual relationship between the parties. As for the third condition, the offence imputed to the appellant consists in having made false statements. This offence gave rise to the respondent’s “proceeding”. There is no doubt that both the “proceeding” against the appellant and the appellant’s appeal from the respondent’s decision are connected with the offence.

### Cases Cited

**Applied:** *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, aff’g (1984), 31 Sask. R. 153; **distinguished:** *Canada v. Amway of Canada Ltd.*, [1987] 2 F.C. 131, rev’d [1989] 1 S.C.R. 21; **referred to:** *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Shubley*, [1990] 1 S.C.R. 3; *R. v. Yes Holdings Ltd.* (1987), 48 D.L.R. (4th) 642; *R. v. Luchuk* (1987), 18 B.C.L.R. (2d) 301; *Lavers v. British Columbia (Minister of Finance)* (1989), 41 B.C.L.R. (2d) 307; *Time Data Recorder International Ltd. v. Canada (Minister of National Revenue)*, [1997] F.C.J. No. 475 (QL); *Helvering v. Mitchell*, 303 U.S. 391 (1938); *Markevich v. Canada*, [2003] 1 S.C.R. 94, 2003 SCC 9; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500.

en général plutôt que dans celui de maintenir l’efficacité des exigences douanières. Les amendes prévues à l’art. 160, qui varient entre 50 000 \$ et 500 000 \$, et la confiscation compensatoire sont deux conséquences distinctes dont l’une ne dépend aucunement de l’autre. L’amende, qui est manifestement pénale, tient compte des facteurs et des principes pertinents en matière de détermination de la peine, alors que la confiscation compensatoire, de nature civile et purement économique, est plutôt déterminée par un simple calcul mathématique.

Bien que l’appellant ne soit pas un « inculpé » au sens de l’art. 11 de la *Charte*, il est nécessaire de préciser la portée de l’al. 11c) vu l’interprétation de la Cour d’appel fédérale qui a pour effet d’en réduire indûment la mission. Trois conditions doivent être remplies pour qu’un inculpé puisse bénéficier de la protection contre l’auto-incrimination garantie à l’al. 11c) : (1) il doit être contraint de témoigner contre lui, (2) dans une poursuite intentée contre lui, (3) pour l’infraction qu’on lui reproche. La première condition ne pose aucune difficulté. En ce qui concerne la deuxième, bien que l’appellant soit désigné comme le « demandeur » devant la Cour fédérale, c’est l’intimé qui est à l’origine de la « poursuite » (*proceedings* dans la version anglaise de l’al. 11c)) contre l’appellant. La signification de l’avis de confiscation compensatoire par l’agent des douanes constituait une « poursuite » et l’appellant a opposé une défense à cette poursuite. Le moyen procédural prévu par l’art. 135 de la *Loi sur les douanes* n’a pas pour effet de modifier les rapports réels entre les parties. Quant à la troisième condition, l’infraction reprochée à l’appellant consiste à avoir fait de fausses déclarations. Cette infraction est à l’origine de la « poursuite » de l’intimé. Il ne fait aucun doute que tant la « poursuite » intentée contre l’appellant que son appel interjeté contre la décision de l’intimé sont liés à l’infraction reprochée.

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, conf. (1984), 31 Sask. R. 153; **distinction d’avec l’arrêt :** *Canada c. Amway of Canada Ltd.*, [1987] 2 C.F. 131, inf. par [1989] 1 R.C.S. 21; **arrêts mentionnés :** *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Shubley*, [1990] 1 R.C.S. 3; *R. c. Yes Holdings Ltd.* (1987), 48 D.L.R. (4th) 642; *R. c. Luchuk* (1987), 18 B.C.L.R. (2d) 301; *Lavers c. British Columbia (Minister of Finance)* (1989), 41 B.C.L.R. (2d) 307; *Time Data Recorder International Ltd. c. Canada (Ministre du Revenu national)*, [1997] A.C.F. n° 475 (QL); *Helvering c. Mitchell*, 303 U.S. 391 (1938); *Markevich c. Canada*, [2003] 1 R.C.S. 94, 2003 CSC 9; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500.

**Statutes and Regulations Cited**

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 11(c), 13, 14, 24(2).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.  
*Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40, s. 180(2).  
*Customs Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), ss. 95, 109.1-109.5, 110, 124-126, 124(1), 129, 130, 131, 135 [am. 1990, c. 8, s. 49], 153(a), (c), 160 [am. 1993, c. 25, s. 88; c. 44, s. 107], 161.  
*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, rr. 236(2), 288.

**Authors Cited**

*Oxford English Dictionary*, 2nd ed., vol. XII. Oxford: Clarendon Press, 1989, "proceeding".  
*Petit Robert 1: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris: Le Robert, 1990, "poursuite".

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (2003), 310 N.R. 235, [2003] F.C.J. No. 557 (QL), 2003 FCA 176, affirming a decision of the Trial Division (2002), 216 F.T.R. 218, [2002] F.C.J. No. 111 (QL), 2002 FCT 85, affirming a decision of a prothonotary, [2001] F.C.J. No. 1865 (QL), 2001 FCT 1361. Appeal dismissed.

*Frédéric Hivon and Jacques Waite*, for the appellant.

*Pierre Cossette and Yvan Poulin*, for the respondent.

*Michel Y. Hélie*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Richard Dubois and Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

English version of the judgment of the Court delivered by

FISH J. —

I

**Introduction**

The issue in this case is whether the appellant may, in the course of an action under s. 135 of the *Customs Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.) ("CA"), avail himself of the right against self-incrimination

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 11c), 13, 14, 24(2).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.  
*Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985, ch. 1 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 95, 109.1-109.5, 110, 124-126, 124(1), 129, 130, 131, 135 [mod. 1990, ch. 8, art. 49], 153a), c), 160 [mod. 1993, ch. 25, art. 88; ch. 44, art. 107], 161.  
*Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, ch. C-40, art. 180(2).  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règles 236(2), 288.

**Doctrine citée**

*Oxford English Dictionary*, 2nd ed., vol. XII. Oxford: Clarendon Press, 1989, « proceeding ».  
*Petit Robert 1: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris: Le Robert, 1990, « poursuite ».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (2003), 310 N.R. 235, [2003] A.C.F. n<sup>o</sup> 557 (QL), 2003 CAF 176, qui a confirmé une décision de la Section de première instance (2002), 216 F.T.R. 218, [2002] A.C.F. n<sup>o</sup> 111 (QL), 2002 CFPI 85, confirmant une décision d'un protonotaire, [2001] A.C.F. n<sup>o</sup> 1865 (QL), 2001 CFPI 1361. Pourvoi rejeté.

*Frédéric Hivon et Jacques Waite*, pour l'appellant.

*Pierre Cossette et Yvan Poulin*, pour l'intimé.

*Michel Y. Hélie*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Richard Dubois et Gilles Laporte*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE FISH —

I

**Introduction**

Il s'agit de savoir en l'espèce si l'appellant peut invoquer, dans le cadre d'une action fondée sur l'art. 135 de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985, ch. 1 (2<sup>e</sup> suppl.) (« LD »), la protection contre l'auto-

guaranteed by s. 11(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Section 11(c) provides that a “person charged with an offence” cannot be compelled to be a witness “in proceedings against that person in respect of the offence”. At the conclusion of the hearing, we were all of the opinion that the appellant in this case is not a “person charged with an offence” within the meaning of s. 11 of the *Charter*. The Court therefore dismissed his appeal, stating that the reasons would follow at a later date. Here are those reasons.

## II

### Facts and Judicial History

On June 25, 1996, a customs officer demanded, by way of a written notice served pursuant to s. 124 of the *CA*, that the appellant pay \$315,458, that is, the deemed value of the goods he allegedly attempted to export by making false statements. This set in motion the process commonly referred to as “ascertained forfeiture”.

The appellant subsequently exercised the recourse provided for in s. 129 of the *CA*, requesting that the respondent review the customs officer’s decision. He submitted his representations to the respondent. The respondent upheld the demand for payment on the ground that the goods had not been reported in accordance with ss. 95 and 153(a) and (c) of the *CA*. According to the respondent, the goods in question were stolen automobiles.

On September 25, 2001, the appellant appealed the respondent’s decision by way of an action, pursuant to s. 135 of the *CA*. He asked that the respondent’s decision be varied and replaced by a judgment cancelling the notice demanding payment. He also contested the constitutional validity of a number of provisions of the *CA*.

Before filing a defence, the respondent filed a notice of motion for the purpose of examining the appellant for discovery pursuant to Rule 236(2) of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106 (“*FCR*”). The appellant contested the motion on the ground that it would violate his right against self-incrimination under s. 11(c) of the *Charter*.

incrimination que lui garantit l’al. 11c) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

L’alinéa 11c) prévoit qu’un « inculpé » ne peut pas être contraint de témoigner contre lui-même « dans toute poursuite intentée contre lui pour l’infraction qu’on lui reproche ». Au terme de l’audience, nous étions tous d’avis que l’appellant n’est pas, dans l’action ici en cause, un « inculpé » au sens de l’art. 11 de la *Charte*. La Cour a donc rejeté son pourvoi en précisant que les motifs seraient déposés ultérieurement. Voici ces motifs.

## II

### Faits et historique judiciaire

Le 25 juin 1996, un agent des douanes réclame à l’appellant, par avis écrit conformément à l’art. 124 de la *LD*, la somme de 315 458 \$, soit la valeur présumée des marchandises qu’il aurait tenté d’exporter au moyen de fausses déclarations. S’enclenche par le fait même le processus communément qualifié de « confiscation compensatoire ».

L’appellant exerce ensuite le recours prévu par l’art. 129 de la *LD* et demande à l’intimé de réviser la décision de l’agent des douanes. Il fait parvenir ses prétentions à l’intimé. Ce dernier confirme alors la réclamation pour le motif que les marchandises n’ont pas été déclarées conformément à l’art. 95 et aux al. 153a) et c) de la *LD*. Il s’agissait, selon l’intimé, d’automobiles volées.

Le 25 septembre 2001, l’appellant fait appel de la décision de l’intimé par voie d’action intentée en vertu de l’art. 135 de la *LD*. Il demande ainsi que la décision de l’intimé soit modifiée et remplacée par un jugement annulant l’avis de réclamation. De même, il conteste la constitutionnalité de plusieurs dispositions de la *LD*.

Avant de déposer sa défense, l’intimé présente un avis de requête pour interroger l’appellant au préalable en vertu du par. 236(2) des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106 (« *RCF* »). L’appellant s’oppose à la requête pour le motif qu’elle irait à l’encontre de la protection contre l’auto-incrimination garantie par l’al. 11c) de la *Charte*.

7 In an interlocutory judgment dated December 11, 2001, Prothonotary Morneau allowed the respondent's motion ([2001] F.C.J. No. 1865 (QL), 2001 FCT 1361). In his view, the appellant could not rely on the protection afforded by s. 11(c) of the *Charter* because the appellant was not a person charged with an offence in a penal proceeding. On the contrary, the appellant was a plaintiff in a civil action and could hardly be characterized as a "person charged with an offence". The prothonotary also found it inconceivable that a plaintiff such as the appellant could avoid submitting to an examination for discovery when the adverse party demanded one.

8 On January 28, 2002, Blais J. of the Federal Court dismissed the appeal and affirmed the prothonotary's decision ((2002), 216 F.T.R. 218, 2002 FCT 85). He agreed with the prothonotary that a notice of ascertained forfeiture is not penal in nature and held that the appellant could not benefit from the protection of s. 11(c) of the *Charter*. However, Blais J. did mention that he found it strange that an appeal from a Minister's decision should be by way of an action.

9 On April 3, 2003, the Federal Court of Appeal affirmed Blais J.'s decision ((2003), 310 N.R. 235, 2003 FCA 176). Létourneau J.A., writing for the court, concluded that the forfeiture of property pursuant to the *CA* is not equivalent to a "charge" that would attract the application of s. 11 of the *Charter*.

10 Létourneau J.A. considered that, in a voluntary reporting system in taxation and customs matters, the purpose of seizure and forfeiture proceedings and the other sanctions is to regulate the conduct of taxpayers with a view to preventively ensuring compliance with tax legislation. These proceedings are thus administrative in nature.

11 Létourneau J.A. acknowledged the severity of the sanction. However, it was his opinion that the forfeiture of property, or of an amount equal to its value, in response to a contravention of the *CA*,

Le 11 décembre 2001, dans un jugement interlocutoire, le protonotaire Morneau accueille la requête de l'intimé ([2001] A.C.F. n° 1865 (QL), 2001 CFPI 1361). Selon lui, l'appelant ne peut pas invoquer la protection de l'al. 11c) de la *Charte*. Il n'est pas accusé d'une infraction dans le cadre d'une instance pénale. Au contraire, il est demandeur dans une action civile. Il ne peut guère être qualifié d'« inculpé ». Le protonotaire estime en outre qu'il est inconcevable qu'un demandeur, tel que l'appelant, puisse se soustraire à un interrogatoire préalable lorsque la partie adverse l'exige.

Le 28 janvier 2002, le juge Blais de la Cour fédérale rejette l'appel et confirme la décision du protonotaire ((2002), 216 F.T.R. 218, 2002 CFPI 85). Tout comme ce dernier, le juge Blais estime que l'avis de confiscation compensatoire n'est pas une mesure de nature pénale. Ainsi, l'appelant ne peut pas bénéficier de la protection de l'al. 11c) de la *Charte*. Le juge Blais mentionne toutefois qu'il lui semble étrange que l'appel de la décision ministérielle se fasse par voie d'action.

Le 3 avril 2003, la Cour d'appel fédérale confirme la décision du juge Blais ((2003), 310 N.R. 235, 2003 CAF 176). S'exprimant au nom de la Cour, le juge Létourneau conclut que la confiscation de biens en vertu de la *LD* n'équivaut pas à une inculpation qui donne ouverture à l'application de l'art. 11 de la *Charte*.

Le juge Létourneau estime que les procédures de saisie et de confiscation et les autres sanctions en matière fiscale et douanière sont, dans un système de déclaration volontaire, destinées à régir le comportement des contribuables en vue d'assurer, d'une manière préventive, le respect des lois fiscales. Ces procédures sont donc de nature administrative.

Le juge Létourneau reconnaît le sérieux de la sanction. Il considère, cependant, que la confiscation d'un bien ou de sa valeur à la suite d'une infraction à la *LD* ne constitue pas une

does not constitute a true penal consequence within the meaning of s. 11 of the *Charter*. Létourneau J.A. relied on *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, in this regard.

Létourneau J.A. found it “surprising” and “puzzling” that an appeal from a Minister’s decision must be by way of an action. Nevertheless, since this was the procedure established by Parliament, he maintained that the *FCR*’s provisions pertaining to ordinary actions applied.

Adopting a text-based approach here, Létourneau J.A. regarded the appellant as a plaintiff in an action in which the respondent was the defendant. The appellant was therefore not a “person charged with an offence” in this proceeding. He was not being sued, nor was he being prosecuted. In fact, he himself was the “*poursuivant*” (“prosecutor”, or plaintiff) in the civil law sense of the word.

Létourneau J.A. thus concluded that the proceeding initiated by the appellant could not result in any conviction, fine or penal consequence that would make him a “person charged with an offence” within the meaning of s. 11 of the *Charter*.

The Court of Appeal therefore dismissed the appellant’s appeal, but without prejudice to his right to contest the constitutional validity of the legal process for reviewing and appealing the Minister’s decision in his main action.

III

Relevant Constitutional and Legislative Provisions

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*

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;

. . .

véritable conséquence pénale au sens de l’art. 11 de la *Charte*. À ce sujet, le juge Létourneau s’appuie sur l’arrêt *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541.

Enfin, le juge Létourneau trouve « surprenant » et « déroutant » que l’appel d’une décision ministérielle se fasse par voie d’action. Néanmoins, comme c’est la procédure établie par le législateur, il soutient que les *RCF* relatives aux actions ordinaires s’appliquent.

Adoptant ici une approche textuelle, le juge Létourneau estime que l’appellant est un demandeur dans une action où l’intimé est le défendeur. L’appellant ne serait donc pas « inculpé » dans cette procédure. Il ne serait poursuivi ni civilement, ni pénalement. En fait, il serait lui-même le poursuivant au sens civil du terme.

Le juge Létourneau conclut ainsi que la procédure entreprise par l’appellant ne peut déboucher sur aucune condamnation, amende ou conséquence pénale faisant de lui un « inculpé » au sens de l’art. 11 de la *Charte*.

La Cour d’appel rejette donc le pourvoi de l’appellant, mais lui réserve toutefois le droit de contester la constitutionnalité du processus légal de révision et d’appel de la décision du ministre dans le cadre de son action principale.

III

Dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

*Charte canadienne des droits et libertés*

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;

. . .

12

13

14

15

16

*Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.)*

**124.** (1) Where an officer believes on reasonable grounds that a person has contravened any of the provisions of this Act or the regulations in respect of any goods or conveyance, the officer may, if the goods or conveyance is not found or if the seizure thereof would be impractical, serve a written notice on that person demanding payment of

- (a) an amount of money determined under subsection (2) or (3), as the case may be; or
- (b) such lesser amount as the Minister may direct.

**135.** (1) A person who requests a decision of the Minister under section 131 may, within ninety days after being notified of the decision, appeal the decision by way of an action in the Federal Court in which that person is the plaintiff and the Minister is the defendant.

(2) The *Federal Court Act* and the *Federal Court Rules* applicable to ordinary actions apply in respect of actions instituted under subsection (1) except as varied by special rules made in respect of such actions.

**160.** Every person who contravenes section 12, 13, 15 or 16, subsection 20(1), section 31 or 40, subsection 43(2), 95(1) or (3), 103(3) or 107(1) or section 153, 155 or 156 or commits an offence under section 159 or 159.1

- (a) is guilty of an offence punishable on summary conviction and liable to a fine of not more than fifty thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding six months or to both that fine and that imprisonment; or
- (b) is guilty of an indictable offence and liable to a fine of not more than five hundred thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding five years or to both that fine and that imprisonment.

*Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106*

**236.** . . .

(2) Subject to subsection (3), a defendant may examine a plaintiff at any time after the statement of claim is filed.

*Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2<sup>e</sup> suppl.)*

**124.** (1) L'agent qui croit, pour des motifs raisonnables, à une infraction à la présente loi ou à ses règlements du fait de marchandises ou de moyens de transport peut, si on ne les trouve pas ou si leur saisie est problématique, réclamer par avis écrit au contrevenant :

- a) soit le paiement du montant déterminé conformément au paragraphe (2) ou (3), selon le cas;
- b) soit le paiement du montant inférieur ordonné par le ministre.

**135.** (1) Toute personne qui a demandé que soit rendue une décision en vertu de l'article 131 peut, dans les quatre-vingt-dix jours suivant la communication de cette décision, en appeler par voie d'action devant la Cour fédérale, à titre de demandeur, le ministre étant le défendeur.

(2) La *Loi sur la Cour fédérale* et les *Règles de la Cour fédérale* applicables aux actions ordinaires s'appliquent aux actions intentées en vertu du paragraphe (1), sous réserve des adaptations occasionnées par les règles particulières à ces actions.

**160.** Toute personne qui contrevient à l'article 12, 13, 15 ou 16, au paragraphe 20(1), à l'article 31 ou 40, au paragraphe 43(2), 95(1) ou (3), 103(3) ou 107(1) ou à l'article 153, 155 ou 156 ou commet l'infraction prévue à l'article 159 ou 159.1, encourt, sur déclaration de culpabilité :

- a) par procédure sommaire, une amende maximale de cinquante mille dollars et un emprisonnement maximal de six mois, ou l'une de ces peines;
- b) par mise en accusation, une amende maximale de cinq cent mille dollars et un emprisonnement maximal de cinq ans, ou l'une de ces peines.

*Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106*

**236.** . . .

(2) Sous réserve du paragraphe (3), un défendeur peut interroger le demandeur à tout moment après le dépôt de la déclaration.



IV

Issue

The issue in this case is whether Rule 236(2) of the *FCR* violates s. 11(c) of the *Charter* by requiring a plaintiff in an action under s. 135 of the *CA* to submit to an examination for discovery.

V

Analysis

A. *Is the Appellant a “Person Charged With an Offence” Within the Meaning of Section 11 of the Charter?*

Section 11(c) of the *Charter* reads as follows:

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;

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;

In *Wigglesworth, supra*, at p. 554, Wilson J., writing for the majority, interpreted the expression “person charged with an offence” to limit its application to “public offences involving punitive sanctions, i.e., criminal, quasi-criminal and regulatory offences”. She stated that a matter falls within s. 11 of the *Charter* where, first, by its very nature it is a criminal proceeding or, second, a conviction in respect of the offence may lead to a true penal consequence (*Wigglesworth*, at p. 559).

Section 124 of the *CA* must therefore be considered in light of these two tests.

IV

Question en litige

Il s’agit de déterminer en l’espèce si la règle 236(2) des *RCF* viole l’al. 11c) de la *Charte* dans la mesure où elle oblige un demandeur dans une action fondée sur l’art. 135 de la *LD* à subir un interrogatoire préalable.

V

Analyse

A. *L’appelant est-il un « inculpé » au sens de l’art. 11 de la Charte?*

L’alinéa 11c) de la *Charte* dispose :

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;

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;

Dans l’arrêt *Wigglesworth*, précité, p. 554, la juge Wilson, écrivant au nom des juges majoritaires, a interprété la notion d’« inculpé » de façon à en limiter l’application aux « infractions publiques comportant des sanctions punitives, c.-à-d. des infractions criminelles, quasi criminelles et de nature réglementaire ». Elle a précisé qu’une affaire relève de l’art. 11 de la *Charte* lorsque, premièrement, de par sa nature même, il s’agit d’une procédure criminelle ou, deuxièmement, une déclaration de culpabilité relativement à l’infraction est susceptible d’entraîner une véritable conséquence pénale (*Wigglesworth*, p. 559).

Il y a donc lieu d’examiner, en fonction de ces deux critères, l’art. 124 de la *LD*.

17

18

19

20

(1) Does Section 124 of the CA Provide for a Penal Proceeding?

(1) L'article 124 de la LD prescrit-il une procédure de nature pénale?

21 When a matter is of a public nature, intended to promote public order and welfare within a public sphere of activity, it falls, by its very nature, within s. 11 of the *Charter*. This is clearly true of federal prosecutions under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and of prosecutions of quasi-criminal offences under provincial legislation.

Lorsqu'une affaire est de nature publique et vise à promouvoir l'ordre et le bien-être publics dans une sphère d'activité publique, alors, de par sa nature même, elle relève de l'art. 11 de la *Charte*. Manifestement, il en est ainsi des poursuites fédérales régies par le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et de celles pour les infractions quasi criminelles créées par les lois provinciales.

22 By contrast, proceedings of an administrative — private, internal or disciplinary — nature instituted for the protection of the public in accordance with the policy of a statute are not penal in nature (*Wigglesworth, supra*, at p. 560).

Par contre, les procédures de nature administrative — privées, internes ou disciplinaires — engagées pour protéger le public conformément à la politique générale d'une loi ne sont pas de nature pénale (*Wigglesworth, précité*, p. 560).

23 A distinction must therefore be drawn between penal proceedings on the one hand and administrative proceedings on the other. Only penal proceedings attract the application of s. 11 of the *Charter*.

Il convient donc de distinguer, d'une part, les procédures pénales et, d'autre part, les procédures administratives. Seules les procédures pénales entraînent l'application de l'art. 11 de la *Charte*.

24 To determine the nature of the proceeding, the case law must be reviewed in light of the following criteria: (1) the objectives of the CA and of s. 124 thereof; (2) the purpose of the sanction; and (3) the process leading to imposition of the sanction.

Pour déterminer la nature de la procédure, un examen de la jurisprudence sous l'éclairage des critères suivants s'impose : (1) les objectifs de la LD et de son art. 124; (2) le but visé par la sanction; (3) le processus menant à la sanction.

(i) *Objectives of the CA and of Section 124*

(i) *Les objectifs de la LD et de son art. 124*

25 The objectives of the CA are to regulate, oversee and control cross-border movements of people and goods. As Dickson C.J. stated in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at p. 528: "It is commonly accepted that sovereign states have the right to control both who and what enters their boundaries. For the general welfare of the nation the state is expected to perform this role." To this end, the CA provides for the collection of duties and taxes on imported goods.

La LD a pour objectifs de régir, d'encadrer et de contrôler la circulation transfrontalière des personnes et des marchandises. En effet, comme l'a indiqué le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, p. 528 : « Il est communément reconnu que les États souverains ont le droit de contrôler à la fois les personnes et les effets qui entrent dans leur territoire. On s'attend à ce que l'État joue ce rôle pour le bien-être général de la nation. » La LD prévoit à cette fin la perception de droits et de taxes sur les marchandises importées.

26 The attainment of these objectives depends on the effectiveness of the voluntary or self-reporting system provided for in the CA. To enforce the CA,

La réalisation de ces objectifs dépend de l'efficacité du système d'autodéclaration ou de déclaration volontaire prévu par la LD. Pour assurer le respect

Parliament has implemented civil and penal mechanisms.

The civil mechanisms include the seizure as forfeit of goods and conveyances (s. 110 of the *CA*), the demand by written notice or “ascertained forfeiture” (ss. 124 to 126 of the *CA*), and the imposition of administrative penalties (ss. 109.1 to 109.5 of the *CA*). The penal mechanisms, properly so called, are provided for in ss. 160 and 161 of the *CA*.

The offence imputed to the appellant, that he made false statements (ss. 95 and 153(a) and (c) of the *CA*), may give rise to a notice demanding payment (s. 124 of the *CA*), to criminal prosecution by way of summary conviction or indictment (s. 160 of the *CA*), or to both a demand for payment and criminal prosecution. On this basis, the appellant argues that a distinction as regards the nature of the imputed offence cannot be drawn based solely on the respondent’s choice of proceeding (civil or penal). Thus, since the offence may have penal consequences, it must be considered penal in nature.

This argument must be rejected.

As stated by McLachlin J. (as she then was) in *R. v. Shubley*, [1990] 1 S.C.R. 3, at pp. 18-19: “The question of whether proceedings are criminal in nature is concerned not with the nature of the act which gave rise to the proceedings, but the nature of the proceedings themselves” (emphasis added).

In the case at bar, the fact that the false statements could result in criminal prosecution does not in itself mean that a notice of ascertained forfeiture can properly be characterized as a penal proceeding. The fact that a single violation can give rise to both a notice of ascertained forfeiture and a criminal prosecution is irrelevant. The appropriate test is the nature of the proceedings, not the nature of the act.

Cameron J.A. of the Saskatchewan Court of Appeal stated the following (quoted with approval in *Wigglesworth*, *supra*, at p. 566):

de la *LD*, le législateur a mis en place des mécanismes civils et pénaux.

Les mécanismes civils comprennent la saisie à titre de confiscation de marchandises et de moyens de transport (art. 110 de la *LD*), la réclamation par avis écrit ou « confiscation compensatoire » (art. 124 à 126 de la *LD*) et l’infliction de pénalités administratives (art. 109.1 à 109.5 de la *LD*). Pour leur part, les mécanismes pénaux, proprement dits, sont prévus aux art. 160 et 161 de la *LD*.

L’infraction reprochée à l’appellant, celle d’avoir fait de fausses déclarations (art. 95 et al. 153a) et c) de la *LD*), peut donner lieu à un avis de réclamation (art. 124 de la *LD*) ou à une poursuite criminelle par voie sommaire ou par voie de mise en accusation (art. 160 de la *LD*), ou encore, à une réclamation et à une poursuite criminelle. Fort de ce fait, l’appellant soutient qu’on ne peut distinguer la nature de l’infraction reprochée uniquement en raison du choix du mode de poursuite (civil ou pénal) de l’intimé. Ainsi, du fait qu’elle peut entraîner des conséquences pénales, l’infraction doit être considérée comme étant de nature pénale.

Cet argument doit être rejeté.

Comme l’indique la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans l’arrêt *R. c. Shubley*, [1990] 1 R.C.S. 3, p. 18-19 : « La détermination du caractère criminel des procédures dépend non pas de la nature de l’acte qui est à l’origine de ces procédures, mais de la nature des procédures elles-mêmes » (je souligne).

Dans la présente affaire, le risque que les fausses déclarations entraînent des poursuites criminelles ne permet pas, en soi, de qualifier de recours pénal le mécanisme d’avis de confiscation compensatoire. La possibilité que la même infraction donne lieu à la fois à un avis de confiscation compensatoire et à une poursuite criminelle n’est pas pertinente. Le critère approprié est celui de la nature des procédures et non celui de la nature de l’acte.

En effet, comme l’a indiqué le juge Cameron de la Cour d’appel de la Saskatchewan (cité avec approbation dans l’arrêt *Wigglesworth*, précité, p. 566) :

27

28

29

30

31

32

A single act may have more than one aspect, and it may give rise to more than one legal consequence. It may, if it constitutes a breach of the duty a person owes to society, amount to a crime, for which the actor must answer to the public. At the same time, the act may, if it involves injury and a breach of one's duty to another, constitute a private cause of action for damages for which the actor must answer to the person he injured. And that same act may have still another aspect to it: it may also involve a breach of the duties of one's office or calling, in which event the actor must account to his professional peers.

(*R. v. Wigglesworth* (1984), 31 Sask. R. 153, at para. 11)

(ii) *Purpose of the Notice of Ascertained Forfeiture*

33

In principle, ascertained forfeiture is a civil collection mechanism. It is used where it would be difficult or even impossible to seize goods in respect of which a customs officer believes on reasonable grounds that an offence has been committed. In such cases, rather than seizing the goods as forfeit (an *in rem* proceeding), the officer may demand payment of an amount of money that is determined according to the value of the goods in question.

34

In the instant case, the appellant submits that the purpose of ascertained forfeiture, like that of a criminal prosecution, is to punish the offender in order to produce a deterrent effect and redress a wrong done to society.

35

This argument must fail for three reasons.

36

First, the purpose of a forfeiture mechanism is to ensure compliance with the CA by giving customs officers a timely and effective means of enforcing it. This mechanism is not designed to punish the offender. If the offender were not the actual owner of the seized property, he or she would not, in principle, be punished by the forfeiture thereof.

37

A notice of ascertained forfeiture is served only where the property cannot be seized because, for example, it has already been exported. Only then

[TRADUCTION] Il est possible qu'un acte unique comporte plus d'un aspect et entraîne plus d'une conséquence juridique. S'il constitue un manquement à une obligation envers la société, il peut équivaloir à un crime dont l'auteur est responsable envers le public. S'il y a eu blessure et manquement à une obligation envers autrui, le même acte peut donner lieu à une action en dommages-intérêts intentée par la personne à qui l'auteur de l'acte a causé un préjudice. Le même acte peut comporter un autre aspect, c'est-à-dire le manquement aux obligations découlant de l'exercice d'une fonction ou d'une profession, auquel cas l'auteur doit s'expliquer devant ses pairs.

(*R. c. Wigglesworth* (1984), 31 Sask. R. 153, par. 11)

(ii) *Le but visé par l'avis de confiscation compensatoire*

En principe, la confiscation compensatoire est un mécanisme de recouvrement civil. Elle a lieu lorsqu'il est difficile ou impossible de saisir les marchandises à l'égard desquelles un agent des douanes a des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise. Le cas échéant, l'agent peut réclamer, en lieu et place de la saisie à titre de confiscation (une procédure *in rem*), le paiement d'une somme d'argent dont le montant est établi en fonction de la valeur des marchandises en question.

En l'espèce, l'appelant soutient que le but de la confiscation compensatoire, tout comme celui de la poursuite criminelle, est de punir le contrevenant afin de produire un effet dissuasif et de réparer un tort causé à la société.

Cet argument échoue, et ce, pour trois raisons.

Premièrement, le but des mécanismes de confiscation est d'assurer le respect de la LD en dotant les agents des douanes de moyens rapides et efficaces d'en assurer l'application. Ce mécanisme n'a pas pour objet de punir le contrevenant. En effet, si le contrevenant n'était pas lui-même propriétaire des biens saisis, il ne serait pas, en principe, puni par leur confiscation.

L'avis de confiscation compensatoire n'est signifié que dans les cas où les biens ne peuvent pas être saisis, par exemple, lorsqu'ils ont déjà été exportés.

is the offender, who is not necessarily the owner of the property, directly exposed to civil consequences. Thus, although ascertained forfeiture may in some cases have the effect of “punishing” the offender, that is not its purpose.

Second, it is true that ascertained forfeiture is intended to produce a deterrent effect. This is completely understandable in a self-reporting system. Fraud must be discouraged, and offences punished severely, for the system to be viable. However, actions in civil liability and disciplinary proceedings, which are also aimed at deterring potential offenders, nevertheless do not constitute criminal proceedings.

Third, there is nothing that would indicate that the objective of ascertained forfeiture is to redress a wrong done to society. For example, s. 124 of the *CA* does not in any way take into account the principles of criminal liability or sentencing. I will address this point in greater detail in the next section.

### (iii) *The Ascertained Forfeiture Process*

Ascertained forfeiture involves a four-step administrative process.

First, under s. 124 of the *CA*, a customs officer must have reasonable grounds to believe that a provision of the *CA* has been contravened. Once this precondition has been met, and once it has been established that it would be difficult to seize the goods and conveyances related to the customs offence, the officer may demand that the offender pay an amount of money equal to the value of the goods.

Second, the person to whom a notice of ascertained forfeiture applies has 90 days to ask the Minister to review the customs officer’s decision (s. 129(1)(d) of the *CA*). The Minister then serves notice of the reasons in support of the imposed sanction (s. 130(1) of the *CA*). Within 30 days after notice of the reasons is served, the alleged offender may make submissions and give evidence,

Ce n’est qu’à ce moment que le contrevenant, qui n’est pas nécessairement le propriétaire des biens, s’expose directement à des conséquences civiles. Ainsi, bien que la confiscation compensatoire puisse parfois avoir pour effet de punir en quelque sorte le contrevenant, tel n’est pas son objet.

Deuxièmement, il est exact d’affirmer que la confiscation compensatoire vise à produire un effet dissuasif. Cela est tout à fait compréhensible dans un système d’autodéclaration. La fraude doit être découragée et les infractions sévèrement punies pour assurer la viabilité du régime. Toutefois, les poursuites en responsabilité civile et les instances disciplinaires visent aussi à dissuader d’éventuels contrevenants. Elles ne constituent pas pour autant des procédures criminelles.

Troisièmement, rien n’indique que la confiscation compensatoire a pour objet de réparer un tort causé à la société. En effet, à titre d’exemple, l’art. 124 de la *LD* ne tient aucunement compte des principes de responsabilité pénale et des principes de détermination de la peine. Je traiterai davantage de ce dernier point dans la prochaine section.

### (iii) *Le processus de confiscation compensatoire*

Le processus administratif de confiscation compensatoire comporte quatre étapes.

En premier lieu, en vertu de l’art. 124 de la *LD*, l’agent des douanes doit avoir des motifs raisonnables de croire qu’une infraction à la *LD* a été commise. Cette condition préliminaire remplie, et après avoir constaté la difficulté de saisir les marchandises et les moyens de transport liés à l’infraction douanière, l’agent peut exiger du contrevenant un montant égal à la valeur de ces biens.

En deuxième lieu, la personne visée par un avis de confiscation compensatoire peut, dans un délai de 90 jours, demander au ministre de réviser la décision de l’agent des douanes (al. 129(1)d) de la *LD*). Le ministre communique alors les motifs qui appuient la sanction appliquée (par. 130(1) de la *LD*). Dans les 30 jours suivant la communication des motifs, le présumé contrevenant peut faire valoir ses

38

39

40

41

42

in writing, to the Minister (ss. 130(2) and 130(3) of the CA).

43 Third, the Minister decides whether the ascertained forfeiture is valid (s. 131 of the CA). This decision “is not subject to review or to be . . . otherwise dealt with except to the extent and in the manner provided by subsection 135(1)” (s. 131(3) of the CA).

44 Fourth, and finally, the person who requested the Minister’s decision may, within 90 days after being notified of the decision, appeal by way of an action in the Federal Court (s. 135(1) of the CA).

45 This process thus has little in common with penal proceedings. No one is charged in the context of an ascertained forfeiture. No information is laid against anyone. No one is arrested. No one is summoned to appear before a court of criminal jurisdiction. No criminal record will result from the proceedings. At worst, once the administrative proceeding is complete and all appeals are exhausted, if the notice of ascertained forfeiture is upheld and the person liable to pay still refuses to do so, he or she risks being forced to pay by way of a civil action.

(iv) *Case Law*

46 Section 124 of the CA has not yet been interpreted by the courts. It will therefore be necessary to review similar cases in tax and customs matters to characterize the sanction provided for in this provision.

47 First of all, in *Canada v. Amway of Canada Ltd.*, [1987] 2 F.C. 131 (C.A.), the Minister of National Revenue instituted proceedings against the Amway corporation under s. 180(2) of the former *Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40. That provision, like s. 124 of the current Act, authorized the Minister to demand payment of an amount equal to the value of the exported property where the Act had been contravened.

48 In that case too, the Minister wanted to examine the offender for discovery. The Federal Court of Appeal refused to authorize this, because the action to collect a fine in a civil proceeding constituted a

prétentions et présenter sa preuve, par écrit, au ministre (par. 130(2) et (3) de la LD).

En troisième lieu, le ministre rend sa décision sur la validité de la confiscation compensatoire (art. 131 de la LD). Cette décision « n’est susceptible d’appel [. . .] ou de toute autre forme d’intervention que dans la mesure et selon les modalités prévues au paragraphe 135(1) » (par. 131(3) de la LD).

Enfin, en quatrième lieu, dans un délai de 90 jours suivant la communication de la décision du ministre, la personne qui l’a demandée peut porter l’affaire en appel, par voie d’action, devant la Cour fédérale (par. 135(1) de la LD).

Ce processus a donc peu en commun avec la procédure pénale. En effet, la confiscation compensatoire n’inculpe personne. Aucune dénonciation n’est déposée contre qui que ce soit. Personne n’est arrêté. Personne n’est sommé de comparaître devant une cour de juridiction pénale. Aucun casier judiciaire n’en résulte. Au pire des cas, une fois la procédure administrative et les appels épuisés, si l’avis de confiscation compensatoire est maintenu et que la personne redevable refuse toujours de payer, cette dernière risque d’être contrainte civilement de le faire.

(iv) *La jurisprudence*

L’article 124 de la LD n’a pas encore fait l’objet d’une interprétation judiciaire. Il convient donc d’examiner la jurisprudence connexe en matières fiscale et douanière pour qualifier la sanction prévue par cette disposition.

D’abord, dans l’affaire *Canada c. Amway of Canada Ltd.*, [1987] 2 C.F. 131 (C.A.), le ministre du Revenu national a poursuivi la compagnie Amway en vertu du par. 180(2) de l’ancienne *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, ch. C-40. Cette disposition, tout comme l’art. 124 actuel, lui permettait d’exiger un montant égal à la valeur des biens exportés lorsqu’une infraction à la loi était commise.

Dans cette affaire, le ministre souhaitait également interroger au préalable le contrevenant. La Cour d’appel fédérale lui a refusé cette permission au motif que l’action en recouvrement d’une

penal action in which the defendant was a person charged with an offence. Consequently, Amway had the status of a “person charged with an offence” and was protected by s. 11(c) of the *Charter*.

The decision was appealed to this Court, which reversed the decision of the Federal Court of Appeal on another ground. The Court ruled that a corporation cannot as such be a witness and therefore does not come within s. 11(c) of the *Charter*. On the nature of proceedings under s. 180(2) of the former *CA*, Sopinka J., writing for the Court, said he was prepared to assume, “without deciding”, that the proceedings in question were such that Amway had the status of a “person charged with an offence” (*R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21, at p. 37).

Accordingly, the appellant cannot rely on *Amway* in support of the conclusion that s. 124 of the current *CA* is penal in nature. First, s. 180(2) of the former *CA* dealt in a single provision with the Minister’s authority to require payment of a fine equal to the value of the unlawfully imported property and with the penal consequence of such an offence, that is, summary prosecution or prosecution on indictment.

Civil and penal remedies were in a way intermingled in a single subsection. This inevitably gave the civil sanction a penal dimension. Unlike its predecessor, the new *CA* draws a clear distinction between seizure as forfeit (s. 124) and penal sanctions (s. 160). Moreover, in the case at bar, no criminal proceedings have been brought against the appellant.

Next, the sanction provided for in s. 180(2) of the former *CA* was explicitly characterized as a “fine”. This term is more closely associated with the terminology used in penal matters. Section 124 of the current *CA* instead uses the more neutral expression “amount of money”.

Finally, the remarks of Sopinka J. in *Amway* must not be taken out of context. Given his conclusion that a corporation cannot be a witness, his comments on

amende, dans le cadre d’une instance civile, constituait une action de nature pénale dans laquelle le défendeur était une personne accusée d’une infraction. Par conséquent, Amway bénéficiait du statut d’« inculpé » et de la protection de l’al. 11c) de la *Charte*.

Cette décision a fait l’objet d’un appel devant notre Cour, qui a infirmé pour un autre motif l’arrêt de la Cour d’appel fédérale. La Cour a décidé qu’en soi une société ne peut pas être un témoin et n’est donc pas visée par l’al. 11c) de la *Charte*. Au sujet de la nature des procédures fondées sur le par. 180(2) de l’ancienne *LD*, le juge Sopinka, écrivant au nom de la Cour, s’est dit prêt à tenir pour acquis, « sans toutefois le décider », que la nature de la poursuite en question était telle qu’Amway bénéficiait du statut d’« inculpé » (*R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21, p. 37).

C’est donc à tort que l’appelant s’appuie sur l’arrêt *Amway* pour soutenir la conclusion que l’art. 124 de la *LD* actuelle est de nature pénale. D’abord, le par. 180(2) de l’ancienne *LD* traitait, dans une seule et même disposition, du pouvoir du ministre d’exiger une amende égale à la valeur des biens illégalement importés ainsi que la conséquence pénale d’une telle infraction, c’est-à-dire une poursuite par voie sommaire ou par voie de mise en accusation.

Les recours civils et pénaux se confondaient en quelque sorte à l’intérieur d’un même paragraphe. Cela avait inévitablement pour effet de conférer à la sanction civile une dimension pénale. Contrairement à son prédécesseur, la nouvelle *LD* distingue nettement la saisie compensatoire (art. 124) des sanctions pénales (art. 160). De plus, en l’espèce, l’appelant n’a fait l’objet d’aucune poursuite criminelle.

Ensuite, la sanction prévue au par. 180(2) de l’ancienne *LD* était explicitement qualifiée d’« amende ». Ce terme s’apparente davantage à la terminologie employée en matière pénale. L’article 124 de la *LD* actuelle utilise plutôt le terme « montant » qui, en soi, est plus neutre.

Enfin, les propos du juge Sopinka dans l’arrêt *Amway* doivent s’interpréter dans leur contexte. En effet, vu sa conclusion qu’une société ne pouvait pas

49

50

51

52

53

the nature of the sanction imposed on Amway are necessarily restricted in scope.

être un témoin, ses commentaires sur la nature de la sanction infligée à Amway ont forcément une portée restreinte.

54

A number of judgments in tax matters support the conclusion that an administrative sanction is not penal in nature: see, *inter alia*, *R. v. Yes Holdings Ltd.* (1987), 48 D.L.R. (4th) 642 (Alta. C.A.); *R. v. Luchuk* (1987), 18 B.C.L.R. (2d) 301 (C.A.); *Lavers v. British Columbia (Minister of Finance)* (1989), 41 B.C.L.R. (2d) 307 (C.A.). In *Time Data Recorder International Ltd. v. Canada (Minister of National Revenue)*, [1997] F.C.J. No. 475 (QL) (C.A.), at para. 12, Pratte J.A. correctly summarized the Canadian case law on the subject as follows: "It is common ground that seizures and forfeitures under the Customs Act are not criminal but civil proceedings and penalties."

Nombre de jugements rendus en matière fiscale étayent la conclusion qu'une sanction administrative n'est pas de nature pénale : voir, par exemple, *R. c. Yes Holdings Ltd.* (1987), 48 D.L.R. (4th) 642 (C.A. Alb.); *R. c. Luchuk* (1987), 18 B.C.L.R. (2d) 301 (C.A.); *Lavers c. British Columbia (Minister of Finance)* (1989), 41 B.C.L.R. (2d) 307 (C.A.). Dans l'arrêt *Time Data Recorder International Ltd. c. Canada (Ministre du Revenu national)*, [1997] A.C.F. n° 475 (QL) (C.A.), par. 12, le juge Pratte résume bien la jurisprudence canadienne à ce sujet : « Il est constant que les saisies et confiscations opérées sous le régime de la Loi sur les douanes ne sont pas de nature pénale, mais civile. »

55

The case law of the United States Supreme Court has for quite some time been to the same effect. According to Brandeis J. in *Helvering v. Mitchell*, 303 U.S. 391 (1938), at p. 400, the forfeiture of goods or their value and any other monetary sanctions provided for under tax legislation are civil in nature, regardless of their severity:

La jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis va dans le même sens, et ce, depuis fort longtemps. Il ressort de l'opinion du juge Brandeis, dans l'arrêt *Helvering c. Mitchell*, 303 U.S. 391 (1938), p. 400, que la confiscation de biens ou de leur valeur ainsi que les autres sanctions financières prévues par les lois fiscales sont de nature civile, et ce, malgré leur sévérité :

Forfeiture of goods or their value and the payment of fixed or variable sums of money are other sanctions which have been recognized as enforceable by civil proceedings since the original revenue law of 1789. . . . In spite of their comparative severity, such sanctions have been upheld against the contention that they are essentially criminal and subject to the procedural rules governing criminal prosecutions.

[TRADUCTION] La confiscation de biens ou de leur valeur et le paiement de sommes fixes ou variables sont d'autres sanctions reconnues, depuis la première loi fiscale de 1789, comme des sanctions dont l'exécution relève de la procédure civile. [ . . . ] Malgré leur sévérité relative, ces sanctions ont résisté à l'argument voulant qu'elles soient essentiellement de nature criminelle et assujetties aux règles de procédure applicables aux poursuites criminelles.

56

For these reasons, I find that the notice of ascertained forfeiture is not penal in nature, but is rather an administrative measure intended to provide a timely and effective means of enforcing the CA.

Pour tous ces motifs, j'estime que l'avis de confiscation compensatoire est non pas un mécanisme de nature pénale, mais plutôt une mesure administrative visant à assurer le respect de la LD de façon rapide et efficace.

(2) Does the Written Notice Demanding Payment Under Section 124 of the CA Constitute a True Penal Consequence?

(2) La réclamation par avis écrit prévue à l'art. 124 de la LD constitue-t-elle une véritable conséquence pénale?

57

In *Wigglesworth*, *supra*, at p. 561, Wilson J. wrote that "a true penal consequence which would attract the application of s. 11 [of the Charter] is

Dans l'arrêt *Wigglesworth*, précité, p. 561, la juge Wilson a écrit : « une véritable conséquence pénale qui entraînerait l'application de l'art. 11 [de



imprisonment or a fine which by its magnitude would appear to be imposed for the purpose of redressing the wrong done to society at large rather than to the maintenance of internal discipline within the limited sphere of activity". In her view, in the rare cases where the two tests conflict, the "by nature" test must give way to the "true penal consequence" test (*Wigglesworth, supra*, at p. 561).

*Wigglesworth* is one example of this sort of unusual situation. In that case, the Court held that proceedings before the Royal Canadian Mounted Police Service Court failed the "by nature" test. However, since the accused was liable to imprisonment for a term of one year, he faced a true penal consequence.

In the case at bar, the appellant, unlike Mr. *Wigglesworth*, does not face imprisonment should he be found to have contravened the *CA*.

It remains to be determined whether the payment of \$315,458 demanded pursuant to s. 124 of the *CA* constitutes a fine that, by its magnitude, is imposed for the purpose of redressing a wrong done to society at large, as opposed to the purpose of maintaining the effectiveness of customs requirements.

(i) *Magnitude of the Fine*

The appellant's main argument in this regard is based on the magnitude of the amount claimed. He contends that \$315,458 is six times greater than the maximum fine that could be imposed on him upon summary conviction under s. 160(a) of the *CA* and that it accordingly constitutes a true penal consequence.

This argument is based on a false premise. There can be no doubt that the amount of \$315,458 demanded from the appellant is greater than the sanction he would face in a summary conviction prosecution. However, if the appellant had been proceeded against by way of indictment, the maximum fine would have been \$500,000 (s. 160(b) of the *CA*). In either case, moreover, the fine does not

la *Charte*] est l'emprisonnement ou une amende qui par son importance semblerait imposée dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que pour maintenir la discipline à l'intérieur d'une sphère d'activité limitée ». Selon la juge Wilson, dans les rares cas où il y a conflit entre les deux critères, le critère de la « nature même » doit céder le pas à celui de la « véritable conséquence pénale » (*Wigglesworth*, précité, p. 561-562).

L'arrêt *Wigglesworth* nous fournit un exemple de ce type de situation inusitée. En effet, dans cette affaire, la Cour a jugé que les procédures engagées devant le tribunal du service de la Gendarmerie royale du Canada ne satisfaisaient pas au critère de la « nature même ». Néanmoins, vu qu'il était passible d'un an d'emprisonnement, l'accusé était tout de même exposé à une véritable conséquence pénale.

Dans le cas présent, contrairement à celui de M. *Wigglesworth*, l'appelant ne risque pas d'être emprisonné s'il s'avère qu'il a effectivement contrevenu à la *LD*.

Reste donc la question de savoir si le paiement de 315 458 \$ exigé en vertu de l'art. 124 de la *LD* constitue une amende qui, par son importance, est infligée dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que dans celui de maintenir l'efficacité des exigences douanières.

(i) *L'importance de l'amende*

L'argument principal de l'appelant à cet égard est fondé sur l'importance du montant réclamé. En effet, il soutient que la somme de 315 458 \$ est six fois plus élevée que l'amende maximale qui pourrait lui être infligée à l'issue d'une poursuite sommaire fondée sur l'al. 160(a) de la *LD*. Il s'agirait donc d'une véritable conséquence pénale.

Cet argument repose sur une fausse prémisse. Il est certes vrai que la somme de 315 458 \$ réclamée à l'appelant est supérieure à la sanction à laquelle l'exposerait une poursuite par voie sommaire. Toutefois, si l'appelant était poursuivi par voie de mise en accusation, l'amende maximale serait de 500 000 \$ (al. 160(b) de la *LD*). Qui plus est, dans un cas comme dans l'autre, l'amende ne remplace pas la

58

59

60

61

62

replace the ascertained forfeiture. These are two distinct consequences that are completely independent of each other. One of them, the fine, is clearly penal in nature and thus takes into account the relevant factors and principles governing sentencing; the other, being civil in nature and purely economic, is instead arrived at by a simple mathematical calculation.

63 In addition, forfeiture is an *in rem* proceeding in which the subject is the thing itself. In such a proceeding, the guilt or innocence of the owner of the forfeited property is irrelevant. The notice of ascertained forfeiture, the amount of which is established based on the estimated value of the property, is the necessary counterpart of this *in rem* proceeding. If the property is subsequently seized, the notice will be immediately cancelled (s. 125 of the *CA*).

(ii) *Redressing a Wrong Done to Society*

64 Unlike a criminal conviction, the demand by written notice stigmatizes no one.

65 As has just been seen, the principles of criminal liability and sentencing are totally irrelevant when fixing the amount to be demanded. Such a notice does not result in a criminal record for either the offender or the owner of the property. Its purpose is neither to punish the offender nor to elicit societal condemnation. In short, the notice of ascertained forfeiture has neither the appearance nor the distinctive characteristics of a sanction intended to “redress a wrong done to society”.

66 To sum up, the notice of ascertained forfeiture does not lead to true penal consequences for the appellant. He cannot be characterized as a “person charged with an offence” within the meaning of s. 11(c) of the *Charter* and therefore cannot benefit from its protection in this case.

B. *Is the Appellant Compelled to Be a Witness in Proceedings Against Him in Respect of an Offence With Which He Is Charged, Contrary to Section 11(c) of the Charter?*

67 As the appellant is not a “person charged with an offence” within the meaning of s. 11 of the *Charter*, there is in principle no need to consider the scope of

confiscation compensatoire : il s’agit de deux conséquences distinctes dont l’une ne dépend aucunement de l’autre. L’une, l’amende, est manifestement pénale et tient donc compte des facteurs et des principes pertinents en matière de détermination de la peine; l’autre, de nature civile et purement économique, est plutôt déterminée par un simple calcul mathématique.

En outre, la confiscation est une procédure *in rem* qui vise la « chose elle-même ». Une telle procédure n’a rien à voir avec la culpabilité ou l’innocence du propriétaire des biens confisqués. L’avis de confiscation compensatoire, dont le montant est établi en fonction de la valeur estimée de ces biens, est le pendant nécessaire de cette procédure *in rem*. De plus, si les biens sont par la suite saisis, l’avis sera dès lors annulé (art. 125 de la *LD*).

(ii) *La réparation d’un tort causé à la société*

Contrairement à une condamnation criminelle, la réclamation par avis écrit ne stigmatise personne.

Comme nous venons de le voir, les principes de responsabilité pénale et de détermination de la peine n’entrent nullement en jeu pour fixer le montant réclamé. Un tel avis ne crée aucun casier judiciaire ni pour le contrevenant, ni pour le propriétaire des biens. Il n’a pas pour but de punir le contrevenant ou de susciter la réprobation sociale. Bref, l’avis de confiscation compensatoire n’a ni l’apparence ni les caractéristiques distinctives de la « réparation d’un tort causé à la société ».

Somme toute, l’avis de confiscation compensatoire n’entraîne pas de véritables conséquences pénales pour l’appelant. Ce dernier ne peut pas être qualifié d’« inculpé » au sens de l’al. 11c) de la *Charte* et ne peut donc pas bénéficier de la protection en l’espèce.

B. *L’appelant est-il contraint de témoigner contre lui-même dans une poursuite intentée contre lui pour une infraction qu’on lui reproche, en contravention de l’al. 11c) de la Charte?*

L’appelant n’étant pas un « inculpé » au sens de l’art. 11 de la *Charte*, il ne serait pas nécessaire, en principe, de se pencher sur la portée de l’al. 11c). Il

s. 11(c). Nevertheless, it seems appropriate to do so, since the Federal Court of Appeal's interpretation of this provision would unduly restrict its purpose.

Three conditions must be met for a person charged with an offence to benefit from the protection against self-incrimination under s. 11(c) of the *Charter*: (1) the person must be compelled to be a witness (2) in proceedings against that person (3) in respect of the offence.

In this regard, the key passage from the Federal Court of Appeal's decision reads as follows (at para. 10):

In this case, the appellant is a plaintiff in an action in which, as section 135 requires, the Minister is the defendant. He is not a person charged with an offence in this proceeding. Nor is he being prosecuted or sued. In fact, he is the prosecutor in the civil law sense of the word. The proceeding he has initiated himself cannot result in any conviction, fine or penal consequence in the criminal or penal sense of the word, making him a person charged with an offence under the *Charter's* paragraph 11(c). The decision to carry out an ascertained forfeiture is already made and upheld by the Minister. The proceeding brought by the appellant to challenge the Minister's decision is, when all is said and done, a proceeding to have the respondent's claim and the action to collect this claim, the ascertained forfeiture, vacated.

The first condition presents no difficulties. It seems obvious that examining someone for discovery amounts to compelling that person to be a witness in proceedings against him or her. Rule 288 of the *FCR* provides that any part of an examination for discovery of an adverse party may be introduced into evidence at trial.

As for the other two conditions, the decision of the Federal Court of Appeal, which is essentially based on the wording of the French version of s. 11(c), can be summarized as follows: since the appellant is a plaintiff, there is no *poursuite* (proceeding) against him. Thus, the appellant himself is the *poursuivant* ("prosecutor", or plaintiff) and the proceeding was not brought in respect of the offence with which the appellant is charged, as the respondent had already made a decision. The purpose of the proceeding is, rather, to have the appellant's debt to the respondent cancelled.

convient néanmoins de le faire, car l'interprétation de cette disposition par la Cour d'appel fédérale a pour effet d'en restreindre indûment la mission.

Trois conditions doivent être remplies pour qu'un inculpé puisse bénéficier de la protection contre l'auto-incrimination garantie à l'al. 11c) de la *Charte* : (1) il doit être contraint de témoigner contre lui-même, (2) dans une poursuite intentée contre lui, (3) pour l'infraction qu'on lui reproche.

À cet égard, le passage clé de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale se lit comme suit (par. 10) :

En l'instance, l'appellant est un demandeur dans une action où, comme l'exige l'article 135, le ministre est le défendeur. Il n'est pas un inculpé dans cette procédure. Il n'est poursuivi ni civilement, ni pénalement. En fait, il est lui-même le poursuivant au sens civil du terme. La procédure qu'il a entreprise lui-même ne peut déboucher sur aucune condamnation, amende ou conséquence pénale au sens pénal du terme, faisant de lui un inculpé en vertu de l'alinéa 11c) de la *Charte*. La décision de procéder à une confiscation compensatoire est déjà prise et confirmée par le ministre. La procédure intentée par l'appellant pour contester la décision du ministre est, en somme, une procédure pour faire annuler la créance de l'intimé ainsi que la mesure de recouvrement de cette créance que constitue la confiscation compensatoire.

La première condition ne pose aucune difficulté. Il semble évident que le fait d'interroger au préalable une personne revient, en fait, à la contraindre à témoigner contre elle-même. En effet, la règle 288 des *RCF* prévoit que tout extrait des dépositions d'une partie adverse recueillies lors de l'interrogatoire préalable peut être présenté en preuve lors de l'instruction.

En ce qui a trait aux deux autres conditions, la décision de la Cour d'appel fédérale, fondée essentiellement sur le libellé de la version française de l'al. 11c), se résume ainsi : puisque l'appellant est le demandeur, aucune poursuite n'est intentée contre lui. L'appellant est donc lui-même le poursuivant et la poursuite n'est pas engagée pour l'infraction reprochée à l'appellant, la décision de l'intimé ayant déjà été prise. La poursuite vise plutôt à faire annuler la créance de l'intimé contre l'appellant.

68

69

70

71

72 With respect, this interpretation of s. 11(c) of the *Charter* risks being perceived as overly formalistic. I accordingly believe it would be preferable to address this aspect of the appeal as follows.

(1) “Proceedings Against That Person”

73 The purpose of s. 11(c) is to protect a person charged with an offence against self-incrimination. This protection should not depend solely on the terminology associated with the procedure established by Parliament.

74 In the instant case, Parliament decided that an appeal from a decision of the Minister must be made by way of an action in the Federal Court (s. 135 of the *CA*). However, this choice of procedure does not alter the actual relationship between the parties.

75 The *Petit Robert* (1990) defines the word “*poursuite*” as follows: [TRANSLATION] “legal action taken against someone who has violated a law . . .” (p. 1501). In the case at bar, the customs officer, a representative of the state, served a notice of ascertained forfeiture on the appellant. There can therefore be no doubt that the service of the notice of ascertained forfeiture by the customs officer, who had reasonable grounds to believe that a provision of the *CA* had been contravened, constituted a “*poursuite*” against the appellant.

76 From that moment, the appellant was required to follow the path set out by Parliament for contesting the proceeding against him. To this end, he asked the Minister to review the officer’s decision (ss. 129 and 131 of the *CA*) and he subsequently appealed the Minister’s decision to the Federal Court. Thus, although the appellant is designated a “plaintiff”, it is not he who actually initiated the “*poursuite*”. On the contrary, he is simply defending himself in a proceeding against him that was initiated by the respondent.

77 In the English version of s. 11(c) of the *Charter*, the term “*poursuite*” is rendered as “proceedings”. The *Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989) defines “proceeding” as follows, at p. 545: “The instituting or carrying on of an action at law; a

En toute déférence, cette interprétation de l’al. 11c) de la *Charte* risque d’être perçue comme étant trop formaliste. Il m’apparaît donc préférable d’aborder comme suit cet aspect du pourvoi.

(1) « Poursuite intentée contre lui »

L’alinéa 11c) a pour objet de garantir à un inculpé la protection contre l’auto-incrimination. Cette protection ne devrait pas dépendre uniquement de la terminologie découlant de la procédure établie par le législateur.

Dans le cas qui nous occupe, le législateur a décidé que l’appel d’une décision du ministre devait obligatoirement se faire par voie d’action devant la Cour fédérale (art. 135 de la *LD*). Néanmoins, ce moyen procédural n’a pas pour effet de modifier les rapports réels entre les parties.

Le *Petit Robert* (1990) définit ainsi le terme « poursuite » : « [a]cte juridique dirigé contre quelqu’un qui a enfreint une loi . . . » (p. 1501). En l’espèce, l’agent des douanes, un représentant de l’État, a signifié à l’appelant un avis de confiscation compensatoire. Nul doute donc que la signification de l’avis de confiscation compensatoire par l’agent des douanes, qui avait des motifs raisonnables de croire qu’une infraction à la *LD* avait été commise, constituait une « poursuite » contre l’appelant.

De plus, à partir de ce moment, l’appelant était tenu de suivre la voie tracée par le législateur pour contester la poursuite intentée contre lui. Ce faisant, il a demandé au ministre de réviser la décision de l’agent (art. 129 et 131 de la *LD*) et il a par la suite porté la décision du ministre en appel devant la Cour fédérale. Ainsi, bien qu’il porte le titre de « demandeur », l’appelant n’est pas en réalité l’instigateur de la « poursuite ». Au contraire, il ne fait qu’opposer une défense à la poursuite intentée contre lui par l’intimé.

Dans la version anglaise de l’al. 11c) de la *Charte*, le terme « *proceedings* » remplace le terme « poursuite ». « *Proceeding* » signifie, selon l’*Oxford English Dictionary* (2<sup>e</sup> éd. 1989), p. 545 : [TRANSLATION] « L’introduction ou la poursuite

legal action or process; any act done by authority of a court of law; any step taken in a cause by either party” (emphasis added). It should be added that, in ss. 13 and 14 of the *Charter*, the word “proceedings” is rendered as “*procédures*” in the French version. In s. 24(2) of the *Charter*, “proceedings” is rendered as “*instance*”.

This shows that the word “proceedings” has a much broader meaning than “*poursuite*” (see, for example, *Markevich v. Canada*, [2003] 1 S.C.R. 94, 2003 SCC 9, at paras. 23-37), and it applies regardless of whether the individual seeking the protection of s. 11(c) of the *Charter* is a “plaintiff” or a “defendant”.

Thus, although the appellant is designated a “plaintiff” in the Federal Court, it is nonetheless the respondent who initiated the proceeding (*poursuite*, *procédure* or *instance*) against the appellant.

## (2) “In Respect of the Offence”

A literal interpretation of this expression implies that the proceeding must be in respect of the offence with which the appellant is charged. Relying on this assertion, the Federal Court of Appeal stated that the Minister’s decision was a thing of the past and that the purpose of the current proceeding was instead to release the appellant from his debt.

For this expression also, to understand its real meaning, the English and French versions of s. 11(c) of the *Charter* must be read together. The expression “*pour l’infraction qu’on lui reproche*” is rendered in English as “in respect of the offence”. The key element of this provision is the existence of “some link” between the offence and the proceedings (see *Markevich*, *supra*, at para. 26).

Dickson J. (as he then was) stated the following in *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 39:

The words “in respect of” are, in my opinion, words of the widest possible scope. They import such meanings

d’une instance; une action en justice ou une procédure judiciaire; tout acte accompli sous l’autorité d’un tribunal; toute mesure prise dans une affaire par l’une des parties » (je souligne). De plus, dans les art. 13 et 14 de la *Charte*, le terme « *proceedings* » est rendu en français par le terme « *procédures* ». Enfin, dans le par. 24(2) de la *Charte*, « *proceedings* » est traduit par « *instance* ».

Tout cela démontre que le terme « *proceedings* » a un sens beaucoup plus large que le terme « *poursuite* » (voir, par exemple, *Markevich c. Canada*, [2003] 1 R.C.S. 94, 2003 CSC 9, par. 23-37) et s’applique sans égard à la qualité de « demandeur » ou de « défendeur » de l’individu recherchant la protection de l’al. 11c) de la *Charte*.

Ainsi, bien que l’appelant soit désigné comme étant le « demandeur » devant la Cour fédérale, il n’en demeure pas moins que c’est l’intimé qui est à l’origine de la « *poursuite* », de la « *procédure* » ou de « *l’instance* » contre l’appelant.

## (2) « Pour l’infraction qu’on lui reproche »

Une interprétation littérale de cette expression laisse entendre que la *poursuite* intentée devrait être pour l’infraction reprochée à l’appelant. Forte de cette assertion, la Cour d’appel fédérale affirme que la décision du ministre est chose du passé et que la présente *poursuite* visait plutôt à libérer l’appelant de sa dette.

Là encore, pour comprendre le sens véritable de cette expression, il est nécessaire d’interpréter conjointement les versions française et anglaise de l’al. 11c) de la *Charte*. L’expression « *pour l’infraction qu’on lui reproche* » est rendue en anglais par l’expression « *in respect of the offence* ». Ainsi, l’élément clé de cette disposition est la présence d’un « lien quelconque » entre l’infraction reprochée et la *procédure* engagée (voir *Markevich*, précité, par. 26).

En effet, comme l’a indiqué le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l’arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, p. 39 :

À mon avis, les mots « quant à » [« *in respect of* »] ont la portée la plus large possible. Ils signifient, entre autres,

78

79

80

81

82

as “in relation to”, “with reference to” or “in connection with”. The phrase “in respect of” is probably the widest of any expression intended to convey some connection between two related subject matters.

83 In the case at bar, the offence imputed to the appellant consists in having made false statements contrary to ss. 95 and 153(a) and (c) of the CA. The offence gave rise to a proceeding (*poursuite, procédure* or *instance*) initiated by the respondent against the appellant. The respondent used a notice of ascertained forfeiture to demand payment of an amount of \$315,458. There is accordingly no doubt that both the “proceeding” against the appellant and the appeal from the respondent’s decision are connected with the offence.

84 In *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, at p. 519, this Court stated that the expression “person charged with an offence” must be interpreted consistently in relation to all the paragraphs of s. 11 of the *Charter*.

85 The Federal Court of Appeal’s interpretation would unduly reduce the scope of s. 11(c). This would be true where a “person charged with an offence” was compelled to be a witness in proceedings against him or her simply because Parliament required the person to bring an action to contest a decision. The person’s status as a “plaintiff” would deprive the person of his or her constitutional rights.

86 This interpretation must therefore be rejected.

## VI

### Conclusion

87 To characterize the appellant as a “person charged with an offence” would have a significant impact on the entire body of legislation whose purpose is taxation and economic regulation. To recognize an alleged offender in these spheres as a “person charged with an offence”, even where he or she is not in fact charged, would undermine the effectiveness of the system and substantially increase the cost of administering it.

« concernant », « relativement à » ou « par rapport à ». Parmi toutes les expressions qui servent à exprimer un lien quelconque entre deux sujets connexes, c’est probablement l’expression « quant à » [*in respect of*] qui est la plus large.

En l’espèce, l’infraction reprochée à l’appelant consiste à avoir fait de fausses déclarations en contravention de l’art. 95 et des al. 153(a) et c) de la LD. Cette infraction est à l’origine du déclenchement par l’intimé d’une « poursuite », d’une « procédure » ou d’une « instance » contre l’appelant. L’intimé se sert de l’avis de confiscation compensatoire pour réclamer le paiement d’une somme de 315 458 \$. Il ne fait donc aucun doute que tant la « poursuite » intentée contre l’appelant que l’appel interjeté contre la décision de l’intimé sont liés à l’infraction reprochée.

Dans l’arrêt *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, p. 519, notre Cour a affirmé qu’il est important que la notion d’« inculpé » reçoive une interprétation uniforme dans tous les alinéas de l’art. 11 de la *Charte*.

L’interprétation de la Cour d’appel fédérale aurait pour effet de réduire indûment la portée de l’al. 11c). Il en serait ainsi lorsqu’un « inculpé » serait contraint de témoigner contre lui-même simplement parce que le législateur l’oblige à intenter une action pour contester une décision. Sa qualité de « demandeur » lui ferait donc perdre ses droits constitutionnels.

Cette interprétation doit donc être rejetée.

## VI

### Conclusion

Qualifier l’appelant d’« inculpé » aurait un impact considérable sur un ensemble de législation fiscale et de réglementation économique. Reconnaître le statut d’« inculpé » aux présumés contrevenants dans ces domaines, lorsqu’ils ne sont pas de fait inculpés, minerait l’efficacité du système et augmenterait substantiellement les coûts de son administration.

In this context, an analysis of s. 124 of the *CA* and its related provisions shows that the process they establish is not penal in nature and that the sanction provided for does not have true penal consequences within the meaning of *Wigglesworth*.

Therefore, Rule 236(2) of the *FCR* does not violate s. 11(c) of the *Charter* by requiring the appellant, as plaintiff in an action under s. 135 of the *CA*, to submit to an examination for discovery.

For these reasons, the Court dismissed the appeal from the bench. The respondent shall have his costs in this Court.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Hivon et Beaulac, Montréal.*

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

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Sainte-Foy.*

Dans ce contexte, une étude de l'art. 124 de la *LD* et des dispositions connexes révèle que le processus ainsi établi n'est pas de nature pénale et que la sanction qu'il prévoit n'entraîne pas de véritables conséquences pénales au sens de l'arrêt *Wigglesworth*.

Il s'ensuit que la règle 236(2) des *RCF* ne porte pas atteinte à l'al. 11c) de la *Charte* du fait qu'elle oblige l'appelant, en sa qualité de demandeur dans une action fondée sur l'art. 135 de la *LD*, à subir un interrogatoire préalable.

Pour ces motifs, la Cour a rejeté le pourvoi séance tenante. L'intimé a droit à ses dépens devant notre Cour.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelant : Hivon et Beaulac, Montréal.*

*Procureur de l'intimé : Sous-procureur général du Canada, Montréal.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Sainte-Foy.*

88

89

90

**UL Canada Inc.** *Appellant/Respondent on the motion*

v.

**Attorney General of Quebec** *Respondent/Applicant*

**INDEXED AS: UL CANADA INC. v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)**

**Neutral citation: 2004 SCC 82.**

File No.: 30065.

2004: December 10.

Present: Charron J.

**MOTION TO STRIKE**

*Practice — Supreme Court of Canada — Motion to strike — Documents on appeal — Evidence — Motion to have portions of appellant's record struck out — Material not before lower courts filed with this Court in context of application for leave to appeal — Whether material part of record — Whether material evidence within meaning of Rule 38(1)(d) of Supreme Court Rules — Whether material may be filed as fresh evidence — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 62(3) — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 38(1)(d).*

*Practice — Supreme Court of Canada — Motion to strike — Factum — New argument — Appellant raising new constitutional argument in its factum — New argument relevant to constitutional questions stated by Court — Whether references to new argument in appellant's factum should be struck.*

**Cases Cited**

**Applied:** *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1999] 3 S.C.R. 845; *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [2000] 1 S.C.R. 44, 2000 SCC 2.

**Statutes and Regulations Cited**

*Constitution Act, 1867*, s. 121.  
*Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, r. 38(1)(d).  
*Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 62.

**UL Canada Inc.** *Appelante/Intimée à la requête*

c.

**Procureur général du Québec** *Intimé/Requérant*

**RÉPERTORIÉ : UL CANADA INC. c. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

**Référence neutre : 2004 CSC 82.**

N° du greffe : 30065.

2004 : 10 décembre.

Présente : La juge Charron.

**REQUÊTE EN RADIATION**

*Pratique — Cour suprême du Canada — Requête en radiation — Documents d'appel — Preuve — Requête visant à faire radier certaines parties du dossier de l'appelante — Documents non soumis aux juridictions inférieures présentés à la Cour dans le cadre de la demande d'autorisation — Ces documents font-ils partie du dossier? — Ces documents sont-ils de la preuve au sens de l'art. 38(1)d des Règles de la Cour? — Ces documents peuvent-ils être produits comme preuve nouvelle? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 62(3) — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, art. 38(1)d).*

*Pratique — Cour suprême du Canada — Requête en radiation — Mémoire — Nouvel argument — Nouvel argument d'ordre constitutionnel soulevé par l'appelante dans son mémoire — Nouvel argument pertinent à l'égard des questions constitutionnelles formulées par la Cour — Les références au nouvel argument dans le mémoire de l'appelante doivent-elles être supprimées?*

**Jurisprudence**

**Arrêts appliqués :** *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1999] 3 R.C.S. 845; *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [2000] 1 R.C.S. 44, 2000 CSC 2.

**Lois et règlements cités**

*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 121.  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 62.  
*Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, art. 38(1)d).



MOTION to strike portions of appellant's record and factum. Motion allowed in part.

Written submissions by *Donald Bisson*, for the appellant/respondent on the motion.

Written submissions by *Jean-François Jobin*, for the respondent/applicant.

English version of the order delivered by

CHARRON J. — The respondent, the Attorney General of Quebec, asks that portions of the applicant's record and factum be struck out on the ground that they constitute fresh evidence that was not before the courts below. The material in question was filed with the Court in the context of the application for leave to appeal. The appellant accordingly submits that this evidence is part of the record.

The appellant's submissions are not valid. The material in question cannot be regarded as evidence within the meaning of Rule 38(1)(d) of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, merely because it was filed in the context of the application for leave to appeal, and the filing thereof contravenes s. 62 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26: see *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1999] 3 S.C.R. 845, at para. 6.

In the alternative, the appellant seeks leave to file this material as fresh evidence pursuant to s. 62(3) of the *Supreme Court Act*. It submits that this material is relevant and is admissible as a legislative fact.

This submission cannot be accepted. The affidavit in question and the supporting material cannot be characterized as a legislative fact and, in any event, legislative facts are also subject to the conditions for admission of fresh evidence: see *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [2000] 1 S.C.R. 44, 2000 SCC 2, at para. 10. As mentioned by the Court, the tests for admission of fresh evidence are due diligence, relevance, credibility and decisiveness of the proposed evidence. In my view, the evidence does not meet these

REQUÊTE en radiation de certaines parties du dossier et du mémoire de l'appelante. Requête accordée en partie.

Argumentation écrite par *Donald Bisson*, pour l'appelante/intimée à la requête.

Argumentation écrite par *Jean-François Jobin*, pour l'intimé/requérant.

L'ordonnance suivante a été rendue par

LA JUGE CHARRON — L'intimé, le procureur général du Québec, demande la radiation de parties du dossier et du mémoire de l'appelante pour motif qu'il s'agit d'une preuve nouvelle qui n'a pas été soumise aux instances inférieures. Les documents en question ont été soumis à la Cour dans le cadre de la demande d'autorisation d'appel. L'appelante soutient donc que cette preuve fait partie du dossier.

Les prétentions de l'appelante ne sont pas bien fondées. Ces documents ne peuvent être considérés comme de la preuve au sens de l'al. 38(1)d des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, du seul fait qu'ils ont été soumis dans le cadre de la demande d'autorisation d'appel et leur production contrevient à l'art. 62 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26 : voir *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1999] 3 R.C.S. 845, par. 6.

L'appelante demande subsidiairement l'autorisation de produire ces documents comme preuve nouvelle en vertu du par. 62(3) de la *Loi sur la Cour suprême*. Elle prétend que ces documents sont pertinents et qu'ils sont recevables en tant que fait législatif.

Cette prétention ne peut pas être acceptée. L'affidavit en question et les documents à l'appui ne peuvent être qualifiés de fait législatif et, en tout état de cause, les faits législatifs sont également assujettis aux conditions de recevabilité d'une preuve nouvelle : voir *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [2000] 1 R.C.S. 44, 2000 CSC 2, par. 10. Comme l'a souligné la Cour, les critères d'admissibilité d'une nouvelle preuve sont la diligence raisonnable, la pertinence, la crédibilité et le caractère décisif de la preuve proposée. À mon

1

2

3

4

tests. There is no indication that the appellant could not have adduced this evidence at trial, so the due diligence test is not met in the case at bar. Also, the material in question raises a number of controversial questions and accordingly should not be admitted in evidence at this stage of the proceedings. Finally, the appellant's fresh evidence is not determinative as regards the issues before the Court.

5 This material must therefore be struck from the record and any reference to it struck from the appellant's factum.

6 The respondent Attorney General of Quebec also requests an order striking any reference to s. 121 of the *Constitution Act, 1867* from the appellant's factum. The respondent submits that the appellant's argument that the impugned regulations violate s. 121 raises a new constitutional question that is not included in the order issued by the Chief Justice of the Court on August 12, 2004.

7 In my opinion, this argument is relevant to the constitutional questions and it is for the Court to determine whether it is valid. This second part of the motion is therefore dismissed.

8 The motion is granted in part, with costs.

*Motion granted in part with costs.*

*Solicitors for the appellant/respondent on the motion: McCarthy Tétrault, Montréal.*

*Solicitor for the respondent/applicant: Department of Justice, Montréal.*

avis, la preuve ne répond pas à ces critères. Il n'y a rien qui indique que l'appelante n'aurait pu présenter cette preuve au procès de sorte que le critère de la diligence raisonnable n'est pas rempli en l'espèce. De plus, les documents en question soulèvent plusieurs questions controversées et ainsi ne devraient pas être reçus en preuve à ce stade des procédures. Finalement, la nouvelle preuve invoquée par l'appelante n'a pas un caractère concluant compte tenu des questions en litige.

Ces documents doivent donc être retirés du dossier et toute référence aux documents radiée du mémoire de l'appelante.

L'intimé, le procureur général du Québec, demande également une ordonnance radiant toute référence dans le mémoire de l'appelante à l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'intimé prétend que l'argument de l'appelante selon lequel la réglementation contestée serait contraire à l'art. 121 soulève une nouvelle question constitutionnelle qui n'est pas incluse dans l'ordonnance prononcée par la Juge en chef de la Cour le 12 août 2004.

À mon avis, cet argument est pertinent à l'égard des questions constitutionnelles et il relèvera du tribunal de décider du bien-fondé de cet argument. Cette deuxième partie de la requête est donc rejetée.

La requête est accordée, en partie, avec dépens.

*Requête accordée en partie avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante/intimée à la requête: McCarthy Tétrault, Montréal.*

*Procureur de l'intimé/requérant: Ministère de la Justice, Montréal.*





# INDEX

## ADMINISTRATIVE LAW

Judicial review — Standard of review — Financial Services Tribunal — Standard of review applicable to Tribunal's interpretation of s. 70(6) of Pension Benefits Act, R.S.O. 1990, c. P.8.

MONSANTO CANADA INC. v. ONTARIO (SUPERINTENDENT OF FINANCIAL SERVICES), 152

---

## BANKRUPTCY AND INSOLVENCY

1. Long-term lease — Setting up of lessor's right of ownership against lessee's trustee in bankruptcy — Failure to publish rights resulting from lease within legislated time limit — Whether long-term lessor of automobile may set up right of ownership against lessee's trustee in bankruptcy even though lessor failed to publish rights within time prescribed in art. 1852 C.C.Q. — Whether lessor's right of ownership equivalent to simple security — Whether trustee may be considered third person for purposes of art. 1852 C.C.Q. — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 67, 71, 81.

LEFEBVRE (TRUSTEE OF); TREMBLAY (TRUSTEE OF), 326

2. Instalment sale — Setting up of trustee's reservation of ownership — Failure to publish reservation within legislated time limit — Whether reservation of ownership not published within time limit provided for in art. 1745 C.C.Q. can be set up against trustee — Whether trustee can be considered third person for purposes of art. 1749 C.C.Q.

OUELLET (TRUSTEE OF), 348

3. Reviewable transactions — Transfer of assets between wholly-owned subsidiary and parent corporation — Wholly-owned subsidiary and parent corporation declaring bankruptcy — Parent corporation's directors sued by trustee of wholly-owned subsidiary — Trustee claiming that certain transactions were reviewable — Whether consideration for impugned transactions conspicuously less than fair market value — Whether directors "privity" to transactions — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 100.

PEOPLES DEPARTMENT STORES INC. (TRUSTEE OF) v. WISE, 461

---

## BARRISTERS AND SOLICITORS

Duty to advise — Duty of loyalty — Conflict of interest — Client alleging that lawyer who represented her in criminal trial failed to advise her regarding civil aspect of case and allowed his partner to represent co-accused whose interests were adverse to hers — Whether lawyer violated duty to advise and duty of loyalty.

CÔTÉ v. RANCOURT, 248

---

## CIVIL LIABILITY

1. Defamation — Television network — Public affairs program citing only erroneous portions of letter sent by communications consultant to director of program to request right of reply — Contents of letter presented in incomplete and misleading manner — Whether broadcast legitimate given the public's right to be informed and freedom of expression — Whether broadcast fell short of professional standards of reasonable journalist — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1457.

GILLES E. NÉRON COMMUNICATION MARKETING INC. v. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, 95

2. Defamation — Damages — Television network held liable in defamation solidarily with professional order — Damages difficult to divide between parties — Whether trial judge erred in imposing solidary liability — Whether liability in solidum should be ordered.

GILLES E. NÉRON COMMUNICATION MARKETING INC. v. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, 95

3. Municipality — Exercise of power to make by-laws — Relative immunity — Zoning by-law — Developer suing municipality for loss of profits following amendment to zoning by-law affecting its real estate development project — Whether public law immunity attaching to exercise of regulatory power included in rules of liability applicable to municipalities — Whether municipality acted in bad faith, or in circumstances leading to conclusion it acted in bad faith, in amending its zoning by-law — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1457.

ENTREPRISES SIBECA INC. v. FRELIGHTSBURG (MUNICIPALITY), 304

---

## CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Search and seizure — Police officers approaching scene of reported crime and stopping and detaining individual matching suspect's description — Officer feeling soft object in individual's pocket during pat-down search — Officer reaching into pocket and finding marijuana — Individual charged with possession of marijuana for purposes of trafficking — Whether search of individual's pocket unreasonable — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

R. v. MANN, 59

2. Charter of Rights — Equality rights — Marital status — Canada Pension Plan — Survivor's pension — Definition of "spouse" — Appropriate comparator group — Plan providing for survivor's benefit to be paid to common law spouse if cohabiting with contributor spouse at date of contributor's death and for one year prior to that date — No similar cohabitation restriction for married spouses — Whether correct comparator group "separated married spouses" or "divorced spouses" — Whether definition of "spouse" in Plan infringing right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Canada Pension Plan, R.S.C. 1985, c. C-8, s. 2(1) "spouse".

HODGE v. CANADA (MINISTER OF HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT), 357

3. Charter of Rights — Equality rights — Comparator groups — Criteria for identifying appropriate comparator group.

HODGE v. CANADA (MINISTER OF HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT), 357

4. Charter of Rights — Equality rights — Gender discrimination — Pay equity — Pay equity agreement signed in favour of female employees in health care sector — Whether s. 9 of Public Sector Restraint Act deferring commencement of wage adjustment payments infringes right to equality — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Public Sector Restraint Act, S.N. 1991, c. 3, s. 9.

NEWFOUNDLAND (TREASURY BOARD) v. N.A.P.E., 381

5. Charter of Rights — Reasonable limits — Oakes test — Separation of powers — Whether explicit recognition of separation of powers doctrine should be added to Oakes test — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1.

NEWFOUNDLAND (TREASURY BOARD) v. N.A.P.E., 381

6. Charter of Rights — Search and seizure — Police using thermal imaging device to take "heat" picture of accused's home from aircraft without warrant — Whether warrantless use of thermal imaging device violated right against

## CONSTITUTIONAL LAW — Continued

unreasonable search and seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

R. v. TESSLING, 432

7. Charter of Rights — Equality rights — Mental disability — Province not providing for controversial intensive behavioural therapy for preschool-aged autistic children — Whether Province's refusal to fund treatment violates equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Medicare Protection Act, R.S.B.C. 1996, c. 286, s. 1 "benefits", "health care practitioner" — Medical and Health Care Services Regulation, B.C. Reg. 426/97, ss. 17-29.

AUTON (GUARDIAN AD LITEM OF) v. BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL), 657

8. Charter of Rights — Equality rights — Appropriate comparator group — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1).

AUTON (GUARDIAN AD LITEM OF) v. BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL), 657

9. Charter of Rights — Fundamental justice — Province not providing for controversial intensive behavioural therapy for preschool-aged autistic children — Whether Province's refusal to fund treatment violates s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Medicare Protection Act, R.S.B.C. 1996, c. 286, s. 1 "benefits", "health care practitioner" — Medical and Health Care Services Regulation, B.C. Reg. 426/97, ss. 17-29.

AUTON (GUARDIAN AD LITEM OF) v. BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL), 657

10. Distribution of legislative powers — Marriage — Solemnization of marriage — Federal proposal for an Act respecting certain aspects of legal capacity for marriage for civil purposes — Proposed legislation providing that marriage for civil purposes lawful union of two persons to exclusion of all others — Legislation providing also that nothing in Act affecting freedom of officials of religious groups to refuse to perform marriages not in accordance with their religious beliefs — Whether proposed legislation intra vires Parliament — Constitution Act, 1867, ss. 91(26), 92(12).

REFERENCE RE SAME-SEX MARRIAGE, 698

11. Charter of Rights — Equality rights — Freedom of religion — Proposed federal legislation extending right to civil marriage to same-sex couples — Whether proposed legislation consistent with guarantees of equality rights and freedom of religion — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(a), 15(1).

REFERENCE RE SAME-SEX MARRIAGE, 698

**CONSTITUTIONAL LAW — Concluded**

12. Charter of Rights — Freedom of religion — Proposed federal legislation extending right to civil marriage to same-sex couples — Whether guarantee of freedom of religion protects religious officials from being compelled by state to perform same-sex marriage contrary to their religious beliefs — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(a).

REFERENCE RE SAME-SEX MARRIAGE, 698

13. Charter of Rights — Self-incrimination — Customs — Notice of ascertained forfeiture — Examination for discovery — Minister of National Revenue upholding decision of customs officer to serve notice of ascertained forfeiture on alleged offender — Offender contesting Minister's decision by way of action pursuant to s. 135 of Customs Act — Motion by Minister to examine offender for discovery allowed — Whether offender may rely on protection against self-incrimination guaranteed by s. 11(c) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether offender "person charged with an offence" within meaning of that section — Whether ascertained forfeiture penal in nature — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(c) — Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), ss. 124(1), 135 — Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 236(2).

MARTINEAU v. M.N.R., 737

**CORPORATIONS**

Directors and officers — Fiduciary duty and duty of care — Directors of bankrupt corporation being sued by trustee — Trustee claiming that directors breached fiduciary duty and duty of care — Whether directors owe fiduciary duty or duty of care to corporation's creditors — Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 122(1).

PEOPLES DEPARTMENT STORES INC. (TRUSTEE OF) v. WISE, 461

**COURTS**

Supreme Court of Canada — Reference jurisdiction — Discretion not to answer reference questions — Whether Court should decline to answer reference questions — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 53.

REFERENCE RE SAME-SEX MARRIAGE, 698

**CRIMINAL LAW**

1. Detention of things seized — Further detention — Crown applying for extension of time for detention of money seized by police — Defence responding by filing motion for return of money on ground of unlawful seizure — Whether Provincial Court judge has jurisdiction to order return of money under s. 490(2) of Criminal Code or on some other basis — If not, proper procedure to be followed to obtain order for return of money.

R. v. RAPONI, 35

2. Detention of things seized — Further detention — Crown applying for extension of time for detention of money seized by police — Provincial Court judge ordering return of money on ground of unlawful seizure — Whether Provincial Court judge had jurisdiction to make such an order under s. 490(2) of Criminal Code or on some other basis — If not, proper procedure to be followed to challenge order of Provincial Court judge — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 490(2).

R. v. RAPONI, 35

3. Investigative detention — Search power incidental to investigative detention — Whether police have a common law power to detain individuals for investigative purposes — If so, whether there is a power to search incidental to detention at common law.

R. v. MANN, 59

4. Evidence — Admissibility — Similar fact evidence — Identification — Similar fact evidence of crimes committed by gang in three separate incidents put to jury for purpose of identifying particular gang member — Membership in gang varying — Whether evidence linking gang to one crime could be used against one member as similar fact evidence indicative of his participation in other crimes committed by same gang.

R. v. PERRIER, 228

5. Charge to jury — Group similar fact evidence — Similar fact evidence of crimes committed by gang in three separate incidents put to jury for purpose of identifying particular gang member — Membership in gang varying — Whether trial judge erred in directing jury that evidence admitted with respect to each incident admissible in proving guilt of accused with respect to others.

R. v. PERRIER, 228

6. Evidence — Admissibility — Similar fact evidence — Identification — Similar fact evidence of crimes committed by gang in three separate incidents put to jury for purpose of identifying particular gang member — Membership

**CRIMINAL LAW — Continued**

in gang varying — Whether evidence linking gang to one crime could be used against one member as similar fact evidence indicative of his participation in other crimes committed by same gang.

R. v. CHAN, 245

7. Charge to jury — Group similar fact evidence — Similar fact evidence of crimes committed by gang in three separate incidents put to jury for purpose of identifying particular gang member — Membership in gang varying — Whether trial judge erred in directing jury that evidence admitted with respect to each incident was admissible in proving guilt of accused with respect to others.

R. v. CHAN, 245

8. Evidence — Similar fact evidence — Admissibility — Sexual offences.

R. v. BLAKE, 503

9. Search and seizure — Search warrant — Whether search warrant validly issued.

R. v. SAUNDERS, 505

10. Sexual assault — Evidence — Misapprehension by trial judge of DNA evidence — Accused conviction vacated and new trial ordered.

R. v. SMITH, 507

11. Evidence — Eyewitness identification — Accused convicted of driving offences — Accused's convictions set aside and acquittals entered given frailties of identification evidence.

R. v. ZUROWSKI, 509

12. Preliminary inquiry — Jurisdiction — Certiorari — Preliminary inquiry judge discharging accused — Whether preliminary inquiry judge failed to consider "the whole of the evidence" as prescribed by Criminal Code — If so, whether such failure constitutes jurisdictional error — Scope of review on certiorari of decision of preliminary inquiry judge to discharge accused — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 548(1)(b).

R. v. DESCHAMPLAIN, 601

13. Preliminary inquiry — Jurisdiction — Certiorari — Preliminary inquiry judge discharging accused — Whether preliminary inquiry judge failed to consider "the whole of the evidence" as prescribed by Criminal Code — If so,

**CRIMINAL LAW — Concluded**

whether such failure constitutes jurisdictional error — Scope of review on certiorari of decision of preliminary inquiry judge to discharge accused — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 548(1)(b).

R. v. SAZANT, 635

14. Evidence — Misapprehension of evidence — Accused convicted of aggravated assault and uttering threats — Test applicable to setting aside of convictions on basis of trial judge's misapprehension of evidence not met — Convictions upheld.

R. v. LOHRER, 732

**CROWN**

1. Crown agent — Immunity — Provincial power corporation — Whether corporation entitled to immunity from legislation — Whether corporation was agent of Crown acting within its purposes — Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 17 — Power Corporation Act, S.N.S. 1973, c. 47, ss. 4, 6.

NOVA SCOTIA POWER INC. v. CANADA, 53

2. Honour of Crown — Duty to consult and accommodate Aboriginal peoples — Whether Crown has duty to consult and accommodate Aboriginal peoples prior to making decisions that might adversely affect their as yet unproven Aboriginal rights and title claims — Whether duty extends to third party.

HAIDA NATION v. BRITISH COLUMBIA (MINISTER OF FORESTS), 511

3. Honour of Crown — Duty to consult and accommodate Aboriginal peoples — Whether Crown has duty to consult and accommodate Aboriginal peoples prior to making decisions that might adversely affect their as yet unproven Aboriginal rights and title claims — If so, whether consultation and accommodation engaged in by Province prior to issuing project approval certificate was adequate to satisfy honour of Crown.

TAKU RIVER TLINGIT FIRST NATION v. BRITISH COLUMBIA (PROJECT ASSESSMENT DIRECTOR), 550

**EMPLOYER AND EMPLOYEE**

Individual contract of employment — Employee charged with attempted extortion unrelated to his work — Suspension without pay imposed by employer until final



**EMPLOYER AND EMPLOYEE — Concluded**

decision of courts to protect interest of business — Contract of employment between parties silent as to employer's power to suspend — Whether employer may suspend without pay for administrative reasons employee against whom criminal charges pending.

CABIAKMAN V. INDUSTRIAL ALLIANCE LIFE INSURANCE Co., 195

**MUNICIPAL LAW**

1. Exercise of power to make by-laws — Relative immunity — Whether public law immunity attaching to exercise of regulatory power included in rules of liability applicable to municipalities — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1457.

ENTREPRISES SIBECA INC. V. FRELIGHSBURG (MUNICIPALITY), 304

2. Zoning by-law — Whether municipality acted in bad faith, or in circumstances leading to conclusion it acted in bad faith, in amending its zoning by-law.

ENTREPRISES SIBECA INC. V. FRELIGHSBURG (MUNICIPALITY), 304

3. Zoning — Land development — Unjust enrichment — Developer suing municipality for unjust enrichment following "down-zoning" of lots — Whether municipality entitled to retain improvements made by developer on these lots without paying.

PACIFIC NATIONAL INVESTMENTS LTD. V. VICTORIA (CITY), 575

**PENSIONS**

Pension plans — Partial wind-up — Rights and benefits on partial wind-up — Surplus — Whether pension benefits legislation requiring distribution of proportional share of actuarial surplus when defined benefit pension plan partially wound up — Pension Benefits Act, R.S.O. 1990, c. P.8, s. 70(6).

MONSANTO CANADA INC. V. ONTARIO (SUPERINTENDENT OF FINANCIAL SERVICES), 152

**POLICE**

Police powers — Investigative detention — Search incidental to investigative detention — Scope of search.

R. V. MANN, 59

**PRACTICE**

1. Supreme Court of Canada — Motion to strike — Documents on appeal — Motion to have certain documents struck from respondents' record — Whether factums from courts below, directions of Court of Appeal, motion to file fresh evidence and written representations on costs in Court of Appeal should be excluded from Part II of respondents' record — Whether these documents constitute "pleadings" or "orders" within meaning of Rule 39(1)(b) of Supreme Court Rules — Whether correspondence between parties regarding establishment of record in Supreme Court and table of concordance should be excluded from Parts III and IV of respondents' record — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 39(1).

MUGESERA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 323

2. Supreme Court of Canada — Motion to strike — Documents on appeal — Evidence — Motion to have portions of appellant's record struck out — Material not before lower courts filed with this Court in context of application for leave to appeal — Whether material part of record — Whether material evidence within meaning of Rule 38(1)(d) of Supreme Court Rules — Whether material may be filed as fresh evidence — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 62(3) — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 38(1)(d).

UL CANADA INC. V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 760

3. Supreme Court of Canada — Motion to strike — Factum — New argument — Appellant raising new constitutional argument in its factum — New argument relevant to constitutional questions stated by Court — Whether references to new argument in appellant's factum should be struck.

UL CANADA INC. V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 760

**PUBLIC SERVICES**

Supply of electricity — Interruption of service — Customer refusing to pay bill for electricity supplied to his rental property — Hydro-Québec ceasing to deliver electricity to customer's principal residence — Whether Hydro-Québec may interrupt supply of electricity to service point other than one in respect of which bill unpaid — Bylaw No. 411 establishing the

**PUBLIC SERVICES — Concluded**

conditions governing the supply of electricity, (1987) 119 G.O. II, 1233, ss. 3 “customer”, “delivery point”, 99.

GLYKIS v. HYDRO-QUÉBEC, 285

---

**REAL PROPERTY**

Split Title Lands — Oil and gas — Petroleum rights reserved by railway company in sale of land to settlers in early twentieth century — Effect of reservation of petroleum rights on present entitlement to oil and gas from lands encumbered by reservation — Determination of respective rights of “petroleum owners” and “non-petroleum owners” — Whether initial conditions of natural underground reservoir govern relative ownership between parties to original contracts — Rule of capture.

ANDERSON v. AMOCO CANADA OIL AND GAS, 3

---

**SURETYSHIP**

1. Suretyship attached to performance of special duties — Termination of suretyship — Transitional law — Suretyship contracted and surety ceasing to perform duties before coming into force of Civil Code of Québec — Action to enforce suretyship brought after coming into force of new Code — Whether art. 2363 of Civil Code of Québec applicable — Effect and application of s. 131 of Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code, S.Q. 1992, c. 57.

ÉPICIERIS UNIS MÉTRO-RICHELIEU INC., DIVISION “ÉCONOGROS” v. COLLIN, 257

**SURETYSHIP — Concluded**

2. Termination of suretyship — Discharge of surety upon cessation of performance of his duties — Interpretation and application of art. 2363 of Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64.

ÉPICIERIS UNIS MÉTRO-RICHELIEU INC., DIVISION “ÉCONOGROS” v. COLLIN, 257

---

**UNJUST ENRICHMENT**

Land development — Municipalities — Developer suing municipality for unjust enrichment following “down-zoning” of lots — Whether municipality entitled to retain improvements made by developer on these lots without paying — Whether conditions for unjust enrichment met.

PACIFIC NATIONAL INVESTMENTS LTD. v. VICTORIA (CITY), 575

---

# INDEX

## AVOCATS ET PROCUREURS

Devoir de conseil — Devoir de loyauté — Conflit d'intérêts — Cliente reprochant à l'avocat qui l'a représentée dans un procès criminel d'avoir omis de la conseiller sur l'aspect civil du dossier et d'avoir permis à son associé de représenter un coaccusé ayant des intérêts opposés aux siens — L'avocat a-t-il manqué à ses devoirs de conseil et de loyauté?

CÔTÉ C. RANCOURT, 248

---

## BIENS RÉELS

Terres à titres partagés — Pétrole et gaz — Droits relatifs aux hydrocarbures réservés par la compagnie de chemin de fer lors de la vente de terres aux colons au début du XX<sup>e</sup> siècle — Effet d'une réserve des droits relatifs aux hydrocarbures sur les droits actuels à l'égard du pétrole et du gaz présents dans les terrains grevés de cette réserve — Détermination des droits respectifs des « propriétaires du pétrole » et des « propriétaires des autres minéraux » — Les conditions initiales du réservoir naturel souterrain régissent-elles la propriété respective des parties aux contrats initiaux? — Règle du captage.

ANDERSON C. AMOCO CANADA OIL AND GAS, 3

---

## CAUTIONNEMENT

1. Cautionnement attaché à l'exercice de fonctions particulières — Fin du cautionnement — Droit transitoire — Cautionnement consenti et caution cessant d'exercer ses fonctions avant l'entrée en vigueur du Code civil du Québec — Action sur cautionnement intentée après l'entrée en vigueur du nouveau Code — L'article 2363 du Code civil du Québec est-il applicable? — Effet et application de l'art. 131 de la Loi sur l'application de la réforme du Code civil, L.Q. 1992, ch. 57.

ÉPICIERS UNIS MÉTRO-RICHELIEU INC., DIVISION « ÉCONOGROS » C. COLLIN, 257

2. Fin du cautionnement — Libération d'une caution à la cessation de l'exercice de ses fonctions — Interprétation et

## CAUTIONNEMENT — Fin

application de l'art. 2363 du Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64.

ÉPICIERS UNIS MÉTRO-RICHELIEU INC., DIVISION « ÉCONOGROS » C. COLLIN, 257

---

## COURONNE

1. Mandataire de l'État — Immunité — Société provinciale d'électricité — La société avait-elle droit à l'immunité à l'égard de l'application des lois? — Était-elle un mandataire de l'État agissant dans le cadre de ses objectifs? — Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 17 — Power Corporation Act, S.N.S. 1973, ch. 47, art. 4, 6.

NOVA SCOTIA POWER INC. C. CANADA, 53

2. Honneur de la Couronne — Obligation de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements à leurs préoccupations — La Couronne a-t-elle envers les peuples autochtones une obligation de consultation et d'accommodement avant de prendre une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des revendications de droits et titres ancestraux non encore prouvées? — L'obligation vise-t-elle aussi les tiers?

NATION HAÏDA C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (MINISTRE DES FORÊTS), 511

3. Honneur de la Couronne — Obligation de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements à leurs préoccupations — La Couronne a-t-elle l'obligation de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements à leurs préoccupations avant de prendre une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des revendications de droits et titres ancestraux non encore prouvées? — Dans l'affirmative, les mesures de consultation et d'accommodement adoptées par la province avant de délivrer le certificat d'approbation de projet étaient-elles suffisantes pour préserver l'honneur de la Couronne?

PREMIÈRE NATION TLINGIT DE TAKU RIVER C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (DIRECTEUR D'ÉVALUATION DE PROJET), 550

---

**DROIT ADMINISTRATIF**

Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Tribunal des services financiers — Norme de contrôle applicable à l'interprétation que le Tribunal a donnée de l'art. 70(6) de la Loi sur les régimes de retraite, L.R.O. 1990, ch. P.8.

MONSANTO CANADA INC. C. ONTARIO (SURINTENDANT DES SERVICES FINANCIERS), 152

**DROIT CONSTITUTIONNEL**

1. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Interception et détention par des policiers s'approchant de la scène d'un crime d'une personne correspondant à la description du suspect — Policier sentant un objet mou dans la poche de cette personne lors de la fouille par palpation — Policier glissant la main dans cette poche et y trouvant de la marijuana — Personne accusée de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic — La fouille de la poche de cette personne était-elle abusive? — Dans l'affirmative, l'élément de preuve doit-il être écarté? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

R. C. MANN, 59

2. Charte des droits — Droits à l'égalité — État matrimonial — Régime de pensions du Canada — Pension de survivant — Définition de « conjoint » — Groupe de comparaison approprié — Régime prévoyant le versement d'une pension de survivant au conjoint de fait qui cohabitait avec le cotisant au moment du décès de celui-ci et ce, depuis au moins un an — Aucune exigence de cohabitation similaire pour les conjoints mariés — Le groupe de comparaison approprié est-il celui des « conjoints mariés qui se sont séparés » ou celui des « conjoints divorcés »? — La définition de « conjoint » dans le Régime porte-t-elle atteinte au droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Régime de pensions du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-8, art. 2(1) « conjoint ».

HODGE C. CANADA (MINISTRE DU DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES), 357

3. Charte des droits — Droits à l'égalité — Groupes de comparaison — Critères d'établissement du groupe de comparaison approprié.

HODGE C. CANADA (MINISTRE DU DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES), 357

4. Charte des droits — Droits à l'égalité — Discrimination fondée sur le sexe — Équité salariale — Entente accordant l'équité salariale aux employées du secteur des soins de santé — L'article 9 de la Public Sector Restraint Act, qui reporte les réajustements salariaux, porte-t-il atteinte au droit à l'égalité? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des

**DROIT CONSTITUTIONNEL — Suite**

droits et libertés, art. 1, 15(1) — Public Sector Restraint Act, S.N. 1991, ch. 3, art. 9.

TERRE-NEUVE (CONSEIL DU TRÉSOR) C. N.A.P.E., 381

5. Charte des droits — Limites raisonnables — Critère de l'arrêt Oakes — Séparation des pouvoirs — Y a-t-il lieu d'ajouter la reconnaissance explicite du principe de la séparation des pouvoirs au critère de l'arrêt Oakes? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1.

TERRE-NEUVE (CONSEIL DU TRÉSOR) C. N.A.P.E., 381

6. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Utilisation par la police d'un aéronef muni d'un dispositif d'imagerie thermique pour prendre une photographie de la « chaleur » de la maison de l'accusé sans avoir obtenu un mandat — L'utilisation sans mandat du dispositif d'imagerie thermique porte-t-elle atteinte à la garantie contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. C. TESSLING, 432

7. Charte des droits — Droits à l'égalité — Déficience mentale — Refus de la province de financer une thérapie comportementale pour enfants autistes d'âge préscolaire, offerte de façon intensive et sujette à controverse — Ce refus porte-t-il atteinte aux droits à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Medicare Protection Act, R.S.B.C. 1996, ch. 286, art. 1 « benefits », « health care practitioner » — Medical and Health Care Services Regulation, B.C. Reg. 426/97, art. 17-29.

AUTON (TUTRICE À L'INSTANCE DE) C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL), 657

8. Charte des droits — Droits à l'égalité — Groupe de comparaison approprié — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1).

AUTON (TUTRICE À L'INSTANCE DE) C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL), 657

9. Charte des droits — Justice fondamentale — Refus de la province de financer une thérapie comportementale pour enfants autistes d'âge préscolaire, offerte de façon intensive et sujette à controverse — Ce refus porte-t-il atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Medicare Protection Act, R.S.B.C. 1996, ch. 286, art. 1 « benefits », « health care practitioner » — Medical and Health Care Services Regulation, B.C. Reg. 426/97, art. 17-29.

AUTON (TUTRICE À L'INSTANCE DE) C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL), 657

10. Distribution des pouvoirs législatifs — Mariage — Célébration du mariage — Proposition de loi concernant certaines conditions de fond du mariage civil formulée par le gouvernement fédéral — Loi proposée prévoyant que le mariage est, sur le plan

**DROIT CONSTITUTIONNEL — Fin**

civil, l'union légitime de deux personnes, à l'exclusion de toute autre personne — Loi disposant aussi qu'elle est sans effet sur la liberté des autorités religieuses de refuser de procéder à des mariages non conformes à leurs croyances religieuses — La loi proposée relève-t-elle de la compétence du Parlement? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(26), 92(12).

RENOI RELATIF AU MARIAGE ENTRE PERSONNES DU MÊME SEXE, 698

11. Charte des droits — Droits à l'égalité — Liberté de religion — Loi fédérale proposée accordant aux couples du même sexe le droit de se marier civilement — La loi proposée est-elle compatible avec les droits à l'égalité et la liberté de religion? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2a), 15(1).

RENOI RELATIF AU MARIAGE ENTRE PERSONNES DU MÊME SEXE, 698

12. Charte des droits — Liberté de religion — Loi fédérale proposée accordant aux couples du même sexe le droit de se marier civilement — La liberté de religion protège-t-elle les autorités religieuses de la contrainte d'avoir à procéder à des mariages entre personnes du même sexe contrairement à leurs croyances religieuses? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2a).

RENOI RELATIF AU MARIAGE ENTRE PERSONNES DU MÊME SEXE, 698

13. Charte des droits — Auto-incrimination — Douanes — Avis de confiscation compensatoire — Interrogatoire préalable — Ministre du Revenu national confirmant la décision d'un agent de douane de signifier à un présumé contrevenant un avis de confiscation compensatoire — Contrevenant contestant la décision du ministre par voie d'action conformément à l'art. 135 de la Loi sur les douanes — Requête du ministre en vue d'interroger le contrevenant au préalable accordée — Le contrevenant peut-il invoquer la protection contre l'auto-incrimination garantie par l'art. 11c) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Le contrevenant est-il inculpé au sens de cet article? — La confiscation compensatoire est-elle une mesure de nature pénale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11c) — Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 124(1), 135 — Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 236(2).

MARTINEAU C. M.R.N., 737

**DROIT CRIMINEL**

1. Détention de choses saisies — Prolongation de la détention — Requête du ministère public en prolongation de la détention d'une somme d'argent saisie par les policiers — Défense répondant par le dépôt d'une requête en restitution de l'argent pour cause d'illégalité de la saisie — Le juge de la Cour provinciale

**DROIT CRIMINEL — Suite**

a-t-il compétence pour ordonner la restitution de l'argent sous le régime de l'art. 490(2) du Code criminel ou sur un autre fondement? — Dans la négative, quelle est la procédure à suivre pour obtenir une ordonnance de restitution de l'argent?

R. C. RAPONI, 35

2. Détention de choses saisies — Prolongation de la détention — Requête du ministère public en prolongation de la détention d'une somme d'argent saisie par les policiers — Ordonnance de restitution de l'argent pour cause d'illégalité de la saisie rendue par le juge de la Cour provinciale — Le juge de la Cour provinciale avait-il compétence pour rendre une ordonnance de cette nature sous le régime de l'art. 490(2) du Code criminel ou sur un autre fondement? — Dans la négative, quelle est la procédure à suivre pour contester l'ordonnance du juge de la Cour provinciale? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 490(2).

R. C. RAPONI, 35

3. Détention aux fins d'enquête — Pouvoir de fouille accessoire à la détention aux fins d'enquête — Existe-t-il, en common law, un pouvoir habilitant les policiers à détenir une personne aux fins d'enquête? — Dans l'affirmative, existe-t-il, en common law, un pouvoir de fouille accessoire à une détention aux fins d'enquête?

R. C. MANN, 59

4. Preuve — Admissibilité — Preuve de faits similaires — Identification — Présentation au jury aux fins d'identification d'un membre d'un gang d'une preuve de faits similaires de crimes commis par le gang à l'occasion de trois événements distincts — Variations dans la composition du gang — Est-ce que la preuve liant le gang à un crime pouvait être utilisée contre un membre du gang en tant que preuve de faits similaires tendant à établir sa participation à d'autres crimes commis par le même gang?

R. C. PERRIER, 228

5. Exposé au jury — Preuve de faits similaires concernant un groupe — Présentation au jury aux fins d'identification d'un membre d'un gang d'une preuve de faits similaires de crimes commis par le gang à l'occasion de trois événements distincts — Variations dans la composition du gang — Est-ce que le juge du procès a fait erreur en disant au jury que la preuve admise relativement à chacun des événements pouvait être utilisée pour établir la culpabilité de l'accusé quant aux autres événements?

R. C. PERRIER, 228

6. Preuve — Admissibilité — Preuve de faits similaires — Identification — Présentation au jury aux fins d'identification d'un membre d'un gang d'une preuve de faits similaires de crimes commis par le gang dans trois événements distincts — Variations dans la composition du gang — Est-ce que la preuve liant le gang à un crime pouvait être utilisée contre un membre

**DROIT CRIMINEL — Suite**

du gang en tant que preuve de faits similaires tendant à établir sa participation à d'autres crimes commis par le même gang?

R. C. CHAN, 245

7. Exposé au jury — Preuve de faits similaires concernant un groupe — Présentation au jury aux fins d'identification d'un membre d'un gang d'une preuve de faits similaires de crimes commis par le gang à l'occasion de trois événements distincts — Variations dans la composition du gang — Est-ce que le juge du procès a fait erreur en disant au jury que la preuve admise relativement à chacun des événements pouvait être utilisée pour établir la culpabilité de l'accusé quant aux autres événements?

R. C. CHAN, 245

8. Preuve — Preuve de faits similaires — Admissibilité — Infractions d'ordre sexuel.

R. C. BLAKE, 503

9. Perquisition et saisie — Mandat de perquisition — Le mandat de perquisition a-t-il été valablement délivré?

R. C. SAUNDERS, 505

10. Agression sexuelle — Preuve — Preuve relative à l'ADN mal interprétée par le juge du procès — Déclaration de culpabilité annulée et nouveau procès ordonné.

R. C. SMITH, 507

11. Preuve — Identification par témoin oculaire — Accusé déclaré coupable d'infractions relatives à la conduite automobile — Déclarations de culpabilité annulées et acquittements inscrits vu la faiblesse de la preuve d'identification.

R. C. ZUROWSKI, 509

12. Enquête préliminaire — Compétence — Certiorari — Juge de l'enquête préliminaire libérant l'accusé — La juge de l'enquête préliminaire a-t-elle omis d'examiner l'ensemble de la preuve comme l'exige le Code criminel? — Dans l'affirmative, cette omission constitue-t-elle une erreur de compétence? — Portée de la révision par voie de certiorari de la décision de la juge de l'enquête préliminaire de libérer l'accusé — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 548(1)b.

R. C. DESCHAMPLAIN, 601

13. Enquête préliminaire — Compétence — Certiorari — Juge de l'enquête préliminaire libérant l'accusé — Le juge de l'enquête préliminaire a-t-il omis d'examiner l'ensemble de la preuve comme l'exige le Code criminel? — Dans l'affirmative, cette omission constitue-t-elle une erreur de compétence? — Portée de la révision par voie de certiorari de la décision du juge de l'enquête préliminaire de libérer l'accusé — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 548(1)b.

R. C. SAZANT, 635

**DROIT CRIMINEL — Fin**

14. Preuve — Interprétation erronée de la preuve — Accusé déclaré coupable relativement à des accusations de voies de fait graves et de profération de menaces — Non-respect du critère applicable pour annuler les déclarations de culpabilité pour cause d'interprétation erronée de la preuve par le juge du procès — Déclarations de culpabilité confirmées.

R. C. LOHRER, 732

**DROIT MUNICIPAL**

1. Exercice du pouvoir réglementaire — Immunité relative — L'immunité de droit public attachée à l'exercice du pouvoir réglementaire fait-elle partie du régime de responsabilité applicable aux municipalités? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1457.

ENTREPRISES SIBECA INC. C. FRELIGHSBURG (MUNICIPALITÉ), 304

2. Règlement de zonage — La municipalité a-t-elle agi de mauvaise foi, ou dans des circonstances qui font conclure à sa mauvaise foi, en modifiant son règlement de zonage?

ENTREPRISES SIBECA INC. C. FRELIGHSBURG (MUNICIPALITÉ), 304

3. Zonage — Aménagement foncier — Enrichissement sans cause — Poursuite du promoteur immobilier contre la municipalité pour enrichissement sans cause à la suite d'une modification du zonage des lots — La municipalité peut-elle conserver sans en payer le prix les améliorations que le promoteur a apportées à ces lots?

PACIFIC NATIONAL INVESTMENTS LTD. C. VICTORIA (VILLE), 575

**EMPLOYEUR ET EMPLOYÉ**

Contrat individuel de travail — Employé accusé d'une tentative d'extorsion non reliée à son travail — Suspension sans traitement imposée par l'employeur jusqu'à la décision finale des tribunaux pour protéger l'intérêt de l'entreprise — Contrat de travail liant les parties muet quant au pouvoir de suspension patronal — Un employeur peut-il suspendre sans traitement pour des motifs administratifs un employé faisant l'objet d'accusations criminelles?

CABIAKMAN C. INDUSTRIELLE-ALLIANCE CIE D'ASSURANCE SUR LA VIE, 195

**ENRICHISSEMENT SANS CAUSE**

Aménagement foncier — Municipalités — Poursuite du promoteur immobilier contre la municipalité pour enrichissement sans cause à la suite d'une modification du zonage des lots — La municipalité peut-elle conserver sans en payer le prix les améliorations que le promoteur a apportées à ces lots? — Les conditions de l'enrichissement sans cause sont-elles réunies?

PACIFIC NATIONAL INVESTMENTS LTD. C. VICTORIA (VILLE), 575

**FAILLITE ET INSOLVABILITÉ**

1. Bail à long terme — Opposabilité du droit de propriété du locateur au syndic à la faillite du locataire — Défaut de publication des droits résultant du bail dans le délai prévu par la loi — Le locateur à long terme d'un véhicule automobile peut-il opposer son droit de propriété au syndic à la faillite du locataire, malgré son défaut de publier ses droits dans le délai prescrit par l'art. 1852 C.c.Q.? — Le droit de propriété du locateur est-il assimilable à une simple sûreté? — Le syndic peut-il être considéré comme un tiers au sens de l'art. 1852 C.c.Q.? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 67, 71, 81.

LEFEBVRE (SYNDIC DE); TREMBLAY (SYNDIC DE), 326

2. Vente à tempérament — Opposabilité de la réserve de propriété au syndic — Défaut de publication de la réserve dans les délais prévus par la loi — La réserve de propriété non publiée dans le délai prescrit à l'art. 1745 C.c.Q. est-elle opposable au syndic? — Le syndic peut-il être considéré comme un tiers pour l'application de l'art. 1749 C.c.Q.?

OUELLET (SYNDIC DE), 348

3. Transactions révisables — Transfert d'actifs entre la filiale à part entière et la société mère — Faillite de la filiale à part entière et de la société mère — Administrateurs de la société mère poursuivis par le syndic de la filiale à part entière — Allégation par le syndic que certaines transactions sont révisables — La contrepartie reçue dans les transactions attaquées est-elle manifestement inférieure à la juste valeur du marché? — Les administrateurs étaient-ils des parties intéressées dans les transactions? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 100.

MAGASINS À RAYONS PEOPLES INC. (SYNDIC DE) C. WISE, 461

**PENSIONS**

Régimes de retraite — Liquidation partielle — Droits et prestations à la liquidation partielle — Excédent — La législation sur

**PENSIONS — Fin**

les régimes de retraite exige-t-elle que l'excédent actuariel d'un régime de retraite à prestations déterminées soit réparti au moment de sa liquidation partielle en proportion de la partie liquidée du régime? — Loi sur les régimes de retraite, L.R.O. 1990, ch. P.8, art. 70(6).

MONSANTO CANADA INC. C. ONTARIO (SURINTENDANT DES SERVICES FINANCIERS), 152

**POLICE**

Pouvoirs des policiers — Détention aux fins d'enquête — Fouille accessoire aux détentions pour fins d'enquête — Étendue de la fouille.

R. C. MANN, 59

**PRATIQUE**

1. Cour suprême du Canada — Requête en radiation — Documents d'appel — Requête visant à faire radier certains documents du dossier des intimés — Les mémoires des instances inférieures, les directives de la Cour d'appel, la requête visant le dépôt de preuves nouvelles et la plaidoirie écrite concernant les dépens en Cour d'appel doivent-ils être retirés de la partie II du dossier des intimés? — Ces documents sont-ils des « actes de procédure » ou des « ordonnances » au sens de l'art. 39(1)b) des Règles de la Cour suprême? — La correspondance entre les parties relative à la constitution du dossier devant la Cour suprême et la table de concordance doivent-elles être retirées des parties III et IV du dossier des intimés? — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, art. 39(1).

MUGESERA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 323

2. Cour suprême du Canada — Requête en radiation — Documents d'appel — Preuve — Requête visant à faire radier certaines parties du dossier de l'appelante — Documents non soumis aux juridictions inférieures présentés à la Cour dans le cadre de la demande d'autorisation — Ces documents font-ils partie du dossier? — Ces documents sont-ils de la preuve au sens de l'art. 38(1)d) des Règles de la Cour? — Ces documents peuvent-ils être produits comme preuve nouvelle? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 62(3) — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, art. 38(1)d).

UL CANADA INC. C. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL), 760

**PRATIQUE — Fin**

3. Cour suprême du Canada — Requête en radiation — Mémoire — Nouvel argument — Nouvel argument d'ordre constitutionnel soulevé par l'appelante dans son mémoire — Nouvel argument pertinent à l'égard des questions constitutionnelles formulées par la Cour — Les références au nouvel argument dans le mémoire de l'appelante doivent-elles être supprimées?

UL CANADA INC. C. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL), 760

**RESPONSABILITÉ CIVILE**

1. Diffamation — Réseau de télévision — Émission d'affaires publiques ne rapportant que des passages erronés d'une lettre dans laquelle un consultant en communication demande un droit de réplique à la réalisatrice de l'émission — Contenu de la lettre présenté de manière incomplète et trompeuse — Le reportage diffusé était-il légitime compte tenu du droit du public à l'information et de la liberté d'expression? — Le reportage allait-il à l'encontre des normes professionnelles du journaliste raisonnable? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1457.

GILLES E. NÉRON COMMUNICATION MARKETING INC. C. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, 95

2. Diffamation — Dommages-intérêts — Réseau de télévision et ordre professionnel tenus responsables solidairement — Dommages difficiles à répartir entre les parties — Le juge de première instance a-t-il eu tort de conclure à la responsabilité solidaire? — Y a-t-il lieu de conclure à la responsabilité in solidum?

GILLES E. NÉRON COMMUNICATION MARKETING INC. C. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, 95

3. Municipalité — Exercice du pouvoir réglementaire — Immunité relative — Règlement de zonage — Promoteur poursuivant une municipalité pour perte de profits à la suite d'une modification à un règlement de zonage qui affecte son projet de développement immobilier — L'immunité de droit public attachée à l'exercice du pouvoir réglementaire fait-elle partie du régime de responsabilité applicable aux municipalités? — La municipalité a-t-elle agi de mauvaise foi, ou dans des circonstances qui font conclure à sa mauvaise foi, en modifiant son règlement de zonage? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1457.

ENTREPRISES SIBECA INC. C. FRELIGHSBURG (MUNICIPALITÉ), 304

**SERVICES PUBLICS**

Fourniture d'électricité — Interruption de service — Client refusant de payer une facture pour l'électricité fournie à son immeuble locatif — Hydro-Québec cessant de livrer l'électricité à la résidence principale du client — Hydro-Québec peut-elle interrompre la fourniture d'électricité à un point de service autre que celui pour lequel un compte est en souffrance? — Règlement n° 411 établissant les conditions de fourniture de l'électricité, (1987) 119 G.O. II, 1918, art. 3 « client », « point de livraison », 99.

GLYKIS C. HYDRO-QUÉBEC, 285

**SOCIÉTÉS**

Administrateurs et dirigeants — Obligation de fiduciaire et obligation de diligence — Administrateurs d'une société faillie poursuivis par le syndic — Administrateurs accusés par le syndic de manquement à leur obligation de fiduciaire et à leur obligation de diligence — Les administrateurs ont-ils une obligation de fiduciaire et une obligation de diligence envers les créanciers de la société? — Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, ch. C-44, art. 122(1).

MAGASINS À RAYONS PEOPLES INC. (SYNDIC DE) C. WISE, 461

**TRIBUNAUX**

Cour suprême du Canada — Compétence en matière de renvoi — Pouvoir discrétionnaire de refuser de répondre à une question posée dans un renvoi — La Cour devrait-elle refuser de répondre aux questions posées dans le renvoi? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 53.

RENOVI RELATIF AU MARIAGE ENTRE PERSONNES DU MÊME SEXE, 698



*If undelivered, return to:*  
Publishing & Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0S5

*En cas de non-livraison, retourner à :*  
Éditions et Services de dépôts  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0S5